

Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns

Av f.d. justitierådet MARTIN BORGEKE

I mitten av 1970-talet började Högsta domstolen (HD) att bedöma om den tilltalade hade varit likgiltig inför "den brottsliga effekten" vid prövningen av om uppsåt förelåg i fall utanför det centrala området för uppsåt (det som numera betecknas som avsiktsuppsåt och insiktsuppsåt). Det får uppfattas så att denna likgiltighetsprövning endast var ett annat sätt att formulera det hypotetiska provet vid tillämpning av den form av eventuellt uppsåt som då var gällande rätt. Med "HIV-fallet" NJA 2004 s. 176 förändrades emellertid rättsläget. Eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov som avgränsning mot den medvetna oaktsamheten ersattes av likgiltighetsuppsåt. I några efterföljande rättsfall kompletterade HD sina uttalanden i "HIV-fallet". Det visade sig emellertid i rättspraxis att det nya likgiltighetsuppsåtet var svårtillämpat. En del domsmotiveringar i tingsrätts- och hovrättsdomar blev också otydliga och gav inte full täckning för domstolens slutsats. HD har tagit fasta på detta och genom ett nytt rättsfall, "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763, förtydligat uppsåtets nedre gräns.

1 Bakgrund

Gärningen i "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763 ägde rum i juni 2015 i Tranås. A var ute och gick med sin hund och hade stannat vid en cykelväg. Där lekte hunden med en innerslang till ett bildäck. Då körde G förbi honom på moped, men vände och kom tillbaka. Efter en kort ordväxling tog A fram en ca 20 cm lång kökskniv, som han hade i byxlinningen, och högg den över G:s axel in i ryggen. G satt då på sin moped, antagligen något framåtlutad. Efter en stund avled G av de skador han fick.

A hade tidigare bott i Linköping. Han hade flyttat till Tranås bl.a. för att han var rädd för en person i Linköping. Denne hade före händelsen visat sig i Tranås och A kände sig därför otrygg. Det var orsaken till att han hade en kniv på sig.

A hade tidigare vid ett par tillfällen kommit ihop sig med G. Denne kunde enligt A vara aggressiv och otäck. G var betydligt större än A, som vid det aktuella tillfället kände sig klen och rädd för vad som skulle kunna inträffa. För att komma undan bestämde sig A för att sätta upp en tuff attityd. Han sa "stick" och "försvinn". G svarade då "jag ska ta hand om dig" och "du, jag ska döda dig och din hund". När G sa det sista satte han ned foten. A upplevde det så att det kunde komma ett angrepp direkt. Han blev då mycket rädd. Utan att närmare tänka på vad han gjorde tog han fram kniven och högg G.

Efter hugget drog han ut kniven och lämnade platsen samtidigt som han sa till G, som då stod upp vid mopeden, att "nästa gång så dödar jag dig". Han sa så för att få G att hålla sig borta.

När A senare fick höra att G hade avlidit blev han chockad. Han berättade i domstolen att han inte hade någon tanke på att G kunde dö.

2 Frågan i HD

Tingsrätten dömde A för mord till fängelse i 15 år. Även hovrätten dömde för mord, men satte ned fängelsestraffet till 14 år.

Huvudfrågan i HD var om A hade haft uppsåt till G:s död. Det ansågs inte bevisat att det var A:s avsikt att G skulle dö. Inte heller stod det klart att A hade förstått att G skulle dö av hugget eller att detta var en i det närmaste ofrånkomlig följd av knivhugget. Riksåklagaren (RÅ) gjorde för övrigt inte gällande att någon av dessa uppsåtsformer (avsiktssuppsåt respektive insiktssuppsåt) förelåg. Fokus kom därför att ligga på om förutsättningarna för likgiltighetsuppsåt var uppfyllda.

Det fanns ett andrahandspåstående om ansvar för misshandelsbrott och vållande till annans död.

3 Likgiltighetsuppsåtets uppkomst

Under en stor del av 1900-talet var det i viss mån oklart hur den nedre gränsen för uppsåt skulle dras i svensk rätt. Genom "De förrymda Råbypojkarna" NJA 1959 s. 63 blev det dock klart att eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov i svensk rätt utgjorde gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet. Denna uppsåtsform kan sägas vara tvåspårig. Först ska det kunna konstateras att gärningsmannen insåg att det fanns en möjlighet för att "den brottsliga" effekten skulle inträffa genom hans handlande eller för att "den brottsliga" gärningsomständigheten förelåg vid handlandet. Om detta var bevisat skulle det ställas en hypotetisk fråga om hur gärningsmannen hade handlat om han hade varit säker på att effekten skulle inträffa eller på att gärningsomständigheten förelåg. Var det då ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen hade gjort så som han gjorde också i den (hypotetiska) situationen så förelåg uppsåt.

