

Flera personers deltagande i våldtäkt

En analys av den straffrättsliga rollfördelningen vid våldtäkt

Sidi Fjellström

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp.

Ämnesinriktning: Straffrätt

Vårterminen 2019

Grupphandledare: Dennis Martinsson

Engelsk titel: Participation in rape – an analysis of perpetation, co-perpetation and complicity to rape

Abstract

Sexual offense is the penal law area where the perception of crime has changed most radically over time. The Swedish provision on rape crime in Chapter 6 Section 1 of the Penal Code (*Sw. Brottsbalken*) has been subject to several changes during the last decades. When the Penal Code came into force in 1965 the provision on rape was reserved for situations where a man had forced a woman into intercourse with violence or serious threat. Since then the provision on rape has been expanded to also include other sexual violations, and the requisites for violence or threat has diminished over the years. In July of 2018 the legislation on sexual offenses in Chapter 6 of the Penal Code was subject to a comprehensive reform. Since then, to be charged with rape a perpetrator no longer needs to have used violence, threat, duress, or to have unduly exploited that the victim was in a particularly vulnerable situation. The decisive circumstance to be charged with rape is nowadays that the sexual act is performed with someone who doesn't voluntarily participate in the act" (*Sw. "frivilligt deltar"*).

In 2015 the Supreme Court (*Sw. Högsta domstolen*) ruled that a sexual assault against a child can be committed from distance, without physically touching the child. This ruling confirmed that sexual offenses no longer are to be considered crimes that require the perpetrator to have physically performed the sexual act (*Sw. egenhändigt brott*). In 2018 the legislator stated that all sexual offenses, including rape, can be committed without physical action from the perpetrator.

This thesis aims to analyze and discuss the objective conditions for criminal liability for perpetration, co-perpetration and complicity to a rape crime. The question of whom to consider perpetrator, co-perpetrator or accomplice to rape has been somewhat complicated since the recent reform of the rape provision as it is unclear what kind of behaviour will cause liability for complicity to rape, and what kind of behaviour will be non-punishable. It is also unclear in what kind of situation a person can be considered to have "participated" in such way that it constitutes an aggravating circumstance for rape. All this means that, although the recent reform on sexual offense is laudable in its intent to safeguard sexual integrity, its lack of clarity potentially risks fundamental legal principles.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RR	Regeringsrätten
RH	Rättsfall från hovrätterna
SL	1864 års strafflag
SLB	Strafflagsberedningen
SOU	Statens offentliga utredningar
SRK	Straffrättskommittén

Innehåll

Abstract	3
Förkortningar	5
1 Inledning	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och material	12
1.5 Forskningsläget	14
1.6 Terminologi	15
1.6.1 Brottsbegreppet som grund för medverkansansvar	15
1.6.2 Medverkansobjektet	15
1.6.3 Medverkande enligt 23 kap. 4 § BrB	16
1.6.4 Gärningsmannaskap och medgärningsmannaskap	16
1.6.5 Främjande och främjandegärning	18
1.7 Disposition	18
2 Medgärningsmannaskap och medverkan till brott	21
2.1 Inledning	21
2.2 Medverkansobjektet	22
2.2.1 Medverkansobjektets beståndsdelar	22
2.2.2 Konstruktion av medverkansobjektet genom att hämta rekvisit från annan än gärningsmannen	23
2.2.3 Konstruktion av medverkansobjektet genom medgärningsmannaskap	25
2.3 Medverkansgärningen	32
2.3.1 Främjande av en gärning med råd eller dåd	32
2.3.2 Den nedre gränsen för straffbart främjande	34
2.4 Kort om påföljd vid fleras deltagande i brott	37
3 Medgärningsmannaskap och medverkan till våldtäkt	39
3.1 En historisk tillbakablick	39
3.2 Våldtäktsbrottets konstruktion före och efter 2018 års lagändring	43
3.3 Gärningsmannaskap vid våldtäkt	45
3.3.1 Våldtäkt som ett egenhändigt brott	45
3.3.2 En förändrad syn på våldtäkt som ett egenhändigt brott	46
3.3.3 Rekvisitet ”genomför en sexuell handling med”	48

3.3.4	Medgärningsmannaskap utan sexuell handling.....	50
3.4	Medverkan och flera personers deltagande i våldtäkt.....	56
3.4.1	Den kvalificerande omständigheten att flera personer ”förgripit sig eller på annat sätt deltagit”.....	56
3.4.2	Den kvalificerande omständigheten att gärningsmannen visat ”särskild hänsynslöshet”	59
3.4.3	Fleras deltagandes i våldtäkt jämfört med fleras deltagande i annat brott mot person	60
3.4.4	Den nedre gränsen för medverkan till en våldtäkt	61
4	Avslutande kommentarer.....	64
	Källförteckning.....	67

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det straffrättsliga område där synen på brott har förändrats mest radikalt över tid är sexualbrott.¹ Bestämmelsen om våldtäkt enligt 6 kap. 1 § Brottsbalk (1962:600) [cit. BrB] har varit föremål för en omfattande debatt och för flera förändringar genom åren. För bara drygt 50 år sedan var inte våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserat.² När brottsbalken trädde i kraft år 1965 krävdes för våldtäkt att en man tvingat en kvinna till samlag genom våld eller hot som innebar trängande fara. Våldtäktsbestämmelsen har sedan dess utvidgats till att även omfatta andra sexuella kränkningar än samlag och kravet på våld eller hot har successivt minskat under åren. Bara sedan år 1992 har våldtäktsbestämmelsen ändrats fem gånger, senast med den omtalade samtyckesregleringen.³ Det avgörande är numera att den sexuella handlingen genomförts med någon som inte deltar frivilligt. Kravet på våld eller hot har alltså tagits bort. Våldtäkt anses inte heller längre vara ett egenhändigt brott; för gärningsmannaskap krävs därför inte längre att gärningsmannen personligen utfört den sexuella handlingen.

