



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Blurred Lines

En kritisk analys av våldtäktslagstiftningen samt dess tillämpning, med särskilt fokus på gränsdragningen mellan våldtäkt och oaktsam våldtäkt

Daniella Sundell

Juridiska Institutionen

Handledare: Moa Bladini

Examinator: Ester Herlin-Karnell

Juristprogrammet HT 2020

Examensarbete, 30 HP

Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
a. bet.	Anfört betänkande
a. prop.	Anförd proposition
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

DEL I	5
<u>1 INLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1 BAKGRUND	5
1.2 SYFTE	6
1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR	7
1.4 TEORETISKA OCH TERMINOLOGISKA UTGÅNGSPUNKTER	7
1.4.1 TERMINOLOGI OCH BEGREPP	7
1.4.2 TEORETISK INGÅNG	8
1.4.3 NÅGOT OM RÄTTSSÄKERHETSBEGREPPET OCH DESS (VARIERANDE) INNEBÖRD	9
1.5 AVGRÄNSNINGAR	14
1.6 MATERIAL OCH URVAL	14
1.7 METOD	16
1.8 FORSKNINGSLÄGE OCH ÄMNESAKTUALITET INOM DEN SVENSKA RÄTTSVETENSKAPEN	17
1.9 DISPOSITION	18
<u>2 KONSTRUKTIONEN AV VÅLDTÄKTSBESTÄMMELSERNA</u>	<u>19</u>
2.1 HISTORISK TILLBAKABLICK PÅ DEN RÄTTSLIGA REGLEREN AV VÅLDTÄKT	19
2.2 VÄGEN TILL DEN NYA "SAMTYCKESLAGEN"	22
2.2.1 YTTRELLIGARE LAGFÖRSLAG	22
2.2.2 DEN STORA REFORMATIONEN AV SEXUALBROTTE	23
2.3 DAGENS BESTÄMMELSER OM VÅLDTÄKT	25
2.3.1 FRIVILLIGHET ISTÄLLET FÖR SAMTYCKE	27
<u>3 UPPSÅT ELLER OAKTSAMHET?</u>	<u>28</u>
3.1 BEGREPPET OAKTSAMHET	29
3.2 BEGREPPET LIKGILTIGHETSUPPSÅT	30
3.3 GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN UPPSÅTLIG OCH OAKTSAM VÅLDTÄKT ENLIGT HD	32
<u>4 NÅGOT OM BEVISVÄRDERINGEN VID MÅL OM SEXUALBROTT</u>	<u>35</u>
4.1 PRINCIPEN OM FRI BEVISFÖRING OCH FRI BEVISVÄRDERING SAMT VIKTEN AV STÖDBEVISNING	35
4.2 STÖDBEVISNING I BROTTMÅL	36
4.3 BEVISVÄRDERING ENLIGT BALKONGFALLET	37
DEL II	38
<u>5 TILLÄMPNINGEN AV DE NYA VÅLDTÄKTSBESTÄMMELSERNA I PRAKTIKEN</u>	<u>38</u>
5.1 DEN NYA SAMTYCKESLAGEN I PRAKTIKEN – RAPPORT FRÅN BRÅ	38
5.1.1 KRIMINALSTATISTIKEN	38
5.1.2 ANALYS AV DOMARNA 2019	39

5.1.2.1	HUR TYDLIGT MÅSTE FRIVILLIGHETEN KOMMA TILL UTTRYCK?	41
5.1.3	INTERVJUERNA	43
6	<u>TINGSRÄTTSDOMAR 2020</u>	46
6.1	VÅLDTÄKT AV NORMALGRADEN – FÄLLANDE DOMAR	46
6.1.1	'TJEJEN PÅ BEHANDLINGHEMMET'	46
6.1.2	'KOLLEGAN'	48
6.2	VÅLDTÄKT AV NORMALGRADEN – FRIANDE DOMAR	53
6.2.1	'SKOLRESAN'	53
6.2.2	'MINNESLUCKAN'	56
6.2.3	'FÖDELSEDAGSFESTEN'	58
6.3	OAKTSAM VÅLDTÄKT – FÄLLANDE DOMAR	61
6.3.1	6.4.1. 'BDSM-LEKEN'	61
6.3.2	'UTKÖPAREN'	63
6.3.3	'LÄKARFÖRÄLDRARNA'	66
6.4	OAKTSAM VÅLDTÄKT – FRIANDE DOMAR	68
6.4.1	'DE UPPREPADE MISSFÖRSTÅNDEN'	68
6.4.2	'DEN OERFARNE YNGLINGEN'	71
7	<u>ANALYS</u>	73
7.1	TYDLIGHET I TILLÄMPNINGEN?	73
7.2	LIKHEIT I TILLÄMPNINGEN?	74
7.3	PÅ VILKET SÄTT MÅSTE FRIVILLIGHETEN KOMMA TILL UTTRYCK?	75
7.4	HUR GÖRS BEDÖMNINGARNA I FÖRHÅLLANDE TILL PRAXIS OCH FÖRARBETEN?	77
7.4.1	BROTTLIGHETENS ART – ETT SKÅL ATT VÅLJA FÅNGELSE SOM PÅFÅLJD ÅVEN OM STRAFFVÅRDET UNDERSTIGER ETT ÅR	78
8	<u>GRÅNSEN MELLAN UPPSÅT OCH OAKTSAMHET ÅR INTE TYDLIG</u>	79
8.1	KONSEKVENSER AV UPPSÅTSBEDÖMNINGEN UR OLIKA PERSPEKTIV	79
8.2	BETYDANDE KONSEKVENSER FÖR PARTERNA	80
8.2.1	GÖR HOVRÅTTEN SAMMA BEDÖMNING SOM TINGSRÅTTEN I DE DOMAR SOM UNDERSÖKTS?	81
9	<u>AVSLUTANDE REFLEKTIONER</u>	82
	<u>KÅLLFÖRTECKNING</u>	85

DEL I

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 1 juli 2018 trädde en rad ändringar i brottsbalkens² sjätte kapitel i kraft. Bland annat ändrades bestämmelsen om våldtäkt i 6 kap. 1 § till att baseras på frivillighet, istället för att som tidigare förutsätta att övergreppet inneburit inslag av hot, våld eller en för offret särskilt utsatt situation. Genom lagändringarna infördes också en ny brottsbestämmelse i 6 kap. 1 a §, *oaktsam våldtäkt*. Denna nya bestämmelse kompletterar bestämmelsen om våldtäkt i 6 kap. 1 § BrB, då den förutsätter att de objektiva rekvisiten för våldtäkt är uppfyllda, men med den väsentliga skillnaden att brottets subjektiva del inte behöver vara täckt av uppsåt utan det räcker med grov oaktsamhet. Det bakomliggande syftet med att införa denna bestämmelse var att åstadkomma en mer heltäckande sexualbrottslagstiftning än den ditintills varande. Ändamålet var att skydda människors personliga och sexuella integritet och självbestämmanderätt genom att utöka det straffbara området för våldtäkt.³

Då det enligt den tidigare gällande lagstiftningen förutsattes att våld, hot eller tvång förekommit föll en del fall s.a.s. mellan stolarna. Det har länge funnits kunskap om att en våldtäkt inte måste innehålla något av dessa element för att faktiskt utgöra en kränkning av den sexuella integriteten. Därför infördes ett centralt frivillighetsrekvisit som komplement. Genom detta har man haft för avsikt att uppnå en lagstiftning som mer korresponderar med den allmänna uppfattningen i samhället och på sikt öka jämställdheten. Detta skulle bland annat uppnås genom att gränserna för vad som utgör våldtäkt ska vara tydliga och det straffbara området ska ha utökats. Några ledord i förarbetena är att det syftar till att åstadkomma ett *heltäckande* och *tydligt* straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp.⁴

¹ Uppsatsens titel *Blurred Lines* är hämtad från låten med samma titel (av Robin Thicke, T.I. & Pharrell Williams), vilken har mött stor kritik för att vara våldtäktsromantisering. Enligt min mening är titeln passande i fråga om gränsdragningsproblematiken mellan uppsåt och oaktsamhet, då linjerna häremellan är relativt otydliga.

² Brottsbalken (1962:700), hädanefter BrB.

³ Prop. 2017/18:177.

⁴ Prop. 2017/18:177 s. 15. Mina kursiveringar.

Reformförslaget har mottagit en hel del kritik, där ett vanligt förekommande argument har varit att det inte kan anses rättssäkert.⁵ Redan i propositionen till lagen återfinns ett antal rättssäkerhetsargument som förs i negativt syfte avseende reformen. Ett exempel är remissinstansen Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, som menade att det vore ”potentiellt förödande ur rättssäkerhetssynpunkt” att införa ett oaktsamhetsansvar.⁶ Vidare anförde sexualbrottskommittén att man ”av rättssäkerhetsskäl måste kräva att målsäganden säger ifrån genom ord och handling även i sådana fall” [avseende frozen fright].⁷ Inte heller regeringen ansåg att det i lagtexten ska uppställas krav på att frivilligheten har kommit till uttryck. De menade att det i grunden är en *rättssäkerhetsfråga* att ”den som deltar i en sexuell handling med en person som gett uttryck för en vilja att delta normalt kan förlita sig på den uppgiften”.⁸

Paradoxalt nog används rättssäkerhetsargumentationen också i motsatt riktning, till förmån för den nya lagstiftningen. Det framhålls i samma proposition att förslagen som ”i flera avseenden utgör tydliggöranden, kan förväntas leda till ökad *förutsebarhet och rättssäkerhet*”.⁹ Därför avser jag att göra en undersökning av lagstiftningen och dess tillämpning med utgångspunkt i just begreppet rättssäkerhet. Rätten, i synnerhet straffrätten, och dess tillämpning utgör den yttersta statliga maktutövningen. Den nya lagstiftningen kring våldtäktsbrotten var mycket efterlängtd och viktig, men samtidigt har den omgärdats av en oro, bl.a. kring dess potentiella otydlighet. Oerhört höga krav måste ställas på en lagstiftning som är så pass ingripande i den privata sfären, såsom lagstiftningen som reglerar sexualbrotten är. Min ambition är att undersöka om lagstiftningen verkligen kan sägas leva upp till dessa krav, i synnerhet ur aspekterna tydlighet och förutsebarhet.

1.2 Syfte

Som ovan nämnt har det funnits farhågor hos flera av remissinstanserna. Även Lagrådet var skeptiska till den nya lagstiftningens rättssäkerhetskvalitet i termer av förutsebarhet och tydlig tillämpning.¹⁰ Mycket talar för att de hade viss fog för denna oro. Syftet med arbetet är därför att undersöka om den nya lagstiftningen kan anses leva upp till några av de grundläggande

⁵ Prop. 2017/18:177 s. 21.

⁶ Ibid.

⁷ A. prop. s. 32. Min anmärkning. Mer om frozen fright syndrome i avsnitt 2.2.1.

⁸ A. prop. s. 33.

⁹ A. prop. s. 118.

¹⁰ Prop. 2017/18:177 s. 130 f.

rättssäkerhetskraven. Detta ska bl.a. genomföras genom att granska den rättsliga konstruktionen av brotten våldtäkt respektive oaktsam våldtäkt, samt hur gränsdragningen däremellan görs. Utöver det är jag intresserad av hur de sedvanliga rättskällorna anger att det ska gå till. Jag vill även se hur det ser ut i rättstillämpningen, när lagen s.a.s. kommer till liv.¹¹

För att kunna uppfylla syftet utgår jag ifrån följande frågeställningar.

1.3 Frågeställningar

- Hur ser gränsdragningen mellan grov oaktsamhet och likgiltighetsuppsåt ut;
 - i) teoretiskt, enligt gällande rätt i snäv mening?
 - ii) praktiskt, i tillämpningen av våldtäktslagstiftningen?
- Kan tillämpningen i underrätterna anses leva upp till lagstiftarens syfte och de grundläggande rättssäkerhetskraven liktydighet och förutsebarhet?

Genom den sista frågan kan det framstå som att jag gör anspråk på att uttala mig generellt för alla underrätter, men så är inte fallet. Mitt syfte är att, genom att närmare presentera ett mindre urval av domar, kunna peka på brister som förekommer i dessa, även om resultaten därifrån inte kan anses allmängiltiga. En del stöd för mina slutsatser ges också genom den undersökning av samtliga domar 2019 som gjorts av Brå.¹²

1.4 Teoretiska och terminologiska utgångspunkter

1.4.1 Terminologi och begrepp

Vad avser terminologin kan i korthet sägas att jag använder mig av såväl könsbestämda som könsneutrala ord. I de avsnitt jag specifikt skriver om sexualbrotten använder jag genomgående manligt pronomen om förövaren och kvinnligt om målsäganden, av den enkla anledningen att det är den i särklass vanligaste situationen. De avsnitt där jag mer generellt skriver om uppsåtsbedömningar i alla brottstyper använder jag ibland gärningsman och ibland gärningsperson, men dessa begrepp avser samma sak, alltså den person som påstås ha utfört gärningen. Jag väljer att

¹¹ Med de sedvanliga rättskällorna avses lagen, dess förarbeten, praxis och doktrin. Se även min diskussion om att rätten blir till genom tillämpningen under avsnitt 1.4.2.

¹² Brå 2020, se kapitel 5.

använda det könsneutrala pronomenet *hen* då det är mer osäkert vilken könstillhörighet förövaren har, samt i de fall då det helt enkelt anses överflödigt.

1.4.2 Teoretisk ingång

Rättsteori handlar om hur vi ser på rätten och rättstillämpningen. Min syn på rätten är att den är beroende av tid och kontext, och således föränderlig. Rätten existerar inte i ett vakuum. Även om den kan anses abstrakt och i viss mån autonom till sin natur har den en stark påverkan på samhällsmedborgarnas liv i olika hänseenden.¹³

Straffrätten är i högsta grad ingripande i människors liv. Jag ställer mig kritisk till att det finns *ett* givet svar på vad som är gällande rätt. Rätten är öppen för tolkningar och den blir till genom dess tillämpning. Gällande rätt i traditionell mening är det som går att utläsa ur de auktoritativa rättskällorna, vilka klassiskt sett anses vara lag, förarbeten, praxis från prejudikatinstanserna samt i någon mån doktrin.¹⁴ Ur den aspekten blir underrättspraxis ointressant. Det bakomliggande syftet med den nya lagstiftningen är att stärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten. Målet med lagstiftningen är att den ska vara klar, heltäckande och tydlig. Detta korresponderar väl med det allmänna kravet på förutsebarhet som är en del av den traditionella synen på rättssäkerhet.

För att kunna undersöka om kraven på rättssäkerhet uppfylls i lagstiftningen anser jag att det är intressant att studera tillämpningen av lagen hos tingsrätterna. Detta är ett sätt att undersöka s.k. gällande rätt i faktisk mening, vilken enligt Sandgren utgörs av den rätt som tillämpas i framförallt första instans. Detta skiljer sig från gällande rätt i sedvanlig mening, vilken tar sikte på de traditionella rättskällorna; framförallt lagtext, förarbeten och prejudikatinstansernas avgöranden.¹⁵ Den gällande rätten i faktisk mening kan vara betydelsefull att undersöka i förhållande till medborgarna, då besluten som tas i första instans s.a.s. ligger närmre den verkliga händelsen. Detta förringar givetvis inte betydelsen av den gällande rätten i sedvanlig mening, utan kan ses som ett komplement till denna.¹⁶

Då det är en ny lagstiftning som genomgått stora förändringar är det av intresse att se hur den tillämpas av underrätterna, vilka är de som avgör flest fall. Det är även av intresse då det är under

¹³ Jfr Schelin, 2018, s. 109.

¹⁴ Sandgren, 95/96, s. 727 ff.

¹⁵ A.a. s. 732.

¹⁶ Ibid.

huvudförhandlingen i tingsrätten som den huvudsakliga bevisningen presenteras i form av bl.a. förhör. Därför är det enligt min mening intressant att se hur domarna tolkar och tillämpar reglerna utifrån det som förebringats vid huvudförhandlingen. Förvisso är det samma material som läggs till grund för bedömningen i även de högre instanserna, men då genom inspelade förhör. Därmed kommer den första domen närmare den faktiska händelsen. Det blir mer relevant för min undersökning då den första prövningen görs i tingsrätten. Det är i tingsrättsdomarna som bevisningen mer noggrant redovisas. Det är även intressant eftersom inte alla domar överklagas, något jag återkommer till i avsnitt 8.2.1 nedan.

Jag avser att anlägga ett rättssäkerhetsperspektiv, där min teori är förankrad i min syn på rätten. Förutsebarhet och likabehandling är viktiga värden kopplade till begreppet rättssäkerhet, vilket jag utgår ifrån vid min analys. Rätten är inte bara den skrivna rätten, utan rätten blir till när den tillämpas. Syftet är alltså att titta på tillämpningen hos tingsrätterna för att synliggöra otydligheter på området. Detta görs både genom min egen empiriska undersökning och genom de slutsatser som presenteras i Brå-rapporten.¹⁷

Då begreppet rättssäkerhet kan ges en mängd olika innebörd och det finns varierande syner på vad dess inneboende mening är, krävs en genomgång av begreppet. För att förtydliga hur jag använder rättssäkerhetsperspektivet i detta sammanhang följer en presentation av några olika tolkningar här nedan.

1.4.3 Något om rättssäkerhetsbegreppet och dess (varierande) innebörd

Begreppet rättssäkerhet får anses vara ett väletablerat begrepp inom juridiken. Dock har det mottagit en hel del kritik för att inte vara tillräckligt definierat.¹⁸ Josef Zila har i sin artikel *Om rättssäkerhet* redogjort för några olika tolkningar och ståndpunkter i debatten kring rättssäkerhetsbegreppet som rådde vid den tiden. Här framgår att rättssäkerhet är ett begrepp som kan användas på olika sätt i olika sammanhang; i vissa kontexter tillskrivs begreppet en bred betydelse, och i andra en snävare sådan. Dock menar Zila att det trots vissa definitionsmässiga oklarheter ändå finns ett visst samförstånd gällande rättssäkerhetsbegreppets grundläggande betydelse. Kärnan häri är *förutsebarhet* av de rättsliga beslutens utfall.¹⁹ I detta inkluderas kravet

¹⁷ Brå 2020, se kapitel 5 nedan.

¹⁸ Se bl. a. Bylander, 2006, s. 336 f., Gustafsson, 2002, s. 301 ff. och Zila, 1990, s. 284, samt JK, 2006, s. 19 ff.

¹⁹ Zila, 1990, s. 284 f.

på bestämdhet och liktydighet. En andra aspekt som brukar nämnas i samband med rättssäkerhet är kravet på att den offentliga makten utövas under lagarna, med andra ord kravet på *legalitet*.²⁰

Vidare görs i artikeln en uppdelning med utgångspunkt i lagförarbeten och därpå följande debatt, av det *traditionella* respektive det *moderna* rättssäkerhetsbegreppet.²¹ Sammanfattningsvis kan det förstnämnda sägas innehålla de två centrala momenten förutsebarhet och likhet i den straffrättsliga tillämpningen, medan den mer moderna synen på rättssäkerhet också innefattar en tanke om att man inte ska behöva utsättas för brott, med andra ord avses härmed rättsskydd.²²

En tidigare etablerad uppdelning av synen på rättssäkerhet har varit den mellan *formell* och *materiell* rättssäkerhet. Allas likhet inför lagen och möjligheten till förutsebarhet anses representera den formella synen på rättssäkerhet. Detta skiljer sig från den materiella rättssäkerheten, som är inriktad på faktiska möjligheter att få ett rättvist resultat i det enskilda fallet.²³ Ytterligare ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp som presenteras är att de garantier som i lagstiftningen finns för medborgerliga rättigheter och skyldigheter också ska motsvaras av den faktiska tillämpningen. Vid sidan av begreppsparet formell kontra materiell rättssäkerhet återfinns alltså begreppet modern rättssäkerhet. Som ovan nämnts innefattar detta begrepp också en aspekt av ett effektivt rättsskydd.²⁴

Zila menar att legaliteten är ett nyckelbegrepp för att kunna förstå rättssäkerheten. Det råder nämligen ett "oupplösligt samband" mellan dessa två.²⁵ Enligt hans förståelse av de båda begreppen, vilken jag instämmer i, kan förhållandet mellan legalitet och rättssäkerhet förstås såsom att "legaliteten är rättssäkerhetens oundgängliga förutsättning: den utgör emellertid endast ett nödvändigt men ej tillräckligt villkor". Legalitetens kärna kan sägas vara kravet på säkerhet för medborgare i förhållande till den offentliga makten – alltså rättssäkerhet. Härmed menar Zila att rättssäkerheten är den huvudsakliga konsekvensen av legaliteten, samt legalitetens positiva värde för människor.²⁶ Rättssäkerhet är s.a.s. ett vidare begrepp, där legaliteten är en inneboende del.

²⁰ Zila, 1990, s. 284 f.

²¹ Debatten väcktes genom slutbetänkandet av kommissionen mot ekonomisk brottslighet (SOU 1984:15) och den därpå följande propositionen 1984/85:32.

²² Jfr. Gustafsson, 2002 s. 304 f.

²³ Zila, 1990, s. 286.

²⁴ Ibid.

²⁵ A.a. s. 296.

²⁶ A.a. s. 298.

Legalitet och rättssäkerhet är dock två olika fenomen, även om de är närbesläktade och tätt sammanlänkade.²⁷

Jack Ågren definierar rättssäkerhet som ett skydd mot godtycklig rättstillämpning, samt ett krav på att medborgarna ska kunna förutse vilka gärningar som är kriminaliserade. Ett straffsystem måste vara uppbyggt på ett sådant sätt att det hindrar staten från att missbruka sin maktutövning gentemot den enskilde. Till detta hör bl.a. krav på *likabehandling* och förutsebarhet. Ågren poängterar att man inte ska förväxla rättssäkerhetsintresset med intresset av att samhället ska skydda sina medborgare från att bli utsatta för brott. Detta handlar snarare om rättsskydd eller rättstrygghet. Han ställer sig härmed emot definitionen av modern rättssäkerhet som presenterades ovan, och menar att det är fenomen som faller utanför begreppet rättssäkerhet. Denna uppfattning delar jag. Han nämner vidare, i likhet med Zila ovan, att rättssäkerheten är en del av det bakomliggande syftet med legalitetsprincipen.²⁸

Håkan Gustafsson behandlar rättssäkerhetsbegreppet tämligen ingående i sin avhandling *Rättens polyvalens*. Han menar att man måste avgränsa rättssäkerheten mot andra centrala rättsbegrepp för att kunna utröna dess särdrag, nämligen legalitetsprincipen och rättsskyddet. Enligt honom ska dessa tre begrepp hållas isär då de ger uttryck för olika rättsliga relationer. Han menar vidare att legalitetsprincipen är grundläggande för de två övriga principerna.²⁹ I avhandlingen definieras legalitet som relationen mellan statens maktutövning och rättsordningen, där rätten utgör den överordnade principen vid all maktutövning. Detta framgår bl. a. av legalitetsprincipen i RF 1 kap 1 § 3 st; *den offentliga makten utövas under lagarna*. Vidare uppställer legalitetsprincipen det viktiga retroaktivitetsförbudet, vilket emanerar från de klassiska straffrättsliga sentenserna *nullum crimen sine lege* (inget brott utan lag) och *nulla poene sine lege* (inget straff utan lag).³⁰ Detta retroaktivitetsförbud är lagstadgat i svensk rätt genom RF 2 kap. 10 § 1 st. och RF 2 kap. 11 § 1 st. och innebär ett förbud mot att fälla någon till ansvar för en handling som inte var brottslig vid tiden för dess förövande.

Vad gäller rättsskyddet anför Gustafsson att detta utgörs av att rättsordningen ska reglera individens skydd gentemot statsmakten. Detta kommer till uttryck bl. a. genom flera bestämmelser

²⁷ Zila, 1990, s. 304 f.

²⁸ Ågren, 2018, s. 27 ff.

²⁹ Gustafsson, 2002, s. 304.

³⁰ Att dessa deviser utgör en del av kärnan i legalitetsprincipen konstateras även av Ågren, jfr Ågren, 2018, s. 28.

i RF:s andra kapitel, vilket handlar om grundläggande fri- och rättigheter. Om rättsordningen således fungerar som en skyddsmekanism mellan individ och stat, alltså rättsskydd, bör en demokratisk maktordning även tillförsäkra individen säkerhet mot den rättsliga utövningen per se. Detta kan anses utgöra den vidaste definitionen av rättssäkerhet, menar han. Vidare framhålls även här vikten av förutsebarhet när man talar om rättssäkerhet.³¹

Gustafsson konstaterar också att rättssäkerhetsbegreppet är dubbelsidigt. Å ena sidan har det karaktären av ett juridiskt neutralt begrepp som innebär en garant för att förutsebarhet ska tryggas, samt för rättssystemets koherens. Å andra sidan kan begreppet sägas ha en social värdeförankring, vilket innebär att idéer om individens förhållande till rätten och staten ligger till grund för det mer strikt juridisk-tekniska begreppet. Han konstaterar också att den vanligast förekommande uppfattningen av rättssäkerhetsbegreppet är att det innebär ett skydd mot godtycke i den rättsliga utövningen.³²

I rapporten *Felaktigt dömda* från Justitiekanslerns rättssäkerhetsgrupp, görs en metafor som enligt mig ytterligare hjälper till att avgränsa rättssäkerheten mot de andra närliggande begreppen. I denna metafor beskrivs den etablerade rättsliga symbolen Fru Justitia, som med sin ögonbindel och sina två vågskålar ska symbolisera den rättsliga prövningen. I den ena vågskålen finns det som typiskt sett betecknas som rättssäkerhetsintressena, medan man i den andra återfinns intressen som kan benämnas rättstrygghet, rättsfrid, rättseffektivitet samt processekonomisk effektivitet. Den avvägning som ska ske mellan de respektive intressen som återfinns i de båda vågskålarna är både komplicerad och till viss del interaktiv.³³

Vidare omnämns EKMR och dess rättighetskatalog, framförallt oskyldighetspresumtionen som härleds ur dess artikel 6, som en del av den i lag konstituerade rättssäkerheten. Av intresse här kan påpekas att konventionen har karaktären av lex superior och således är överordnad den svenska inhemska rätten. Därmed ges rättssäkerhetsintressen ett tämligen omfattande rättsligt stöd. Mot bakgrund av detta framhålls att det på ett formellt plan förhåller sig så att rättssäkerhetsintressena tveklöst är överordnade, förvisso viktiga mål såsom rättstrygghet och rättseffektivitet.³⁴

³¹ Gustafsson, 2002, s. 305 f.

³² A.a. s. 313 f.

³³ JK, 2006, s. 30 f.

³⁴ A.a. s. 32.