Det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov innebar alltså att domstolen skulle avgöra frågan, om gärningsmannen hade uppsåt, genom att konstruera en s.k. kontrafaktisk situation och sedan sätta in gärningsmannen i denna och därefter bedöma hur han hade handlat om förhållandena hade varit sådana (som de alltså inte var), dvs. om gärningsmannen hade varit säker på att effekten skulle inträffa eller säker på att gärningsomständigheten förelåg.

Det är inte konstigt att det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov utsattes för kritik. Det är heller inte förvånande att RÅ vid mer än ett tillfälle försökte få HD att slå in på en annan väg och att godta även ett sannolikhetsuppsåt i någon form (se, förutom "De förrymda

Råbypojkarna” NJA 1959 s. 63, t.ex. ”Postkontorsfallet” NJA 1980 s. 514). HD höll emellertid fast vid eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov fastän domstolen, med början i mitten av 1970-talet (se NJA 1975 s. 594), ibland resonerade i likgiltighetstermer. I de fall HD förklarade att den tilltalade hade uppsåt eftersom hen var helt likgiltig, t.ex. inför förverkligandet av ”den brottsliga” effekten, var detta emellertid bara ett annat sätt att uttrycka svaret på det hypotetiska provet vid eventuellt uppsåt (se justitierådet Linds tillägg i NJA 1994 s. 614).

När regeringen år 1994 tillsatte en utredning med uppdrag att se över delar av den allmänna straffrätten (Straffansvarsutredningen) var det naturligt att frågan om gränsdragningen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet togs med i direktiven (dir. 1994:39). Och när utredningens betänkande ”Straffansvarets gränser” (SOU 1996:185) lades fram ett par år senare fanns det i detta både ett förslag om att det skulle lagstiftas om vad uppsåt är och att avgränsningen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet skulle göras på ett annat sätt än med hjälp av eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov.

En fråga som Straffansvarsutredningen (naturligtvis) ställde sig är på vilket sätt det kan förklaras att det finns en skillnad i klandervärdhet mellan uppsåt och medveten oaktsamhet. Utredningen tog sitt avstamp i ett handlingsteoretiskt resonemang. Dess förslag till hur gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet borde dras grundade sig på uppfattningar om mänskligt handlande och de förutsättningar som gäller för sådant handlande. Utredningen konstaterade att vi människor i det dagliga livet ständigt måste företa handlingar trots att vi inte är säkra på vilken innebörd dessa har eller vilka konsekvenser de medför. Skulle vi kräva visshet i dessa sammanhang skulle det riskera att leda till att vi blev i det närmaste handlingsförlamade. Utredningens slutsats var därför att människor inte gör, och inte heller kan göra, någon egentlig skillnad mellan det som de är *säkra* på och det som de *tror* är fallet, men som det inte är säkra på. Detta ledde fram till uppfattningen att begåendet av en rättsstridig gärning i visshet om dess innebörd och konsekvenser och begåendet av en rättsstridig gärning med en något lägre grad av säkerhet i princip är lika klandervärd eftersom premisserna för att företa handlingen, eller för att avstå från den, är (ungefärligen) likvärdiga.

Straffansvarsutredningen menade också att det förda resonemanget leder fram till att det föreligger en klar skillnad i klandervärdhet mellan någon som har tillräcklig insikt i gärningens innebörd och konsekvenser, och som därmed måste låta denna insikt påverka sitt handlande, och den som inte har tillräcklig insikt och som därmed kan tvivla och således inte nödvändigtvis måste låta sin insikt påverka handlandet, men som borde låta insikten om risken få denna betydelse. Frågan blir då: När har gärningsmannen en sådan insikt i sakförhållandena att hen måste låta denna insikt påverka hans handlande?

Utredningen lade fram två olika förslag till formulering av en bestämmelse om vad uppsåt är. Enligt det ena skulle en gärning vara uppsåtlig om den är avsiktlig eller om den motsvarar vad gärningsmannen har uppfattat som säkert eller *troligt*. Enligt det andra skulle en gärning vara uppsåtlig om den är avsiktlig eller om den motsvarar vad gärningsmannen har insett, *uppfattat eller antagit om den*.

Man kan beskriva förslaget från utredningen som ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt, kvalificerat på det sättet att det inte skulle räcka med endast övervägande sannolikhet utan krävas en klart högre (subjektiv) sannolikhet än så.

Straffansvarsutredningens förslag ledde inte till lagstiftning. I prop. 2000/2001:85 uttalade regeringen följande.