När gränsen för vad som är ett brott förskjuts, flyttas även gränsen för vad som kan anses utgöra gärningsmannaskap och medverkan till brott. Den centrala medverkansbestämmelsen, 23 kap. § 4 BrB, har varit i princip oförändrad sedan brottsbalken trädde i kraft.⁴ Varken brotten eller medverkan till ett brott ser dock ut på samma sätt idag som när medverkansbestämmelsen infördes. En gärningsman vid våldtäkt är inte längre nödvändigtvis en man som med våld tvingat till sig penetrationssex med en kvinna. Frågan om vem som kan anses vara gärningsman har komplicerats sedan det blev klart att våldtäkt inte längre ska betraktas som ett egenhändigt brott. Vid en våldtäkt där flera personer deltar eller närvarar blir frågan om den straffrättsliga rollfördelningen än mer komplicerad. Frågan blir då vilket agerande som bör medföra ansvar i gärningsmannaskap, vilket agerande som bör föranleda medverkansansvar och vilket agerande som inte bör föranleda straffansvar. Det faktum att flera perso-

¹ Jareborg m.fl., 2015, s. 114.

² Prop. 1962:10, s. 432.

³ SFS 1992:147; SFS 1998:393; SFS 2005:90; SFS 2013:365; SFS 2018:618.

⁴ SFS 1962:700 trädde i kraft den 1 januari 1965, 1 § lag (1964:163) om införande av brottsbalken. Paragrafen ändrades visserligen 1994, men ändringen innebar endast att bestämmelsen uttryckligen blev tillämplig på specialstraffrättsliga brott för vilket fängelse är föreskrivet, se prop. 1993/94:130, s. 68.

ner förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i en våldtäkt är även en kvalifikationsgrund för grovt brott enligt 6 kap. 1 § st. 4 BrB.

De senaste åren har media rapporterat om ett antal uppmärksammade våldtäkter där flera personer närvarat eller deltagit. I juli förra året avkunnade Högsta domstolen [cit. HD] dom i ett sådant våldtäktsmål, NJA 2018 s. 562. Målet väcker funderingar över rollfördelning och rubricering vid en våldtäkt där flera personer närvarar eller deltar. En ung kvinna hade först blivit våldtagen av en person, A, på en fest. Ungefär en timme senare räckte A över en kondom till B som sedan genomförde en våldtäkt. Under den andra våldtäkten gick A och C in i rummet, båda skrattade och ropade ”jalla, det är action” eller liknande. Både A och C filmade även övergreppet på nära håll, och C laddade upp filmen i en livestream på Facebook. Både A och B dömdes för våldtäkt av normalgraden i hovrätten, och A dömdes även för medhjälp till våldtäkt för att ha överlämnat kondomen. Varken A eller C dömdes för medhjälp för att de filmat, skrattat eller ropat uppmuntrande ord. Hovrätten fäste vikt vid att B hade blivit störd av A:s och C:s agerande och avbrutit samlaget när de kom in i rummet. Frågan som prövades i HD var endast om C kunde dömas för underlåtenhet att avslöja brott,⁵ samt påföljd för C.⁶ Hovrättsdomen väcker frågan om var den nedre gränsen för medverkan till våldtäkt egentligen går. Den väcker även frågan om vilka situationer som ska anses utgöra grovt brott då det är flera personer som förgripit sig eller på annat sätt har deltagit i övergreppet.

Mot bakgrund av att våldtäktsbestämmelsen har genomgått omfattande förändringar genom den senaste sexualbrottslagstiftningen är det relevant att utreda den straffrättsliga rollfördelningen vid en våldtäkt där flera personer närvarar eller deltar. Det är särskilt intressant sedan det numera står klart att våldtäkt inte längre ska betraktas som ett egenhändigt brott.⁷ Sexualbrott är även de enda brottstyper där det framgår av lagtexten att fleras deltagande är en kvalifikationsgrund för just grovt brott. Det ger sexualbrotten en särställning i förhållande till medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § BrB.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att utreda och analysera den straffrättsliga rollfördelningen vid en våldtäkt där flera personer deltar eller närvarar. För att uppfylla detta syfte, utgår uppsatsen från följande frågeställningar:

⁵ Det framgår av 6 kap. 15 § st. 2 BrB att underlåtenhet att avslöja våldtäkt är straffbelagt, och 23 kap. 6 § BrB stadgar straffansvar för underlåtenhet att avslöja brott.

⁶ I HD dömdes C endast för grovt förtal enligt 5 kap. 2 § BrB och ringa narkotikabrott enligt 1 § st. 1 p. 6 och 2 § narkotikastrafflagen (1968:64).

⁷ Prop. 2017/18:177, s. 43 f. Det anses emellertid ha stått klart sedan HD:s uttalanden i NJA 2015 s. 501, men bekräftas av lagstiftaren i 2018 års förarbeten.

1. Var går gränsen mellan gärningsmannaskap och annan medverkan vid våldtäkt där flera personer deltar?
2. Var går gränsen mellan ett straffbart främjande och ett tillåtet agerande vid en våldtäkt där flera personer närvarar?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer endast att behandla våldtäkt mot vuxna enligt 6 kap. 1 § BrB. I brist på motsvarande praxis om övergrepp på vuxna kommer dock vissa rättsfall som behandlar sexualbrott mot barn att användas som diskussionsunderlag. I huvudsak kommer uppsatsen att fokusera på objektiva brottsförutsättningar för att dömas för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB och medverkan till våldtäkt enligt 23 kap. 4 § BrB. Subjektiva rekvisit, d.v.s. uppsåt och ursäktande omständigheter, kommer således inte att behandlas mer ingående. Syftet med uppsatsen kan beskrivas som mer teoretiskt än praktiskt inriktat, även om den faktiska rättstillämpningen är relevant och av intresse. Uppsatsen är inte tänkt att peka ut vem eller vilka som slutligen ska dömas för brott utan syftar endast till att undersöka de objektiva brottsförutsättningarna. Det bör dock påpekas att det avgörande i sexualbrottsmål ofta är frågor om uppsåt och bevisning.⁸ Bevis- och processrättsliga frågor ligger därför utanför uppsatsens syfte och kommer inte att diskuteras.