I mer konkreta ordalag manifesteras rättssäkerhetsintresset i straffprocessuella sammanhang genom rättskedjans åklagarfunktion, vars syfte är att tillvarata just rättssäkerhetsintressen. Man menar att åklagarens roll under förundersökningen har en särpräglad rättssäkerhetsfunktion, då rättssäkerheten i sig ställer så höga krav på objektivitet och korrekt juridisk hantering. Detta resonemang hänför sig även till det faktum att åklagaren är den som beslutar om åtal ska väckas då arbetet med förundersökningen nått sitt slut. Vidare har åklagaren en objektivitetsplikt att hålla sig till även sedan åtal väckts och denne sedermera intar partsställning. Domstolen, å andra sidan, ska inta en oberoende ställning i processen. Det kan sägas att dennes roll i rättskedjan är att kvalitetssäkra åklagarens åtal samt den bakomliggande utredningen. Även denna kvalitetssäkring har en särpräglad rättssäkerhetsfunktion. Domstolen utgör alltså den instans som ytterst ansvarar för att upprätthålla kraven på rättssäkerhet. Det anses t.o.m. vara dess primära uppgift.³⁵

Avseende kravet på förutsebarhet konstaterar även Claes Lernestedt att det är något som enligt den allmänna uppfattningen ska hållas högt. Vidare konstaterar han att förutsebarhet är ett grundvärde inom straffrätten. Han framhåller förvisso att en regels innebörd aldrig kan vara helt glasklar, utan ett visst mått av ovisshet gällande dess innebörd måste få förekomma. Han framhåller också att total förutsebarhet är mycket svårt att uppnå. Vidare poängterar han vikten av att det straffrättsliga systemet i viss mån måste vara flexibelt för att kunna anpassas efter samtiden, dock utan att detta lämnar ett för stort utrymme för tolkningar.³⁶ Detta resonemang anser jag är ytterst intressant i förhållande till de nya lagreglerna om våldtäkt och gränsdragningen mellan uppsåtlig och oaktsam våldtäkt.

För denna uppsats vidkommande tar jag fasta på de aspekterna av rättssäkerhet som avser det klassiska kravet på förutsebarhet och tydlighet i förhållande till lagreglernas utformning, jämte kravet på likabehandling i tillämpningen. Således anläggs en traditionell syn på rättssäkerhet, dock med vissa inslag av materiell rättssäkerhet, eftersom jag är intresserad av hur rättens regler ges genomslag i den faktiska tillämpningen. Däremot bortser jag ifrån den moderna synen på rättssäkerhet som presenterades ovan. Aspekter som mer hänför sig till rättsskydd omfattas alltså inte av min definition av rättssäkerhet. Om även rättsskyddet hade omfattats hade undersökningen fått en karaktär som mer hör samman med brottsofferperspektivet, och sådana undersökningar har redan gjorts, vilket framgår under avsnitt 1.8 nedan.

³⁵ JK, 2006, s. 34 ff.

³⁶ Lernestedt, 2010, s. 71.

Ett renodlat brottsofferperspektiv är alltså inte aktuellt för denna uppsats vidkommande, då syftet är att undersöka den rättsliga konstruktionen av brotten samt tillämpningen av dessa. Jag anser även att resonemangen om rättskedjan och rättssäkerhet i form av domstolen som ytterst ansvarig för att garantera denna, är mycket intressant. Av denna anledning är det angeläget att studera domar från underinstanserna, för att se hur lagreglerna tillämpas av domstolen och om den kan sägas uppfylla kraven på att utgöra en kvalitetssäkrande rättssäkerhetsfunktion.³⁷

1.5 Avgränsningar

Jag har endast inkluderat material som hänför sig till svensk rätt. Vidare bortser jag ifrån andra vetenskapliga discipliner som producerat studier avseende den nya lagstiftningen och utgår endast ifrån det juridiska fältet. Anledningen till att detta är en lämplig avgränsning är att jag uteslutande är intresserad av den svenska kontexten, där straffrätten är särpräglad just för landets vidkommande. Det har tidigare gjorts undersökningar av komparativ karaktär och det tjänar därför inget självständigt syfte att göra detsamma för min del.³⁸

Undersökningen inkluderar endast fullbordade brott och inte sådana på försöksstadiet. Inte heller omfattas våldtäkt mot barn, utan endast de fall som avses i 6 kap 1 § och 1 a § BrB. Jag har även uteslutit grov våldtäkt, då detta ligger så långt ifrån oaktsamhetsbrottet och därmed inte blir relevant för gränsdragningen mellan likgiltighetsuppsåt och oaktsamhet. Vidare har jag avseende tingsrättsdomarna begränsat mig till de fall där målsäganden är kvinna och den tilltalade man, då detta är den överlägset vanligaste situationen. Tidsmässigt har jag begränsat mig till domar som är avkunnade år 2020, då dessa har störst nyhetsvärde. Dessutom inkluderas samtliga domar från 2019 i Brå-rapporten som redogörs för i kapitel 5.

1.6 Material och urval

Det material som legat till grund för den största delen av uppsatsen är Brå:s rapport *Den nya samtyckeslagen i praktiken*, jämte de tingsrättsdomar som jag studerat. Då inget av detta utgör rättskällor enligt den klassiska rättskälleläran har jag valt den mer tillåtande rättsanalytiska metoden för den delen av uppsatsen, mer om detta i nästkommande avsnitt.

³⁷ JK, 2006, s. 36.

³⁸ Se exempelvis redogörelsen för tidigare examensarbeten under avsnitt 1.8.

Som ovan nämnt har jag valt att endast inkludera domar som avkunnats i år. Dels då de har störst nyhetsvärde, men också för att domarna från 2019 redan analyserats i Brå-rapporten.³⁹ Vid sökningen i databasen JUNO den 19 oktober 2020 gav sökordet ”våldtäkt” med filtren ”allmänna domstolar”, ”tingsrätterna”, område ”straffrätt” totalt 614 träffar. Med samma filter fast med sökordet ”oaktsam våldtäkt” gavs 422 träffar. När jag avgränsade sökningen till att endast avse domar som meddelats år 2020 resulterade det i 177 träffar.

Av dessa har jag valt ut ett mindre antal domar som material för jämförelse. Vid urvalet har jag läst en stor mängd avgöranden och avgränsat bort de som inte lämpar sig av olika anledningar. Härefter har jag valt ut tre fällande respektive tre friande domar avseende våldtäkt av normalgraden, samt tre fällande och två friande domar avseende oaktsam våldtäkt, alltså totalt 11 stycken domar. Vid urvalet har jag försökt hitta domar som ligger så nära den lägre uppsåtsgränsen som möjligt, vare sig den subjektiva bedömningen utmynnat i oaktsamhet eller uppsåt. Vid urvalet har jag, som nämnt, valt att utesluta ett stort antal domar. En del av de domar som visades vid sökningen kunde uteslutas genast då de avsåg grov våldtäkt eller våldtäkt mot barn. Andra har uteslutits då det varit fler än en gärningsman eller då det rört många olika åtalspunkter som inverkar på bedömningen. I några av de domar jag uteslutit handlar det om fall där gärningarna kan anses vara mer allvarliga och straffvärda. Vidare finns det en hel del domar som objektivt sett hade lämpat sig för undersökningen, men där jag efter en närmare läsning varit tvungen att utesluta dessa då bedömningen av brottets subjektiva sida varit alltför vag och otydlig. Från början valde jag ut ca 40 domar totalt, men vid en närmare läsning fann jag att de inte tillförde mycket till min undersökning då domskälen var alltför knapphändigt utformade, framförallt i den del som rör uppsåtsbedömningen.

Jag vill återigen poängtera att de domar jag valt ut för undersökningen inte är tillräckligt många för att kunna dra generella slutsatser ifrån. De ska ses som ett komplement till de slutsatser som dragits genom Brå-rapporten, samt kan fungera som exempel på hur resonemangen förs i de delar som är av relevans i sammanhanget.

Den övriga litteratur som använts under arbetets gång har tjänat till att ge mig klarhet mer på en detaljnivå och det fyller därmed inget självständigt syfte att ta upp de olika källorna i detta

³⁹ Brå, 2020.

sammanhang. För en fullständig litteraturöversikt hänvisas till källförteckningen i slutet av uppsatsen.

1.7 Metod

Avseende tingsrättsdomarna använder jag mig av en empirisk metod, där empirin utgörs av underrättsdomar. En djupläsning görs av dessa domar, där jag gör en detaljanalys av materialet utifrån de bestämda frågeställningarna. Därefter sammanfattas analysresultatet och mina slutsatser presenteras i det nästkommande avsnittet. Genom dessa slutsatser urskiljs självständigheten i denna uppsats i form av en frigörelse från materialet. Detta sker genom att jag drar egna slutsatser baserat på det material som ligger till grund för undersökningen.⁴⁰

Hela uppsatsen präglas av traditionell rättsdogmatisk metod, men har inslag av rättsanalytisk metod. Den senare skiljer sig från den traditionella rättsdogmatiska metoden på så vis att den inte är strikt bunden till de auktoritativa rättskällorna. I korta ordalag går rättsdogmatisk metod ut på att söka fastställa gällande rätt. Detta kan endast göras med stöd av de sedvanliga rättskällorna och utesluter i princip allt material som inte anses vara källor som konstituerar gällande rätt i Sverige. Därmed kan ledning inte hämtas från exempelvis utländska rättskällor eller avgöranden från underrätterna, då dessa anses ha marginell betydelse. Sådant material kan dock användas för att kunna påvisa svagheter i analysen av vad som utgör gällande rätt, vilket då blir en begränsning vid användandet av rättsdogmatisk metod.⁴¹ Vid användningen av rättsanalytisk metod kan däremot i stort sett alla former av material användas till hjälp för analysen, vilket är passande eftersom syftet i detta fall är att analysera tillämpningen av rätten snarare än att söka ”fastställa gällande rätt”. Däremot kan detta mycket väl utgöra ett led i analysen, det stannar bara inte där.⁴²

Anledningen till att jag valt denna metod är för att det rättsanalytiska synsättet skiljer sig från rättsdogmatiken. Man ser på argumentationen inom rättsvetenskapen som fri, där rättssystemet anses vara öppet och sakna förmågan att presentera *ett* svar som kan anses vara det ”rätta” avseende rättsliga problem. Detta emanerar från rättsrealismen, vilken utgår ifrån att det kan finnas flera legitima valmöjligheter då ett rättsligt problem ska lösas. Den rättsanalytiska metoden ger öppningar för detta synsätt, vilket skiljer sig från rättsdogmatikens föreställning om att det finns

⁴⁰ Sandgren, 2018, s. 43.

⁴¹ A.a. s. 48 f.

⁴² A.a. s. 51.

ett givet ”rätt” svar.⁴³ Sammanfattningsvis är den rättsanalytiska metoden bredare, friare och mer flexibel än den strikt rättsdogmatiska, genom att man inte bara fastställer gällande rätt, utan som en naturlig del i detta också kritiserar den. Till hjälp för detta finns i princip inga begränsningar avseende materialet, varför jag anser att den kan ge en mer nyanserad bild av rättsläget.⁴⁴ Detta bl.a. eftersom värderingar tillåts att ges utrymme inom ramen för analysen. I denna uppsats har jag, som bekant, valt att anlägga ett rättssäkerhetsperspektiv.

Vid författandet av uppsatsen utgår jag mestadels ifrån straffrättsliga och i någon mån processrättsliga begrepp. Då en stor del av det material som ligger till grund för uppsatsen utgörs av empiri snarare än rättskällematerial kan det sägas att det i de avsnitten sker en växelverkan mellan material och metod. Jag använder mig här av empiri som hjälpmedel för min analys; materialet är empiri och metoden rättsanalytisk. Vad gäller undersökningen som hänförs till den första frågeställningens första del, alltså den teoretiska delen, är denna mer präglad av klassisk rättsdogmatisk metod.

1.8 Forskningsläge och ämnesaktualitet inom den svenska rättsvetenskapen

Uppsatsen skrivs inom ramen för forskningsprojektet *Våldtäkt eller samtycke? Effekter av den nya våldtäktslagstiftningen på rättsligt tänkande och praktik*, vilket är ett tvärvetenskapligt projekt av Moa Bladini för juridiska institutionen samt Åsa Wettergren och Sara Uhnoo för institutionen för sociologi och arbetsvetenskap. Under terminen skriver även en annan juriststudent, Agnes Försth, sitt examensarbete inom ramen för detta projekt. Hennes arbete har till syfte att utreda brottet köp av sexuell tjänst i förhållande till den nya våldtäktslagstiftningen.

Vad gäller forskningsläget utgår jag från den svenska kontexten och avgränsar mig till juridiska arbeten. Dessutom avgränsas min sökning ytterligare genom att endast avse forskning som tillkommit efter att de nya lagändringarna tillkom, vilket av naturliga skäl inte gett så mycket resultat med hänsyn till tidsaspekten. Det finns en del forskning på området inom andra discipliner, men dessa lämnas alltså utanför då de inte har någon direkt relevans för syftet med detta arbete. Att det skrivs inom ramen för ett större projekt talar ensamt för att det finns ett nyhetsvärde då området ännu inte hunnit utforskas och revideras. Då lagändringarna trädde i kraft så sent som i

⁴³ Sandgren, 2018, s. 50 f.

⁴⁴ Ibid.

juli 2018 finns alltså inte särskilt mycket forskning att tillgå än så länge. Två artiklar av särskilt intresse för området har publicerats, den ena i SvJT av Hanna Gustafsson Yakoub och den andra i JT av Suzanne Wennberg. Gustafsson Yakoub's artikel analyserar konstruktionen av brottet och lämnar förslag på hur en annorlunda konstruktion hade kunnat bidra till bättre förutsebarhet och tydlighet.⁴⁵ Wennbergs artikel behandlar konstruktionen av våldtäktsbestämmelsen, specifikt utifrån de förslag som givits av sexualbrottskommittén, Lagrådet, samt propositionen. Wennberg menar att de argument som framförs i propositionen till viss del är ologiska och kan vara bidragande till att bestämmelsen är oklar och mångtydig.⁴⁶ Gemensamt för artiklarna är att de främst handlar om konstruktionen, och inte tillämpningen av våldtäktsbestämmelsen.

Härutöver finns ett antal studentuppsatser, varav de som ligger närmst denna redovisas kort för i det följande. Från juridiska fakulteten i Lund finns *Vad är ett frivilligt deltagande?*⁴⁷ – vilken tar sikte på själva frivillighetsrekvisitet i sig, samt *Oaktsam våldtäkt – en oaktsam reglering*⁴⁸ – som anlägger ett brottsofferperspektiv. Båda dessa är från 2019, den förra från höstterminen och den senare från vårterminen. Den första skiljer sig från min på så vis att författaren helt utgår ifrån frivillighetsrekvisitet i sig, där författaren gör en mer djupgående analys av lagstiftning och förarbeten i förhållande till just det rekvisitet. Hon gör i likhet med mig en rättsfallsanalys, men med andra frågeställningar. Hon fokuserar också på fall från hovrätterna, medan denna uppsats huvudsakligen behandlar domar från tingsrätterna. De domar som behandlas i detta arbete ligger också senare i tiden. Den senare uppsatsen utgår ifrån ett brottsofferperspektiv och författaren tar hjälp av andra vetenskapliga discipliner än juridiken, alltså har även den ett annat fokus än förevarande arbete. Vidare finns ett examensarbete från Örebro universitet som heter *Oaktsam våldtäkt – en studie av den nya våldtäktslagstiftningen*.⁴⁹ Författaren gör i detta arbete en komparativ studie och skiljer sig där ifrån mitt arbete, som endast fokuserar på den svenska regleringen och tillämpningen.

1.9 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i två delar. Den första är av mer teoretisk, klassiskt rättsvetenskaplig karaktär. Här redogörs, förutom val av teori, metod och uppsatsens syfte ovan, för den rättsliga

⁴⁵ Gustafsson Yakoub, 2020, s. 117 f.

⁴⁶ Wennberg, 2020, s. 304.

⁴⁷ Uppsatsen är författad av Frida Danielsen, som handletts av Ulrika Andersson.

⁴⁸ Uppsatsen är författad av Sofia Walldén, som handletts av Sverker Jönsson.

⁴⁹ Uppsatsen är författad av Miranda Axelsson, som handletts av Jens Lindborg.

konstruktionen av våldtäktsbestämmelserna – såväl historiskt som i nutid i avsnitt 2. Vidare görs en mer ingående redovisning av begreppen uppsåt och oaktsamhet i avsnitt 3.1 – 3.2. En redogörelse för relevant praxis görs också i avsnitt 3.3. I avsnitt 4 görs en kortare redogörelse som är av mer processrättslig karaktär då den handlar om bevisning.

Uppsatsens andra del är mer inriktad på den praktiska sidan av den nya lagstiftningen. Avsnitt 5 innehåller en sammanfattande redovisning av det som framkommit av Brå-rapporten från tidigare i år, vilken har mycket stor relevans i förhållande till det område uppsatsen ämnar utforska. I avsnitt 6 redogörs för de tingsrättsdomar som jag valt ut för jämförelse. Slutligen görs en analys i avsnitt 7 och 8 samt avslutande reflektioner i avsnitt 9. I de tre avslutande avsnitten besvaras frågeställningarna och jag redogör för mina sammanfattande slutsatser.

2 Konstruktionen av våldtäktsbestämmelserna

Våldtäktsbrottet är ett av de brott som reformerats mest över tid, i synnerhet under de senaste årtiondena. Det är en politiskt laddad fråga som har förändrats i takt med det allmänna rättsmedvetandet. Det är intressant som exempel på samspelet mellan juridik och politik.⁵⁰ Det har även varit en kärnfråga för den feministiska rörelsen.⁵¹ För att förstå hur och varför de nya bestämmelserna kommit att se ut som de gör anser jag att det är av vikt att förstå de överväganden som legat till grund för dessa och också se brottet ur ett historiskt perspektiv. Detta för att kunna ge läsaren en mer kritisk och nyanserad bild av den nuvarande konstruktionen.

2.1 Historisk tillbakablick på den rättsliga regleringen av våldtäkt

Diesen hävdar att den ditintills varande (före lagändringarna 2018) synen på våldtäktsbrottet var medeltida.⁵² Våldtäkt har alltid varit ett allvarligt brott men med olika, skiftande skyddsintressen. Från början var det ett egendomsbrott, då kvinnan ansågs vara mannens egendom. Brottet var därför inte riktat mot den våldtagna kvinnan, utan mot mannen som hade någon form av rådighet över kvinnan, exempelvis såsom make eller far.⁵³ Genom 1864 års strafflag upphörde våldtäktsbrottet att vara ett egendomsbrott och skulle istället ses som ett brott mot den enskildes

⁵⁰ Leijonhufvud, 2015, s. 10 f.

⁵¹ Se exempelvis Munro, 2010, s. 2 f.

⁵² Diesen, 2013, s. 91.

⁵³ Diesen, 2018 och Sutorius, 2014, s. 38 ff.

frihet. Den sexuella karaktären av brottet ansågs därvid underordnad. Bestämmelsen placerades, till skillnad från de övriga sexualbrotten, i strafflagens 15:e kapitel om frihetsbrott. Härmed förändrades skyddsobjektet till att vara kvinnans frihet, med andra ord hennes skydd från våld.⁵⁴

Under 1900-talets senare hälft intensifierades våldtäktsdebatten och lagförslagen kom allt tätare. Genom 1965 års brottsbalk placerades våldtäktsbestämmelsen tillsammans med de övriga sexualbrotten, i kapitlet om sedlighetsbrotten. Först i dessa förarbeten uppgavs den sexuella integriteten såsom skyddsvärd.⁵⁵ Denna var dock villkorad och avsåg inte alla kvinnor. I princip avsågs den ärbara kvinnans sexualitet, förutsatt att det inte var hennes make som gjorde anspråk på den. Vid denna tid gjordes en gradindelning av våldtäktsbestämmelsen, där det lindrigare brottet kallades våldförande och avsåg de situationer där rekvisiten för våldtäkt i och för sig var uppfyllda, men omständigheter som gjorde brottet mindre allvarligt förelåg. En sådan omständighet angavs i lagen vara kvinnans förhållande till mannen, vilket hade en avgörande betydelse för bedömningen av brottets grovhet. Våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserades förvisso vid denna tidpunkt, det rubricerades dock oavsett handlingens art aldrig som våldtäkt utan hänfördes alltid till det mindre allvarliga brottet våldförande.⁵⁶ I förarbetena angavs som exempel på förmildrande omständigheter att kvinnan och mannen stått i intim förbindelse till varandra eller att kvinnan inte kallat på hjälp i de fall detta varit möjligt. Även fall då hon föranlett den sexuella handlingen, eller gjort vissa närmanden, ansågs verka i förmildrande riktning.⁵⁷ De starka reaktioner som uppvisades mot att klassa övergrepp inom äktenskapet som våldtäkt har enligt Leijonhufvud sina rötter i den klassiska liberala rättsstatsmodellen, där man skiljer det privata från det offentliga, varav det förra skulle hållas skyddat från statens inblandning.⁵⁸

Vidare fordrades en viss grovhet i våldet som brukats gentemot kvinnan vid övergreppet. Detta våld skulle vara av betydligt allvarligare art än det som krävdes för att uppfylla rekvisiten i lagrummet som reglerade rån. Det skulle vara fråga om s.k. *absolut våld*. Detta våld skulle enligt förarbetena ha ”brutit ett till det yttersta gjort motstånd eller på annat sätt fullständigt betvingat kvinnan, t.ex. så att hon genom misshandel omedelbart satts ur stånd att bjuda effektivt motstånd.”⁵⁹

⁵⁴ Diesen, 2018 och Sutorius, 2014, s. 44.

⁵⁵ SOU 1953:14 s. 202.

⁵⁶ Sutorius, 2014, s. 46 f.

⁵⁷ SOU 1953:14 s. 234.

⁵⁸ Leijonhufvud, 2015, s. 23.

⁵⁹ SOU 1953:14 s. 232.

Efter flera förslag under 70- och 80-talen som kom att förkastas, kom slutligen brottsbalkens sjätte kapitel om sexualbrott att revideras år 1984. Först då uttryckte lagstiftaren en önskan att göra upp med en diskriminerande kvinnoyn. Genom dessa lagändringar kom fokus att inriktas på själva övergreppet istället för att, som tidigare, handla om kvinnans föregående beteende. Lagstiftningen gjordes könsneutral och kvinnans sexuella självbestämmanderätt uttrycktes explicit. Nu kom övergrepp att kunna rubriceras som våldtäkt, oavsett hur kvinnan betett sig före, under och efter övergreppet samt utan hänsyn till hennes relation till gärningsmannen. Dessa var faktorer som tidigare genererat antingen en dom avseende det mindre allvarliga brottet våldförande eller verkat i friande riktning. Det var alltså först genom 1984 års lag som värnandet om den kroppsliga integriteten även kom att omfatta kvinnor. I förarbetena till lagen angavs uttryckligen att en kvinnas nej till sexuellt umgänge ovillkorligen skulle respekteras i varje situation. Kvinnan skulle inte heller behöva göra något fysiskt motstånd om hon på annat sätt klargjort att hon inte ville ha sex. Här skiftades också fokus vid bedömningen av brottet till att fokusera på den sexuella kränkningens natur snarare än den sexuella handlingen i sig.⁶⁰ Dock var det centrala vid bedömningen fortfarande att offret skulle ha utsatts för ett sexuellt övergrepp genom våld eller hot och att detta övergrepp skulle innefatta ett påtvingat samlag eller därmed jämförligt umgänge.⁶¹

Våldtäktsbestämmelsen utvidgades ytterligare genom en lagändring 1998 och kom därmed att innefatta också de mer allvarliga sexuella kränkningarna, även om dessa inte var direkt jämförliga med samlag.⁶² Vid denna tid förelåg en diskrepans mellan syftena i lagförarbetena och utformningen av lagrummet. Enligt förarbetena skulle varje individs önskan att inte vilja ha samlag ovillkorligen respekteras, samtidigt som det enligt lagen förutsattes ett våldsamt betvingande av ett motstånd (hos offret) för att anses utgöra en brottslig handling. Vidare skrevs i förarbetena att det i princip inte krävdes något fysiskt motstånd från offret om hen på något sätt gjort klart att hen inte ville, medan kravet enligt lagen var att antingen rekvisitet för våld eller tvång var uppfyllt.⁶³

⁶⁰ Prop. 1983/84:105 s. 69.

⁶¹ A. a. s. 76. Även begreppet umgänge är något som reviderats vid senare lagändringar, då det insinuerar att det är en gemensam handling.

⁶² Prop. 1997/98 s. 91.

⁶³ Sutorius, 2014 s. 50 f.

2.2 Vägen till den nya ”samtyckeslagen”⁶⁴

Mot bakgrund av den i föregående avsnitt presenterade paradoxen som rådde mellan förarbetena och lagen, tillsattes under 2000-talet två statliga utredningar avseende brottsbalkens kapitel om sexualbrotten. I dessa diskuterades särskilt den lösning som funnits i England alltsedan 1976, där våldtäktsbestämmelsen bygger på bristande samtycke. Detta var dock något som lagstiftaren satte sig emot. Den viktigaste förändringen som genomfördes genom reformen 2005 var att utnyttjande av s.k. hjälplöst tillstånd, vilket tidigare klassificerades som det lindrigare brottet *sexuellt utnyttjande* inkorporerades i våldtäktsbegreppet.⁶⁵ Paragrafen utvidgades således ytterligare något genom dessa förändringar.

2.2.1 Ytterligare lagförslag

Kort tid efter att de nya lagändringarna trätt i kraft tillsattes en ny utredning, 2008 års sexualbrottsutredning, vilken kom med sitt betänkande 2010.⁶⁶ Syftet var dels att utvärdera lagen, men också att återigen utreda om det ditintillsvarande kravet på tvång kunde ersättas med bristande samtycke. Utredningen kom också att föreslå en sådan lösning, i första hand som ett kompletterande brott och i andra hand som en ersättning av själva våldtäktsparagrafen så som den såg ut då. Förslaget kom dock att förkastas av regeringen vid propositionens tillkomst 2013. Utredningen föreslog också en förändring av begreppet *hjälpöst tillstånd* genom att utvidga begreppet så att det även skulle omfatta den som med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet. Detta ledde till en revidering av rekvisitet och våldtäktsparagrafen kom att utökas med en exemplifierande lista på tillfällen då en person kan anses befinna sig i en *särskilt utsatt situation*. Detta var dock en fråga som redan varit på tapeten inför lagändringen 2005, men som då inte kom att leda till lagstiftning.⁶⁷ Någon reglering som byggde på bristande samtycke infördes, trots omfattande diskussioner härom, inte.⁶⁸

⁶⁴ Anledningen till att jag satt begreppet inom citationstecken är att det är så ofta kallas i folkmun, men däremot blir det missvisande i den straffrättsliga kontexten. Våldtäktsbestämmelserna handlar om en reglering som är byggd på frivillighet, vilket skiljer sig från hur ansvarsfrihetsgrunden samtycke formuleras i 24 kap 7 § BrB. Jag återkommer till detta i avsnitt 2.3.1 nedan.

⁶⁵ SOU 2001:14 s. 537 ff.

⁶⁶ SOU 2010:71.

⁶⁷ Leijonhufvud, 2015, s. 57.

⁶⁸ Prop. 2012/13:111 s. 18 f.

Professor Madeleine Leijonhufvud skrev ett omfattande betänkande med syfte att undersöka vad som krävdes för att ge den sexuella integriteten ett fullgott lagskydd.⁶⁹ Härvid undersökte hon bl.a. vad som krävdes för att uppfylla Sveriges internationella åtaganden, både genom Europakonventionen och Internationella brottmålskonventionen, där hon kom fram till att Sverige inte levde upp till dessa krav.⁷⁰ Ytterligare aspekter som undersöktes i förhållande till lagskyddet var vad som krävdes för att motsvara vår tids syn på sexualitet, samt för att upprätthålla rättssäkerhet. Sammanfattningsvis kom hon fram till att den allmänna uppfattningen vid den tiden var att det krävdes en lagstiftning baserad på frivillighet ur ett jämställdhetsperspektiv, att behovet av en lag som fastslår den kroppsliga självbestämmanderätten var tydligt och att det fanns utbredda kunskaper om att en kvinna som blir våldtagen oftast varken skriker eller slåss, utan blir paralyserad, s.k. frozen fright syndrome. Lagstiftningen fångade inte upp dessa fall såsom den var konstruerad och behövde därför reformeras.⁷¹ Gällande rättssäkerheten skulle den inte hotas av en lagstiftning som bygger på frivillighet. Argument som lyftes emot var bl.a. att bevisbördan skulle flyttas från åklagaren till den tilltalade, samt att beviskraven skulle sänkas i sexualbrottsmålen efter en dylik förändring. Sådant var helt oförenligt med såväl våra inhemska straffrättsliga grundprinciper som de krav som uppställs enligt EKMR. Risken för att vi skulle tumma på dessa regler ansågs därför inte föreligga. Hon presenterade en väl genomtänkt lösning på hur sexualbrottet skulle kunna baseras på avsaknaden av frivillighet och hur det fortfarande skulle vara upp till åklagaren att bevisa detta.⁷² I detta förslag skulle den gärning då man har sex med någon som inte deltar frivilligt inte rubriceras som våldtäkt, utan som *sexuellt utnyttjande*. Man valde dock trots detta, som ovan nämnt, att inte införa någon reglering baserad på samtycke (eller, mer korrekt, avsaknad av frivillighet). För att klassas som våldtäkt var fortfarande förekomsten av våld, hot eller tvång nödvändiga rekvisit.