Sammanfattningsvis kan det framhållas att det nuvarande uppsåtsbegreppet har vuxit fram under lång tid genom ett samspel mellan rättspraxis och doktrin. Uppsåtsbegreppets innehåll är alltså inte definierat i lag. Även om utredningens förslag är både intressant och väl genomtänkt kan det, bl.a. mot bakgrund av att ett inte obetydligt antal remissinstanser avstyrkt utredningens förslag, ifrågasättas om det för närvarande föreligger tillräckligt underlag för en så genomgripande reform som den som föreslås av utredningen. Med hänsyn till att det på detta område är särskilt svårt att förutse hur en ny lagstiftning kommer att tillämpas i det enskilda fallet, kan det också diskuteras om en reform bör ske genom lagstiftning som i ett slag och generellt förändrar rättsläget. Det är mycket som talar för att lagstiftaren i stället bör överlåta till domstolarna att utveckla och, i den mån det bedöms erforderligt, förändra uppsåtsbegreppets innehåll. Det av HD använda s.k. likgiltighetsuppsåtet kan, även om åsikterna i denna del går isär, ses som en tendens i denna riktning. Vid den fortsatta praxisbildningen kan utredningens förslag säkerligen komma att fylla en viktig funktion såsom exempel på en möjlig utvecklingsväg.

Det dröjde inte länge förrän en domstol, nämligen Hovrätten över Skåne och Blekinge, tog lagstiftaren på orden. Det var i ett fall som liknade ”De förrymda Råbypojkarna” NJA 1959 s. 63. En polisman skulle stoppa en misstänkt rattfyllerist, men i stället för att stanna på polismannens tecken accelererade denne mot polisen, som lyckades undvika att bli påkörd genom att i sista stund hoppa åt sidan. Vid tingsrätten dömdes bilföraren med hjälp av ett likgiltighetsresonemang för försök till grov misshandel. Hovrätten kom till samma resultat, men använde en annan motivering:

Vid uppsåtsbedömningen i förevarande fall kan konstateras att B, trots sin berusning, måste ha insett att en alldeles övervägande sannolikhet förelåg för att [polismannen] J skulle komma att bli mycket allvarligt skadad genom B:s sätt att föra bilen. Även en gärning som företas under sådana omständigheter bör enligt hovrättens mening betecknas som uppsåtlig. Detta hänger samman med att det i praktiken knappast finns skäl att i klanderördhet skilja mellan en gärning där man har full visshet om konsekvenserna av ens handlande (indirekt uppsåt) och en gärning, som den föreva-

rande, där man inte har full visshet men ändå, med hänsyn till den höga sannolikheten, antar att dessa konsekvenser inträffar.

Hovrätten tillämpade alltså ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Domen överklagades. HD:s avgörande, ”Den flyende rattfylleristen” NJA 2002 s. 449, blev startskottet för den fortsatta praxisbildning som lagstiftaren hade öppnat för i prop. 2000/01:85. HD uttalade följande.

När det gäller B är utrett att han [—] på kort avstånd från J valde att accelerera mot denne i stället för att bromsa eller styra undan. Han försatte sig därmed medvetet i en situation där han inte själv kunde undvika att J blev påkörd. Det förelåg alltså en avsevärd risk för att J skulle åsamkas svår kroppsskada, något som B måste ha insett. B:s körsätt visar också att han var likgiltig för om J skulle åsamkas en sådan skada. Han ska därför dömas för försök till grov misshandel.

Med tre olika motiveringar i tre olika instanser fälldes alltså B till ansvar för försök till grov misshandel. I HD var det en betydande splittning mellan ledamöterna. Majoriteten bestod av bara två justitieråd. Ett justitieråd ansåg att man borde behålla eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov medan två argumenterade för sannolikhetsuppsåt. Den motivering för den fällande domen som majoriteten ställde sig bakom var knappast kristallklar. Det var tydligt att det fanns behov av ytterligare prejudikat. Sådana kom också. Det första var ”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176. Där knäsatte vissa grundläggande principer som fortfarande gäller för uppsåtets nedre gräns. Dessa har sedan förtydligats i andra rättsfall, nu senast i ”Mopedmannen” NJA 2016 s. 763.

3 Likgiltighetsuppsåtets konstruktion och problem

Likgiltighetsuppsåtet kan, på motsvarande sätt som det tidigare eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov, sägas vara tvåspårigt. Först ska det kunna konstateras (vara bevisat dvs. ställt utom rimligt tvivel) att gärningsmannen insåg att det fanns en möjlighet för att ”den brottsliga” effekten skulle inträffa genom hans handlande eller för att ”den brottsliga” gärningsomständigheten förelåg vid handlandet. Om detta är styrkt ska det undersökas hur gärningsmannen förhöll sig (dvs. vilken attityd hen hade) inför att effekten inträffade eller att gärningsomständigheten förelåg. För att likgiltighetsuppsåt ska föreligga ska det vara bevisat att *förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen* (”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176, se s. 198). Det är denna kursiverade text som beskriver den nedre gränsen för uppsåt i svensk rätt och som alltså anger gränsen mellan uppsåt och medveten oaktsamhet.