En viss historik är nödvändig för att förstå de senaste årens förändringar av våldtäktsbestämmelsen, men av tids- och utrymmesskäl kommer redogörelsen att vara av översiktlig karaktär. Ett skäl till att den historiska tillbakablicken behövs är att vissa uttalanden i äldre förarbeten fortfarande gäller. Mot bakgrund av detta, samt för att det skett ett flertal förändringar av våldtäktsbestämmelsen, går det emellertid inte att vara helt kortfattad i den historiska redogörelsen. Det historiska avsnittet syftar dock främst till att ge en bakgrund till den nuvarande våldtäktslagstiftningen, inte till att ge en heltäckande bild av den historiska utvecklingen.⁹

När det gäller medverkan till brott finns det flera möjliga infallsvinklar. Huvudsakligt fokus för uppsatsen är emellertid gränsen mellan gärningsmannaskap och medhjälp, och gränsen mellan straffbart främjande och tillåtet agerande. Anstiftan kommer därför inte att behandlas annat än att det omfattas av begreppet medverkande. Utgångspunkten för uppsatsen är att det inte finns någon som har förmått annan till brott. Andra figurer inom medverkansläran, exempelvis *agent provocateur*, *concurso necessarius* och främjande genom underlåtenhet, kommer inte heller att behandlas.

⁸ Se t.ex. Kaldal & Lainpelto, 2009/10.

⁹ Den som vill läsa mer om sexualbrottens historia rekommenderas att exempelvis läsa Linnea Wegerstads avhandling från 2015, se Wegerstad, 2015.

En fråga som tidigare har varit föremål för juridisk diskussion är om bestämmelsen i 23 kap. 6 § BrB, underlåtenhet att avslöja brott, är tillämplig i de fall där rekvisiten för medverkan inte är uppfyllda. HD har nyligen klargjort sin inställning i frågan i två mål, NJA 2017 s. 515 och det tidigare nämnda NJA 2018 s. 562. I målen fastslog HD att ansvar för underlåtenhet att avslöja brott är uteslutet om det av utredningen framgår att den som underlåtit att avslöja brottet kan ha varit inblandad i brottet på ett sådant sätt att straffansvar kan aktualiseras. Rättsläget tycks således klart. Av den anledningen kommer underlåtenhet att avslöja brott inte att analyseras närmare.

1.4 Metod och material

Uppsatsen kommer att utgå från en rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatiken brukar beskrivas som en metod vars syfte är att hitta lösningen på ett juridiskt problem genom en rekonstruktion av rätten.¹⁰ Det är dock inte helt klart vad som egentligen menas med ”rekonstruktion”. Jareborg menar att rekonstruktionen är en sammanfattning av forskarens bearbetning, d.v.s. systematisering och strukturering, av inhämtad information eller kunskap.¹¹ Utgångspunkten för den rättsdogmatiska rekonstruktionen är att bearbeta, tolka och systematisera de allmänt accepterade rättskällorna lag, förarbeten, prejudikat och doktrin.¹²

Metoden kan sägas vara inriktad på att studera hur normerna verkar inom rättsystemet, inte hur de tillämpas i praktiken av underrätter och myndigheter.¹³ Enligt Jareborg hindrar inte det faktum att metoden är systemintern att perspektivet kan vidgas för att hitta ideala lösningar på ett problem.¹⁴ Jareborg understryker att den verklighet som rekonstrueras är själva rättssystemet, men han menar att rättsdogmatiken ändå måste beakta hur regler tillämpas i praktiken för att inte bli helt meningslös.¹⁵ Den rättsdogmatiska metoden kan inte röra sig i ett vakuum. Det uppställs dock krav på transparens och tydlighet när den rättsdogmatiska analysen rör sig utanför det som kan anses vara gällande rätt.¹⁶

Den rättsdogmatiska metoden uppställer vissa regler för den juridiska argumentationen. I första hand begränsas argumentationen av en bundenhet till de vedertagna rättskällorna, men vilka argument som tillåts beror även på vilket rättsområde och vilka frågeställningar som berörs.¹⁷ Inom straffrätten finns principer som begränsar utrymmet för hur fritt en rättsregel kan tolkas.¹⁸ Det

¹⁰ Se t.ex. Kleineman, 2018, s. 21; Jareborg, 2004, s. 1 ff.

¹¹ Jareborg, 2004, s. 2.

¹² Kleineman, 2018, s. 21.

¹³ Kleineman, 2018, s. 24.

¹⁴ Jareborg, 2004, s. 4.

¹⁵ Jareborg, 2004, s. 9.

¹⁶ Se Kleineman, 2018, s. 37.

¹⁷ Kleineman, 2018, s. 27 f.

¹⁸ Kleineman, 2018, s. 31.

brukar anges att legalitetsprincipen sätter den yttersta gränsen för det straffbara området i ett straffbud.¹⁹ Straffrätten är striktare bunden till lagtexten än exempelvis civilrätten, vilket följer av legalitetsprincipens föreskriftskrav. Legalitetsprincipen uppställer även bl.a. ett förbud mot analog strafftillämpning som är till nackdel för den tilltalade.²⁰ Analogiförbudet hindrar dock inte att en straffbestämmelse tolkas mot bakgrund av t.ex. förarbetsuttalanden, så länge tolkningen håller sig inom ordalydelsens gränser.²¹ Eftersom straffrätten i grunden är repressiv ställs höga krav på rättssäkerhet vid en straffrättslig argumentation.²²

De rättsregler som uppsatsen avser att bearbeta och analysera är våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § BrB i relation till medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § BrB. Syftet är att analysera hur den straffrättsliga rollfördelningen vid en våldtäkt ska göras inom ramen för gällande rätt. För att kunna analysera hur medverkansbestämmelsen förhåller sig till våldtäktsbrottet krävs först en tolkning och rekonstruktion av medverkansläran. Lagstiftaren har inte behandlat medverkansreglerna särskilt utförligt i förarbetena. De mest omfattande analyserna av 23 kap. 4 § BrB har gjorts i utredningar, den senaste år 1996.²³ Av den anledningen är utredningar en viktig källa för uppsatsens frågeställningar. Flertalet av de förslag som lades fram i 1996 års utredning ledde dock inte till någon lagstiftning.