2.2.2 Den stora reformationen av sexualbrotten

Som ovan redovisats genomfördes inga större förändringar i sexualbrottslagstiftningen 2013, trots de många utredningarnas resultat. Redan året därpå tillsattes en ny utredning med uppdrag att göra en översyn av våldtäktsbrottet och särskilt undersöka möjligheterna att införa ett oaktsamhetsansvar.⁷³ I denna SOU utreddes återigen möjligheterna till att utvidga

⁶⁹ Leijonhufvud, 2008.

⁷⁰ Leijonhufvud, 2008, s 72 ff.

⁷¹ A.a. s. 75 ff.

⁷² A.a. s. 86 ff.

⁷³ SOU 2016:60 s. 3.

våldtäktsbestämmelsen, så att det förutom krav på våld, hot eller tvång också skulle finnas ett allmänt frivillighetsrekvisit, eller en samtyckesbaserad regleringsmodell, som det uttrycktes.⁷⁴ Här fastställdes att det fanns ett behov av att utvidga lagstiftningen så att den som genomför en sexuell handling med någon som inte deltar frivilligt, ska omfattas av straffansvaret. Det konstaterades vidare att den utökning som skedde genom lagändringarna 2013 inte var tillräcklig för att tillgodose skyddet för den sexuella integriteten.⁷⁵ De situationer som hamnade utanför var när en person genomfört en sexuell handling med någon som inte ville delta, men detta skett utan inslag av tvång eller våld och där målsäganden inte heller befunnit sig i en särskilt utsatt situation eller beroendeställning. Detta var enligt utredningen ett påtagligt straffvärt handlande, som vid en genomgång av praxis visats ha bedömts som *sexuellt ofredande*, trots att gärningen bestått av samlag eller därmed jämförbar handling. Detta måste anses problematiskt, eftersom sexuellt ofredande enligt förarbetena skulle avse andra sexuella beröringar och handlingar än de som omfattades av själva begreppet sexuell handling. Sexuellt utnyttjande hade bl.a. en mycket lägre straffskala än våldtäkt och ansågs inte lika allvarligt. Det konstaterades att dessa handlingar utgör en påtaglig kränkning av offret och att handlandet därmed borde kriminaliseras som ett svårare brott.⁷⁶

Hösten 2017 skakades världen av #metoo-rörelsen. Genom den ökade medvetenheten om sexuella övergrepp och det förändrade samhällsklimatet ökade påtryckningarna ännu mer. Detta utmynnade till sist i den proposition som ligger till grund för de nuvarande bestämmelserna.⁷⁷ I denna går det att se helt andra argument än de som förts i de tidigare förarbetena, och de förändringar som genomfördes måste anses ganska radikala i förhållande till de mindre steg som tagits i denna riktning tidigare. Först nu ansåg regeringen att gränsen för straffbar handling bör dras med utgångspunkt i om deltagandet i en sexuell aktivitet varit frivilligt eller inte. Nu föreslogs också att det skulle införas ett särskilt oaktsamhetsbrott. Detta bemöttes både positivt och negativt av remissinstanserna. Ett argument som flera av dessa framförde var att man gärna väntade med att införa ett oaktsamhetsbrott tills man sett konsekvenserna av den nya, utvidgade lagstiftningen. Som exempel ifrågasatte Domstolsverket nödvändigheten hos en kriminalisering av oaktsamhet och menade att det kanske kan vara tillräckligt att den nedre gränsen går vid ett likgiltighetsuppsåt.⁷⁸

⁷⁴ A.bet. s. 176.

⁷⁵ SOU 2016:60 s 176 ff.

⁷⁶ A.bet. s. 178 f.

⁷⁷ Prop. 2017/18:177.

⁷⁸ A. prop. s. 20.

Lagrådet valde att avstyrka samtliga av de föreslagna ändringarna. Bland annat med motiveringen att det genom de föreslagna bestämmelserna skulle införas ett helt nytt grundläggande brottsrekvisit (frivillighet) som hade en obestämd innebörd. Detta uppfyllde inte kraven på förutsebarhet, menades det, och kommer därmed i konflikt med den straffrättsliga legalitetsprincipen. Bedömningen av frivilligheten kunde ske först i efterhand och var därför beroende av ett normativt ställningstagande från den enskilde domaren. Vidare saknades det enligt Lagrådet ett rättsligt behov av en reglering som den föreslagna, då de ansåg att såväl passivitets- som överrumplingsfall omfattades av den tidigare lydelsen.⁷⁹

Lagändringarna genomfördes som bekant ändå och trädde i kraft den 1 juli 2018.

2.3 Dagens bestämmelser om våldtäkt

Utformningen av paragraferna kom att se ut på följande sätt:

BrB 6 kap.

1 § Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

Är brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år.

Är brott som avses i första stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en har förgripit sig på offret

⁷⁹ Prop. 2017/18:177 s. 131 f.

eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

1 a § Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten 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.

Som synes genomgick lagstiftningen omfattande förändringar, vilka ska redogöras för närmare i det följande. Den största förändringen i bestämmelsen om våldtäkt är att bedömningen nu ska göras med utgångspunkt i om deltagandet har varit frivilligt eller inte. Här går alltså gränsen mellan straffbar och straffri gärning. Bedömningen ska ta sikte på om frivillighet förelegat då den sexuella handlingen företogs och om den bestått under hela handlingen. För att avgöra om målsäganden deltagit frivilligt eller inte ska bedömningen grundas på situationen i dess helhet. Hänsyn kan inte tas till målsägandens inre önskan att inte delta i den sexuella handlingen, om denne ändå valt att delta. Det avgörande är istället huruvida personen haft möjlighet att fritt ta ställning till om denne vill delta eller inte.⁸⁰

Även situationer där målsäganden har tagit initiativ till handlingen, men därefter inte deltagit frivilligt, omfattas av straffansvaret. Vidare omfattas även sexuella handlingar som består i att den person som inte deltar frivilligt, utför handlingen på sig själv eller med någon annan än gärningsmannen. Gärningar som företas på distans, utan att gärningsmannen deltar fysiskt, omfattas också av det straffbara området.⁸¹

För att kunna avgöra om deltagandet har varit frivilligt krävs inte att frivilligheten ska ha manifesterats på något vis, däremot menas med paragrafens andra mening, att det *särskilt ska beaktas* om frivilligheten kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Med detta avses inte nödvändigtvis verbala uttryck, utan exempelvis minspel och kroppsspråk är faktorer som vägs in i bedömningen. Enligt förarbetena ska utgångspunkten vara att en person som deltar i en sexuell handling gör detta frivilligt, och därmed ger uttryck för sin frivillighet. Vid frånvaro av sådana uttryck bör det typiskt sett förstås så som att deltagandet inte varit frivilligt. Förarbetena redogör också för vad som kallas tyst samtycke, vilket kan innebära att frivillighet

⁸⁰ Prop. 2017/18:177 s. 33

⁸¹ A. prop. s. 18.

förelegat trots att målsäganden varit förhållandevis passiv. Däremot poängteras det att om saken kommer under rättslig prövning och målsäganden förnekar frivilligheten, får det krävas något som tyder på att samtycke förelegat.⁸² Här omfattas alltså fall där målsäganden uppvisat passivitet, vilket också faller in under andra punkten i lagrummet. Skillnaden är att om något av rekvisiten i punkterna 1–3 anses uppfyllt behöver någon bedömning av frivilligheten inte göras, utan det ska ses som en presumtion för att frivillighet inte förelegat.⁸³

De gärningar som tidigare utgjort våldtäkt återfinns nu i punkterna 1–2 i lagrummet. Innan lagändringarna 2018 reglerades det som numera återfinns i tredje punkten i 6 kap. 3 § BrB och rubricerades som sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning. Numera anses alltså även detta utgöra en våldtäkt. Vid dessa situationer ska deltagandet aldrig ha varit frivilligt, inte ens om målsäganden uttryckt att denne vill delta. Även här syns med andra ord en utvidgning av det straffbara området.

Vid reformationen av sexualbrotten infördes också den nya brottsrubriceringen oaktsam våldtäkt i ett eget lagrum.⁸⁴ För straffansvar krävs att de objektiva rekvisiten i 1 § föreligger, med den skillnaden att gärningsmannen inte haft uppsåt till handlingen. Det räcker med att gärningsmannen varit grovt oaktsam i förhållande till frånvaron av frivillighet hos målsäganden. Enligt förarbetena är syftet med kravet på grov oaktsamhet avsett att fånga upp de gärningar som, trots att uppsåt inte föreligger, anses påtagligt straffvärda. Det ska handla om kvalificerad oaktsamhet. I nästa kapitel redogörs mer för hur denna prövning går till.⁸⁵

2.3.1 Frivillighet istället för samtycke

Begreppet frivillighet har valts istället för begreppet samtycke, som är vanligt förekommande såväl i den allmänna debatten som i tidigare förarbeten. Detta av flera anledningar. En av dessa är att det redan förekommer en bestämmelse i BrB där samtycke utgör en ansvarsfrihetsgrund, jfr 24 kap. 7 §. Här har begreppet samtycke getts en specifik betydelse, som inte överensstämmer med den betydelse det skulle få i sexualbrottsliga sammanhang. Om begreppet hade kunnat utgöra en grund

⁸² A. prop. 79 f.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ 6 kap. 1a § BrB, se ovan s. 24.

⁸⁵ Prop. 2017/18:177 s. 84.

för straffansvar i dessa sammanhang, hade även fall där målsäganden inte haft full insikt i vad samtycket inneburit också omfattats av straffansvaret.

Som exempel nämns att någon skulle lura till sig sexuellt umgänge under förevändningen att denne är en känd person, eller lämna felaktiga uppgifter om förekomst av könssjukdomar eller preventivmedel. Enligt ansvarsfrihetsbestämmelsen innebär detta att villfarelsen leder till att samtycket inte anses giltigt. Sådana vilseledanden kan dock inte leda till straffansvar för sexualbrott. Med andra ord hade området blivit alltför utvidgat vid användandet av begreppet samtycke som rekvisit. Begreppet frivillighet anses därmed mer adekvat.⁸⁶ Det kan dock framstå som förvirrande att det ändå beskrivs i termer som t.ex. ”tyst samtycke” i förarbetena, men jag tolkar det som att det är själva lagtexten de tar sikte på vid dessa diskussioner.

3 Uppsåt eller oaktsamhet?

För att en gärning ska anses brottslig krävs som utgångspunkt att den ska ha begåtts uppsåtligen, jfr BrB 1 kap 2 §. Detta innebär att kravet på uppsåt inte behöver anges uttryckligen i varje straffbestämmelse, utan är en förutsättning för alla brott. Om det däremot även uppställs ansvar för oaktsamhet måste detta anges explicit i lagrummet. Det finns idag tre allmänt vedertagna typer av uppsåt, vilka betecknas avsiktssuppsåt, insiktssuppsåt och likgiltighetsuppsåt.⁸⁷ Kortfattat kan sägas följande om de två förstnämnda formerna. Avsiktssuppsåt anses föreligga om en gärningsperson förövar en gärning med avsikt att en viss följd ska inträda. Syftet med gärningen är alltså följden.⁸⁸ Vid insiktssuppsåt ser gärningspersonen att det är sannolikt att en viss följd kommer att inträda genom gärningen. Hen har då vad som kallas praktisk visshet. Hen ser följden som praktiskt taget oundviklig.⁸⁹ Jag kommer inte att gå in närmare än så på de två förstnämnda uppsåtsformerna, utan fokuserar på den lägsta graden av uppsåt, likgiltighetsuppsåt, då det är vad som är av intresse för gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet som jag avser att undersöka. Syftet med detta kapitel är att undersöka hur gränsdragningen görs i teorin samt hur de olika begreppen definieras.⁹⁰ Detta för att sedan, i nästkommande kapitel, kunna jämföra med hur de tillämpas i praktiken. Anledningen till att jag väljer att redogöra för oaktsamheten först är av pedagogiska skäl, då

⁸⁶ A. prop. s. 30 f.

⁸⁷ Jfr NJA 2004 s. 176 och NJA 2005 s. 732, samt Asp, Ulväng & Jareborg s. 284 ff.

⁸⁸ Asp, Ulväng & Jareborg s. 287.

⁸⁹ A.a. s. 289.

⁹⁰ Det jag avser med begreppet ”i teorin” är de traditionella rättskällorna. Alltså lagtext, prejudikat från HD, förarbeten och doktrin.

bedömningen av likgiltighets uppsåt motsvarar den bedömning som görs av oaktsamhet i första ledet. Därefter krävs ytterligare omständigheter för att nå upp till kravet på uppsåt. Se mer om detta nedan.

3.1 Begreppet oaktsamhet

Oaktsamhet är inget begrepp som definieras i lagen, utan är en s.k. standard, vilket innebär att det är ett rättsligt begrepp vars innebörd ges av utomrättsliga regler. Dock får oaktsamhet i den straffrättsliga kontexten alltid anses innebära en avvikelse från önskvärd handlande, alltså att man avviker från önskvärd aktsamhet. Det får också anses klart att det måste krävas ett visst mått av oaktsamhet för att det ska kunna grunda straffansvar. Oaktsamhet i straffrättslig mening innebär alltid att gärningspersonen gjort ett risktagande, som gör att det funnits goda skäl att avstå från handlingen. Sedan det konstaterats att ett handlande anses oaktsamt görs en skillnad på om oaktsamheten varit medveten eller omedveten.⁹¹

Vid *omedveten oaktsamhet* har gärningspersonen varken insett eller haft en misstanke om att denne var i färd med att föröva en straffbar gärning, dock *borde* hen ha insett det. Man brukar då fråga vad gärningspersonen kunde gjort för att komma till insikt eller misstanke. Därefter frågas om det är rimligt att begära att hen gör denna kontroll, för att komma till insikt eller misstanke, med hänsyn till personens färdigheter och förmågor. Om gärningspersonen borde ha förstått att en viss omständighet förelåg, eller att en viss effekt skulle inträda, föreligger alltså omedveten oaktsamhet. Härtill krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan gärningspersonens passivitet och omedvetenheten som föreligger. Med andra ord; om man genom ett hypotetiskt test kommer fram till att gärningsmannen om denne skulle gjort det som krävts av honom ändå inte skulle ha kommit till insikt, räcker inte detta för straffansvar.⁹²

Sett till situationen där frågan är kopplad till målsägandens frivillighet vid en sexuell handling, hade det räckt att gärningsmannen på något sätt förvissade sig om att hon deltog frivilligt. Om då gärningsmannen hade gjort något för att kontrollera frivilligheten skulle denne kommit till insikt om att deltagandet inte var frivilligt, men han underlät att utföra den enkla kontrollen. Det kan vara en situation som omfattas av straffansvaret. Dock gäller detta endast vid allvarligare gärningar,

⁹¹ Ågren m.fl. s. 97.

⁹² A.a. s. 97 ff.

som anses *påtagligt straffvärda*, mer om detta i avsnitt 3.3 nedan. I bestämmelsen om oaktsam våldtäkt ska det subjektiva rekviritet *grov oaktsamhet* vara uppfyllt för att straffansvar ska föreligga, vilket typiskt sett förutsätter medveten oaktsamhet.

Har en gärningsperson däremot insett att det finns en möjlighet för en effekts inträde, eller en omständighets förekomst, anses denne ha tagit en risk och då har hen varit *medvetet oaktsam*. Ofta klassas medveten oaktsamhet såsom grov oaktsamhet, vilket ju är vad som stadgas i paragrafen om oaktsam våldtäkt. Prövningen av medveten oaktsamhet är densamma som prövningen av likgiltighets uppsåt i det första ledet, alltså om gärningspersonen varit likgiltig inför risken av en effekts inträde eller en omständighets förekomst. Skillnaden mellan medveten oaktsamhet och likgiltighets uppsåt ligger i andra ledet av prövningen, nämligen om gärningspersonen också är likgiltig inför riskens förverkligande. Det krävs alltså ett tydliggörande av vad likgiltigheten tar sikte på. Vid både likgiltighets uppsåt och medveten oaktsamhet är gärningsmannen likgiltig inför att det finns en risk, däremot är en person som är medvetet oaktsam inte likgiltig inför riskens förverkligande, vilket en person med likgiltighets uppsåt är. En person som varit medvetet oaktsam är med andra ord likgiltig inför risken, men räknar inte med att risken ska förverkligas och effekten ska inträda. Här syns skillnaden mot en person som är omedvetet oaktsam, då denne är likgiltig till att det överhuvudtaget finns en risk.⁹³

3.2 Begreppet likgiltighets uppsåt

Det har länge talats om den nedre gränsen av uppsåt i termer av *eventuellt* uppsåt. Med detta menas att gärningsmannen i ett konkret fall har handlat i osäkerhet, vilket kan innebära att uppsåt kan ha förelegat, men det är inte säkert. Likgiltighets uppsåtet utgör en variant av det eventuella uppsåtet.⁹⁴ Genom Högsta domstolens (HD) avgörande NJA 2004 s. 176, det s.k. HIV-fallet, fastslogs att likgiltighets uppsåt är den lägsta gränsen av uppsåt. Sedan dess talar man inte längre i termer av eventuellt uppsåt. I rättsfallet konstaterades att för att likgiltighets uppsåt ska anses föreligga, ska det vara bevisat att ”förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl att avstå från gärningen”.⁹⁵ Detta uttalande definierar gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet i svensk rätt.⁹⁶

⁹³ A.a. s. 100.

⁹⁴ Asp, Ulväng & Jareborg s. 290.

⁹⁵ NJA 2004 s. 176, på s. 18.

⁹⁶ Borgeke, 2017, s. 97.

Det kan allmänt sägas att kriterierna för att skilja uppsåt från oaktsamhet utgår från olika omständigheter, men att det gemensamma för dessa båda är att gärningspersonen vid gärningstillfället i någon mån har agerat i osäkerhet inför effektens inträde som en följd av gärningen.⁹⁷ I detta sammanhang kan också framföras att uppsåtsbedömningen i svensk rätt inte sker på en normativ nivå, dvs. vad gärningspersonen *borde* ha förstått, utan tar sikte på den faktiska situationen, alltså om gärningspersonen *faktiskt* har förstått.⁹⁸

Prövningen av om likgiltighetsuppsåt föreligger sker i två led. Först måste det ställas bortom rimligt tvivel att gärningspersonen hade insikt om att den brottsliga effekten kunde inträda genom hans handlande, alternativt att den brottsliga gärningsomständigheten förelåg vid tiden för handlandet. Detta motsvarar alltså prövningen av medveten oaktsamhet. Skillnaden är att prövningen av likgiltighetsuppsåt tar sikte på gärningspersonens *attityd* vid gärningsögonblicket, inför effektens förverkligande eller gärningsomständighetens förekomst. Hen ska ha varit likgiltig inte bara inför risken, utan också inför dess förverkligande.⁹⁹ HD poängterade att då det fanns insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet, är det typiskt sett tillräckligt för uppsåt, och att uppsåtskravet i allmänhet inte är uppfyllt i de fall när risken *enligt gärningspersonens föreställning* inte var *avsevärd*. Detta uppmärksammades dock inte tillräckligt hos underrätterna.¹⁰⁰ Införandet av termen likgiltighetsuppsåt möttes av kritik för otydlighet även inom doktrinen. En mening var t.ex. att trots att syftet med införandet av likgiltighetsuppsåt varit att skärpa till uppsåtsbedömningarna, fanns flera gränsdragningsproblem kvar. Detta ska främst ha berott på att det är svårt att bedöma gärningsmannens attityd vid gärningsögonblicket med hjälp av tillförlitliga bevisfakta.¹⁰¹

HD kom därför med ett nytt avgörande i syfte att tydliggöra hur prövningen ska företas, NJA 2016 s. 763, ”Mopedmannen”. I detta fall tog HD fasta på det tidigare uttalandet, att risken (för att effekten skulle inträda eller att gärningsomständigheten förelåg) enligt gärningspersonens uppfattning, vid gärningstillfället, måste vara avsevärd. De förtydligade också vad denna avsevärda risk innebär. I korthet uttalades att om gärningspersonen tror att en effekt ska inträda, men ändå väljer att utföra handlingen, är hen åtminstone likgiltig inför effekten. Det motsatta förhållandet

⁹⁷ Asp, Ulväng & Jareborg s. 301.

⁹⁸ Asp, 2010, s. 185.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ A.a. s. 99.

¹⁰¹ Asp, Ulväng & Jareborg, s. 304 f.

gäller också; om gärningspersonen inte tror att effekten ska inträda, kan hen typiskt sett inte anses vara likgiltig till effekten.¹⁰²

Om gärningspersonen kan konstateras ha trott att effekten ska inträda, men ändå valt att handla, har effektens förverkligande inte utgjort ett relevant skäl för denne att avstå från gärningen. I rättsfallet ger HD också vägledning i hur prövningen ska gå till.

Sammantaget uttalas att:

- prövningen ska ske med utgångspunkt i omständigheterna vid gärningstillfället. Hen ska då ha varit åtminstone medvetet oaktsam. Om detta inte är uppfyllt kan likgiltighetsuppsåtet aldrig anses vara uppfyllt.
- rätten härefter ska konstatera hur sannolikheten för effekten eller gärningsomständigheten framstod för gärningspersonen. Trodde hen att effekten skulle inträda, eller att gärningsomständigheten förelåg, utgör detta en presumtion för likgiltighetsuppsåt. Om inte, är detta en presumtion i motsatt riktning.
- presumtionen kan brytas i båda riktningarna. Även om gärningspersonen trodde att effekten skulle inträda, eller gärningsomständigheten förelåg, men ändå valde att utföra handlingen, kan hen bedömas ha varit medvetet oaktsam. Det kan även finnas tillfällen då hen inte har trott detta, men ändå bedöms ha handlat med uppsåt. De s.k. likgiltighetsmarkörer som då spelar in är exempelvis om gärningspersonens beteende har varit hänsynslöst, om hen var i ett upprört sinnestillstånd vid gärningstillfället eller om hen har haft ett intresse i gärningen. Dessa ska dock behandlas med försiktighet, då de mer undantagsvis kan bryta igenom presumtionen i ovanstående punkt.
- det straffrättsliga beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” ska tillämpas även vad gäller bedömningen av gärningspersonens uppsåt eller oaktsamhet.¹⁰³

3.3 Gränsdragningen mellan uppsåtlig och oaktsam våldtäkt enligt HD

Sedan de nya lagändringarna trädde i kraft har frågan endast prövats av HD i två rättsfall, NJA 2019 s. 668 och NJA 2019 s. 1064. Det sistnämnda emanerar dock från det första, med den skillnaden att skuldfrågan avgörs i det första och det senare avser kränkningersättning. Båda är

¹⁰² NJA 2016 s. 763 p. 17.

¹⁰³ Borgeke 2017, s. 100 ff. och NJA 2016 s. 763 p. 19 – 24.

relevanta för underrätternas tillämpning, men i olika avseenden. Vad gäller frågan om uppsåt är det endast det första fallet som har relevans.

I det första fallet hade den tilltalade dömts för våldtäkt i hovrätten, men HD ändrade rubriceringen till oaktsam våldtäkt. I fallet var det ostridigt att målsäganden hade förhållit sig passiv. Gärningsmannen var osäker på om hon var vaken eller sov när han påbörjade samlaget med henne. Gällande den omständigheten konstaterade HD att passivitet kan vara ett uttryck för att deltagandet inte är frivilligt, men också att det kan vara ett uttryck för frivilligt deltagande (jfr resonemanget om tyst samtycke i avsnitt 2.3.1 ovan). Vidare hänvisade HD till åklagarens bevisbörda och framhöll att det vid dessa situationer är åklagaren som ska bevisa att passiviteten inte har inneburit ett uttryck för samtycke hos målsäganden. Detta skiljer sig såvitt jag kan se från förarbetena, där det konstateras att om målsäganden förnekar frivilligheten, ska det krävas något som tyder på att samtycke föreläggat. Alltså inte den motsatta situationen.¹⁰⁴

Vidare konstaterade HD att det inte var tillräckligt att gärningsmannen insett risken för att målsäganden inte deltagit frivilligt, men ändå företagit sin handling. Detta utgör endast medveten oaktsamhet. För att gärningsmannen ska anses ha handlat med uppsåt krävs vidare att han ska ha varit likgiltig – inte bara inför risken – utan för att förekomsten av den relevanta omständigheten, frånvaro av frivillighet, förelåg. Denna omständighet ska inte ha varit ett relevant skäl för honom att avstå från att utföra gärningen.

Vid prövningen av om gärningsmannen varit likgiltig inför att målsäganden inte deltagit frivilligt måste de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet bedömas. Här kan omständigheter som vad som föregått den sexuella handlingen och vad som hänt efter att den företagits ha en viss betydelse. Faktorer som gärningsmannens ålder, psykiska hälsa och mognad kan också spela en viss roll. Sammantaget tar bedömningen sikte på vad gärningsmannen uppfattat ifråga om målsägandens frivillighet i den faktiska situationen och hur han förhållit sig till detta.¹⁰⁵

Vidare förtydligade HD distinktionen mellan medveten oaktsamhet och sådan omedveten oaktsamhet som ändå omfattas av straffansvaret då den är att anse som grov. Vid medveten oaktsamhet ska gärningsmannen, i likhet med situationen då likgiltighetsuppsåt föreligger, ha varit

¹⁰⁴ Prop. 2017/18: 177 s. 79 f.

¹⁰⁵ NJA 2019 s. 668 p. 26.

likgiltig, men endast inför risken att målsäganden inte deltagit frivilligt. Skillnaden mot om han handlat med uppsåt är att han hoppats på motsatsen, alltså att hon ändå ska ha deltagit frivilligt. Vid (straffbar) omedveten oaktsamhet har han inte förstått att målsäganden inte deltog frivilligt, men borde ha gjort det och klandras för att inte ha skaffat sig den kunskapen, trots att han borde ha gjort det.¹⁰⁶

I det förevarande fallet hade målsäganden tydligt uttryckt att hon inte ville ha sex med den tilltalade genom sms före de träffades. Hon hade också förhållit sig så pass passiv att gärningsmannen var osäker på om hon sov eller var vaken då han utförde de sexuella handlingarna. Han hade också skickat ett meddelande till henne efter händelsen där han bad om ursäkt då han visste att det han hade gjort var fel. Dessa omständigheter var alltså inte tillräckliga för att anse att han hade haft uppsåt, utan bevisade endast att han hade varit osäker ifråga om hur situationen skulle förstås.