Som hjälp vid bedömningen av om gärningsmannen förhöll sig på det angivna sättet inför förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten gav HD i rättsfallet några riktlinjer för bevisbedömningen, som dock enligt HD ska behandlas med försiktighet

och urskillning. Det kan röra sig om sådant som att det var fråga om ett hänsynslöst beteende, att gärningsmannen var i en upprörd sinnesstämning eller att hen hade ett intresse i gärningen. I rättspraxis efter HIV-fallet har stort avseende fästs vid denna typ av omständigheter, som kan kallas för likgiltighetsmarkörer. Ofta har förekomsten av omständigheter av detta slag lett till att uppsåt har ansetts kunna konstateras.

Det ska noteras att HD i "HIV-fallet" NJA 2004 s. 176 (s. 199) uttryckte viss tveksamhet kring beteckningen "likgiltighetsuppsåt" på den nya uppsåtsformen. Enligt HD kan beteckningen lätt missförstås genom att gärningsmannen med rätta kan anses ha handlat likgiltigt utan att det föreligger förutsättningar för uppsåtsansvar. Det kan, fortfarande enligt HD, inte heller bortses från de farhågor som hade framförts om att beteckningen skulle kunna inbjuda till spekulationer med utgångspunkt i gärningsmannens person och karaktär. HD stannade dock för att termen likgiltighetsuppsåt borde kunna godtas, bl.a. med hänvisning till att det var svårt att hitta några andra kortfattade formler som på ett bättre sätt ger uttryck för innebörden i uppsåtskravet.

Sett i ljuset av rättsutvecklingen måste det sägas att HD:s oro var befogad. Det finns flera olika typer av risker med användandet av termen likgiltighetsuppsåt. En är att man förleds att glömma bort att det ska vara fråga om episodisk likgiltighet och att man alltså inte ska bedöma gärningsmannens allmänna likgiltighet. En annan är att man inte tillräckligt uppmärksammar skillnaden mellan likgiltighet inför risken och likgiltighet inför ett förverkligande av risken. Ytterligare en är att domstolarna baserar sin prövning, inte på gärningsmannens uppfattning om risken, utan i stället uteslutande på likgiltighetsmarkörerna, och låter dessa fälla utslaget.

Följden av att tyngdpunkten vid prövningen i många fall kom att ligga på likgiltighetsmarkörerna, trots de varningsord som HD uttalade i 2004 års fall om att dessa markörer skulle behandlas med försiktighet och urskillning, blev att uppsåt bedömdes föreligga i klart fler fall än med det tidigare uppsåtsbegreppet eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov. En bidragande orsak till detta var att kravet på bevisning för att någon eller några av likgiltighetsmarkörerna förelåg kom att sättas lågt. Regelmässigt förklarade domstolarna i sina domskäl endast att den tilltalade hade varit likgiltig eller att hen hade haft likgiltighetsuppsåt. Detta sätt att hantera beviskravet vid uppsåtsbedömningar skilde sig klart från det som tidigare hade gällt vid eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov. Det kan nämnas att i "Stureplansskjutningen" NJA 1996 s. 27 (s. 43) formulerade sig HD så att, för att en gärningsman skulle ha haft eventuellt uppsåt i fråga om en effekt som inträtt till följd av hans handlande, det krävdes dels att han hade insett risken för att effekten skulle inträffa, dels att det kunde hållas för

visst att han skulle ha handlat som han gjorde även om han hade varit säker på att effekten skulle inträda.

Det är för övrigt befogat att ställa frågan om det är rimligt att en likgiltighetsmarkör, om nu en sådan skulle föreligga, bör ges ett så betydelsefullt genomslag att den tillåts leda till att ett handlande, som annars är medvetet oaktsamt, blir bedömt som uppsåtligt. Går det t.ex. av det förhållandet, att gärningsmannens handlande var hänsynslöst eller att hen hade ett intresse i saken, att dra slutsatsen att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen? Svaret bör bli att det nog är möjligt ibland, men knappast generellt; i vart fall inte om man upprätthåller kravet på bevisningens styrka också i fråga om det subjektiva rekvisitet (vilket man naturligtvis ska göra).

Det kan konstateras att de problem som rättstillämparna har ställts inför med likgiltighetsuppsåtet har lett till en risk för att domstolarna, i vad som skulle kunna beskrivas som olika typer av gränsfall, har kommit fram till att det har rört sig om uppsåtligt brott när en frikännande dom eller en dom för oaktsamhetsbrott, att döma av domstolarnas redovisning i domskälen, har legat närmare till hands. Sannolikheten är betydande för att likgiltighetsuppsåtet, i förhållande till eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov, har lett till en inte avsedd utvidgning av området för uppsåt.