Det kan ifrågasättas vilken ställning utredningar har i rättskällevärdet och i den rättsdogmatiska metoden. Bengtsson menar att utredningar är en viktig rättskälla som kan ha en faktisk betydelse för rättstillämpningen och visar att även HD refererar till utredningar.²⁴ Den utförliga analys och de principiella överväganden som ofta görs i utredningar kan i en rättsdogmatisk metod användas som stöd för den juridiska argumentationen. Det ska dock understrykas att utredningar, särskilt sådana som inte lett till lagstiftning, inte kommer att användas i uppsatsen för att fastställa gällande rätt, utan endast för att visa hur rättsregler kan och möjligen bör tolkas.

I brist på närmare vägledning från lagstiftaren kommer doktrinen att vara av stor betydelse för att förstå den något svårtolkade lagtexten i 23 kap. 4 § BrB. Doktrinen auktoritet som rättskälla är inte lika självklar som prejudikat och lag, men doktrinen har en viktig roll i den rättsdogmatiska metoden. Doktrinen kan, till skillnad från prejudikat och lag som är fragmentariska utsnitt av rätten, lyfta blicken och betrakta rättsregler i ett större sammanhang.²⁵ En viktig funktion

¹⁹ Se t.ex. NJA 2016 s. 3, p. 13-15; SOU 2016:60, s. 234.

²⁰ Legalitetsprincipen stadgas i 1 kap. 1 § BrB. Se även 1 kap. 1 § st. 3 och 2 kap. 10 § regeringsformen (1974:152); artikel 7 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²¹ Ågren m.fl., 2018, s. 28 f.

²² Ågren m.fl., 2018, s. 27.

²³ SOU 1944:69; SOU 1953:14; SOU 1996:185.

²⁴ Bengtsson, 2011, s. 777, s. 780 f.

²⁵ Kleinman, 2018, s. 33 ff.

för doktrinen är att den kan upptäcka inkonsekvenser i rättssystemet och rättstillämpningen, samt kritisera och föreslå lösningar på olösta problem.²⁶

När det gäller medverkansbestämmelsen finns ett flertal avgöranden från HD som rör medverkan till olika brott. Eftersom syftet med uppsatsen är att analysera rollfördelningen vid våldtäkt kommer i första hand avgöranden som rör medverkan till brott mot person att användas för att exemplifiera hur medverkansbestämmelsen ska förstås. Det finns endast begränsat med avgöranden från HD som direkt behandlar gärningsmannaskap och medverkan till våldtäkt som är av intresse efter att den nya samtyckesregleringen trädde i kraft. Avgöranden från HD som behandlar andra brottstyper än brott mot person kommer att användas i den mån det kan vara relevant därför att HD har uttalat sig principiellt om medverkan.

Våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § BrB har genomgått ett flertal omfattande förändringar sedan 1980-talet och den senaste lagändringen trädde i kraft år 2018. Av förarbetena till den nya våldtäktsbestämmelsen framgår att äldre praxis till viss del ska fortsätta gälla efter lagändringen.²⁷ Våldtäktsbrottets konstruktion har dock genomgått omfattande förändringar efter lagändringen. Av den anledningen kommer inte allt för stor vikt läggas vid äldre våldtäktspraxis i uppsatsen. Det finns inte heller några prejudikat som förtydligar hur den nya samtyckesregleringen ska tolkas och diskussionen i doktrinen är i detta avseende knapphändig. De vedertagna rättskällor som finns att tillgå för att analysera den nya våldtäktsbestämmelsen är därför främst lag och förarbeten. För att inte uppsatsen ska bli alltför fragmentarisk kan det därför vara nödvändigt att hämta visst stöd för argumentationen i underrättspraxis och i praxis som rör närliggande rättsregler. Rättsfall från underrätterna kommer dock inte att användas för att fastslå gällande rätt, utan för att illustrera en viss fråga eller problematik.

1.5 Forskningsläget

Det är främst i doktrinen som straffrättens allmänna del har behandlats. Några författare som mer ingående har diskuterat gärningsmannaskap och medverkan som bör nämnas i sammanhanget är Strahl, Jareborg, Herlitz, Hoflund, Wennberg, Lernestedt och Svensson. Avhandlingen *Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott* som Svensson gav ut år 2016 är den senaste mer grundliga genomgången av medverkan och gärningsmannaskap, och kommer därför att användas i stor utsträckning i uppsatsen. Det finns däremot inte mycket skrivet i doktrinen som specifikt behandlar gärningsmannaskap och medverkan till våldtäkt, särskilt inte efter den senaste lagändringen 2018.

²⁶ Kleineman, 2018, s. 36 f.

²⁷ Prop. 2017/18:177, s. 38 ff.