Det anses bevisat att han fortsatt efter det initiala skedet, trots att han redan då insåg att det fanns en risk att målsäganden inte deltog frivilligt. Dock går hans och målsägandens uppgifter isär på så vis att hon hävdar att han fullbordat samlaget, medan han menar att han har avbrutit efter en stund, då det inte kändes bra. Denna omständighet leder enligt HD till att det finns kvarstående tvivel kring gärningsmannens likgiltighet inför att målsäganden inte deltog frivilligt och att kravet på uppsåt därmed inte kan anses uppfyllt.¹⁰⁷ Vidare anses det bevisat att han insett risken för att hon inte deltog frivilligt, och att denna insikt har bestått då han genomfört de sexuella handlingarna. Detta konstituerar medveten oaktsamhet, då det anses ha varit ett medvetet risktagande av allvarligt slag.

Mina personliga reflektioner kring detta är att det genom avgörandet inte går att dra en tydlig linje mellan likgiltighetsuppsåt och grov oaktsamhet vid mål om sexualbrott. För mig framstår det som att det faktum att gärningsmannen varit medveten om risken och ändå fortsatt att företa de sexuella handlingarna borde innebära att han varit likgiltig även inför riskens förverkligande. Han har inte gjort något för att förvissa sig om att hon deltagit frivilligt, utan har tvärtom fortsatt trots misstanke om att deltagandet inte var frivilligt. Det framkommer även att han inte vetat om hon var vaken då gärningen förövades, men han trodde ändå att hon ville ha sex. Som jag förstår det är detta en omständighet som är av betydelse för bedömningen av uppsåtet, då han insett risken men hoppats

¹⁰⁶ NJA 2019 s. 668 punkterna 26 - 28.

¹⁰⁷ N JA 2019 s. 668 p. 41.

på motsatsen. Därmed anses han inte nå upp till kravet på likgiltighetsuppsåt. Det är förstås en subjektiv bedömning som ska göras i varje enskilt fall, men om den enda omständigheten som skiljer en uppsåtlig gärning från en oaktsam är det faktum att gärningsmannen *hoppats* att kvinnan inte varit ofrivillig, torde det vara enkelt att hävda detta i efterhand och således undkomma med en lindrigare brottsrubricering och därpå följande påföljd.

4 Något om bevisvärderingen vid mål om sexualbrott

Följande avsnitt ligger i utkanten av uppsatsens fokusområde, men bör ändå finnas med då det är relevant kunskap att ha för att få en större förståelse av gränsdragningsproblematiken. Vid bedömningen av frivillighet samt gärningsmannens insikt därom, tillkommer även stödbevisning för att bättre kunna bedöma en utsagas tillförlitlighet. Även utsagan i sig utgör bevisning och är således av stor vikt för att kunna avgöra om ett brott har begåtts och vad det i så fall ska rubriceras som.

4.1 Principen om fri bevisföring och fri bevisvärdering samt vikten av stödbevisning

I svensk rätt råder sedan länge både fri bevisföring och fri bevisvärdering. Med detta menas att i princip alla bevismedel är tillåtna. Rätten behöver inte ta hänsyn till några legala regler vid bevisvärderingen.¹⁰⁸ Beviskravet ”bortom allt rimligt tvivel styrkt” gäller vid alla typer av brottmål och omfattar således även sexualbrotten. I praktiken innebär det att det ska vara uteslutet att det skett på annat sätt än så som åklagaren påstår. Dock förhåller det sig så vid våldtäktsmål, att bevisningen oftast består endast av parternas utsagor, eftersom det i de allra flesta fall inte finns någon annan än målsäganden och den tilltalade närvarande vid tiden för gärningen. Därför måste innehållet i deras utsagor bedömas noggrant för att kunna fastställa vad som anses bevisat. Detta hänger samman med uppsåtsbedömningen på flera vis. Dels är det gärningsmannens berättelse om vad som hänt som ligger till grund för bedömningen av om han kan anses ha varit oaktsam eller ha haft uppsåt till hur målsäganden upplevt händelsen. Dels är också målsägandens utsaga av stor vikt, både för att se hur den korresponderar med, respektive avviker ifrån gärningsmannens berättelse och hur väl den hänger samman med åklagarens gärningsbeskrivning. Genom den nya lagstiftningen är målsägandens utsaga också avgörande i förhållande till det grundläggande

¹⁰⁸ Ekelöf, 2009, s. 26.

frivillighetsrekvisitet, och om gärningsmannen i sin tur haft uppsåt eller varit grovt oaktsam i förhållande till den bristande frivilligheten.

HD har i NJA 2017 s. 316 (I) förtydligat sin tidigare praxis och framhåller att det för en fällande dom i ett mål om sexualbrott kan vara tillräckligt med en trovärdig utsaga från målsäganden i förening med vad som i övrigt framkommit i målet.¹⁰⁹ Det framhålls att en utsaga för att bedömas som trovärdig bör vara klar, lång och detaljrik.¹¹⁰ Utöver detta kan vittnen, till stöd för hur den våldtagna betett sig efter händelsen, spela en viss roll vid bevisvärderingen och då som ett indirekt stöd för målsägandens berättelse.¹¹¹

Det framgår alltså tydligt att det är berättelserna om målsäganden och gärningsmannens upplevelser som utgör den största delen av underlaget för domstolens bedömning i våldtäktsmålen. Vägledande praxis av tidigare ålder som är av vikt för bevisvärderingen vid sexualbrottsmål är också NJA 2009 s. 447 I & II och NJA 2010 s. 671. I dessa fall går HD igenom de trovärdighetsbedömningar av personen som ska göras för att kunna avgöra tillförlitligheten hos bevisningen. Sammanfattningsvis kan sägas att det i båda fallen konstateras att en alltigenom trovärdig utsaga från målsäganden, i förening med vad som i övrigt framkommit i målet, kan vara tillräckligt för fällande dom.¹¹² Det konstateras även att just trovärdighetsbedömningen av målsägandens berättelse är en huvuduppgift i mål om sexualbrott.¹¹³

4.2 Stödbevisning i brottmål

Begreppet stödbevisning beskrivs av Katrin Lainpelto som ett ”modernt praxisbegrepp”, vilket uppstått under senare år och tillämpas av domstolarna vid utformningen av domskäl.¹¹⁴ Enligt den undersökning hon gjort används begreppet stödbevisning endast av bevisning som åberopats av åklagaren, oftast till stöd för målsägandens berättelse.¹¹⁵ I grova drag kan det som kallas stödbevisning sägas vara omständigheter som stödjer andra omständigheter.¹¹⁶ Sett till våldtäktsmål är det oftast inga direkta vittnesiakttagelser som gjorts, utan den bevisning som

¹⁰⁹ Jfr punkten 8.

¹¹⁰ Jfr punkten 10.

¹¹¹ Jfr punkten 11.

¹¹² Se NJA 2010 s. 671 p. 7 med hänvisningar.

¹¹³ Se NJA 2009 s. 447 I, s. 458.

¹¹⁴ Lainpelto, 2012, s. 157.

¹¹⁵ A.a. s. 174 och s. 183.

¹¹⁶ A.a. s. 219.

förebringas till stöd för målsägandens berättelser rör oftast kringliggande omständigheter som kan stödja de omständigheter målsäganden själv berättar om.¹¹⁷

4.3 Bevisvärdering enligt balkongfallet

I många rättsfall görs bevisvärderingen enligt den metod som etablerades genom det s.k. balkongfallet, NJA 2015 s. 702. Metoden består i att domstolen först ska pröva värdet av de bevis som åklagaren lagt fram var för sig. Därefter ska en sammanvägd bedömning av den sammanlagda bevisningen göras. Anses detta sett för sig uppfylla beviskravet ”styrkt bortom allt rimligt tvivel” ska den tilltalades berättelse och annan bevisning som åberopats mot åklagarens gärningsbeskrivning granskas. Kan gärningspåståendet därigenom anses motbevisat eller om den tilltalades berättelse med tillräcklig kraft rubbar åklagarens bevisning så att den inte längre anses uppfylla beviskravet, ska åtalet ogillas.

¹¹⁷ Se exempelvis NJA 2017 s. 316 p. 11.

5 Tillämpningen av de nya våldtäktsbestämmelserna i praktiken

5.1 Den nya samtyckeslagen i praktiken – rapport från Brå

I somras utkom Brå med en rapport där de gjort en uppföljning av lagändringarna från 2018.¹¹⁸ I projektet har de granskat samtliga domar avseende våldtäkt som avkunnades 2019, alltså året efter att lagändringarna genomfördes. De har även granskat kriminalstatistik samt genomfört intervjuer med olika aktörer inom rättsväsendet och frivilligorganisationer. Nedan följer en kort sammanfattning av det som är av intresse för uppsatsens vidkommande från rapporten.

5.1.1 Kriminalstatistiken

Rapporten följer bl.a. upp om de åsyftade effekterna av lagstiftningen har uppnåtts, även om det poängteras att kort tid förflutit sedan lagens ikraftträdande. Ett av syftena med lagändringarna var, som bekant, att utöka det straffbara området. Här har de jämfört dels hur många våldtäkter som anmälts, dels hur många som lett till åtal och också hur många som lett till fällande dom, jämfört med 2017. Av de totalt 5930 fullbordade våldtäkter som anmälades rubricerades 247 anmälningar som oaktsam våldtäkt. Antalet anmälningar 2017 var 4895 stycken. Detta innebär en ökning på sammanlagt 1035 anmälningar, motsvarande 21 procent. Notera dock att brottet oaktsam våldtäkt inte fanns 2017, vilket i sig kan vara en förklaring till ökningen.¹¹⁹

Vad gäller åtalsbesluten har även dessa ökat, från 236 stycken 2017 till 425 stycken 2019. Det mest intressanta är dock hur statistiken över antalet fällande domar ser ut. Även på detta område har en markant ökning skett. År 2017 var det totalt 190 fällande domar, medan motsvarande siffra för 2019 var 333 stycken. Värt att notera är att även domar avseende grov våldtäkt omfattas av den statistiken, och det brottet förändrades inte genom lagändringarna 2018. Mer rättvisande för att se till lagstiftningens effekter är att titta på antalet domar avseende våldtäkt av normalgraden. Även här har en ökning skett, från 155 domar 2017 till 297 stycken 2019 - med andra ord nästan dubbelt så många efter lagändringarnas genomförande. Vad gäller oaktsam våldtäkt var det endast en dom

¹¹⁸ Brå 2020.

¹¹⁹ Brå 2020, s. 23.

år 2018 där det utgjorde huvudbrottet, och 12 stycken 2019.¹²⁰ I rapporten konstateras att syftet, att händelser som tidigare inte kunna leda till åtal numera gör det, anses uppfyllt.¹²¹

5.1.2 Analys av domarna 2019

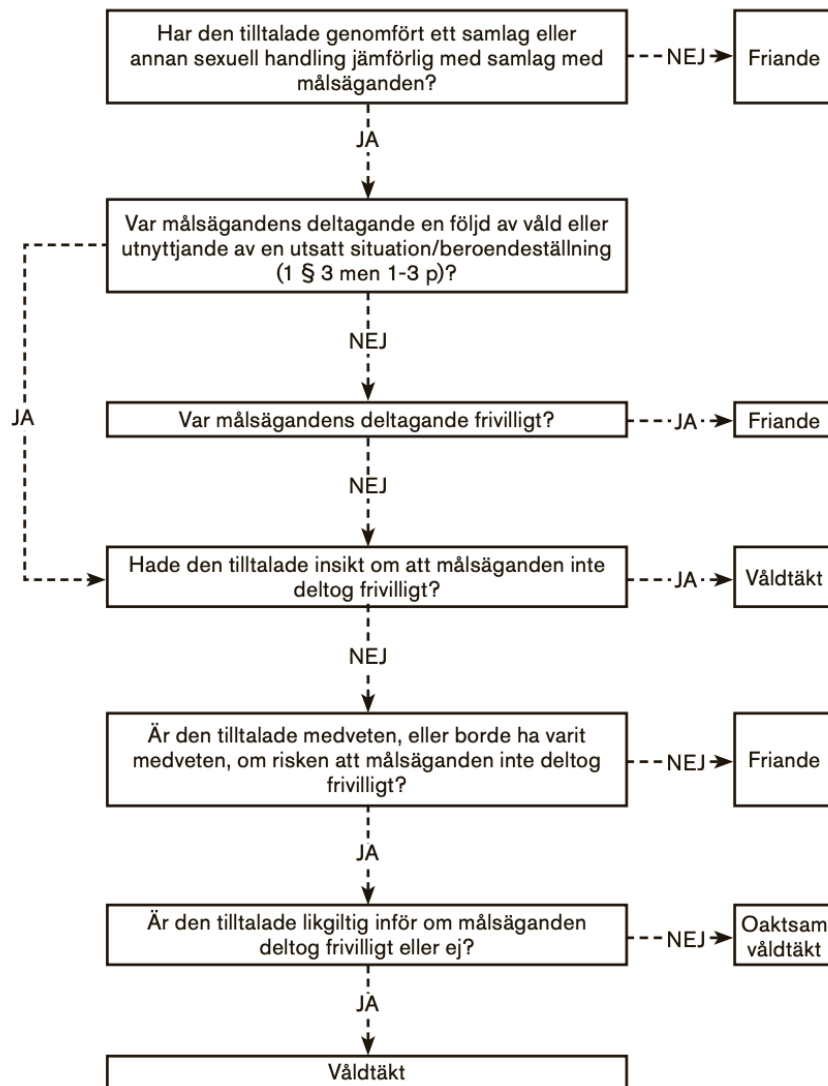
Brå har efter att ha analyserat domarna, tagit fram en modell¹²² för att förklara hur domstolarnas (alltså både tings- och hovrätterna) bedömning går till efter lagändringen. Den kan vara bra att utgå ifrån för att på ett pedagogiskt sätt förstå hur tillämpningen går till och visas därför här nedan.

¹²⁰ Brå 2020, s. 27.

¹²¹ Brå 2020, s. 29.

¹²² Brå 2020, s. 40.

Figur 5. Schematisk bild över hur domstolarnas bedömning i våldtäktsmål brukar gå till efter lagändringen.



Vad avser bevisningen i de nya domarna konstateras att ny form av bevisning, t.ex. att målsäganden dokumenterat övergreppet med sin mobiltelefon, är mer vanligt förekommande. Å andra sidan har det blivit ovanligare med dokumenterade skador, där detta återfanns i 37 procent av domarna 2017 medan motsvarande siffra för 2019 var 13 procent. I de friande domarna var de vanligaste orsakerna att målsägandens utsaga inte ansågs vara tillräckligt stark och tydlig, att målsäganden inte bedömdes vara trovärdig eller att ord stod mot ord och det saknades stark stödbevisning. Det konstateras vidare att bevisningen i de fall som bedömdes som oaktsam våldtäkt ofta var av svagare karaktär än då den nådde upp till våldtäkt av normalgraden. Brå tycker sig se en ny tendens hos domstolarna, där större vikt läggs vid målsägandens mående efter händelsen. Detta kan bero på att

bevistemat förändrats från tidigare lagstiftning. Man menar att målsägandens känslor blir viktigare när ofrivillighet är ”lagens grundsten”.¹²³

Att parternas relation till varandra, tillsammans med vad som hänt före den händelse som är föremål för bedömning är av vikt för frivillighetsbedömningen, är också något som konstateras i rapporten. Detta ligger för övrigt i linje med vad som uttalats i propositionen och av HD, att situationen ska beaktas i dess helhet. Av detta följer att de fall där parterna inte haft någon intim kontakt alls före händelsen, blir bedömningen enklare att göra. En intressant aspekt är att det enligt rapporten kan vara svårt att avgöra vad målsäganden förmedlat avseende sin vilja att delta, i de fall där hon deltagit inledningsvis. I de friande domarna hade parterna i *samtliga fall* haft någon form av intim kontakt innan händelsen. Det var inte heller ovanligt att sexet varit ömsesidigt frivilligt inledningsvis.¹²⁴

5.1.2.1 Hur tydligt måste frivilligheten komma till uttryck?

Sammanfattningsvis kan sägas att i de fall där målsäganden inledningsvis deltagit frivilligt, behöver hon uttrycka sin ofrivillighet med tydlighet. I de fall där parterna gemensamt inlett sexuellt umgänge, men målsäganden ändrat sig, som lett till fällande dom har hon varit mycket tydlig med att uttrycka sin ofrivillighet. En intressant observation som gjorts avseende gränsdragningen mellan det uppsåtliga och det oaktsamma våldtäktsbrottet, är att vad som varit utmärkande i de fall som bedömts utgöra oaktsam våldtäkt är att det varit mer oklart vad den tilltalade förstått avseende målsägandens frivilliga deltagande. Hur detta avgjorts är genom att rätten har fäst avseende vid att målsäganden inte varit *tillräckligt tydlig* för att den tilltalade ska kunna ha förstått att hon inte deltog frivilligt, men han ska trots detta ha insett risken för det.¹²⁵ Anledningen till att detta är intressant är enligt min mening att det enligt förarbetena inte ställs några krav på att frivilligheten ska ha manifesterats på något vis. Däremot ska det, som framgår av lagrummet, särskilt beaktas *om* frivilligheten kommit till uttryck på ord, handling eller på annat sätt. Såsom det ovan framstår, enligt min uppfattning, läggs dock ett ansvar på offret att på ett tydligt sätt ge uttryck för att hon inte deltar frivilligt.¹²⁶

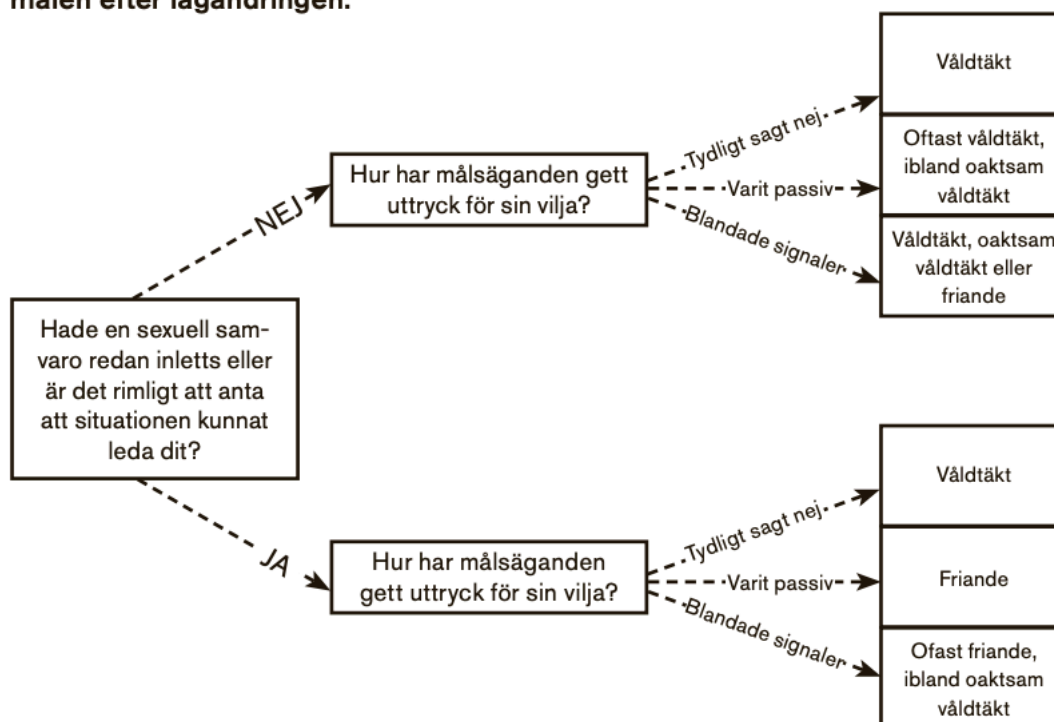
¹²³ Brå 2020, s. 41 ff.

¹²⁴ Brå 2020, s. 43 f.

¹²⁵ Brå 2020, s. 45.

¹²⁶ Prop. 2017/18:177 s. 79 f.

Figur 6. Schematisk bild över hur skuldbedömningen brukar gå till i våldtäktsmålen efter lagändringen.



Ytterligare ett intressant fenomen som uppmärksammats i rapporten är att rätten i flera fall tycks ha valt att döma till oaktsam våldtäkt som ”kompromiss”. I dessa fall har parternas utsagor skiljt sig markant från varandra, vilket i sig inte är anmärkningsvärt. Det som däremot är något häpnadsväckande är att om målsägandens berättelse tillmätts så pass mycket styrka att den kan läggas till grund för en fällande dom, borde detta i de fallen ha lett till en dom avseende våldtäkt av normalgraden och inte oaktsam våldtäkt. I rapporten beskrivs det som att rätten istället har valt att skapa ett ”lapptäcke” av de motstridiga utsagorna och valt att döma till oaktsam våldtäkt som en kompromiss.¹²⁷

I en avslutande del konstaterar även Brå att det är angeläget att fortsätta följa upp tillämpningen av de nya lagreglerna. Precis som jag själv uppmärksammat vid min genomgång av utvalda domar från 2020, uttrycker rådet att det är ett problem att det åberopade lagrummet i stämningen respektive domen inte

¹²⁷ Brå 2020, s. 89.

går att använda för att identifiera de nya fallen. Detta då de inte stämmer överens med vad som faktiskt anförs och sedermera döms för. Därför menar Brå att det vore önskvärt att de berörda myndigheterna såg över sina rutiner för registrering av lagrum i såväl åtal som domar.¹²⁸

5.1.3 Intervjuerna

Brå genomförde intervjuer med domare, poliser, åklagare, försvarsadvokater och tre olika frivilligorganisationer. Då denna uppsats fokuseras kring den praktiska tillämpningen av de nya lagreglerna bortser jag ifrån den delen som rör polisen och frivilligorganisationerna. Totalt medverkade 36 åklagare, 61 domare och 29 försvarsadvokater. Eftersom det inte gått så lång tid sedan lagändringarna infördes och med hänsyn till det inte alltför höga antalet deltagande i intervjuundersökningen bör dessa svar läsas med viss försiktighet och kan inte anses representativa för hela skräet. Däremot kan det vara av intresse för att få en inledande bild av hur dessa rättsliga aktörer uppfattar förändringarna. Sammanfattningsvis kan sägas att åklagarna är den yrkesgrupp som har mest positiv bild av lagändringarna. Domarna anges överlag vara positiva eller i vart fall inte negativa, medan försvarsadvokaterna till övervägande del är kritiska.¹²⁹

Några av de fördelar som åklagarna lyfte var att lagstiftningen har ett bra signalvärde, alltså en viktig normativ funktion. Vidare nämns att det är enklare att få använda tvångsmedel då definitionen av vad som är en våldtäkt har utvidgats, och även lättare att få till åtal och fällande dom, s.k. ”konkreta vinster”.¹³⁰ Vissa av åklagarna har dock betonat att detta enligt deras mening ändå inte försämrat rättssäkerheten. Några har även en positiv uppfattning av införandet av oaktsam våldtäkt, då deras bild är att domare ibland inte vill döma till två års fängelse för en våldtäkt som anses mindre allvarlig. ”Det alternativet är viktigt för att ge domstolarna ett alternativ när de inte tycker att handlingens straffvärde når upp till två år. Det tar många domare emot att döma till två års fängelse för en våldtäkt utan våld eller utnyttjande av särskilt utsatt situation”.¹³¹ Det är också intressant att en dryg tredjedel av åklagarna uppgett att det är svårt att veta exakt vad som är olagligt. Flera har även uppgett att det finns en risk för minskad rättssäkerhet då det är oklart vad som är straffbart.¹³² Ytterligare ett intressant citat från en av åklagarna är följande; ”Det är oerhört svårt i många fall att tillämpa de nya reglerna. Både när det gäller hur tydligt uttrycket för frivillighet måste vara och hur stark bevisning som krävs. Det

¹²⁸ Brå 2020, s. 90.

¹²⁹ A.a. s. 80 f.

¹³⁰ A.a. s.71.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

gör att det är *betydligt mer godtyckligt* om det blir åtal och fällande dom idag än tidigare. Fall som framstår som lika döms inte på samma sätt i olika domstolar.”¹³³ Vad gäller den övergripande synen på lagändringarna ansåg 31 av de 36 åklagarna att de inneburit förbättringar. En svarade inte medan fyra uppgav sig vara osäkra. Dessa fyra har tidigare lyft att lagen är otydlig samt att det finns rättssäkerhetsproblem.

Vad gäller domarna har dessa överlag uppgett att de inte ser några större tillämpningsproblem. Någon av dem har uttryckt att det är en mer avancerad bedömning i flera led, men menar att det kan bero på att lagstiftningen är ny. En intressant aspekt är att Brå vid sin genomgång av domarna uppmärksammat att rätten åberopat de lagrum som avser våld eller särskilt utsatt situation då de meddelat fällande dom för våldtäkt, trots att åklagaren inte bedömt att händelsen når upp till rekvisiten såsom de tolkades före lagändringarna. Åklagarna har också lyft att de upplever att synen på dessa rekvisit blivit mer flexibel sedan frivillighetsrekvisitet infördes. Denna syn delas dock inte av domarna. Endast tre av de 61 svarande domarna har uppfattningen att rekvisiten tillämpas på ett annat sätt än innan lagändringarna trädde i kraft.¹³⁴

Försvarsadvokaterna har som sagt en övergripande mer kritisk inställning. Att nämnas bör att majoriteten¹³⁵ av dessa även agerat som målsägandebiträde, vilket innebär att de har erfarenhet av att företräda såväl tilltalad som målsägande. Brå ställde vid intervjuerna frågor utifrån rättssäkerhet. Med detta avser rådet att rättssäkerhet förutsätter såväl förutsebarhet som proportionalitet, oskuldspresumtionen och allas likhet inför lagen.¹³⁶ I tabellen som följer på nästkommande sida syns att så mycket som 3 av 4 försvarsadvokater anser att rättssäkerheten blivit sämre genom de nya lagändringarna.

¹³³ Brå 2020, s. 71 f. Min kursivering.

¹³⁴ A.a. s. 72 f.

¹³⁵ Detta avser 26 av 29 svarande advokater.

¹³⁶ Brå 2020, s. 74.

**Tabell 6. Hur uppfattar du att rättssäkerheten påverkats av ändringarna i lagen?
Andelar i procent (n=29).**

Svarsalternativ	Andel
Förbättrats kraftigt	0
Förbättrats något	10
Har inte förändrats	14
Försämrats något	45
Försämrats kraftigt	31

Av fritextsvaren framgår att en av advokaterna anser att domstolen ofta gör en nyckfull bedömning vid oaktsamhetsbedömningen. Vidare anser två tredjedelar att beviskraven sänkts efter lagändringarna. Vad gäller frågan om förutsebarhet i lagen, kring vilken som bekant även Lagrådet uttryckt oro, svarar 90 procent antingen ”ja” eller ”i någon mån” på frågan om denna har minskat. Flera av försvarsadvokaterna har även i sina fritextsvar angett att de upplever att det blivit *mer otydligt* vad som utgör en våldtäkt i lagens mening. Majoriteten anser även att det inte finns tillräcklig vägledning i praxis och förarbeten för att kunna bedöma vad som täcks av de objektiva respektive de subjektiva rekvisiten.¹³⁷ Avseende allas likhet inför lagen, uppger många att det är svårare för klienter som inte har någon välutvecklad verbal förmåga då stor vikt läggs vid de muntliga utsagorna. Ett antal ansåg att det var så redan innan lagändringarna, men över hälften ansåg att det blivit ännu svårare nu.

Avseende kärnfrågan för denna uppsats, alltså gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet, har oroväckande och intressanta svar getts från samtliga kategorier. Åklagarna uppgav vid sina intervjuer att det är svårt att avgöra om en misstänkt varit oaktsam eller haft uppsåt. Av domarna ansåg en tredjedel att gränsen inte är tillräckligt tydlig. Bland försvarsadvokaterna var det två tredjedelar som menade att skillnaden mellan grov oaktsamhet och likgiltighetsuppsåg inte är tydlig nog.¹³⁸

¹³⁷ Brå 2020, s. 77.