Rättstillämpningen skulle emellertid ha kunnat ta en annan väg. Domstolarna hade kunnat fokusera mera på vad HD också uttalade i "HIV-fallet" NJA 2004 s. 176 (s. 197), nämligen att såväl faktisk sannolikhet som vad som kan utronas om gärningsmannens uppfattning om sannolikheten i allmänhet är bland de viktigaste bevisfaktorerna för bedömningen av om förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten kan antas inte ha utgjort ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen vid gärningstillfället. De hade också kunnat ta mera intryck av HD:s ord (s. 199) att insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet normalt är tillräckligt för att uppsåt ska anses föreligga och att uppsåt i allmänhet inte kan anses föreligga när risken enligt gärningsmannens föreställning inte var *avsevärd*. Det är ju uppenbarligen så att nivån på den subjektivt uppfattade sannolikheten för effekten eller för gärningsomständigheten många gånger är av avgörande betydelse. Det ska observeras att HD redan i "Den flyende rattfylleristen" NJA 2002 s. 449 talade i termer av "avsevärd risk".

Det som HD uttalade i 2004 års fall om den subjektivt uppfattade sannolikhetens stora betydelse för utfallet av uppsåtsbedömningen är både riktigt och viktigt. Men det blev, som sagt, nog inte tillräckligt uppmärksammat i rättstillämpningen. Detta — att domstolarna i många fall inte hittade balansen mellan på ena sidan betydelsen av insikten om risken för effekten eller gärningsomständigheten och, på

den andra, likgiltighetsmarkörerna — var ett starkt skäl för att HD på nytt borde ta upp frågan om uppsåtets nedre gräns.

4 Den nya uppsåtsdomen

I "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763 tar HD fasta på det tidigare nämnda uttalandet i "HIV-fallet" NJA 2004 s. 176 om att det, för att likgiltighetsuppsåt ska föreligga, i allmänhet fordras att risken för att effekten skulle inträffa (eller för att gärningsomständigheten förelåg) enligt gärningsmannens föreställning var *avsevärd*. Det innebär enligt HD normalt att risken måste ligga ganska högt på en "subjektiv" sannolikhetskala i den meningen att den av gärningsmannen ska ha uppfattats som "stor" eller "betydande". Med detta blir rättstillämpningen kanske inte hjälpt så mycket. Men HD går vidare med att ytterligare precisera vad "avsevärd risk" ska betyda. I punkterna 16 och 17 i domen säger HD följande.

16. Det finns anledning att fästa särskilt avseende vid det som gör att en uppsåtlig gärning framstår som mer klandervärd än en gärning som begås av oaktsamhet. Från denna utgångspunkt måste det tillmätas avgörande betydelse vad gärningsmannen i gärningsögonblicket tror, i betydelsen utgår från eller antar, beträffande effekten. I allmänhet är det nämligen knappast möjligt för den enskilde att skilja mellan de fall där han är säker på att en effekt kommer att inträffa och fall där han inte är säker, men tror att den kommer att inträffa. Skillnaden har därför normalt inte någon betydelse för hur gärningsmannen kommer att handla.

17. Det ter sig också befogat att säga att den som tror att en effekt ska inträda, och ändå utför handlingen, i allmänhet är åtminstone likgiltig till effekten. Och även det motsatta gäller; gärningsmannen kan normalt sett inte konstateras vara likgiltig till effekten om han utför handlingen i tron att den inte ska inträffa. Vad gärningsmannen har trott om effekten kan sålunda ofta ge besked om huruvida han har varit likgiltig. I de fall då gärningsmannen har trott att effekten skulle förverkligas, och ändå handlat, har förverkligandet av effekten typiskt sett inte utgjort ett för gärningsmannen relevant skäl att avstå från gärningen (jfr NJA 2004 s. 176).

Efter att ha påpekat att det som HD sagt om effekter också i princip gäller beträffande gärningsomständigheter och framhållit att det i brottmål vanliga beviskravet (ställt utom rimligt tvivel) gäller också beträffande frågan, om gärningsmannen har varit likgiltig inför effekten eller gärningsomständigheten, anger HD i ett antal punkter hur prövningen av uppsåtsfrågan ska gå till.

Först påminner HD, i p. 21, om att prövningen ska ske med utgångspunkt i omständigheterna vid gärningen.