1.6 Terminologi

1.6.1 Brottsbegreppet som grund för medverkansansvar

För att underlätta läsningen av den fortsatta framställningen följer ett avsnitt om den terminologi som kommer att användas i uppsatsen. En uppfattning om brottsbegreppet och andra centrala begrepp är nödvändig för att förstå medverkansläran. Definitionen av vad som utgör ett brott är inte endast att en gärning är straffbelagd, även andra allmänna brottsförutsättningar måste vara uppfyllda. Brottsbegreppet delas av Asp, Ulväng och Jareborg in i en modell bestående av två delar, (1) rekvisit för otillåten gärning och (2) rekvisit för personligt ansvar.²⁸ Även andra författare i doktrinen delar in brottsbegreppet i två huvudsakliga delar, men vissa skillnader i terminologin förekommer.²⁹

För att en otillåten gärning ska ha begåtts måste gärningen ha varit (i) brottsbeskrivningsenlig och (ii) det ska inte ha förelegat några rättfärdigande omständigheter som gör gärningen tillåten. Med brottsbeskrivningsenlighet avses att en gärning, d.v.s. en handling eller underlåtenhet, uppfyller rekvisiten i ett enskilt straffbud eller i en osjälvständig brottsform.³⁰ För att någon ska kunna dömas för brott måste även den andra delen, rekvisit för personligt ansvar, vara uppfylld. För att kunna utkräva personligt ansvar måste (i) det allmänna skuldkravet vara uppfyllt, och (ii) det ska inte ha förelegat några ursäktande omständigheter. Det allmänna skuldkravet avser det uppsåt eller den oaktsamhet som föreskrivs i det aktuella straffbudet.³¹ Först när både rekvisiten för otillåten gärning och rekvisiten för personligt ansvar är uppfyllda har ett brott begåtts och ansvar kan utkrävas. För medverkansansvar krävs dock inte att en gärningsman har begått ett brott, det är tillräckligt att någon annan har förövat en otillåten gärning som den medverkande har främjat.³²

1.6.2 Medverkansobjekt och huvudbrott

Straffansvar för medverkan kräver alltså att det finns en otillåten gärning att medverka till. Den otillåtna gärningen i medverkansläran har i doktrinen bl.a. benämnts ”tilldragelsen”,³³ ”huvudbrottet” eller ”medverkansobjektet”.³⁴ En otillåten gärning föreligger om, som tidigare nämnts, en gärning uppfyller rekvisiten i en straffbestämmelse, samt att det inte föreligger några rättfärdigande

²⁸ Asp m.fl., 2013, s. 58 f.

²⁹ Se t.ex. Ågren m.fl., 2018, s 39 ff., där författarna i stället benämner de två delarna av brottsbegreppet som omständigheter tillhörande den objektiva respektive den subjektiva sidan av ett brott.

³⁰ Asp m.fl., 2013, s. 60.

³¹ Asp m.fl., 2013, s. 64.

³² Asp m.fl., 2013, s. 429.

³³ Strahl, 1976, s. 247.

³⁴ Se bl.a. Ågren m.fl., 2018, s. 160.

omständigheter, d.v.s. objektiva ansvarsfrihetsgrunder.³⁵ Det måste inte vara fråga om ett fullbordat brott, även straffbart försök, förberedelse eller stämpling kan utgöra ett medverkansobjekt.³⁶ Med ”gärning” avses en konkret handling eller underlåtenhet, inte en särskild gärningstyp.³⁷ I fortsättningen kommer termerna medverkansobjekt och huvudbrott att användas synonymt.

1.6.3 Medverkande enligt 23 kap. 4 § BrB

Straffansvar för medverkan stadgas i 23 kap. 4 § BrB. I andra stycket anges att ”den som inte är att anse som gärningsman döms [...] för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det”. Av bestämmelsen framgår att medhjälp är subsidiärt till anstiftan och att anstiftan är subsidiärt till gärningsmannaskap. I tredje stycket anges att ”varje medverkande bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last”. Termen ”medverkande” i bestämmelsen får förstås i vid mening och omfattar även gärningsmän.³⁸ I förarbetena till 23 kap. 4 § BrB används främst en vid definition av termen medverkande.³⁹ Lagstiftaren gör dock en distinktion mellan ”gärningsman och annan medverkande”.⁴⁰ I NJA 2012 s. 826 anförde HD att medgärningsman och gärningsman är att betrakta som medverkande enligt 23 kap. 4 § BrB, men förklarar att termen i det aktuella målet endast används för att beteckna anstiftare och medhjälpare. För att skilja mellan gärningsman och annan medverkande kommer termen ”medverkande” i det följande endast att syfta på anstiftare och medhjälpare. För att benämna samtliga som tagit del i en o tillåten gärning, d.v.s. gärningsmän och övriga medverkande, kommer termen ”delaktiga” att användas.⁴¹

1.6.4 Gärningsmannaskap och medgärningsmannaskap

Ordalydelsen i ett straffbud träffar generellt en situation där en enskild individ har utfört gärningen.⁴² ”Den som” berövar annan livet har uppfyllt rekvisiten för mord enligt 3 kap. 1 § BrB och kan dömas som gärningsman. Uttrycket ”Den som” anses även kunna tolkas så att ”de som” utför den brottsbeskrivningens enliga gärningen är att anse som medgärningsmän.⁴³ Termen ”medgärningsmannaskap” framgår inte uttryckligen av lagtexten, utan är en term som

³⁵ SOU 1996:185, s. 178.

³⁶ SOU 1996:185, s. 184.

³⁷ Jareborg, 1994, s. 107.

³⁸ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medverkansbegreppet’; SOU 1996:185, s. 177.

³⁹ SOU 1944:69, s. 92.

⁴⁰ SOU 1944:69, s. 92.

⁴¹ Termen ”delaktiga” är lånad av Herlitz, 1996/97, s. 280.

⁴² Lernestedt, 2009, s. 56.

⁴³ Se bl.a. Ågren m.fl., 2018, s. 158; Jareborg, 2001, s. 402.

tagits fram i doktrinen och som sällan används i praxis.⁴⁴ Av pedagogiska skäl kommer dock termen medgärningsmannaskap att användas i den fortsatta framställningen.