¹³⁸ A.a. s. 79.

6 Tingsrättsdomar 2020

I detta avsnitt görs en kortare presentation av de domar jag valt ut för jämförelse. I dessa är identiteten på målsägandena sekretessbelagd och jag har valt att även anonymisera den tilltalade. Målsäganden benämns därför genomgående som MÄ och den tilltalade som TT. Jag har även valt att döpa respektive dom till ett lämpligt namn utifrån omständigheterna i fallet, för att lättare kunna referera till dem i analysdelen som följer i nästkommande avsnitt. Som framgår har jag valt att strukturera domarna genom att först presentera tre stycken fällande domar avseende våldtäkt av normalgraden, för att därefter presentera tre stycken där den tilltalade frikänts. Därefter redogörs för tre fällande domar avseende oaktsam våldtäkt, och slutligen två stycken friande där oaktsam våldtäkt varit förstahandsyrkandet. Jag har i möjligaste mån strukturerat domarna efter balkongfallet-metoden av pedagogiska skäl, även om det inte är tydligt i samtliga fall att det är denna metod domstolen tillämpat vid bevisvärderingen.¹³⁹ Ibland förekommer begrepp som kan verka förvirrande då jag inte förklarar innebörden i detta avsnitt, utan endast refererar domarna jag läst. Ett sådant begrepp är artvärde.¹⁴⁰ Detta, liksom allt annat som jag anser är av intresse i sammanhanget, berörs mer djupgående i analysdelen i avsnitt 7, samt i avsnitt 8.

6.1 Våldtäkt av normalgraden – fällande domar

6.1.1 'Tjejen på behandlingshemmet'

Åklagaren yrkade på våldtäkt av normalgraden i första hand, samt oaktsam våldtäkt i andra hand.

MÄ:s berättelse

MÄ bodde på ett behandlingshem och hade fått kontakt med TT via sociala medier, i syfte att få en vän då hon inte kände så många där. Innan tidpunkten för gärningen hade MÄ och TT träffats vid två tillfällen. Han hade försökt kyssa henne och försökt ta på hennes bröst, samt tjatat om att få göra det. Vid båda tillfällena hade MÄ varit tydlig med att hon inte var intresserad. Den tredje gången de sågs var det för att TT skulle sälja tabletter till MÄ. De möttes i hans bil och han körde iväg med den. Hon skulle inte få tabletterna direkt, då han ville åka iväg och prata med henne. När han stannat bilen sa han till henne att lägga sig i baksätet och hon gjorde som han sa då hon var rädd för honom. Han förde

¹³⁹ Med balkongfallet avses NJA 2015 s 702, se vidare om detta under avsnitt 4.3 ovan.

¹⁴⁰ För diskussion kring artvärde, se avsnitt 7.4.1.

upp sina fingrar i hennes underliv. Vid något tillfälle när de förflyttade sig fick hon igång inspelningsfunktionen på sin mobiltelefon. TT utförde sedan ett samlag med henne och hon sa under tiden nej flera gånger. När han var färdig körde han henne tillbaka och hon fick tableterna. Hon mådde mycket dåligt och kände sig äcklig och smutsig efter händelsen.

Stödbevisning

I ljudfilen som rätten tog del av, hördes hur hon sade nej upprepade gånger och att hon sade att hon inte vill. MÄ:s berättelse fick även stöd av två vittnen, vilka båda arbetade på behandlingshemmet där hon bodde. Rätten bedömde mot bakgrund av detta underlag att åklagaren lyckats nå upp till beviskravet avseende omständigheten att MÄ inte deltagit frivilligt.

TT:s berättelse

TT:s berättelse överensstämmer med MÄ:s på så sätt att han vidgår att han gjort fysiska närmanden mot henne de två första gångerna de möttes och att hon visat att hon inte ville då. Däremot menar han att han vid den för målet aktuella händelsen gav henne tableterna direkt. Enligt honom åkte de iväg med bilen och hon sa ingenting om att hon inte ville. Han har uppgett att hon sagt att hon inte ville utföra oralsex på honom, men i övrigt framstätt som drivande. Han medgav dock att han inte vet om hon sa nej. Vad gäller ljudfilen kan han inte förklara vad MÄ menar, då han inte vet vilket sammanhang den är ifrån. Han tror att den handlar om ställningen, MÄ:s kläder och hennes BH, som hon inte ville ta av sig.

Skuldfrågan

Rättens bedömning av TT:s uppgifter var att de var svårförenliga med ljudfilen, samt att han inte lämnat en tillräckligt tydlig förklaring till vad MÄ:s nej avsåg. Hans uppgifter ansågs för vaga och den sammanvägda bedömningen av hans utsaga ledde inte till att den försvagat åklagarens bevisning. Därmed ansågs det ställt bortom rimligt tvivel att TT genomfört ett samlag med MÄ, fört upp sina fingrar i hennes underliv, samt att MÄ inte deltagit frivilligt.

Rätten lägger vikt vid att MÄ och TT tidigare träffats och att hon vid de tillfällena inte varit intresserad av någon fysisk kontakt med honom. Det framhålls att MÄ uttryckligen och vid upprepade tillfällen sagt nej till att delta i samlag och andra sexuella handlingar. Att TT inte lyssnade till hennes uttryckliga nej är en omständighet som enligt rätten innebär att han måste ha insett att det förelåg en *avsevärd risk* hon inte deltog frivilligt. Man menar också att TT varit likgiltig inför detta och att han ändå valt att genomföra samlag och annan sexuell handling mot henne. Därmed anses likgiltighetsuppsåt föreligga.

Påföljd

Straffvärdet bedömdes till fängelse i två år och två månader. Med beaktande av detta samt att de konstaterat att våldtäkt är ett artbrott dömdes också fängelse ut.

6.1.2 'Kollegan'

Åklagaren yrkade på ansvar för våldtäkt enligt 6 kap 1 § 1 st 1 men och 3 men 1 p brottsbalken. Åtalet justerades under huvudförhandlingen till att också omfatta ett andrahandsyrkande om oaktsam våldtäkt enligt 6 kap 1 a §. Även i detta fall görs bevisvärderingen enligt balkongfallet-metoden. Det uttrycks dock inte explicit i domen.

MÄ:s berättelse

Hon jobbade tillsammans med TT och han var hennes arbetsledare. De hade en tid före händelsen haft viss kontakt utanför jobbet, främst genom sociala medier. Den aktuella kvällen hade hon varit ute på två olika barer tillsammans med två väninnor. De träffade då på TT som arbetade som dörrvakt på ett tredje ställe. Kvinnorna försökte förmå TT att skjutsa dem hem till en av dem, men till slut åkte de två andra hem med kollektivtrafiken och MÄ stannade kvar.

De gick sedan hem till TT:s lägenhet, varpå han direkt klädde av sig så att han endast var iförd kalsonger. MÄ kände sig skakig, vilket TT märkte och frågade henne om hon ville ha mat, vilket hon tackade ja till. Då de satt vid matbordet sa MÄ flera gånger att hon ville åka hem, vilket gjorde TT irriterad. Hon hade håret uppsatt, men TT släppte ut det och försökte samtidigt kyssa henne flera gånger, varpå hon svarade "nej" och "jag vill hem". TT var fortsatt irriterad och ifrågasatte varför hon följt med hem till honom.

De förflyttade sig till TT:s säng, där MÄ själv tog av sig sina byxor. De tittade på TV en stund och la sig sedan för att sova. Efter en kort stund började TT kyssa MÄ och till en början kysste hon honom tillbaka, men ångrade sig sedan och sa "nej, vi är kollegor, vi vill inte det här". TT svarade att kollegor visst kan göra sådant, då ingen behöver få veta. MÄ fortsatte att säga nej upprepade gånger. Då höll TT fast henne, drog hennes trosor åt sidan och penetrerade henne med sin penis. Hon fortsatte även då att uttryckligen säga nej, samt drog sitt huvud åt sidan när han försökte kyssa henne.

TT rullade runt så att MÄ hamnade överst och hon invände då att hon inte hade preventivmedel och att han inte hade någon kondom på sig. Först lyssnade inte TT men gick sedan iväg för att leta efter en

kondom. När han kom tillbaka (utan kondom) låg MÄ bortvänd, varpå han tog ett hårt tag om hennes huvud och försökte förmå henne att utföra oralsex på honom. Initialt vägrade MÄ att öppna munnen, men gav med sig av rädsla då TT vägrade släppa hennes huvud. Därefter återupptog han samlaget, denna gång bakifrån, och slog henne hårt på skinkorna samtidigt som han frågade om det gjorde ont. Hon skrek ”aj” men han brydde sig inte. Återigen hamnade MÄ sedan ovanpå TT. Hon invände då att det var för torrt så det gick inte, varpå han fuktade sin hand med saliv och försökte blöta sin penis och hennes underliv, men gav till slut upp. Det hela tog uppskattningsvis 45 minuter. De båda somnade, men MÄ vaknade efter ca en timme. Hon ringde då sin väninna som kom och hämtade upp henne. De åkte tillsammans till ett apotek för att köpa ett dagen efter-piller, för säkerhets skull, trots att MÄ visste att TT inte hade fått utlösning i henne.

Efter händelsen har MÄ mått dåligt psykiskt. Hon meddelade veckan därpå sin chef att hon ville byta monteringsband för att slippa träffa TT på arbetsplatsen. Först när hon blivit förflyttad vågade hon polisanmäla honom.

Stödbevisning

I målet tydliggörs att stödbevisningen i form av vittnesutsagor ger stöd dels avseende vad MÄ berättat för dem, men också vad de själva iakttagit i fråga om MÄ:s reaktioner efter händelsen. Samtliga tre vittnesmål bekräftar MÄ:s berättelse i de väsentliga delarna; att hon inte velat ha samlag, att hon haft ont i underlivet efteråt då hon varit för torr samt att hon haft smärta i skinkorna, som också hade blåmärken. Övrig stödbevisning utgörs av ett foto som är taget på MÄ:s ena skinka och förefaller visa blånader. Samma foto har varit föremål för rättsintyget som också förebringats i målet.

TT:s berättelse

TT har i huvudsak lämnat en samstämmig berättelse med MÄ, men som skiljer sig på vissa väsentliga punkter. Enligt honom ska han ha frågat henne om hon ville ha sex, varpå hon svarat ”vet inte”. De började direkt därefter att kyssas och ta av varandras kläder. När de höll på att ”mysa” frågade hon om han hade kondom, vilket han efter att ha letat, inte hittade. Hon var ovanpå honom när de började ha sex. Han instämmer i att hon gett honom oralsex, men att han var liggande på rygg då detta skedde. Enligt TT var den enda tveksamheten MÄ uttryckt innan de började ha sex, då hon var orolig för att de var kollegor. De hade sex i ungefär 30 minuter och la sig sedan för att sova. Efter samlaget bad MÄ honom att inte berätta om detta för någon på jobbet. Vad gäller blåmärkena på hennes skinkor uppger han att han inte har något minne av att ha smiskat henne, men att det kan ha hänt.

Skuldfrågan

Tingsrätten gör först ett allmänt uttalande om vad som gäller sedan de nya lagreglerna införts. Av intresse är följande citat, avseende frivillighetsrekvisitet:

”Lite tillspetsat kan det formuleras som att det är straffbart att ha sex med någon mot den personens vilja men att det inte är straffbart att ha sex med någon som deltar motvilligt, som vid s.k. ”tjatsex”.”¹⁴¹

Då frivilligheten hos målsäganden alltid är det som måste bedömas innan man utreder gärningsmannens uppsåt, gör rätten en kortare redogörelse för hur det ska gå till, med hänvisning till de vanliga prejudikaten på området. Av intresse beträffande målsägandens utsaga skrivs följande:

”Det handlar också primärt om att bedöma innehållet i en berättelse, inte förhörspersonens reaktion.”¹⁴²

Vid bedömningen av MÄ:s utsaga nämns, utöver de vanliga kriterierna (att den ska vara lång, klar och detaljrik utan tydliga konstansbrister) att det finns en samstämmighet i detaljerna hos MÄ och TT:s respektive utsagor. Det nämns att MÄ inte för något av vittnena berättat att hon kysst TT tillbaka initialt, detta medför dock inte att MÄ:s berättelse påverkas i negativt hänseende, menar tingsrätten.

Vad så gäller TT:s berättelse i förhållande till vad som anses bevisat i övrigt i målet (jfr balkongfallet) konstateras återigen att hans berättelse haft stor samstämmighet med MÄ:s, men med det viktiga påpekandet att hans berättelse är tämligen detaljfattig vad avser de kritiska uppgifterna. Det konstateras att det får anses märkligt att han inte har något minne av huruvida han slagit henne på rumpan och på så vis gett upphov till blånaderna. Sammanfattningsvis anser tingsrätten att TT:s berättelse har ett svagt bevisvärde som inte försvagar åklagarens bevisning i nämnvärd grad.

Gällande TT:s uppsåt tar man fasta på att MÄ uppvisat en ”ambivalent attityd gentemot honom och hans flörtande” inför besöket i lägenheten.¹⁴³ Till hennes nackdel framhålls att hon kysst honom tillbaka, samt att hon dessförinnan aktivt sökt upp honom och följt med honom till lägenheten, vilket rimligen borde ha väckt förväntningar hos TT om att MÄ var intresserad av att ha en intim relation med honom. Dessa omständigheter förtar dock inte, menar tingsrätten, det faktum att hon tydligt sagt nej till sex. Förutom hennes verbala besked tas också fasta på att hon vägrade öppna munnen då han

¹⁴¹ S. 11 i domen.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ S. 14 i domen.

vulle att hon skulle ge honom oralsex. Som sista faktum nämns att hon klagat över att hon var torr, vilket var det som slutligen fick TT att avbryta samlaget.

Allt detta sammantaget visar att TT måste ha insett att MÄ inte deltog frivilligt. Tingsrätten förtydligar att det hänför sig till frivillighetsrekvisitet och att något sådant våld som avses i 6 kap. 1 § p. 1 BrB, inte kan ansetts ha förekommit. Trots att TT höll fast hennes huvud vid ett inledande skede fanns inga andra våldsmoment som syftade till att förmå henne att delta i de sexuella handlingarna.

Påföljd

TT dömdes till fängelse i två år och tre månader. Även här konstaterades att våldtäkt är ett artbrott, och man anser att det med beaktande av varaktigheten på 30–45 minuter av gärningarna i vilka MÄ inte deltagit frivilligt påverkat bedömningen i straffskärpande riktning.

6.1.3 'Övernattningen'

I detta mål var TT endast 17 år, vilket medför att bedömningen av framförallt påföljden blir lite annorlunda jämfört med om han varit vuxen. Åklagaren hade åtalat för våldtäkt enligt 6 kap 1 st. i men. BrB. Under huvudförhandlingen justerade denne åtalet till att även omfatta oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a § BrB. Domen är inte skriven utifrån den typiska balkongfallet-modellen, men det är ändå så bedömningen görs, åtminstone avseende målsägandens frivillighet. För enkelhetens skull strukturerar jag den på samma sätt som de båda tidigare domarna.

MÄ:s berättelse

Hon och TT hade setts och haft sex några gånger innan den aktuella händelsen. Denna gång bad TT henne komma och sova över hos honom, vilket hon inte gjort på ett tag. TT hade hört av sig vid flera tillfällen och velat träffa henne, men hon hade då inte haft tid. Vid detta tillfälle var hon ledig från skolan nästföljande dag, varför hon tyckte det var lämpligt att komma denna kväll.

När hon kom hem till honom la de sig i sängen och började efter en stund att ha sex med varandra, vilket till en början var ömsesidigt och precis så som det brukat gå till då de haft sex tidigare.

Efter en stund blev TT dock alltmer våldsam, han la henne på mage och tryckte in sin penis hårt i henne upprepade gånger samtidigt som han slog henne på skinkan. Hon bad honom att sluta och han svarade då "så här blir det". Detta tolkade hon som att han straffade henne för att hon inte haft tid att träffa honom på ett tag.

När hon låg på mage tog han även ett stryptag om hennes hals, vilket fick henne att börja gråta då hon upplevde att hon inte fick luft. Hon vände sig mot honom och bad honom återigen att sluta. Han såg då att hon grät, men svarade genom att trycka ned hennes ansikte i madrassen. Efter ett tag vände han på henne och fortsatte att trycka in sin penis extremt hårt i henne, samtidigt som han hade ett strygrepp om hennes hals. Hon bad honom att sluta ca 10–15 gånger. Ett tag senare frågade han henne om hon ville sluta, men hon svarade inte. Då fortsatte han tills han fått utlösning. Hela akten varade i ca 60 minuter, varav TT var våldsam de sista 30 minuterna. MÄ gick på toaletten efteråt och upptäckte då att hon var svullen och blödde i underlivet. När hon kom ut igen pratade hon med TT om att hon gråtit, varpå han skojade bort detta. De la sig sedan och somnade. MÄ somnade direkt då hon var trött och chockad.

Stödbevisning

MÄ åkte hem och tog direkt kontakt med en kompis, vilken kom dit. Hon berättade om händelsen för sin kompis och de åkte sedan gemensamt hem till kompisens, vars pojkvän även var där. Vid detta tillfälle ringde de upp TT tillsammans och spelade in samtalet. Inspelningen har också använts som bevisning i målet. Även kompisens mamma träffade MÄ denna dag och har vittnat i målet, både om hennes berättelse och om hennes fysiska märken (blåmärken på halsen och ett märke på rumpan som såg ut som en handflata).

TT:s berättelse

Det var inte han som ville att de skulle träffas den aktuella kvällen. MÄ har tidigare skrivit på snapchat att hon gillar dominant sex och strypsex. Under samlaget sa MÄ tre gånger att han skulle sluta, men då han stannade och frågade om han skulle sluta sa MÄ nej. Han upptäckte att hon grät efter att han fått utlösning och då slutade han direkt. Han vidgår att de haft den typ av sex som MÄ berättat om, men menar att det var frivilligt. Han vidgår också att det är möjligt att han orsakat de skador som MÄ hade på kroppen. Han medger att det stämmer att han bett om ursäkt efter händelsen, men det berodde bara på att MÄ hade gråtit. Han menar att han inte gjort något fel.

Skuldfrågan

Tingsrätten inleder med att poängtera att den som utför en sexuell handling mot en annan har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra personen deltar frivilligt. Vidare konstateras att TT varit den som varit drivande under hela händelseförloppet, medan MÄ varit passiv. Att MÄ bett honom att sluta 10-15 gånger, att hon gråtit, samt att han då tryckt ned hennes ansikte i madrassen är samtliga omständigheter som, tillsammans med det faktum att TT under större delen av händelseförloppet

brukat våld mot MÄ, enligt rättens mening talar för att TT måste ha insett att *det fanns en risk* MÄ inte deltog frivilligt.¹⁴⁴ Han bad även om ursäkt efter händelsen, och hans lämnade uppgifter anses vara ”ganska vaga och knapphändiga”.¹⁴⁵ Sammantaget framstår det för rätten som att TT varit helt likgiltig inför det faktum att MÄ inte deltog frivilligt. Man menar också att det anses styrkt att detta faktum inte skulle avhållit TT från att genomföra samlaget. Därmed anses han ha förhållit sig likgiltig till följderna av sitt handlande. Han har därmed genomfört gärningen uppsåtligen.

Påföljd

Straffvärdet för gärningen anses uppgå till två år, vilket är minimistraffet för våldtäkt av normalgraden. Eftersom TT var 17 år då han begick gärningen krävs dock synnerliga skäl för att välja fängelse som påföljd, vilka inte anses föreligga i detta fall. Han döms därför till ungdomstjänst i 150 timmar, av vilka 80 ska avräknas då han suttit frihetsberövad innan huvudförhandlingen.

6.2 Våldtäkt av normalgraden – friande domar

6.2.1 ’Skolresan’

Inledningsvis läggs ett stort utrymme i domen på att relativt ingående redogöra för den nya lagstiftningen. Bl.a. görs följande uttalande, vilket är intressant avseende frivillighetsrekvisitet;

”Om en person har valt att delta i sexuellt umgänge och det inte samtidigt har förekommit t.ex. våld, hot eller utnyttjande, bör gärningen vara straffri även om den utsatte i grunden har varit negativt inställd till handlingen. Det avgörande är om personen har haft möjlighet att fritt ta ställning till om han eller hon ska delta i den sexuella handlingen.”¹⁴⁶

Vidare sägs angående passivitet: ”Om saken ställs på sin spets vid den rättsliga prövningen och målsäganden förnekar att deltagandet har varit frivilligt krävs i ett sådant fall att det finns något som tyder på att det har funnits ett tyst samtycke.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ S. 10 i domen.

¹⁴⁵ S. 11 i domen.

¹⁴⁶ S. 5 i domen.

¹⁴⁷ S. 6 i domen.

”Skyldigheten att agera ökar ju tydligare tecken det finns hos den andra personen på att deltagandet inte är frivilligt exempelvis eftersom den andra är mycket berusad.”¹⁴⁸

MÄ:s berättelse

Hon och TT gick i parallellklasser och var på en gemensam skolresa, där de bodde på ett vandrarhem. På kvällen blev det fest på ett av rummen som tillhörde några pojkar, där ungdomarna drack alkohol. Festen blev avbruten av att en av lärarna upptäckte dem och bad alla gå tillbaka till sina rum. MÄ och hennes väninna återvände sedan till rummet där pojkarna bodde. I rummet fanns två våningssängar. I den ena sov två pojkar och i den andra, som var tom, la sig MÄ i underslafen och hennes väninna i överslafen. Det var mörkt i rummet.

Efter en stund kom TT in och tvingade henne att dricka vodka mot hennes vilja. Han vände henne även från sidan så att hon hamnade på rygg och tvingade av henne kläderna. TT penetrerade MÄ med sina fingrar, försökte pussa henne trots att hon vände bort huvudet, genomförde ett oralt samlag och tvingade sedan isär hennes ben och genomförde ett vaginalt samlag med henne. MÄ sa 15–20 gånger under händelseförloppet att hon inte ville och att hon hade pojkvän, samt värjde sig då TT försökte kyssa henne. Hon var dock p.g.a. berusning för svag för att putta bort honom. Den ena av pojkarna upptäckte att något hände och även väninnan till MÄ reagerade, då hon visste att MÄ hade pojkvän. Hon frågade flera gånger om båda var med på det, när hon förstod att de hade sex. Först svarade TT jakande medan MÄ var tyst, men när hon frågade igen svarade MÄ nej. Anledningen till att hon inte kunde svara första gången var att TT höll för hennes mun. I samband med detta sa TT att han skulle komma först och skrattade väninnan rakt i ansiktet, enligt MÄ. Väninnan sa då till TT att gå av MÄ och tog sedan med sig henne in på toaletten, där hon började storgråta. Hon hade ont i underlivet i en vecka efter händelsen.

Stödbevisning

Förhör har hållits med tre skolkamrater till parterna samt två lärare. En av lärarna uppgav att hen aldrig sett MÄ så upprörd och att hennes tårar sprutade, medan den andra uppgav att hen upplevde MÄ som lugn. Skolkamraterna har i vissa delar lämnat motstridiga uppgifter. Bl.a. har väninnan sagt att det är möjligt att TT redan låg i sängen när de kom dit, till skillnad från vad MÄ uppgett. Hon har även sagt att hon inte upplevde MÄ som särskilt berusad, varken när de smög över till pojkarnas rum eller efter händelsen, då hon följde med MÄ in på toaletten. Vidare har hon uppgett att hon hört MÄ säga nej,

¹⁴⁸ S. 8 i domen.

medan den kille som också befann sig i rummet inte hört detta utan fått det berättat för sig i efterhand. Han har, å sin sida, uppgett att han tyckte att MÄ och TT varit flörtiga mot varandra innan händelsen ägde rum. Som skriftlig bevisning finns ett rättsintyg där varken blåmärken eller skador noterades, men däremot att MÄ ömmade på insidan låren. Läkaren har i intyget uppgett att MÄ tycks ha utsatts för trubbigt våld mot insida lår, att skadan kan ha uppkommit vid den aktuella tidpunkten, att fynden talade för att skadan uppkommit enligt angivet händelseförlopp samt att skadan var lindrig.

TT:s berättelse

Han låg redan i sängen när MÄ kom dit och la sig bredvid honom. Hon har varit med på allt som hänt i sängen. Det har inte förekommit något oralsex. Han påpekar även att om MÄ skulle ha sagt nej 15–20 gånger borde rimligtvis någon av de andra tre personer som befann sig i rummet ha hört detta. Det var först på slutet som han uppfattade att MÄ sa nej, och tolkade det då som att hon ångrat sig. Han klev då av henne direkt.

Skuldfrågan

Avseende MÄ:s frivillighet uppges att hennes berättelse i viss mån består av uppgifter som inte är förenliga med vad som framkommit av vittnesmålen. Det anses genom vittnesutsagorna bevisat att hon var mycket ledsen och upprörd dagen efter händelsen. Dock kan dessa inte styrka den berusningsgrad hon själv uppgett sig ha haft, vilket enligt rätten tydligen också motsägs med följande citat: ”Enligt henne själv har hon druckit minst tio vodkashots, varit väldigt berusad och av den anledningen inte kunnat göra motstånd eller gå därifrån när [TT] gjorde närmanden mot henne. Trots det har hon haft väldigt tydliga minnesbilder av händelsen.”¹⁴⁹ Vidare anser rätten att det är uppenbart att MÄ i vart fall mot slutet inte deltagit frivilligt. Dock har hon inte ropat på hjälp trots att andra befunnit sig i samma rum. Slutligen konstateras att det inte kan uteslutas att MÄ ångrat sig i slutskedet, med anledning av att andra hört vad som hänt, då hon hade pojkvän. Vad gäller TT:s insikt om MÄ:s ofrivillighet läggs vikt dels vid att han endast var 16 år och vid tillfället berusad, dels att han klev av henne så fort han förstått att hon inte deltog frivilligt. Om han klev av henne endast för att väninnan agerade anses inte bevisat mot hans förnekande. Dock är det ändå inte ställt bortom rimligt tvivel att han gjort sig skyldig till vare sig uppsåtlig eller oaktsam våldtäkt och han frias därmed.

¹⁴⁹ Se s. 14 i domen.

6.2.2 'Minnesluckan'

Åtalet avsåg våldtäkt enligt 6 kap 1 § 1 men BrB, och tog alltså sikte på det allmänna frivillighetsrekvisitet. Åklagaren justerade åtalet under huvudförhandlingen så att det utökades till att även omfatta ansvar för oaktsam våldtäkt enligt 6 kap 1 a § BrB.

MÄ:s berättelse

Hon hade fått kontakt med TT via dejtingappen Tinder. De bestämde att de skulle träffas hemma hos honom för första gången och hon skulle därefter sova över hemma hos sin kompis ("väninnan"), som bodde på samma ort som TT. Då hon kom hem till TT minns hon att hon drack ett glas vin och att de hade det jättetrevligt. Hon minns också att han försökte kyssa henne, men att hon ryggade tillbaka då hon tyckte det var för tidigt. Detta påverkade dock inte stämningen emellan dem. Efter detta minns hon ingenting alls förrän hon vaknade upp morgonen därpå bredvid TT som var superglad. Hon berättade då för honom att hon inte mindes någonting ifrån gårdagen och frågade honom vad som hänt. Han berättade då att de hade haft jättetrevligt, badat och haft sex. Detta gjorde henne ställd. Hon drack kaffe med TT och han körde henne hem till väninnan. Hemma hos väninnan fick hon en olustig känsla, som om att hon varit med om en mardröm. Hon gick igenom sin telefon för att försöka återskapa minnen från gårdagen och hittade då ett filmklipp från samlaget med TT. Hon gissar att anledningen till att hon filmat var att hon tidigare varit i en relation med en man som inte varit snäll. Hon känner inte igen sig själv alls och tycker det låter som att TT beskriver en porrfilm då han återger händelsen. Hon skulle aldrig ha sex med någon första gången de sågs och hon tycker inte om oralsex.