Sedan anger HD, i p. 22, att gärningsmannen normalt har varit likgiltig inte bara i fall där han uppfattade att det fanns en mycket hög sannolikhet utan också när han annars trodde, i betydelsen utgick från eller antog, att effekten skulle inträda eller att gärningsomstän-

digheten förelåg. Om gärningsmannen inte trodde detta har han däremot i allmänhet inte varit likgiltig. Detta innebär att vad gärningsmannen trodde, utgick från eller antog — eller inte trodde, utgick från eller antog — läggs till grund för en presumtion för eller emot uppsåt.¹

Vid bedömningen av om likgiltighetsuppsåt har förelegat kan det i en del fall fortfarande ha betydelse t.ex. om gärningsmannens beteende har varit hänsynslöst eller om hen har varit i en upprörd sinnesstämning eller haft ett intresse i gärningen. Likgiltighetsmarkörer av detta slag är dock bara bevisfakta som kan vara till stöd för bedömningen, men som måste behandlas med försiktighet och urskillning. Detta bör innebära att det normalt måste krävas ganska mycket av dem för att de ska kunna rubba på den presumtion som grundas på vad gärningsmannen trodde, utgick från eller antog vid gärningen.

5 Prövningen av uppsåt enligt ”Mopedmannen” NJA 2016 s. 763

Vad HD uttalar i domen innebär följande i frågan, om uppsåt har förelegat i fall där gärningsmannen har haft varken avsiktsuppsåt eller insiktsuppsåt (inklusive praktisk visshet).

A) Bedömningen ska börja med en prövning av om gärningsmannen i gärningsögonblicket var åtminstone medvetet oaktsam. Var hen inte det kan kraven för uppsåt aldrig vara uppfyllda.

B) Om gärningsmannen var åtminstone medvetet oaktsam, dvs. insåg att det var möjligt att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg, ska rätten bedöma hur sannolikheten för effekten eller gärningsomständigheten tedde sig för gärningsmannen. Om gärningsmannen trodde, i betydelsen antog eller utgick från, att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg, råder det en **presumtion för** uppsåt. Om hen inte gjorde det, råder det en **presumtion mot** uppsåt.

C) I vissa fall kan presumtionen enligt B) brytas. Det innebär att **fastän gärningsmannen trodde exempelvis att effekten skulle inträffa, men ändå handlade, kan det vara så att hen bara var medvetet oaktsam.** Och omvänt kan det vara så att **trots att gärningsmannen inte trodde att effekten skulle inträffa när hen handlade, kan hen ha haft uppsåt.** Vid dessa bedömningar är det av betydelse t.ex. om gärningsmannen har varit i en upprörd sinnesstämning eller haft ett intresse i gärningen. Likgiltighetsmarkörer av detta slag ska emellertid

¹ I JT 2016–17 s. 122 har Suzanne Wennberg kommenterat ”Mopedmannen” NJA 2016 s. 763. Hon uttalar i artikeln kritik mot att HD har använt vad gärningsmannen har ”trott” om effekter eller gärningsomständigheter som utgångspunkt (presumtion) för om kraven på likgiltighetsuppsåt är uppfyllda. Suzanne Wennbergs uppfattning om vad som avses med ”tro” i HD:s dom skiljer sig från det som framförs i denna artikel.

behandlas med försiktighet och urskillning. Av det bör man kunna dra slutsatsen att de bara mera undantagsvis kan förändra den presumption för eller emot uppsåt som bygger på vad gärningsmannen i handlingsögonblicket trodde, antog eller utgick från.

D) Det beviskrav som generellt gäller i brottmål, ”ställt utom rimligt tvivel”, ska tillämpas vid bedömningen av uppsåtsfrågan. Någon bevislättning förekommer alltså inte. Vad gärningsmannen trodde, utgick från eller antog kan framgå av olika typer av omständigheter. Vid prövningen är det av betydelse vad gärningsmannen med hänsyn till omständigheterna rimligen har haft anledning att räkna med.

6 Konsekvenser av rättsfallet

Det förtydligande av uppsåtets nedre gräns som HD:s dom utgör bör leda till en tyngdpunktsförskjutning vid prövningen av sådant uppsåt som gränsar till medveten oaktsamhet. Domstolarna måste ta på allvar det som HD uttalade redan i ”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176 (s. 197), nämligen att vad som kan utrönas om gärningsmannens uppfattning om sannolikheten i allmänhet är bland de viktigaste bevisfaktorerna för bedömningen av om förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten vid gärningstillfället utgjorde — eller inte utgjorde — ett relevant skäl för gärningsmannen att avstå från gärningen samt att uppsåt i allmänhet inte föreligger när risken enligt gärningsmannens föreställning inte var *avsevärd*. Och med uppfattad ”avsevärd risk” ska förstås att gärningsmannen trodde, i betydelsen utgick från eller antog, att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg. I jämförelse med betydelsen av detta bevisfaktum kan likgiltighetsmarkörerna, i den mån en eller flera av dessa förekommer, tillmätas bara begränsad betydelse (jfr HD:s ord om ”försiktighet och urskillning”).