För att använda Svenssons terminologi kommer termen medgärningsmannaskap i fortsättningen användas för att beskriva fall där flera personer begått ett brott gemensamt. Med det menas att ingen av de delaktiga individuellt har utfört gärningen, men att de tillsammans har utfört gärningen i samverkan.⁴⁵ En person som individuellt uppfyller samtliga rekvisit i ett visst straffbud är enligt Svenssons terminologi gärningsman i strikt mening.⁴⁶

I doktrinen finns det ett flertal författare som menar att den som inte ”är” gärningsman enligt brottsbeskrivningen i ett visst straffbud ändå kan vara ”att anse” som gärningsman med stöd av 23 kap. 4 § st. 2 BrB.⁴⁷ En medverkande omrubriceras då till gärningsman genom en tolkning *e contrario* av ordalydelsen i 23 kap. 4 § st. 2 BrB. Detta brukar benämnas ”utvidgat gärningsmannaskap” eller ”utvidgat medgärningsmannaskap”. I doktrinen har även andra termer tagits fram för att beskriva vissa fall av gärningsmannaskap. Utöver termen utvidgat gärningsmannaskap har bl.a. termerna ”medelbart gärningsmannaskap” och ”konverterat gärningsmannaskap” diskuterats.⁴⁸ Svensson anser dock att det är tillräckligt att dela in gärningsmannaskap i två former, medgärningsmannaskap och gärningsmannaskap i strikt mening.⁴⁹ Han menar att det inte finns någon anledning att göra skillnad på någon som ”är” gärningsman och någon som ”är att anse” som gärningsman; den som ”är att anse” som gärningsman är antingen gärningsman i strikt mening eller medgärningsman.⁵⁰

I fortsättningen kommer endast Svenssons terminologi att användas för att beteckna gärningsmannaskap. Termen utvidgat medgärningsmannaskap kommer således inte att användas. Avsikten med det är inte att ta ställning i fråga om en medverkande kan omrubriceras via 23 kap. 4 § st. 2 BrB eller inte. Huvudskälet till att termen utvidgat medgärningsmannaskap inte kommer att användas är att det är oklart i vilka situationer det är tillämpligt. I praxis där flera personer som begått brott tillsammans döms i gärningsmannaskap redovisas sällan om gärningsmannaskapet är en följd av omrubricering eller av en tolkning av det aktuella straffbudet.⁵¹ Termen medgärningsmannaskap är i uppsatsen avsett att användas som ett samlingsbegrepp i de fall där flera personer har begått brott i samverkan, vilket alltså även är avsett att omfatta situationer som kan benämnas som utvidgat medgärningsmannaskap. Det kan tilläggas att även

⁴⁴ Svensson, 2016, s. 347. Se dock t.ex. NJA 1992 s. 474, där begreppet visserligen används, men där det inte riktigt framgår vilken innebörd det är avsett att ha.

⁴⁵ Svensson, 2016, s. 278 f.

⁴⁶ Svensson, 2016, s. 34.

⁴⁷ Se t.ex. Ågren m.fl., 2018, s. 169 f.; Asp m.fl., 2013, s. 446; Jareborg, 2001, s. 411; Strahl, 1976, s. 276 f. Uppfattningen anses även kunna härledas från uttalanden i SOU 1944:69, s. 92 f.

⁴⁸ Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 446 ff.; Asp m.fl., 2018, s. 1136 ff.

⁴⁹ Svensson, 2016, s. 309 f.

⁵⁰ Svensson, 2016, s. 275.

⁵¹ Se t.ex. NJA 1992 s. 474. Se även Asp m.fl., 2013, s. 447.

Wennberg använder termen medgärningsmannaskap som ett slags samlingsbegrepp när hon beskriver utvidgat medgärningsmannaskap.⁵²

Gärningsmannaskap kommer även att användas som samlingsbegrepp för såväl gärningsmannaskap i strikt mening och som för medgärningsmannaskap. Termen ”gärningsperson” kommer inte att användas i uppsatsen, främst av språkliga och pedagogiska skäl. De termer som används i uppsatsen för att beskriva gärningsmannaskap är avsedda att tolkas som könsneutrala, om inte annat särskilt uttrycks. Definitionen av ”gärningsmannaskap” och ”medgärningsmannaskap” kommer att utvecklas i den fortsatta framställningen.

1.6.5 Främjande och främjandegärning

Den som har främjat en gärning med råd eller dåd döms för medverkan till brottet. Enligt Svenska Akademiens Ordlista betyder ”främja” att hjälpa fram, understödja.⁵³ Svensk ordboks definition av ”främja” är att skapa gynnsamma förutsättningar för något.⁵⁴ I juridisk mening har dock uttrycket en något vidare innebörd. En främjandegärning behöver inte ha underlättat eller gynnat brottet för att vara straffbar.⁵⁵ Med ”råd eller dåd” avses att ett främjande kan ske med psykiska eller fysiska medel. Ett fysiskt främjande kan t.ex. vara att skjutsa gärningsmannen till brottsplatsen, och ett psykiskt främjande kan t.ex. vara uppmuntrande ord eller råd.⁵⁶ Termerna ”främjande” och ”främjandegärning” kommer i fortsättningen att användas synonymt med ”medverkan” och ”medverkansgärning”.

1.7 Disposition

För att senare i uppsatsen kunna analysera den straffrättsliga rollfördelningen vid en våldtäkt där flera deltar eller närvarar krävs en djupare förståelse för medverkansläran. Kapitel 2 inleds därför med en redogörelse för medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § BrB. För att medverkansansvar ska aktualiseras krävs det något att medverka till, ett medverkansobjekt. I kapitel 2 diskuteras vad som utgör ett medverkansobjekt och hur det konstrueras, följt av en analys av vad som kan utgöra ett främjande av medverkansobjektet. För att få en helhetsförståelse för rollfördelningens betydelse avslutas kapitel två med några rader om straffmätning och påföljd för gärningsman och andra medverkande. I kapitel 3 analyseras våldtäktsbestämmelsen i relation till medverkansläran. Eftersom den gärning som beskrivs i 6 kap. 1 § BrB utgör själva medverkansob-

⁵² Wennberg, 2002/03, s. 596.