Stödbevisning

Väninnan vittnade, dels om att hon uppfattat MÄ som berusad vid ett telefonsamtal den aktuella kvällen, men också om vad MÄ berättat sedan hon kom hem till henne. Hon bekräftade även att MÄ inte brukar ha sex på första dejten och att hon inte gillar oralsex. Vidare uppgav hon att MÄ varit väldigt ledsen och mått dåligt efter händelsen. Filmen som MÄ spelade in utgör egentligen den övervägande delen varpå åklagaren bygger sin gärningsbeskrivning, konstaterar rätten.

TT:s berättelse

Berättelsen stämmer överens med MÄ:s utsaga fram till och efter hennes minneslucka. Vad som hänt däremellan kan dock endast TT höras om. Enligt honom gick MÄ på toaletten och kom därefter ut iklädd bikini, varpå hon gick upp mot bubbelpoolen. De badade tillsammans och kysstes i poolen. Då hon gick upp frågade han om han skulle ringa en taxi åt henne men MÄ kunde inte adressen till

väninnan. Han började skriva ett sms till väninnan men avbröts av MÄ som kom ut från toaletten, där hon klätt av sig bikiniöverdelen och endast hade hans kavaj och bikinitrosor på sig. Därefter ringde MÄ själv till väninnan och meddelade att hon skulle övernatta hos TT. MÄ tog sedan av sig sina och TT:s underkläder. TT menar att det varit MÄ som varit den drivande hela tiden. Det ska ha förekommit oralsex och samlag i olika ställningar. Den filmsekvens som förebringats känner inte TT igen sig i. Han skulle aldrig göra något sexuellt mot någons vilja. Han menar att han uppfattade MÄ som sexuellt utåtagerande och påstod bl.a. att hon bett honom att smiska henne, men detta ville han inte ställa upp på. Han tog ett fotografi av MÄ:s tatuering när hon sov. Detta gjorde han för att han tyckte att den var snygg, men han förstod i efterhand att det var fel att fota henne på det viset. Då han dagen efter förstod på MÄ att hon inte hade några minnen från gårdagen trodde han att hon skojade. När hon hörde av sig via sms till honom efter att han lämnat henne hos väninnan blev han återigen chockad över att hon inte mindes. Han ringde upp henne för att fråga om hon skojade, vilket hon sa att hon inte gjorde. Hon frågade om han använt kondom, vilket han meddelade att han inte gjort.

Skuldfrågan

Bevisvärderingen i detta mål är mycket intressant, eftersom MÄ inte kunnat lämna någon redogörelse för sin upplevelse av händelsen. Som ovan nämnt bygger gärningsbeskrivningen i princip bara på filmsekvensen. TT:s berättelse bedöms som tillförlitlig. Rätten poängterar därutöver att han svarat på en mängd frågor från åklagaren, målsägandebiträdet samt försvararen. Trots att dessa frågor inte ställts i kronologisk ordning och har avsett en mängd olika omständigheter har rätten inte uppfattat några motsägelser, felaktigheter, logiska luckor eller svårförklarliga moment. Vidare har TT åberopat förhör samt lagt fram ett sakkunnigutlåtande från en person som är överläkare och docent i klinisk toxikologi. Detta tar rätten fasta på, då det kan förklara MÄ:s beteende. Hon har själv uppgett att hon vid några tidigare tillfällen haft minnesluckor och att hon äter en viss sorts medicin. Enligt den sakkunnige kan den medicinen i kombination med alkohol ge upphov till ett s.k. patologiskt rus. Effekterna av detta rus kan yttra sig genom s.k. desinhibition, vilket innebär att det medför hämningslösande effekter som kan komma till uttryck genom ohämmade sexuella aktiviteter som annars inte skulle förekommit. Efter att ha redogjort för detta utlåtande konstaterar rätten att TT:s berättelse läggs till grund för bedömningen.

Därefter tar rätten ställning till om den inspelade filmen medför att det ”mot [TT:s] bestridande är ställt utom allt rimligt tvivel att [TT] hört vad målsäganden har sagt och fortsatt den sexuella handlingen utan att först förvissa sig om målsäganden ville fortsätta ha samlag med honom.”¹⁵⁰

Det återges sedan vad man kan höra MÄ säga på filmen. Först ”i princip viskande” säger hon flera gånger ”snälla”, ”sluta” och ”aj”.¹⁵¹ Härefter ska hon ha sagt ”aj” högt, vid två tillfällen. Efter att hon sagt ”snälla” och ”sluta” förekommer stönande och gnyende ljud. Inspelningen avslutas med ett högt ”aj” som följs av ”flera korta stönande och gnyende ljud”.¹⁵²

Rätten konstaterar härefter att TT uppgett att han inte hört vad MÄ sagt och att de, efter att inspelningen avslutats, bytt ställning och fortsatt ha sex. Vikt läggs vid att MÄ pratar väldigt lågt under den del av filmen där hon säger snälla och sluta. Därför kan det inte mot TT:s bestridande anses utrett att han hört vad hon sagt. Rätten anser inte heller att hennes beteende varit sådant att han borde misstänkt eller insett risken för att MÄ inte längre deltog frivilligt. Härefter konstateras att beviskravet är högt satt i brottmål och att bevisningen i detta fall inte kan anses tillräckligt stark för att uppnå detta krav. TT frias därför.

Något som är intressant i denna dom är att det förekommer två skiljaktiga meningar. Det rör sig om två nämndemän som anser att TT måste ha hört att MÄ bad honom att sluta. De menar att TT då borde ha frågat MÄ om hennes inställning till att ha fortsatt samlag med henne. Genom att underlåta detta anser de att han varit grovt oaktsam och därför borde dömas för oaktsam våldtäkt. Deras bedömning är att den gärningen han gjort sig skyldig till motsvarar 10 månaders fängelse i straffvärde, vilket de också vill utdöma.

6.2.3 ’Födelsedagsfesten’

Åklagaren har yrkat ansvar för våldtäkt där det i gärningsbeskrivningen står att TT otillbörligt utnyttjat att MÄ till följd av berusning befann sig i en särskilt utsatt situation. Det står även att MÄ inte deltagit frivilligt och det lagrum som åberopas är 6 kap 1 § 1 men (alltså det allmänna frivillighetsrekvisitet). Redan inledningsvis konstaterar rätten, under avsnittet ”sammanfattning”, att de varit förhindrade att pröva om TT varit grovt oaktsam, p.g.a. hur åklagaren utformat sin stämningsansökan. Det är också intressant att rätten under ett eget avsnitt i domen redogör för den s.k. omedelbarhetsprincipen, vilken

¹⁵⁰ S. 11 i domen.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

innebär att rätten ”inte utan vidare” kan beakta uppgifter från t.ex. förundersökningen utan att någon av parterna särskilt hänvisat till detta.¹⁵³ Varför detta är relevant i sammanhanget framgår inte.

MÄ:s berättelse

MÄ och hennes bästa vän (”bästisen”) skulle på en stor födelsedagsfest den aktuella kvällen. På samma fest träffade de TT, som var okänd för dem sedan tidigare. MÄ tyckte att TT verkade trevlig och var intresserad av honom. De pratade vid några tillfällen under kvällen och hånglade även på dansgolvet. Närmare midnatt hade MÄ fått i sig ganska mycket alkohol och följde med TT upp på ett rum. Hon har långa minnesluckor från hela kvällen. Hon minns inte hur hon kom dit, men att de satt och pratade, hon på sängen och han en bit ifrån. Vidare har hon uppgett att hon är ”nästan säker” på att de därefter legat i sängen och hånglat med kläderna på. Hennes nästa minne är att hon vaknade upp av att det var blött bredvid henne i sängen. Då hade TT sex med henne, och hon frågade vad det blöta var. Han svarade att hon hade spytt. Hon blev förvånad och skämdes över situationen. TT fortsatte att ha sex med henne och hon lät det ske då hon tänkte att det var lika bra att han fick bli klar så han kunde gå. Vidare har hon uppgett att hon inte tror att det var hon som tagit initiativ till fortsatt sex efter att hon spytt, då hon tänkte att situationen var pinsam. Hon kan däremot inte utesluta att hon sagt så.¹⁵⁴

Stödbevisning

Stödbevisningen består uteslutande av vittnesutsagor. Dels har bästisen berättat att MÄ, när hen påträffade henne i rummet sagt ”han hade sex med mig fast jag inte ville”, vilket enligt rätten ger stöd för avsaknad av frivillighet. Dels har ett annat vittne uppgett att hen uppfattade MÄ som medvetlös. Detta har även bästisen sagt, men det framstår enligt rätten som motsägelsefullt eftersom hen även återgett saker som MÄ skulle ha sagt vid detta tillfälle, och att hon gråtit, samtidigt som hon då skulle varit medvetlös. Det andra vittnet har enligt rätten gjort iakttagelser som väsentligt skiljer sig från vad övriga hörda personer berättat och hens utsaga ska därför beaktas med försiktighet. Även ett tredje vittne har hörts, som också ska ha varit den enda som inte var berusad under kvällen. Vad detta vittne sagt framgår dock inte av domen. Det framgår inte heller på vilket sätt det andra namngivna vittnets berättelse avviker från övrigas. Däremot poängteras att rätten inte utgår ifrån att hen talar osanning, men att det kan vara så att hen blandar ihop sina egna iakttagelser med vad hen i efterhand hört om händelsen. Vidare lyfts det faktum att det saknas vittnesiakttagelser från tiden innan samlaget ägde rum avseende bl.a. målsägandens berusning.

¹⁵³ S. 6 i domen.

¹⁵⁴ S. 13–14 i domen.

TT:s berättelse

Han hade tidigare under kvällen kräkts själv och även hjälpt en kompis som kräktes. Stämningen mellan honom och MÄ var flörtig. Det var hon som tog med honom upp till den aktuella våningen. Han var även med henne på toaletten, men hade då ryggen vänd emot henne. De satt först och pratade och började därefter att kyssas. Båda hjälptes åt att få av varandras kläder, men det gick lite långsamt eftersom båda var berusade. Han gissar också att MÄ var mer berusad då hon inte hade samma fart och motorik som han själv. Däremot har han inte uppfattat henne som överdrivet berusad under kvällen. MÄ har även uppmanat honom att låsa dörren, vilket han gjorde. Det var inga konstigheter då de började ha sex, så han blev lite förvånad när hon kräktes första gången. Dock reagerade han inte så mycket, menar han, då han var lite avtrubbad avseende spyor eftersom både han själv och en kompis hade kräkts tidigare samma kväll. Han ville inte göra en stor grej av det då det kunde bli pinsamt för MÄ. När hon kräktes en andra gång förstod han däremot att hon inte mådde bra.

Skuldfrågan

Rätten inleder med att konstatera att åklagaren genom den samlade bevisningen inte har kunnat visa att MÄ befann sig i en särskilt utsatt situation. Det konstateras också att sådana yttre omständigheter som stor åldersskillnad mellan parterna eller den omgivande miljön, exempelvis en offentlig toalett eller liknande som typiskt sett talar emot frivillighet, saknas. Hörda parter har också anfört att det inte är otänkbart att två festedeltagare, såsom de berörda parterna, kunnat gå in i ett rum för att frivilligt ha sex. Vidare anses det inte nödvändigtvis vara så att en person som kräks befinner sig i en sådan utsatt situation som avses i lagen. Däremot konstateras att det faktum att någon, som i detta fall, kräks utan att själv märka det *objektivt* måste innebära att denne befinner sig i en särskilt utsatt situation.¹⁵⁵ Det är också visat genom både TT:s och MÄ:s uppgifter att samlaget fortsatt efter det att MÄ kräktes första gången. Därmed är de objektiva rekvisiten uppfyllda och MÄ har således befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Vad avser de subjektiva rekvisiten görs en lång utläggning kring TT:s uppsåt, med en redogörelse för vad som krävs för att anses ha likgiltighetsuppsåt. Rätten uttrycker bl.a. att det i efterhand kan tyckas märkligt att fortsätta ha samlag med en person som just kräktes, särskilt då denne inte en märkt det själv. Detta förtas dock något av TT:s uppgifter om att han var avtrubbad kring spyor vid tillfället, samt att han inte ville genera MÄ. Man konstaterar också att det vid en samlad bedömning

¹⁵⁵ Se s. 15 i domen.

kan ifrågasättas i vilken utsträckning TT insett vilken situation MÄ befann sig i. Bedömningen slutar dock i att det ”i vart fall inte är ställt utom rimligt tvivel att [TT] var likgiltig inför detta”.¹⁵⁶

Rätten avslutar med följande ord; ”Det hade kanske varit intressant att gå vidare och bedöma frågan huruvida [TT] varit oaktsam i någon form. Eftersom åklagaren endast gjort gällande uppsåtligt brott är tingsrätten dock förhindrad att göra en sådan bedömning (jfr NJA 2011 s. 611). Åtalet för våldtäkt ska därför ogillas i dess helhet.”¹⁵⁷

6.3 Oaktsam våldtäkt – fällande domar

6.3.1 'BDSM-leken'

I detta mål har åklagaren valt oaktsam våldtäkt som förstahandsyrkande, vilket inte hör till vanligheterna. Vad som är utrett i målet, som de parterna båda vidgår, är att de träffades via Tinder och började dejta. TT, men inte MÄ, hade sedan tidigare erfarenhet av BDSM-sex. Innan den för målet aktuella händelsen hade de testat att ha sex med BDSM-inslag vid ett tillfälle, några månader tidigare. Den aktuella kvällen sågs de i MÄ:s lägenhet. Hon gick då med på att bindas upp både i handleder och fotleder samt att bindas med en scarf genom munnen. TT har därefter hämtat MÄ:s dagbok, som hon nämnt var privat och läst högt ur denna. Han har också gett intryck av att filma henne. Därefter har han genomfört både ett vaginalt och ett analt samlag med henne.

MÄ:s berättelse

Utöver det som angetts ovan har MÄ berättat att hon blev mycket stressad då han hämtade dagboken. Han har sedan gett sken av att han filmat henne och frågat vem det skulle vara värst att han skickade filmen till; hennes familj, vänner eller hennes chef. Hon fick då panik. I samband med det anala samlag han genomförde utan glidmedel uppger hon att hon skrikit av smärta, gråtit och skrikit ”Nej [TT] sluta”, vilket han inte gjort.¹⁵⁸ Under sexakten har han också tagit tag i hennes vänstra arm för att förmå henne att ligga stilla. När han fått utlösning gick han och duschade och lämnade henne ensam och fastbunden i ca 10 minuter innan han kom tillbaka och lossade henne. Senare samma natt hörde hon av sig till de personer som hörts i målet. Hon har mått mycket dåligt efter händelsen.

Stödbevisning

¹⁵⁶ Se s. 18 i domen.

¹⁵⁷ Se s. 19 i domen.

¹⁵⁸ Se s. 10 i domen.

Vittnesförhör har hållits med tre kolleger/vänner till MÄ. Utöver det har skriftlig bevisning i form av brev från TT till MÄ, sms-konversationer mellan MÄ och vännerna samt mellan parterna, fotografier av sexleksaker tagna i TT:s bostad samt fotografier av MÄ:s skador förebringats.

TT:s berättelse

Vid den aktuella tidpunkten träffade han många olika kvinnor och har därför svårt att minnas exakt vad som hänt. Han instämmer i att det var olämpligt att binda en sjal över målsägandens mun då detta minskar hennes möjligheter att kommunicera, men han menar att han är bra på att läsa av signaler. Anledningen till att han tog fram dagboken var vad han kallar ”mental teasing” då detta kunde vara kittlande och spännande.¹⁵⁹ Han uppger att han fick negativa signaler från MÄ då han tog fram dagboken och medger att han väl borde ha reagerat på detta. Han har inget minne av att MÄ gråtit, skrikit eller rört sig på ett sådant sätt som skulle ha varit ett uttryck för att inte vilja ha sex. Han kan inte heller minnas om han använde glidmedel vid det anala samlaget eller inte. Han påstår att deras sexuella relation fortsatte även efter denna händelse samt att MÄ var svartsjuk på de andra kvinnor han träffade. Vad gäller brevet där han ber MÄ om ursäkt skickades detta i syfte att få ett avslut med henne. Ursäkten syftar endast till att han tog fram dagboken och att han träffade andra kvinnor, ingenting annat. Vidare framhåller han att han ofta använder ordet förlåt och hänvisar till sin Messenger-app, där en slagning på ordet ger ett stort antal träffar.

Skuldfrågan

Rätten anser att utredningen tydligt visar att MÄ inte deltagit frivilligt. Det poängteras att det förhållande att hon gått med på att bli bunden inte innebär att hon deltagit frivilligt i de sexuella aktiviteter med inslag av förnedring och tillfogande av smärta han sedan utsatt henne för. Efter att TT tog fram dagboken anses inte MÄ längre delta frivilligt och han har således genomfört både vaginalt och analt samlag med henne mot hennes vilja. Vad gäller hans oaktsamhet framhålls det faktum att TT känt till att MÄ endast deltagit i BDSM-sex vid ett tidigare tillfälle samt att hon då han visat en låda med sexleksaker berättat att hon inte är intresserad av sex med inslag av förnedring. Utöver hennes oerfarenhet på området läggs vikt vid att de inte diskuterat vilka sexuella aktiviteter de ska ägna sig åt och således har det inte funnits något stopptecken för MÄ att ta till för att visa att hon inte ville delta. Rätten anser att TT rimligen måste ha insett att det faktum att MÄ lät sig bindas inte innebär att hon varit intresserad av att förnedras och tillfogas smärta på det vis som skedde. Han måste i vart fall ha anat att hon inte deltog frivilligt, menar man. Att hon dessutom gett starka uttryck i form av gråt och

¹⁵⁹ Ibid.

skrik samt bett honom att sluta gör att det framstår som uteslutet att han inte skulle ha märkt det. Därmed anser rätten att ”det inte råder någon tvekan om” att TT insett risken för att MÄ från att han tog fram dagboken inte deltog frivilligt. TT:s berättelse föranleder ingen annan bedömning och han ska därmed dömas för oaktsam våldtäkt.

Påföljd

Rätten menar att TT:s handlande ligger ytterst nära ett uppsåtligt handlande. Att gärningen dessutom ägt rum i MÄ:s eget hem, samt begåtts på ett särskilt integritetskränkande sätt, är också försvårande omständigheter. Detta motsvarar i vart fall tio månaders fängelse. Vidare anføres att det saknas vägledande uttalanden om ifall oaktsam våldtäkt ska anses utgöra artbrott. Det framhålls att det enligt rättspraxis ska råda restriktivitet med att behandla ytterligare brottstyper som artbrott. Å andra sidan finns det även vid lindrigare sexualbrott av allmänpreventiva skäl en presumtion för fängelse. Det poängteras även att dessa skäl framstår som extra starka med hänsyn till den skärpta syn på sexualbrott som den nya lagstiftningen medfört. Därmed döms TT till fängelse i tio månader.

6.3.2 ’Utköparen’

Åklagaren yrkade i första hand på våldtäkt enligt 6 kap 1 § 1 men, men i gärningsbeskrivningen angavs att TT otillbörligt utnyttjat att MÄ p.g.a. sömn och berusning befunnit sig i en särskilt utsatt situation. I andra hand yrkades på ansvar för oaktsam våldtäkt.

MÄ:s berättelse

Hon var på fest hemma hos TT tillsammans med sin kompis. Hon var ”grisfull och trött” och hade aldrig varit med om en sådan berusning tidigare.¹⁶⁰ I efterhand har hon fått höra att hon däckat på soffan och att en annan festdeltagare försökt väcka henne utan framgång. Hon vaknade vid femtiden på morgonen av att TT förde in sina fingrar i hennes underliv och detta gjorde ont. Hon menar att han måste ha märkt att hon inte blev upphetsad, då han spottade men att det ändå inte gick. Hon kände att han flera gånger försökte föra in sin penis, men att det inte gick. Hon sa nej flera gånger. Han gav upp efter en stund och frågade om hon sugit av en kille någon gång. När hon svarade att hon inte gjort det frågade han om hon ville suga av honom. När hon återigen sa nej sa han att han skulle runka och komma på henne. Därefter måste hon ha däckat för hon vaknade igen vid niotiden på morgonen. Då gick hon därifrån och tog bussen hem. Hon uppger att det var som att hon ”halvt sov” när det hände

¹⁶⁰ Se s. 6 i domen.

och att hon inte riktigt orkade göra motstånd.¹⁶¹ Efter händelsen har hon mått sämre än innan, haft panikattacker och druckit mer alkohol. Hon har också berättat att hon uppfattat att TT varit intresserad tidigare. Han har bl.a. föreslagit att de kan ha kul utan alkohol någon gång, varpå hon svarat att hon ”inte var en sexuell person så de fick se vad som hände framöver”.¹⁶²

Stödbevisning

Totalt tre vittnen har hörts till stöd för MÄ:s berättelse. Väninnan som åkte hem till TT tillsammans med MÄ har uppgett att de båda var berusade, men MÄ något mer än henne. När de skulle åka hem hade MÄ fått en ”blackout” och de fick därför lämna henne. Hon ”däckade av” två-tre timmar innan de skulle åka och de kunde inte få med henne.¹⁶³ TT erbjöd då att MÄ kunde stanna kvar i lägenheten. Väninnan hade inte märkt av något flörtande eller dylikt under kvällen mellan TT och MÄ. Hon uppger vidare att hon kan ha haft i bakhuvudet att TT skulle försöka sig på något sådant, tafsa och så. Hon har själv haft frivilligt sex med TT tidigare och låg hemma orolig för MÄ tills hon själv däckade. Hon har efteråt pratat med MÄ, bl.a. direkt dagen efter. Hon är osäker om penetrationen skedde med bara fingrar eller även med penis. Hon är dock säker på att han använt fingrarna.

Vidare har ett vittne som kom senare till festen hörts. Han har berättat att MÄ till en början var trevlig, men senare gick det inte att få liv i henne. Han har försökt få liv i henne genom att prata högt och även skaka henne, men lyckades inte med detta. Han åkte därifrån tillsammans med de andra. Någon vecka senare berättade MÄ att hon blivit våldtagen eller något åt det hållet, samt att trosorna varit avtagna. Han minns inte exakt vad hon berättade.

Det tredje vittnet kom till festen något senare. Han har inte reagerat på att någon varit anmärkningsvärt berusad. Han lämnade festen tillsammans med de andra. De två andra personerna som hörts som vittnen ville att han skulle ringa TT när de lämnat lägenheten. De ville inte att MÄ skulle vara hos TT. Han upplevde TT som lugn och trevlig i telefonsamtalet, då han sa att MÄ sov och att han själv skulle gå och lägga sig.

TT:s berättelse

Han hade tidigare pratat med MÄ och hennes väninna om att de skulle komma hem till honom. Han köpte ut varsin treliters tetra med vin till dem. Han har tidigare pussats med MÄ på en fest. Senare på

¹⁶¹ Se s. 7 i domen.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Se s. 10 i domen.

kvällen ringdes ytterligare en tjej och en kille dit av MÄ. När det var dags för alla att åka fick de inte liv i MÄ, som skulle ha lämnat festen tillsammans med de andra. Han väckte henne senare och smekte henne på låret och mot hennes stjärt samtidigt som han frågade om det var okej. Han menar att hon lyfte på höfterna när han skulle ta av hennes byxor och detta tolkade han som att hon ville. Hon var mestadels vaken och hade ögonkontakt med honom. Han har efter det smekt henne på underlivet och fört in sina fingrar till henne. Hon ska då ha sagt ”åh” men detta var inte av smärta, om han hade uppfattat att hon fick ont skulle han ha slutat. Han hörde att hon mumlade men uppfattade inte vad hon sa. Efter en stund blev det torrt och då slutade han. Det stämmer att han frågat om hon sugit av en kille och om hon ville suga av honom, samt att hon svarat nej på båda dessa frågor. Däremot har han varken runkat eller haft sin penis mot henne. Han gick och la sig direkt efter detta och när han vaknade vid 10.30 var hon borta. De har inte hörts efter det.

Skuldfrågan

Först konstateras att MÄ och TT lämnat i stora delar likvärdiga berättelser om händelsen. Dock har MÄ uppgett att TT utfört ytterligare handlingar som inte omfattas av åtalet. Det preciseras dock inte vilka dessa är. Vidare konstaterar rätten att MÄ:s berättelse inte är så överlägsen TT:s att en bedömning kan ske utifrån hennes uppgifter. Därför ska TT:s uppgifter accepteras. Rätten utgår därmed ifrån att MÄ samtyckt till TT:s handlingar. Därefter fastslås att det genom de hörda personerna framgått att MÄ varit så pass berusad att hon objektivt sett kan anses ha befunnit sig i en sådan särskilt utsatt situation som avses i lagen. Vidare var det TT som införskaffade den alkohol som MÄ sedan kom att förtära. Därmed måste det anses ha stått klart för TT hur mycket alkohol hon drack den kvällen. Avseende TT:s uppgifter om MÄ:s lämnade samtycke anses dessa vara vaga och otydliga och inte av en sådan beskaffenhet att han kan anses ha kunnat anta att hon deltog frivilligt. Med hänsyn till MÄ:s berusning borde han istället ha insett att hon befann sig i en sådan utsatt situation att hon inte kan anses ha deltagit frivilligt. Sammanfattningsvis anses åtalet styrkt i så måtto att MÄ befann sig i en särskilt utsatt situation samt att TT genomförde de gärningar som påstås. Däremot anser inte rätten att det är tillförlitligen utrett att han handlat med uppsåt och han ska därför dömas för oaktsam våldtäkt. Slutligen skriver man att TT:s beteende är klart klandervärt och inte ska bedömas som mindre allvarligt.

Intressant är att det i domen finns en skiljaktig mening. En av nämndemännen instämmer i rättens bedömning att MÄ varit så berusad att hon befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Han anser dock att detta måste ha varit så pass tydligt för TT att han ska anses ha agerat uppsåtligt. Därför anser han åtalet för våldtäkt av normalgraden är styrkt och att TT borde dömas därefter.

Påföljd

Här anges, utan vidare motivation, att det med hänsyn till brottslighetens art, inte kan komma ifråga en annan påföljd än fängelse. Vidare anses hans handlande vara klandervärt och ”klart straffvärt”. Påföljden bestäms till åtta månaders fängelse.¹⁶⁴

6.3.3 'Läkarföräldrarna'

Åklagaren har yrkat på våldtäkt av normalgraden i första hand, då TT ska ha penetrerat MÄ analt och vaginalt med sina fingrar. I stämmingsansökan förtydligas att dessa gärningar är jämförliga med analt och vaginalt samlag.