För min del kan jag väl tänka mig att en likgiltighetsmarkör i sin negerade form (t.ex. att gärningsmannen hade ett intresse av att effekten *inte* inträffade) i vissa fall kan häva presumptionen för uppsåt trots att gärningsmannen alltså trodde att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg. Att det motsatta skulle ske — dvs. att den som inte trodde att exempelvis effekten skulle bli följd av hens handlande, på grund av någon likgiltighetsmarkör skulle komma att bli bedömd som uppsåtlig — har jag svårare att se, möjligen med undantag för vissa fall av uppenbart hänsynslöst risktagande av allvarligt slag. Men om domstolen överväger en sådan utgång bör den observera vad HD uttalade i 2004 års fall angående det hypotetiska provet vid eventuellt uppsåt som ett slags test på om det finns tillräcklig bevisning för uppsåt. Har domstolen kommit fram till att någon som inte trodde (utgick från eller antog) att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg likväl hade uppsåt, bör den alltså fråga sig om det kan hållas för visst (dvs. vara ställt utom

rimligt tvivel) att gärningsmannen skulle ha handlat som hen gjorde även om hen hade varit säker på att effekten skulle inträffa eller att gärningsomständigheten förelåg. Formuleringen är hämtad från "Stureplansskjutningen" NJA 1996 s. 27, särskilt s. 43 y, och visar tydligt vilket krav på bevisningen som domstolen ska ställa. Om inte svaret på detta hypotetiska prov blir jakande bör domstolen fråga sig hur den kunde komma fram till att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen. Svaret på det hypotetiska provet antyder nämligen att man har tänkt fel i något led, t.ex. tänkt på likgiltighet inför risk snarare än inför följd.

Beträffande bevisningen om uppsåt har det, efter "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763, framförts åsikten att det inte är en lätt sak att bevisa vad gärningsmannen har trott, utgått ifrån eller antagit beträffande olika brottsförutsättningar. Om detta kan väl sägas att bevisning rörande uppsåt också tidigare har varit problematisk på olika sätt. Att det skulle bli svårare nu finns det knappast anledning att tro, snarare tvärtom. Redan iakttagandet av gärningar kan avslöja vilka avsikter och insikter som gärningsmannen har. Man bör alltså i många fall kunna utgå från gärningsmannens beteende. Även om man inte av ett handlande säkert kan utläsa vad gärningsmannen tror, utgår från eller antar har man i detta en hållpunkt för hur gärningsmannen rimligen har uppfattat situationen. Om det inte finns några vittnen försämras bevisläget, men det gäller ju generellt. Och underlaget för bedömningen kan i allmänhet fyllas ut med de förklaringar till sitt handlande som gärningsmannen lämnar. Naturligtvis händer det att människor handlar på ett icke rationellt sätt eller misstar sig på olika vis, men då finns det i regel någon förklaring till detta som kan lämnas av den tilltalade. Och det kan faktiskt finnas vissa fördelar med ett uppsåtsbegrepp som mera bygger på hur vi människor i allmänhet handlar och på förutsättningarna för vårt handlande än på vilken attityd (här likgiltighet) som gärningsmannen hade när hen handlade.

Det sagda ska inte uppfattas som att det är den tilltalade som har bevisbördan för att hen inte hade uppsåt. Det är självfallet åklagarens uppgift att bevisa skuld. Men det kan ju aldrig vara en nackdel att det blir lättare att komma åt det som ska bevisas.

"Mopedmannen" NJA 2016 s. 763 förutsätter att de frågor som under förundersökningen och rättegången normalt ställs till den misstänkte eller tilltalade ges en något annorlunda inriktning. Det primära är fortfarande om den misstänkte eller tilltalade uppfattade det som möjligt att "den straffbelagda" effekten skulle inträffa eller att "den straffbelagda" gärningsomständigheten förelåg. Men om svaret på den frågan är jakande måste nästa fråga gå ut på vad den misstänkte eller tilltalade trodde, uppfattade eller antog om detta. Beroende på vilka slutsatser som kan dras av vad den misstänkte eller tillta-

lade svarar i denna del måste hen ges möjlighet att uttala sig angående de likgiltighetsmarkörer som kan vara aktuella. Först med detta underlag går det att bedöma om beviskravet är uppfyllt, dvs. om det är ställt utom rimligt tvivel att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen.

7 Utgången i målet

HD bedömde gärningen som synnerligen grov misshandel och grovt vållande till annans död. Domstolen ansåg det nämligen inte bevisat att A i gärningsögonblicket trodde, i betydelsen utgick från eller antog, att G skulle dö. Och några omständigheter i övrigt (likgiltighetsmarkörer) som skulle kunna ändra på presumptionen mot uppsåt fanns inte. Straffet blev fängelse i sex år.