⁵³ SAOL, 2015, sökning på ordet främja.

⁵⁴ SO, 2009, sökning på ordet främja.

⁵⁵ Ågren m.fl., 2018, s. 161.

⁵⁶ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medverkansbegreppet’.

jektet krävs därför inledningsvis en förståelse för brottets historiska bakgrund och konstruktion. Den historiska kontexten är särskilt viktig när det gäller våldtäkt då brottet tidigare har betraktats som ett egenhändigt brott, en särskild brottstyp som begränsar hur medverkansläran kan tillämpas. Det finns därför anledning att närmare uppehålla sig vid frågan om egenhändighet och analysera hur den nuvarande våldtäktslagstiftningen ska förstås i det avseendet. Därefter analyseras närmare rollfördelningen vid fleras deltagande i våldtäkt ur olika aspekter, dels som kvalifikationsgrund för grovt brott, dels som medverkan i brott. Uppsatsen avslutas med några egna kommentarer.

2 Medgärningsmannaskap och medverkan till brott

2.1 Inledning

I 1864 års Strafflag [cit. SL] som föregick brottsbalken var medverkansansvar accessoriskt till annans brott. Den medverkandes ansvar betraktades då inte som ett självständigt brott utan som delaktighet i annans brott. Det innebar att en förutsättning för medverkansansvar var att en gärningsman kunde dömas för brottet.⁵⁷ Mot slutet av 1930-talet tillsattes två utredningar, Straffrättskommittén [cit. SRK] och Strafflagsberedningen [cit. SLB], som fick i uppdrag att lämna förslag till en reform av SL.⁵⁸ År 1948 genomfördes en strafflagsrevision som byggde på SRK:s och SLB:s betänkanden.⁵⁹ De medverkansregler som SRK föreslagit i ett delbetänkande år 1944 ledde till lagstiftning i 1948 års reform.⁶⁰ Dessa medverkansregler infördes sedan i princip oförändrade i brottsbalken som trädde i kraft år 1965.⁶¹ Sedan reformen år 1948 är medverkansansvaret självständigt.⁶² Det finns dock fortfarande en viss accessorietet kvar; medverkansansvar är alltid accessoriskt till någon annans otillåtna gärning, medverkanobjektet.⁶³ Det krävs dock inte som tidigare att någon döms för det aktuella brottet, det är tillräckligt att någon har begått en otillåten gärning.

Med revisionen år 1948 lämnade lagstiftaren ett utrymme för domstolarna att döma gärningsmän och andra medverkande utifrån vad som kunde anses ”naturligt”.⁶⁴ Det har i doktrinen tolkats så att SRK ville minska betydelsen av gränsdragningen mellan gärningsman och annan medverkande, dels genom en ökad flexibilitet att fördela rollerna, dels genom att straffskalan blev densamma för gärningsman och annan medverkande.⁶⁵ Straffansvarsutredningen kritiserade år 1996 medverkansbestämmelsens flexibilitet och otydlighet. I utredning-

⁵⁷ 3 kap. SL. Se även SOU 1944:69, s. 85 f.; SOU 1996:185, s. 178; Hoflund, 1972, s. 25 ff.

⁵⁸ Se bl.a. SOU 1940:20, s. 5 f., där SRK:s första uppdrag framgår och SOU 1941:25, s. 3 f., där SLB:s första uppdrag framgår. Både SRK och SLB lämnade ett flertal betänkanden som kom att lägga grunden för en reform av SL. Av relevans för uppsatsens frågeställningar är särskilt SRK:s betänkanden SOU 1944:69 och SOU 1953:14. Se även Svensson, 2016, s. 99, 105 f.

⁵⁹ Prop. 1948:80.

⁶⁰ SOU 1944:69, s. 10.

⁶¹ Se prop. 1962:10, s. 313 ff.

⁶² Se prop. 1948:80, s. 91 ff.

⁶³ Herlitz, 1996/97, s. 284; Lernestedt, 2009, s. 66.

⁶⁴ SOU 1944:69, s. 93.

⁶⁵ Herlitz, 1996/97, s. 279; Lernestedt, 2009, s. 65 ff.

en anfördes att terminologin i 23 kap. 4 § BrB var oklar och att gränsen mellan gärningsmannaskap och annan medverkan borde förtydligas.⁶⁶ Lagstiftaren menade dock att bestämmelsens flexibilitet var en förutsättning för domstolarnas hantering av komplicerade situationer på ett sätt som ”ter sig naturligt och rimligt”.⁶⁷

Det kan kanske anses naturligt att kollektivt bestraffa samtliga som deltagit eller närvarat vid ett brott. Utgångspunkten för det svenska straffrättssystemet är emellertid att straffansvar är individuellt, kollektiv bestraffning är inte tillåtet.⁶⁸ Straffbuden i brottsbalken är därför i princip skrivna och tänkta för enskilda individer.⁶⁹ När flera personer agerar tillsammans vid ett brott uppstår det därför särskilda svårigheter inom straffrätten. I det följande redogörs för de objektiva förutsättningarna för straffansvar för olika aktörer vid fleras deltagande i brott.