MÄ:s berättelse

Det konstateras att MÄ:s berättelse stämmer väl överens med gärningsbeskrivningen i åtalet samt att den skiljer sig helt från TT:s. Hon har uppgett att hon när hon åkte för att träffa TT, trodde att en annan person skulle vara med. Detta för att TT skickat en bild på snapchat av honom och en kompis. Då han hämtade henne var han iförd pyjamasbyxor, vilket hon tyckte var märkligt. Väl hemma hos honom gick han direkt och la sig i sin säng och hon satte sig, efter viss tvekan, på sängen då hon inte såg någon stol. Hon flyttade sig motvilligt närmare honom på hans uppmaning. Han tog då ett grepp om hennes hals och började kyssa henne och bita henne i läppen. Hon beskriver det som att hon blev helt stel och fastfrusen av detta handlande. Vidare har hon berättat att han tog av hennes kläder utan att fråga om lov och i samband med det la ner henne på rygg. Hon var stel och försökte göra motstånd genom att hålla ihop benen, men sa ingenting. Hon beskriver TT som upphetsad och hårdhänt. Vid något tillfälle ska han ha gjort sönder hennes trosor. Han lyfte upp henne så att hennes underliv kom emot hans och först då vaknade hon till och skrek nej och att hon inte ville ha sex. Han svarade inte direkt men la ner henne i sängen igen och fortsatte att ”hängla grovt”.¹⁶⁵ Han har efter det tvingat henne att onanera. Då hon slutat har han fört tillbaka hennes hand så hon har känt sig tvungen att fortsätta. Han har också penetrerat henne analt och vaginalt med sina fingrar och MÄ har redogjort för hur detta kändes. Så fort han fått utlösning satte han på sig sina pyjamasbyxor igen utan att torka av sig. Det hördes steg från ovanvåningen och TT skickade då sms till sina föräldrar. MÄ antar att han bad dem hålla sig borta eftersom de aldrig visade sig. Ungefär tio minuter senare körde han hem henne och hon kände sig då äcklig och rädd. Så fort han släppt av henne ringde hon till sin vän, som hörts i målet och berättade vad som hade hänt. Hon berättade även direkt hon kom hem för sin pappa då han såg att hon

¹⁶⁴ Se s. 15 i domen.

¹⁶⁵ Se s. 11 i domen.

var jätteledsen och hade en fläskläpp. Hon polisanmälde dock först efter några dagar då hon var rädd för vad TT och hans vänner skulle tycka om henne. Pappan ville att hon skulle anmäla direkt.

Stödbevisning

Vittnesförhör har hållits med MÄ:s pappa och hennes vän, som hon ringde direkt efter TT lämnat henne. Vännen har uppgett att MÄ lät ledsen när hon ringde, att hon berättat om händelsen i korta drag samt att det skett mot hennes vilja. Pappan har vittnat om att hon såg förskrämd, ledsen och chockad ut då hon kom hem, samt att hon i stora drag återberättat händelsen. Hon har då uppgett att hon utsatts för ett övergrepp genom att ha tvingats ”runka av” TT, att han haft sina fingrar i hennes slida, samt att hon sagt nej. Han reagerade även på hennes fläskläpp och att hon hade blåmärken som han som läkare reagerade på. Sådana får man inte av att ramla utan av grepp. Vidare har han vittnat om att hon mått dåligt efter händelsen, bl.a. har detta yttrat sig genom att hon isolerat sig. Det finns även skriftlig bevisning i form av fotografier och rättsintyg. Rätten tycks lägga stor vikt vid att MÄ:s pappa är barnläkare och att hans uppgifter om blåmärkena därmed bör tillmätas stor betydelse. Det anförs också att även MÄ:s mamma är läkare, och att pappans uppgifter om att både han och MÄ:s mamma har sett blåmärken på MÄ dagen efter händelsen inte ger någon anledning till ifrågasättande.

TT:s berättelse

I motsats till vad MÄ berättat påstår TT att han redan då hon skulle komma hem till honom var inställd på att ha sex. Han menar också att hon visste om att han var ensam hemma. Bilden han skickade var bara för att han just då var med en kompis. Vidare skiljer sig hans berättelse ifrån MÄ:s på så vis att han menar att det varit hon som initierat sexet genom att börja ta av sig själv och även dra i hans kläder. Gällande de trasiga trosorna säger han att det var MÄ som satte sig på honom och att det var i samband med detta som trosorna sprack. Han medger att hon sagt att hon inte ville ha sex, men uppger att för honom betyder det att man inte vill ha vaginalt samlag. Att penetrera med fingrar är mer att anse som förspel. Sex som inte är samlag kallas för honom analsex eller oralsex. Han uppger även att han aldrig frågar innan förspel då han märker om motparten inte vill delta eller är passiv.

Även till stöd för TT:s berättelse fanns i detta fall bevisning i form av två vittnesförhör. Ett av vittnena var en vän till TT och det andra en plastikkirurg. Denne plastikkirurg har, utifrån de bilder som MÄ:s pappa tagit, uttalat sig om blåmärkenas ålder. Fotografierna uppges vara mörka och av dålig kvalitet och rätten anser därför att det inte går att uttala sig om när blåmärkena tillfogats, såsom plastikkirurgen har gjort. Vidare har kompisens berättat att MÄ varit tillsammans med många killar och var sexuellt erfaren, mot hennes förnekande. Detta tillmäts ingen betydelse, då rätten konstaterar att det snarast är

”rykten och spekulationer” från vittnets sida.¹⁶⁶ Vidare konstateras att om detta skulle vara sant hade det snarare talat emot att MÄ direkt efter händelsen skulle anklaga TT för något som inte är sant.

Skuldfrågan

Genom de uppgifter som framkommit vid förhör med MÄ samt de vittnen som hörs i målet anser rätten att det är bevisat att MÄ inte deltagit frivilligt. Vad gäller TT:s uppsåt lägger rätten vikt vid att han uppgett att det var just samlag hon inte ville ha. Det framhålls att han dock inte frågat vad hennes definition av förspel är. Det anses dock inte bevisat att han förstod att hon inte ville ha något sexuellt umgänge med honom. Inte heller anses det bevisat att han, om han insett risken för att hon inte deltog frivilligt, ändå skulle ha genomfört de sexuella handlingarna. Därför kan han inte anses ha haft uppsåt. Däremot anser rätten att han borde ha frågat MÄ och genom att underlåta detta anses han ha varit grovt oaktsam. Därför döms han för oaktsam våldtäkt.

Påföljd

Även i denna dom konstateras det att brottets art (men inte straffvärdet) talar för att fängelse ska väljas som påföljd. Straffvärdet anges uppgå till sex månaders fängelse, delvis med beaktande av att TT var 19 år gammal då han begick gärningen. Han döms till skyddstillsyn och behandlingsplan, med en övervakningstid på 1,5 år.

6.4 Oaktsam våldtäkt – friande domar

Eftersom oaktsam våldtäkt i den absoluta majoriteten av fallen är andrahandsyrkande, har det varit svårt att hitta domar där det just är oaktsam våldtäkt som den tilltalade har frikänts ifrån. De enda två fall jag hittat redovisas i det följande.

6.4.1 ’De upprepade missförstånden’

I denna, tämligen omfattande dom, finns det två olika målsägande. Åtalet avseende den ena av dem omfattar tre åtalspunkter; försök till våldtäkt vid två tillfällen och ringa misshandel vid ett annat. Eftersom dessa inte rör oaktsam våldtäkt lämnas de utanför beskrivningen. Den målsägande som däremot menar att TT gjort sig skyldig till en oaktsam våldtäkt av henne har även anmält honom för ringa misshandel. Även detta lämnas utanför då det inte har någon direkt relevans i sammanhanget.

¹⁶⁶ Se s. 14 i domen.

MÄ:s berättelse

Hon och TT kände inte varandra tidigare och hade fått kontakt via en app. Hon var initialt mer intresserad av hans kompis, som också varit med i kontakten. Vid det aktuella tillfället hade hon och TT bestämt att träffas hemma hos henne. De hade där sex på hennes rum, vilket hon deltog frivilligt i. Därefter hörde hennes pappa av sig på sms och meddelade att han var på väg hem. Hon klädde på sig och de fortsatte att umgås. Då pappan kom hem ropade de hej till varandra, men han kom inte in på rummet. MÄ la sig i sängen bredvid TT igen och de tittade på sina telefoner. De låg i skedposition. Han började då att ta på henne och drog ner hennes mjukisbyxor bakifrån. Hon drog upp dem igen och frågade vad han gjorde, varpå han svarade att de kunde göra det under täcket så att det bara skulle se ut som om de kramade varandra. Hon svarade då att hon inte ville eftersom hennes pappa var hemma. Han fortsatte att tjata under en längre stund och till sist gav hon med sig. Hon tänkte att han skulle fatta att hon inte ville utifrån sättet hon sa ”okej då” på.¹⁶⁷ Hon uppger att det gjorde ont och inte kändes skönt när han trängde in i henne eftersom hon inte var sugen. Hon låg och tittade på sin telefon när han hade sex med henne. Han slutade tvärt efter en stund. Detta kan ha berott på att han hörde hennes pappa röra sig i lägenheten utanför, men hon vet inte säkert. Efter en stund sa TT att han skulle åka hem och frågade om hon ville följa med honom. Hon följde honom och tänkte att det verkade som att han inte förstått att hon inte ville ha sex. När de gick till bussen sa han ”det här har inte hänt” och ”det här säger du inte till någon”.¹⁶⁸ När hon kom hem igen var hon ledsen då hon på väg hem fått ett sms från TT där han uppmanat henne att ta ett dagen-efter-piller. Hon bröt då ihop då han lovat att inte komma i henne, vid det frivilliga samlaget. Pappan märkte att hon var ledsen när hon kom hem, men hon ville inte prata med honom utan pratade istället med hans flickvän i telefonen. Denna berättade sedan för pappan, som blev arg och polisanmälde händelsen. Vid det första förhöret som hölls hemma hos henne sa hon till polisen att hon tydligt sagt nej samt puttat bort TT. Hon medger att detta inte är sant och vet inte varför hon sa så, men uppger att det kan ha berott på att hon var omtumlad och just då inte mindes vad som hade hänt. Hon uppger också att hon vid detta tillfälle ”gjorde sig till mer offer än hon var”.¹⁶⁹

Stödbevisning

Ett rättsintyg avseende hudavskrapningar på insidan inre blygdläppar och en spricka i bakre slidöppningsbegränsningen har åberopats. Utöver det har även vittnesförhör med pappan och dennes flickvän hållits. Pappan har vittnat om händelsen på så sätt att han kom hem och att MÄ följde TT till

¹⁶⁷ Se s. 21 i domen.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Se s. 23 i domen.

bussen samt vad som hände då hon kommit hem. Han uppger också att hon gett två olika versioner av händelsen, då hon först inte velat erkänna att hon haft ett frivilligt samlag med TT som föregått det ofrivilliga. Detta har hon dock erkänt vid senare tillfälle. Pappans flickvän berättar om samtalet, som är inspelat. Där berättar MÄ om händelsen och säger att TT hade fortsatt ha sex med henne trots att hon sagt att hon inte ville. Båda skrattade dock. MÄ uppger i detta samtal att ”hon låg där som en docka”.¹⁷⁰

TT:s berättelse

TT:s berättelse påminner i stora delar om MÄ:s, men med vissa avvikelser. Bl.a. har det inte, till skillnad från vad MÄ påstått, varit någon längre paus mellan samlagen där hon suttit i soffan medan han låg i sängen och åt godis. I ett förhör har han uppgett att MÄ vid två tillfällen sagt att hon inte ville längre, men att han ändå fortsatt en stund. Vid huvudförhandlingen förklarar han detta med att han trott att det handlade om en annan tjej som han legat med, vars familj också kommit hem. Det är dock endast den delen som han blandat ihop, allt annat han sagt avser händelsen med MÄ. Anledningen till att han sagt till henne att inte berätta för någon är att han inte ville att kompiserna som hon först varit intresserad av skulle få veta.

Skuldfrågan

Vid skuldbedömningen hänvisar rätten till balkongfallet och uppger, avseende beviskravet, att det för fällande dom i praktiken ska vara uteslutet att det gått till på något annat sätt än såsom åklagaren påstått. Vidare anges att det *måste* finnas annan bevisning än målsägandens berättelse eller av omständigheter såsom att målsäganden haft ett ändrat beteende efter händelsen.¹⁷¹ Då rätten ska bedöma bevisningen i målet poängteras att MÄ inledningsvis under förundersökningen inte berättade sanningen, men att hon vid ett senare skede under förundersökningen samt under huvudförhandlingen berättat vad som faktiskt hände. Vad avser den senare versionen upplevs hennes berättelse som lång, klar och detaljrik. Vidare konstateras att den anses självupplevd och saknar svårförklarliga moment eller motsägelsefulla uppgifter. Rätten menar att MÄ:s förklaring till att hon initialt lämnade en osann utsaga framstår som rimlig, särskilt med beaktande av hennes unga ålder. Därefter görs en bedömning av varje stödbevis som förebringats och sammanfattningsvis konstateras att det anses vara relativt svagt. Därför anses inte utredningen nå upp till det krav på robusthet som krävs för att det ska vara ställt bortom rimligt tvivel att gärningen gått till på det sätt som åklagaren gjort gällande. TT frias

¹⁷⁰ Se s. 26 i domen.

¹⁷¹ Se s. 28 i domen. Här hänvisas till NJA 2009 s. 447 I och II.

därmed ”redan av detta skäl”.¹⁷² Däremot döms han i enlighet med de andra åtalspunkterna, som avsåg försök till våldtäkt, för sexuellt ofredande. Detta avsåg dock en annan målsägande.

6.4.2 ’Den oerfarne ynglingen’

Till skillnad från den föregående domen är denna anmärkningsvärt kort. Åtalet omfattar två åtalspunkter, varav den första avser sexuellt ofredande vid två tillfällen och den andra oaktsam våldtäkt. Domen är skriven på ett tämligen översiktligt och långtifrån uttömmande sätt. Strukturen är också annorlunda, varför det är lite krångligt att återge den enligt det ovan använda mönstret. Förhørsutsagorna redovisas enligt en sekretessbilaga som jag inte fått tillgång till, vilket troligen är förklaringen till den knapphändiga domen. Jag anser ändå att den är intressant att återge, även om jag inte kan redovisa exakt för vad som (enligt domen) framkommit vid förhör med parterna.

Omständigheterna i målet

Vid det tillfälle som den oaktsamma våldtäkten ska ha ägt rum påstås TT ha genomfört ett samlag och en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens natur är jämförlig med samlag. Denna handling bestod i att TT ska ha slickat målsägandens underliv samt fört in sina fingrar där.

Stödbevisning

Som stöd för MÅ:s berättelse har det förebringats fotografier samt hållits vittnesförhör med två personer. Även detta ingår i sekretessbilagan och innehållet återges således inte i domen.

Skuldfrågan

Rätten redogör allmänt för regleringen kring oaktsam våldtäkt. Följande två citat avseende frivilligheten är intressanta, då de framstår som motsägelsefulla för mig.

”Den sistnämnda regeln måste anses innebära att utrymmet för att bedöma en ren passivitet som uttryck för ett val att delta i en sexuell handling är begränsat.”

”Med utgångspunkten att det är åklagaren som har bevisbördan i brottmål blir det åklagarens uppgift att bevisa att deltagandet inte har varit frivilligt. Vid passivitet innebär det att åklagaren ska visa att passiviteten inte inneburit att målsäganden gett uttryck för sitt samtycke.”¹⁷³

¹⁷² Se s. 39 i domen.

¹⁷³ Se s. 5 i domen.

Härefter gör rätten en bedömning av MÄ:s frivillighet. Det anges bl.a. att hon framstår som trovärdig, samt att hennes berättelse vinner stöd genom vittnesmålen. Sammanfattningsvis finner rätten att hon inte kan anses ha deltagit frivilligt.

Vad gäller TT:s insikt om detta görs en bedömning som framstår som lite märklig. Här anförs att TT berättat att han haft uppfattningen att MÄ varit vaken, men att hon vänt sig om för att sova vid de tillfällen han fört upp sina fingrar i henne samt då han slickade henne. Man anser att hans berättelse inte kan lämnas utan avseende i detta hänseende. Vikt läggs också vid att han menar att han avbrutit samlaget då han inte upplevt att han fått någon respons. Dessa omständigheter talar, menar rätten, för att TT varit av uppfattningen att MÄ samtyckt till handlingarna. Vidare anförs att hans ungdom och det faktum att han saknade sexuella erfarenheter medfört att han känt sig osäker på vad han kunnat förvänta sig av MÄ:s handlande. Slutligen konstateras att TT kan ha varit oaktsam, men att han i vart fall inte var medvetet oaktsam och således inte grovt oaktsam. Därför döms han inte för brottet.

7 Analys

I detta avsnitt analyseras det material som legat till grund för min undersökning. Främst analyseras de ovan återgivna domarna, men resultaten från Brå-rapporten förekommer också. Det är i analysen och det efterföljande avsnitt 8 som jag svarar på de inledande frågeställningarna. Jag har valt att dela upp rubrikerna efter olika teman som svarar an mot de områden som undersökts och sedermera analyseras. Avsnitt 8 gjordes fristående men ska ses som en del av analysen, dock av mer sammanfattande karaktär.

7.1 Tydlighet i tillämpningen?

Som ovan nämnt ska frivillighet aldrig anses föreligga i de fall någon av punkterna 1–3 är uppfyllda. Därmed torde det stå klart att en bedömning av frivilligheten inte behöver göras i de fall rätten utreder exempelvis om kvinnan kan ha befunnit sig i en sådan särskilt utsatt situation som avses i den andra punkten. Dock framgår med tydlighet att teorin och praktiken går åt skilda håll. För det första är åklagarna inte konsekventa i sina stämningsansökningar. I flera av de mål jag studerat har åklagaren angett lagrummet som reglerar det allmänna frivillighetsrekvisitet, men i gärningsbeskrivningen påstått att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation, se exempelvis 'Utköparen' ovan. I samma mål kommer tingsrätten fram till att målsäganden måste anses ha befunnit sig i en sådan utsatt situation att den tilltalade måste ha insett att hon inte kunde deltagit frivilligt. Således korresponderar inte stämningsansökan med vad som utreds och sedermera döms för i domen, åtminstone inte sett till vilket lagrum som åberopas till grund för gärningspåståendet. Detsamma gäller för 'Födelsedagsfesten', där åklagaren åberopat första meningen i lagrummet, men i stämningsansökan angett att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation. I det fallet utreder rätten också rekvisitet särskilt utsatt situation och konstaterar att hon inte kan anses ha befunnit sig i en sådan. En viktig poäng i sammanhanget är att rätten inte är bunden av det lagrum som åklagaren åberopat, utan endast av gärningsbeskrivningen, jfr 30 kap 3 § RB.

Ytterligare en anmärkningsvärd aspekt i 'Födelsedagsfesten' är att rätten uttryckligen anger att det hade varit intressant att utreda om den tilltalade varit oaktsam i någon form, men konstaterar att de är förhindrade att pröva den frågan då den inte omfattas av åklagarens gärningsbeskrivning. Detta leder till en friande dom, enligt min tolkning endast för att åklagaren inte angett oaktsam våldtäkt som andrahandsyrkande. Frågan är om det ändå inte kan anses rymmas inom gärningsbeskrivningen. Det

finns ett utrymme för åklagaren att justera denna under huvudförhandlingen. Rätten har också en skyldighet att bedriva viss materiell processledning. Dag Victor framförde i en artikel att det i många fall vore önskvärt att domstolarna borde bedriva en väsentligt mer aktiv processledning än vad som i normala fall sker. Han framhåller att det oftast är först då åklagaren utvecklar sin talan som problemen blir synliga. I de fallen kan och bör domstolen påpeka detta så att åklagaren justerar sin gärningsbeskrivning.¹⁷⁴ Det är förvisso möjligt att domstolen gjort just detta i det aktuella målet, men att åklagaren ändå inte justerat gärningsbeskrivningen så att även oaktsam våldtäkt omfattas. Därav kan domstolens kritik kring detta vara befogad, det är dock inte möjligt att avgöra genom att endast läsa domen. Dock menas i samma artikel att det vid åtal för ett uppsåtligt brott också måste vara möjligt att döma för ett oaktsamt handlande även utan åtalsjustering. Victor menar alltså att även om åklagaren endast gjort gällande uppsåtligt brott, ska den tilltalade kunna dömas för oaktsamhetsbrottet om rekvisiten är uppfyllda.¹⁷⁵ Eftersom de objektiva rekvisiten för oaktsam våldtäkt är desamma som för det uppsåtliga brottet torde just det inte vara ett problem i fallet. Dessa exempel utgör, enligt min mening, att rätten inte uppfyller kravet på tydlighet i tillämpningen.

7.2 Likhet i tillämpningen?

I flera fall framstår det som att väldigt liknande omständigheter leder till olika bedömningar. Som ovan nämnt har HD i NJA 2017 s. 316 (I) fastslagit att det kan vara tillräckligt med en målsägandes utsaga i mål om sexualbrott för att nå en fällande dom. Detta i förening med vad som i övrigt framkommit i målet, där stödbevisning i form av bl.a. vittnesutsagor kan spela en viss roll. Mitt intryck är att dessa utsagor tillmäts, ibland orimligt stor, betydelse i förhållande till målsägandens utsaga. Som exempel kan nämnas 'Läkarföräldrarna', där rätten tydligt framhöll pappans profession och lade detta till grund för tillförlitligheten hos hans utsaga. Att han också är målsägandens förälder och således i högsta grad närstående till henne, förtar inte detta alls vad det verkar. I 'Tjejen på behandlingshemmet' tycks det faktum att de två vittnen som hörts varit personal på behandlingshemmet där målsäganden vårdades, ha en viss tyngd. I 'Födelsedagsfesten' utgörs stödbevisningen uteslutande av vittnesutsagor. Samtliga dessa har getts av personer som är vänner till målsäganden och i samma unga ålder som henne. De tycks inte tillmätas någon större betydelse. Tvärtom är domskrivningen väldigt otydlig i det avseendet, trots att domen är välskriven i övrigt. Till exempel nämns att ett av de hörda vittnena var den enda som befann sig på festen och var nykter. Vad den personen sagt i förhöret framkommer dock inte alls, och

¹⁷⁴ Victor, 2020, s. 80 f.

¹⁷⁵ A.a. s. 85 f.

inte heller ges någon förklaring till detta. Även om målsägandens utsaga i och för sig bedöms vara trovärdig framstår det som att stödbevisningen ändå spelar en stor roll.

Även faktorer som hur väl den tilltalade uttrycker sig tycks, precis som försvarsadvokaterna uppgett i Brå-rapporten, ha stor betydelse för skuldfrågan. I 'Utköparen' uppges att målsägandens berättelse inte är så överlägsen den tilltalades att bedömningen kan grundas på hennes uppgifter. I det fallet anses den tilltalade ha utnyttjat att hon befann sig i en särskilt utsatt situation, men det ansågs tydligen inte styrkt att han ens varit likgiltig inför detta faktum. Han dömdes, mot en skiljaktig mening, till oaktsam våldtäkt. Detta trots den stora ålderskillnaden, att målsäganden var kraftigt berusad och att hon sov under stora delar av händelseförloppet. Ytterligare ett exempel på hur rätten kan värdera stödbevisning olika högt är händelsen i 'Minnesluckan'. Här kan inte balkongfallet-metoden användas då målsäganden överhuvudtaget inte minns händelsen. Däremot finns vittnesmål avseende hur hon brukar vara, samt en film med ljud som visar hur hon säger både "nej" och "aj" upprepade gånger. I den domen fanns det två skiljaktiga meningar, där uppfattningen var att den tilltalade skulle dömas för oaktsam våldtäkt. Enligt de två nämndemän som var skiljaktiga måste den tilltalade ha hört när målsäganden bad honom att sluta. Deras uppfattning var att han då åtminstone borde ha frågat henne om hon ville fortsätta, för att förvissa sig om att frivilligheten fortfarande förelåg. Genom att underlåta detta har han varit grovt oaktsam, menar de. Genom dessa exempel menar jag att lika fall inte behandlas lika.

7.3 På vilket sätt måste frivilligheten komma till uttryck?

Av förarbetena framgår, som bekant, att frivilligheten inte måste manifesteras med ord. Det kan räcka med andra uttryck. Dock har det i samtliga av de fällande domar jag läst, varit väldigt tydligt att målsäganden inte deltagit frivilligt. I både 'kollegan' och 'tjejen på behandlingshemmet' sa målsäganden tydligt nej. I det förstnämnda rättsfallet har rätten t.o.m. fått ta del av en ljudfil där detta framgår. I 'övernattningen' framgår att hon bad honom att sluta. Med andra ord har avsaknaden av frivillighet i samtliga av de tre fällande våldtäktsdomar jag inkluderat i undersökningen uttryckts verbalt.

Detsamma gäller i vissa av de fall som mynnat ut i fällande dom för oaktsam våldtäkt. I 'BDSM-leken' grät målsäganden och bad den tilltalade att sluta. Det tycks alltså krävas ganska tydliga uttryck för avsaknad av frivillighet. I 'Kollegan' uttalar rätten att målsäganden uppvisat en ambivalent attityd och framhåller det faktum att hon till en början kysst den tilltalade tillbaka. Detta beteende borde rimligen

ha väckt förväntningar om en intim relation hos den tilltalade, menas det. Uttalandet tåls att ifrågasättas med hänsyn till att det tydligt framgår att frivilligheten ska ha förelegat under hela den sexuella handlingen. Det spelar alltså ingen roll om målsäganden t.o.m. har tagit initiativ till att ha sex. Hon ska samtycka till samtliga sexuella handlingar.¹⁷⁶ I detta fall hade alltså målsäganden endast besvarat en kyss som den tilltalade initierat, men ändå tas det upp till hennes nackdel.

Som framgått vid Brå:s intervjuer med åklagarna, finns en bild av att domstolarna hellre dömer för oaktsam våldtäkt än våldtäkt av normalgraden vid de fall våldtäkten anses mindre allvarlig. Om det inte förekommit våld eller utnyttjande av särskilt utsatt situation, tar det emot att döma till två års fängelse.¹⁷⁷ Detta trots att lagen säger att det räcker med bristande frivillighet. I de domar jag läst har det inte alltid varit en situation som faller in under någon av punkterna i 6 kap. 1 § BrB. Däremot har det varit väldigt tydliga uttryck av ofrivillighet som förekommit, samt i samtliga fall funnits stödbevisning som styrkt målsägandens berättelse. Det har också varit fråga om ganska allvarliga övergrepp i fråga om varaktigheten hos de sexuella handlingarna, samt målsägandenas upplevelser och mående efteråt.

Att rätten först utreder om något av rekvisiten i tredje meningen är uppfyllda är i enlighet med vad regeringen uttryckt i propositionen. De anger där att rätten först bör undersöka om någon av dessa omständigheter föreligger, för att först därefter, om så inte är fallet, gå över till det allmänna frivillighetsrekvisitet i första meningen.¹⁷⁸ Detta är en ordning som kan kritiseras. Ett alternativt sätt, som presenterats av Gustafsson Yakoub, är att prövningen i stället skulle kunna börja med att utröna om målsäganden lämnat någon form av uttryck för frivillighet.¹⁷⁹ Hon föreslår en ordning där uppräknningen av situationer där frivillighet aldrig ska anses föreligga i tredje meningen är uttömmande. På det viset hade omfattningen av den första meningen avgränsats betydligt, då den i princip endast skulle träffa överrumplingsfallen och passivitetsfallen.¹⁸⁰ En sådan ordning hade kunnat resultera i en mer enhetlig och tydlig tillämpning. Den hade också bidragit till en större förutsebarhet av det straffbara området, då det vid användningen av första meningen i lagrummet inte går att finna nya omständigheter som talar emot uttryck för frivillighet. I sådana fall skulle den enskilda kunna förlita sig på att, om varken våld, otillbörligt utnyttjande och beroendeställning förelegat, ett uttalat

¹⁷⁶ Se prop 2017/18:177 s. 18, samt s. 26 ovan i uppsatsen.

¹⁷⁷ Se s. 39 ovan.

¹⁷⁸ Prop. 2017/18:177 s. 37f.