Det ska tilläggas att A hade en psykisk störning som inverkade på bedömningen av hur han uppfattade situationen.

8 Avslutande reflektioner

Det finns skäl att avslutningsvis att begrunda det sätt på vilket rättsutvecklingen på området har skett.

Inte vid något tillfälle har lagstiftaren tagit ansvar för utformningen av uppsåtsbegreppet, trots att uppsåt många gånger är en avgörande faktor för om ett handlande är straffbart över huvud taget. Man kunde tycka att värnandet om legalitetsprincipen, inte minst sedan 1 kap. 1 § BrB stramades upp genom lagstiftning år 1994, borde vara en för lagstiftaren angelägen sak. Genom att Straffansvarsutredningens förslag inte ledde till lagstiftning, utan frågan om uppsåtsbegreppets utformning i stället överläts till domstolarna, fick vi en utveckling med en betydande osäkerhet. Detta hade kunnat förutses. Det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov var något som vi i Sverige var ganska ensamma om att tillämpa och allvarlig kritik kunde också riktas mot denna form av avgränsning av det uppsåtliga området. Att dagarna var räknade för eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov kunde inses, i vart fall efter regeringens uttalande i prop. 2000/2001:85. Och att då låta domstolarna ta det ansvar som lagstiftaren borde ha axlat kan knappast ses som efterföljansvärt. Det har lett till en otydlighet beträffande den generellt sett viktigaste enskilda brottsförutsättningen och till en betydande risk för att tilltalade har dömts för brott som de inte har begått eller för betydligt allvarligare brott än de faktiskt har gjort sig skyldiga till.

Nu är naturligtvis förhoppningen att "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763 kan leda till att rättstillämpningen stabiliseras. För egen del tror jag att det kommer att ske.

En fråga som ligger något "vid sidan om" och som rättsfallet väcker är om beteckningen "likgiltighetsuppsåt" fortfarande bör användas. HD ansåg tydligen det, eftersom man talade i termer av förtydligande

av likgiltighetsuppsåtet. Men det kan faktiskt anföras goda skäl för att byta namn på den form av uppsåt som ligger utanför det centrala uppsåtsområdet, dvs. utanför avsiktsuppsåt och insiktsuppsåt. Vad vi har fått som ersättning för den tidigare konstruktionen eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov kan nog bäst beskrivas som ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt med ventiler (i båda riktningarna). Men också termen sannolikhetsuppsåt är belastad och kan leda fel på så sätt att man inte observerar att det inte bara är den subjektivt uppfattade höga sannolikheten som är avgörande. Och i "HIV-fallet" NJA 2004 s. 176 förkastade HD sannolikhetsuppsåt som uppsåtsform för svensk rätts del. Det finns goda skäl att respektera det.

Straffansvarsutredningens terminologi gick ut på att alla former av uppsåt vid sidan av avsiktsuppsåt skulle benämnas insiktsuppsåt. Men med en sådan ordning riskerar man att missa att det finns en betydande skillnad i straffvärdhet mellan den som hade full insikt (och praktisk visshet) beträffande effekter och gärningsomständigheter och den, beträffande vilken man kan konstatera att full insikt eller praktisk visshet inte förelåg men att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett relevant skäl för hen att avstå från gärningen. Det är heller inte samma sak att ha full insikt (eller praktisk visshet) och att ha den lägre grad av insikt (tror, utgår från eller antar) som normalt också räcker för uppsåt.

Sannolikt är det så, som HD sa i "HIV-fallet" NJA 2014 s. 176, att det är svårt att hitta några andra kortfattade formler än "likgiltighetsuppsåt" som på ett bättre sätt ger uttryck för innebörden i uppsåtskravet. Men orden har ibland stor makt över tanken. Med en bibehållen beteckning "likgiltighetsuppsåt" finns det en risk för att "Mopedmannen" NJA 2016 s. 763 får ett sämre genomslag, vilket kan leda till en (fortsatt) ojämn rättstillämpning. Så ett försök bör verkligen göras. Mitt förslag blir då att man inte provar att göra om det som HD gjorde när man gav den lägsta formen av uppsåt en särskild beteckning. Uppsåtets nedre gräns låter sig knappast beskrivas så enkelt att det går att hitta en "formel" som täcker in precis vad det är frågan om, och som inte inbegriper för mycket eller leder tanken fel. Det som då återstår är att beteckna uppsåt vid sidan av de centrala formerna avsiktsuppsåt och insiktsuppsåt för "övrigt uppsåt" eller "annan form av uppsåt". Termer av detta slag är inte särskilt upplysande, men det kan faktiskt vara poängen med dem.