¹⁷⁹ Gustafsson Yakoub, 2020, s.111.

¹⁸⁰ A.a. s. 118

uttryck för frivillighet godtas.¹⁸¹ Sammantaget framstår det för mig som att frivilligheten trots allt, i de flesta fall, måste ha manifesterats på något vis för att det ska anses bevisat enligt rätten.

7.4 Hur görs bedömningarna i förhållande till praxis och förarbeten?

Ett intressant fenomen är de fall där målsäganden kan konstateras ha varit passiv vid gärningen. Som ovan nämnt anges i förarbetena att, för att konstatera att passiviteten ska tolkas som ett tyst samtycke, det får krävas något som tyder på att samtycke förelegat. Det sägs även att utgångspunkten är att den som deltar i en sexuell handling gör det av fri vilja. Om det inte förekommit några uttryck för frivillighet ska detta typiskt sett ses som att deltagandet inte heller varit frivilligt.¹⁸²

I 'Övernattningen' anges målsägandens passivitet vara en del av de omständigheter som läggs till grund för att konstatera att hon inte deltagit frivilligt. Dock i förening med allvarligare omständigheter såsom att hon gråtit, att hon uttryckligen bett honom att sluta samt att han brukat våld mot henne. Passiviteten i sig är således inte ensamt avgörande. I 'Skolresan' återges inledningsvis i domen detsamma som sägs i förarbetena. Däremot bedöms inte passiviteten på det viset när saken prövas. Tvärtom anser rätten att det är märkligt att målsäganden inte skrikit på hjälp när andra befunnit sig i samma rum. Det anses inte heller kunna uteslutas att anledningen till att hon inte deltagit frivilligt mot slutet av händelsen kan bero på att hon varit rädd att det ska avslöjas att hon varit otrogen mot sin pojkvän genom att ha sex med den tilltalade. Hennes egen förklaring, att hon varit för full för att putta bort honom, tycks inte vara något som rätten godtar. Istället ifrågasätts det om hon verkligen varit så pass berusad då hon har sådana klara minnesbilder av händelsen. Rättsintyget som visar att insidan av hennes lår utsatts för trubbigt våld, omnämns överhuvudtaget inte under bevisvärderingen.

I 'Den oerfarne ynglingen' tycks syftet i förarbetena ha tolkats närmast motsatsvis. Som framgår av de angivna citaten skriver rätten i den domen att det är upp till åklagaren att visa att passiviteten *inte* inneburit ett frivilligt deltagande. Förarbetena indikerar att ordningen bör vara tvärtom. Vid passivitet får det typiskt sett finnas omständigheter som tyder på att frivillighet förelegat.¹⁸³ I samma fall uttrycker rätten kort och koncist att den tilltalade kan ha varit oaktsam, men i så fall har oaktsamheten varit omedveten och således inte att anse som grov. Som jag angett ovan har HD en annan uppfattning om den saken. Omedveten oaktsamhet kan visst klassas som grov och således omfattas av straffansvaret. Detta gäller de fall då den tilltalade inte förstått att målsäganden inte deltog frivilligt,

¹⁸¹ A.a. s. 119.

¹⁸² Prop. 2017/18:177 s. 79 f. samt s. 25 ovan i uppsatsen.

¹⁸³ Prop. 2017/18: 177 s. 79 f.

men borde ha förstått det och klandras för att inte ha gjort vad som krävs för att skaffa den kunskapen.¹⁸⁴ Möjligen anser rätten i detta fall att det inte kan krävas av den tilltalade i detta fall, eftersom han var ung och saknade sexuell erfarenhet. Som framgått är faktorer som ålder och mognad sådana som HD angett ha en viss betydelse vid bedömningen. Jag anser dock att det kan ifrågasättas om man, som i detta fall, inte typiskt sett kan förutsätta att en person som vänder sig bort och sover inte visar tecken på att vilja ha sex. Att den tilltalade är oerfaren torde snarare erfordra än mer försiktighet från hans sida. Sammanfattningsvis anser jag att tingsrätterna i dessa situationer inte dömt i enlighet med lagstiftarens intentioner, och inte heller i enlighet med uttalanden från HD.

7.4.1 Brottslighetens art – ett skäl att välja fängelse som påföljd även om straffvärdet understiger ett år

Utan att göra en djupgående redogörelse för den invecklade påföljdsläran vill jag i detta sammanhang föra en kort diskussion kring brottets s.k. artvärde. Mycket förenklat kan sägas att rätten vid påföljdsbedömningen främst ska utgå ifrån brottets straffvärde. Det finns en s.k. fängelsepresumtion, som innebär att om straffvärdet överstiger ett års fängelse ska detta dömas ut istället för en alternativ påföljd såsom villkorlig dom eller skyddstillsyn. Av 30 kap. 4 § 2 st. BrB framgår att rätten som skäl för fängelse bl.a. även får beakta brottets art. När bestämmelsen om att brott som understiger ett års fängelse i straffvärde bör föranleda alternativ påföljd infördes, beslutades att vissa brott skulle leda till kortare fängelsestraff, trots att varken straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottlighet talade för det.¹⁸⁵ Detta föranleddes av främst allmänpreventiva skäl. Vilka brott som anses utgöra artbrott avgörs genom vägledande praxis från HD.¹⁸⁶ Vad gäller då för det nya brottet oaktsam våldtäkt? Som framgår av lagtexten finns det ingen angiven miniminivå i straffskalan i BrB 6 kap 1a §. Detta innebär att den börjar på fängelse i 14 dagar. Ofta tillämpas korta straff, nära minimistraffet, vid tidsbestämda straffskalor. Anledningen är att domstolen måste anföra skäl för att brottet i det enskilda fallet ska bedömas strängare än andra, lindrigare typer av brottet.¹⁸⁷

HD har inte gjort något uttalande kring artvärdet hos oaktsam våldtäkt. Därför är det mycket intressant att tingsrätten i flera av de domar jag tagit del av ändå uttalar sig om detta. Endast i 'BDSM-leken' förs en mer utförlig diskussion kring artvärdet hos brottet. I den domen anförs bl.a. att det inte finns

¹⁸⁴ Jfr. NJA 2019 s. p. 26 - 28.

¹⁸⁵ Prop. 1987/88:120 s. 100

¹⁸⁶ Borgeke & Heidenborg, 2016, s. 296 ff. Det påpekas dock på s. 301 i boken, trots att HD flitigt använt begreppet, att termen "artbrott" inte bör användas, då den är något missvisande. Jag använder den för enkelhetens skull ändå, då det är så det omnämns i praxis.

¹⁸⁷ A.a. s. 163 f.

några vägledande uttalanden kring huruvida oaktsam våldtäkt ska ses som artbrott.¹⁸⁸ I andra fall konstateras helt kort att oaktsam våldtäkt är ett artbrott. Som exempel kan nämnas 'Läkarföräldrarna', där rätten anger att brottets art, men inte straffvärdet, talar för att fängelse ska väljas som påföljd. I 'Utköparen' konstateras kort att det med hänsyn till brottslighetens art inte kan komma i fråga någon annan påföljd än fängelse. Ingen motivation till detta ges dock, vilket kan ifrågasättas.

Visst måste hänsyn tas till att lagstiftningen är ny och att det än så länge är relativt tunnsått med praxis på området. Dock ställs särskilt höga krav på domstolens juridiska kunskap. Då rättstillämpningen uppenbart inte är liktydig och där uttalanden kring avancerade företeelser som artbrott uttrycks utan vidare motivering kan det mana till försiktigt ifrågasättande. Framförallt är detta intressant då det uttryckligen ska råda restriktivitet kring att behandla ytterligare brottstyper som artbrott, utan att det finns stöd för det.¹⁸⁹

8 Gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet är inte tydlig

8.1 Konsekvenser av uppsåtsbedömningen ur några olika perspektiv

Som ovan anført är inte alltid skälen till rättens domslut glasklara. I rapporten från Brå framgick bl.a. att åklagarna var av uppfattningen att rätten tenderar att döma för oaktsam våldtäkt istället för uppsåtlig i de fall där det endast varit fråga om bristande frivillighet. Vidare är rådet av uppfattningen att oaktsam våldtäkt ofta väljs som en form av *kompromiss* då parternas utsagor varit väldigt motstridiga. Av de domar jag studerat måste jag konstatera att det i många fall inte alls framgår med tydlighet varför gärningsmannens inställning inte når upp till kravet på likgiltighetsuppsåt i de fall de dömts för oaktsam våldtäkt. Som exempel kan återigen nämnas 'Utköparen', där det dessutom finns en skiljaktig mening. I målet uttrycker rätten att det objektivt är bevisat att målsäganden av berusning befann sig i en sådan särskilt utsatt situation som avses i lagen. Det framhålls även att det är den tilltalade som köpt ut alkoholen och försett målsäganden med den, och att det därmed måste ha stått klart för honom hur mycket hon druckit. Av omständigheterna i domen framgår dessutom att målsäganden är betydligt mycket yngre än den tilltalade. Exakt hur ung hon är framgår av sekretesskäl inte, men hon är i vart fall för ung för att få handla alkohol. Vidare framgår att hon är sexuellt oerfaren. Det är konstaterat att han måste ha insett hennes berusningsgrad och att han ändå utfört de gärningar som omfattas av åtalet.

¹⁸⁸ Jag har skrivit lite mer utförligt om hur de i den domen resonerar kring detta. För att undvika upprepning hänvisas tillbaka till rubriken "påföljd" under avsnitt 6.3.1.

¹⁸⁹ Se exempelvis Stenborre, 1998, s. 746.

Dock anses det inte tillförlitligen utrett att han handlat med uppsåt. Någon närmare motivation till detta ges inte. För mig framstår detta som ett fall som borde kunna nå upp till kravet på likgiltighetsuppsåt.

Detsamma gäller i 'BDSM-leken', där omständigheterna tycks tala för att den tilltalade faktiskt varit likgiltig. I fallet har målsäganden gråtit och skrikit, men han har ändå valt att fortsätta. Dock skiljer sig detta fall från det tidigare nämnda på så vis att åklagaren angett oaktsam våldtäkt som förstahandsyrkande, vilket kan vara förklaringen till att rätten dömt för detta istället för våldtäkt av normalgraden. Som ovan nämnt är rätten inte bunden av angivet lagrum i stämmningsansökan, men väl av gärningsbeskrivningen. Dock är det stor skillnad avseende möjligheten att bedriva materiell processledning om det sker till nackdel för den tilltalade. Det anses stå klart att domstolen inte får döma för ett uppsåtligt brott om inte åklagaren också påstått att uppsåt föreläggat.¹⁹⁰ Eftersom frivilligheten måste föreligga under hela den sexuella handlingen förstår jag dock inte anledningen till att åklagaren inte valt att åtala för våldtäkt av normalgraden i första hand.

Vad gäller typen av uppsåt framgår av både 'Tjejen på behandlingshemmet' och 'Övernattningen' att det rör sig om likgiltighetsuppsåt. Vad däremot avser 'Kollegan' framgår detta inte tydligt. Ordet likgiltighet förekommer inte i domen. Vad beträffar den subjektiva delen konstateras endast kort att den tilltalade måste haft insikt om att hon inte deltog frivilligt. Om det således rör sig om den högre graden av uppsåt, s.k. insiktsuppsåt, är oklart.

Det är minst sagt anmärkningsvärt att en tredjedel av domarna i Brå-rapporten anser att gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet inte är tillräckligt tydlig.¹⁹¹ Då domstolen har den yttersta rättssäkerhetsfunktionen framstår det som oroväckande att dess företrädare inte har full koll på hur denna betydelsefulla gränsdragning ska göras. Åtminstone vore det önskvärt att bedömningen tydligare framgick av domskälen.

8.2 Betydande konsekvenser för parterna

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det inte alltid är lätt att på förhand veta om en våldtäkt kommer att bedömas som oaktsam eller uppsåtlig. Vad gäller likgiltighetsuppsåt ser bedömningen likadan ut som bedömningen av grov oaktsamhet i det första ledet. Skillnaden kan kortfattat sägas vara

¹⁹⁰ Victor, 2020, s. 85.

¹⁹¹ Brå 2020, s. 79.

att gärningsmannen vid en oaktsam våldtäkt insett att det fanns en risk att målsäganden inte deltagit frivilligt, men hoppats på motsatsen. Kränkningen för målsäganden är lika allvarlig oavsett om rätten anser att åklagaren lyckats bevisa bortom allt rimligt tvivel att gärningsmannen haft uppsåt eller varit grovt oaktsam. Skadeståndet är till för att i någon mån kompensera det lidande målsäganden utsatts för genom brottet. Detta varierar dock rejält beroende på om gärningsmannen dömts för våldtäkt av normalgraden eller oaktsam våldtäkt. Enligt NJA 2019 s. 1064 har HD angett att schablonbeloppet för oaktsam våldtäkt bestäms till 75 000 kronor för kränkning och 10 000 kronor för sveda och värk. Motsvarande belopp för uppsåtlig våldtäkt är enligt samma prejudikat 100 000 kronor för kränkning samt 15 000 kronor för sveda och värk.

Utifrån de domar som redovisats i uppsatsen tycks rätten regelmässigt döma enligt dessa schabloniserade belopp, med smärre avvikelser. I 'BDSM-leken' ansågs det, med hänsyn till de förnedrande omständigheterna, vara en klart allvarligare kränkning än i NJA 2019 s. 1064. Därför bestämdes kränkingsersättningen till 85 000 kronor istället. I 'Utköparen' uppgick kränkingsersättningen däremot till 55 000 kronor. Enligt domen var detta vad målsäganden yrkat.¹⁹² Med andra ord får resultatet av uppsåtsbedömningen märkbara effekter även för målsäganden. Utöver det är det, som ovan framgått, en stor skillnad för den tilltalade då påföljden för oaktsam våldtäkt är betydligt mildare än för uppsåtlig sådan. Med anledning av detta anser jag det befogat att vidare ifrågasätta vilket signalvärde det är man avser att den nya lagstiftningen ska ge. Enligt förarbetena anser exempelvis Åklagarmyndigheten att våldtäkt är ett väletablerat begrepp som har ett starkt signalvärde.¹⁹³ Regeringen anser också att den nya lagstiftningen kan bidra till ökad jämställdhet mellan kvinnor och män, samt flickor och pojkar. Även detta återkopplas till lagens signalvärde.¹⁹⁴ Det jag ställer mig frågande till är vad det signalvärdet ska säga. Som det framstår för mig är det, för att hårdra det, inte alls lika allvarligt att kränka en persons sexuella integritet så länge man *hoppats* på motsatsen.

8.2.1 Gör hovrätten samma bedömning som tingsrätten i de domar som undersökts?

Flera av de domar jag valt ut för undersökningen har, vilket jag hoppas framgår av analysen ovan, mynnat ut i bedömningar som ger upphov till frågor kring hur de landat där. Därför är det intressant

¹⁹² Jag har begärt ut målsägandebiträdets enskilda anspråk, men detta avsåg endast våldtäkt av normalgraden. Alltså 100 000 kronor för kränkning samt 15 000 kronor för sveda och värk. Möjligen har målsägandebiträdet yrkat på det lägre belopp som sedermera utdömdes muntligen under huvudförhandlingen, men detta framgår inte av domen.

¹⁹³ Prop 2017/18:177 s. 25.

¹⁹⁴ A. prop. s. 79.

att se om de överklagats och vad utfallet av detta i så fall blivit. Till min förvåning har i skrivande stund endast tre av domarna överklagats till hovrätten, nämligen 'Läkarföräldrarna', 'Övernattningen' och 'Tjejen på behandlingshemmet'.¹⁹⁵ I den sistnämnda fastställdes tingsrättens dom utan några ändringar. I 'Övernattningen' fastställdes också tingsrättens domslut, men hovrätten bedömde straffvärdet något högre. Däremot delades inte uppfattningen att TT endast insåg risken för att MÄ inte deltog frivilligt endast under samlagets senare del. I stället kom hovrätten fram till slutsatsen att han, redan då han övergått till sex med mer dominant och våldsamma inslag, "varit fullt medveten om avsaknaden av samtycke."¹⁹⁶

Avseende 'Läkarföräldrarna' instämde hovrätten inte i tingsrättens bedömning av brottet, utan ändrade från oaktsam våldtäkt till våldtäkt av normalgraden. Genom detta ändrades också påföljden till fängelse. Vad gäller TT:s uppsåt, som alltså ligger till grund för valet av brottsrubricering, uttalade hovrätten att han måste ha insett att det fanns en avsevärd risk att MÄ inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna och att han var likgiltig inför att hon inte var med på det. Därmed ansågs det bevisat att han agerat med uppsåt och han dömdes sedermera för våldtäkt.¹⁹⁷

9 Avslutande reflektioner

Som nämnts inledningsvis hyste bl.a. Lagrådet en farhåga om att den nya lagstiftningen inte skulle leva upp till de rättssäkerhetskrav som finns i termer av tydlighet och förutsebarhet.¹⁹⁸ Vidare uttryckte Brå efter sin granskning att det finns en del gränsdragningsproblem och att detta kan vara ett hot mot rättssäkerheten.¹⁹⁹ Efter att under hösten ha gjort en djupdykning i området måste jag instämma. Lagstiftningen, och tillämpningen av denna, brister såväl i tydlighet som i förutsebarhet. Inte heller kan det med rättssäkerhet tätt sammanlänkade kravet på likhet i tillämpningen anses uppfyllt. Enligt min mening är det oroväckande att väldigt likartade omständigheter kan utmynna i helt olika domslut, utan någon tydlig förklaring till varför. Likaså är det oroväckande att flera av åklagarna, som är statens företrädare, vid intervjuerna med Brå uppgett att det föreligger en risk för minskad rättssäkerhet då det är oklart vad som utgör en straffbar gärning.²⁰⁰ Om inte åklagarna vet var gränsen för straffbarhet går, hur kan man då lita på deras gärningspåståenden? Särskilt bekymrande är det med hänsyn till

¹⁹⁵ Enligt sökning den 11 december 2020.

¹⁹⁶ Se s. 4 i domen.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Prop. 2017/18 s. 132.

¹⁹⁹ Brå, 2020, s. 90.

²⁰⁰ A.a., s. 71 och avsnitt 5.1.3 ovan.

rättskedjans åklagarfunktion, som beskrivs ovan. Framförallt då dess primära syfte är att tillvarata just rättssäkerhetsintressen. För att ytterligare återkoppla till denna funktion vill jag påminna om att det uttrycks som att rättssäkerheten i sig ställer höga krav på korrekt juridisk hantering.²⁰¹ Kan åklagarna sägas uppfylla dessa höga krav om de inte ens vet var gränsen för straffbar gärning går? För mig framstår det som tveksamt.

För att ytterligare uppehålla mig vid diskursen om rättskedjan vill jag erinra om domstolens kvalitetssäkrande funktion, vilken också uppges vara särpräglad av rättssäkerhetsintresset.²⁰² Vid intervjuerna som redovisades i Brå-rapporten framkom från åklagarsidan att det anses vara betydligt mer godtyckligt om det blir åtal respektive fällande dom idag än innan lagändringarna trädde i kraft, samt att fall som framstår som lika bedöms på olika sätt i olika domstolar.²⁰³ Från försvarsadvokaterna kan lyftas meningen att domstolen anses göra en mer nyckfull bedömning vad gäller oaktsamheten.²⁰⁴ Som Gustafsson skrivit, är den vanligast förekommande uppfattning av rättssäkerhetsbegreppet att det ska innebära ett skydd mot godtycke i rättsutövningen.²⁰⁵ Att så mycket som en tredjedel av de intervjuade domarna uppgett att gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet är otydlig, måste i viss mån peka på att såväl åklagarna som försvararna har fog för sin uppfattning. Med andra ord präglas gränsdragningen i vissa fall av åtminstone ett visst mått av godtycke. Detta måste anses utgöra ett hot mot rättssäkerheten – avseende såväl förutsebarhet som likhet i tillämpningen. Om lika fall inte behandlas lika är det ett stort rättssäkerhetsproblem.

Med beaktande av hur våldtäktsbrottet sett ut historiskt är det ingen tvekan om att lagändringarna var nödvändiga. Det fanns ett stort behov av att utöka det straffbara området och försöka åstadkomma ett mer heltäckande skydd. Dessvärre tycks produkten av lagstiftningsarbetet inte uppfylla de krav på tydlighet som uttrycktes i förarbetena. Av den straffrättsliga sentensen *nullum crimen sin lege* följer att ett brott förutsätter lagstöd. Detta förutsätter i sin tur att en handling måste vara väldefinierad i lagen för att anses utgöra ett brott, vilket i sin tur är viktigt för att kunna uppfylla det stränga kravet på förutsebarhet. Otydlighet i lagen och godtycklig tillämpning av densamma hör inte hemma inom straffrätten. Därför borde lagstiftaren ta ärendet ännu en runda för att försöka åstadkomma det uppgivna målet; ett tydligt och heltäckande straffrättsligt skydd för den sexuella integriteten.

²⁰¹ JK, 2006, s. 34 ff.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Brå 2020, s 71 f.

²⁰⁴ A.a. 2020, s 77.

²⁰⁵ Gustafsson, 2002, s. 313 f.

Återigen ska poängteras att lagstiftningen fortfarande är ny, och att den således kan förenas med vissa oklarheter avseende tillämpningen innan fler prejudikat förtydligat hur det ska göras. En positiv aspekt som bådar gott för framtiden är att alla avgöranden, även från underrätterna, numera enkelt går att nå digitalt. Detta menar jag kan vara till hjälp för att domare ska kunna se hur andra tingsrätter resonerat då de dömt i liknande fall, och på det viset kunna åstadkomma en mer enhetlig tillämpning.

Källförteckning

Offentligt tryck

Brå Rapport

2020:6 *Den nya samtyckeslagen i praktiken*

Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt

Felaktigt dömda – rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. Stockholm: Elanders Gotab, 2006.
Gunnar Axberger, Feryal Mentès, Karin Palmgren Goochde, Jens Västberg.
[Cit. JK, 2006.]

Propositioner

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

Prop. 1987/88:120 *om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.)*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Prop. 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

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

Statens offentliga utredningar

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*

SOU 2001:14 *Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*

SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*

SOU 2016: 60 *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*

Litteratur

Monografier

Asp, Petter. *Sex & samtycke*. Uppsala: Iustus Förlag AB, 2010.

[Cit. Asp, 2010.]

Asp, Petter & Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils. *Kriminalrättens grunder*. Uppsala: Iustus Förlag AB, 2013

[Cit. Asp, Ulväng & Jareborg, 2013.]

Borgeke, Martin & Heidenborg, Mari. *Att bestämma påföljd för brott*. 3 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer AB, 2016.

[Cit. Borgeke & Heidenborg, 2016.]

Diesen, Christian & Diesen F., Eva. *Övergrepp mot kvinnor och barn – den rättsliga hanteringen*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2013.

Gunnarsson, Lena. *Samtyckesdynamiker - Sex, våldtäkt och gråzonen däremellan*. Lund: Studentlitteratur AB, 2020.

[Cit. Gunnarsson, 2020.]

Gustafsson, Håkan. *Rättens polyvalens*. Lund: Psykologiska institutionen, Lunds universitet, 2002.

[Cit. Gustafsson, 2002.]

Heuman, Lars & Edelstam; Henrik, & Ekelöf, Per-Olof. *Rättegång. Fjärde häftet*. 7 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2009.

[Cit. Ekelöf, 2009.]

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

[Cit. Lainpelto, 2012.]

Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*. 11 uppl. Uppsala: Iusté Aktiebolag, 2019.

[Cit. Lehrberg, 2019.]

Leijonhufvud, Madeleine. *Samtyckesutredningen – Lagskydd för den sexuella integriteten*. Stockholm: Thomson Förlag, 2008.

[Cit. Leijonhufvud, 2008.]

Leijonhufvud, Madeleine. *Svensk sexualbrottslag – En framåtsyftande tillbakablick*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2015.

[Cit. Leijonhufvud, 2015.]

Lernestedt, Claes. *Dit och tillbaka igen – Om individ och struktur i straffrätten*. Uppsala: Iustus Förlag, 2010.

[Cit. Lernestedt, 2010.]

Munro, Vanessa & MacGlynn, Clare (red). *Rethinking Rape Law – International and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2010.

[Cit. Munro, 2010.]

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod och argumentation*. 3 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2016.

[Cit. Sandgren, 2016.]

Schelin, Johan. *Kritiska perspektiv på rätten*. Stockholm: Poseidon Förlag AB, 2018.

[Cit. Schelin, 2018.]

Sutorius, Helena. *Bevisprövning vid sexualbrott*. 2 uppl. Omarbetad av Diesen, Christian. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2014.

[Cit. Sutorius, 2014.]

Ågren, Jack, Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Susanne. *Straffansvar*. 10 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2018.

[Cit. Ågren m.fl., 2018.]

Artiklar

Borgeke, Martin, *Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns*. SvJT 2017, s. 93–105.
[Cit. Borgeke, 2017.]

Gustafsson Yakoub, Hanna, *Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet*. SvJT 2020, s. 107–119.
[Cit. Gustafsson Yakoub, 2020.]

Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*. JT 1995/96, s. 726–748.
[Cit. Sandgren, 95/96]

Stenborre, Eva, *Artbrott*. SvJT 1998, s. 743–762.
[Cit. Stenborre, 1998]

Victor, Dag, *Den åtalade gärningen – några tankar om utformningen av gärningsbeskrivningar*. SvJT 2020 s. 73 – 102.
[Cit. Victor, 2020.]

Wennberg, Suzanne, *Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet?* JT 2018/19 s. 298–304.
[Cit. Wennberg, 2020.]

Zila, Josef, *Om rättssäkerhet*. SvJT 1990, s. 284–306.
[Cit. Zila, 1990.]

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 2004 s. 176

NJA 2005 s. 732

NJA 2009 s. 447 I och II

NJA 2010 s. 671

NJA 2016 s. 763

NJA 2017 s. 316 (I)

NJA 2019 s. 668

NJA 2019 s. 1064

Hovrätterna

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2020-09-18 i mål nr B 2589-20.

Hovrätten för Nedre Norrlands dom 2020-11-26 i mål nr B 1307-20.

Hovrätten över Blekinge och Skånes dom 2020-12-09 i mål nr B 3322-20.

Tingsrätterna

'Utköparen' – Falu tingsrätts dom 2020-01-03 i mål nr B 4048-19.

'Födelsedagsfesten' – Solna tingsrätts dom 2020-01-28 i mål nr B 168-19.

'De upprepade missförstånden' – Stockholms tingsrätts dom 2020-01-28 i mål nr B 1827-19.

'Läkarföräldrarna' – Göteborgs tingsrätts dom 2020-03-25 i mål nr B 1766-20.

'Kollegan' – Göteborgs tingsrätts dom 2020-05-25 i mål nr B 300-20.

'BDSM-leken' – Jönköpings tingsrätts dom 2020-06-17 i mål nr B 4504-19.

'Den oerfarne ynglingen' – Skellefteå tingsrätts dom 2020-09-21 i mål nr B 613-20.

'Minnesluckan' – Göteborgs tingsrätts dom 2020-09-22 i mål nr B 11485-20.

'Övernattningen' – Hässleholms tingsrätts dom 2020-10-06 i mål nr B 977-20.

'Skolresan' – Göteborgs tingsrätts dom 2020-10-07 i mål nr B 8648-19.

'Tjejen på behandlingshemmet' – Sundsvalls tingsrätts dom 2020-10-09 i mål nr B 2168-20.

Avslutande information inför examination

Jag, Daniella Sundell, registrerades för första gången på kursen HRO800 Examensarbetet, höstterminen 2020. Jag har inte omregistrerats och har inte heller deltagit vid tidigare examinationstillfällen.