2.2 Medverkansobjektet

2.2.1 Medverkansobjektets beståndsdelar

Straffansvar för medverkan förutsätter ett främjande av en annans otillåtna gärning. För att kunna bedöma om straffbar medverkan har begåtts måste ett medverkansobjekt konstrueras. Det är gärningsmannens otillåtna gärning som utgör medverkansobjektet. För konstruktionen av medverkansobjektet är det därför av vikt att skilja på vem eller vilka som är gärningsmän och vilka som är övriga medverkande.⁷⁰ Medverkansobjektet bildar den yttre ramen för det ansvar som kan utdömas för de delaktiga och ska täcka in de svåraste och de lindrigaste brotten som kan komma i fråga.⁷¹ Förutom att de subjektiva och objektiva brottsrekvisiten skiljer sig åt vid olika brott kan det även finnas andra brottspecifika omständigheter som har betydelse för medverkansansvaret. Omständigheter som kan påverka ett eventuellt medverkansansvar är när det aktuella brottet anses fullbordat och när det anses avslutat, och i vilket skede en medverkande deltar.⁷² När det gäller gradindelade brott ska medverkansobjektets svårhetsgrad bestämmas.

Endast de objektiva brottsrekvisiten som framgår av straffbuden tillhör medverkansobjektet. Subjektiva rekvisiten, uppsåt eller oaktsamhet, tillhör således inte medverkansobjektet eftersom det är tillräckligt att det objektivt sett har begåtts

⁶⁶ SOU 1996:185, s. 23 f.

⁶⁷ Prop. 2000/01:85, s. 15.

⁶⁸ SOU 1996:185, s. 176.

⁶⁹ Lernestedt, 2009, s. 56.

⁷⁰ SOU 1996:185, s. 184. Se även Asp m.fl., 2013, s. 430.

⁷¹ Herlitz, 1996/97, s. 286.

⁷² Ågren m.fl., 2018, s. 175.

en otillåten gärning.⁷³ Om det föreligger subjektiva ansvarsfrihetsgrunder för gärningsmannen kan ändå en medverkande dömas till ansvar för delaktighet i en objektivt sett otillåten gärning.⁷⁴ Den medverkande måste dock uppfylla de subjektiva rekvisit som uppställs i det aktuella straffbudet för straffansvar. Det framgår även av ordalydelsen i 23 kap. 4 § st. 3 BrB att subjektiva rekvisit inte tillhör medverkansobjektet; varje medverkande döms efter den oaktsamhet eller det uppsåt som ligger denne till last.

Även andra omständigheter av objektiv betydelse tillhör medverkansobjektet, exempelvis om det föreligger någon objektiv ansvarsfrihetsgrund som gör gärningen tillåten.⁷⁵ Med omständigheter av objektiv betydelse avses omständigheter som påverkar samtliga delaktigas ansvar, medan omständigheter av subjektiv betydelse endast påverkar den enskildes ansvar. En omständighet som medför att brottet ska placeras i en viss svårhetsgrad anses generellt vara av objektiv betydelse, om omständigheten inte är av mer personlig karaktär. Omständigheter av objektiv och subjektiv betydelse ska inte förväxlas med objektiva och subjektiva brottsrekvisit. I brottsbalkskommentaren särskiljs dessa begrepp med termerna ”omständigheter av generell betydelse” respektive ”omständigheter av personlig betydelse”.⁷⁶

2.2.2 Konstruktion av medverkansobjektet genom att hämta rekvisit från annan än gärningsmannen

Ett medverkansobjekt ska i regel etableras av gärningsmannens otillåtna gärning. Medverkansobjektet anses dock i vissa fall kunna kompletteras med rekvisit som hämtas från annan än gärningsmannen.⁷⁷ I doktrinen har det framförts olika uppfattningar i frågan om den som är att anse som gärningsman måste uppfylla samtliga rekvisit som bildar medverkansobjektet, eller om rekvisit även kan hämtas från en främjare.⁷⁸ Diskussion i doktrinen har rört hur lydelsen i 23 kap. 4 § st. 1 BrB, ”ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning ska ådömas [...] även annan [...]”, ska tolkas.⁷⁹ Herlitz menar att lagtexten kan tolkas på tre sätt. Den första möjliga tolkningen är att en eller flera gärningsmän måste ha utfört gärningen och så skapat medverkansobjektet. Den andra tänkbara läsningen av lydelsen är att samtliga delaktiga kan bidra med rekvisit för att skapa medverkansobjektet. Den tredje tolkningen är att endast vissa rekvisit kan hämtas från annan än gärningsmannen.⁸⁰ Frågan har alltså varit huruvida 23

⁷³ Se bl.a. Herlitz, 1996/97, s. 285 f. Dock anses s.k. överskjutande uppsåtsrekvisit vara en omständighet av objektiv betydelse som tillhör medverkansobjektet, se bl.a. Ågren m.fl., 2018, s. 40.

⁷⁴ Ågren m.fl., 2018, s. 43.

⁷⁵ Ågren m.fl., 2018, s.41.

⁷⁶ Bäcklund m.fl., 2018, under rubriken ’Omständigheter av generell betydelse’.

⁷⁷ Svensson, 2016, s. 42.

⁷⁸ Se t.ex. Herlitz, 1996/97, s. 288; Asp m.fl., 2013, s. 442; Jareborg, 2001, s. 404.

⁷⁹ Se t.ex. Herlitz, 1996/97, s. 288; Asp m.fl., 2013, s. 442; Jareborg, 2001, s. 404.

⁸⁰ Herlitz, 1996/97, s. 288 f.

kap. 4 § st. 1 BrB lämnar utrymme åt en utvidgning av medverkansobjektet genom att rekvisit lånas från en främjare. Detta innebär inte nödvändigtvis att rollfördelningen ändras; främjaren är fortfarande endast en främjare i detta stadium.

Herlitz anser att den enda rimliga tolkningen av ordalydelsen i 23 kap. 4 § st. 1 BrB är att endast gärningsmän kan etablera ett medverkansobjekt. Han menar att ett främjande av en gärning inte samtidigt kan inkludera ett utförande av delar av gärningen.⁸¹ Strahl däremot ansluter sig till det andra tolkningsalternativet och menar att samtliga delaktiga kan skapa medverkansobjektet. Han motiverade sin ståndpunkt med att brott inte längre anses accessoriskt till annans brott och att det därför inte krävs att gärningsmannen ensam uppfyller samtliga brottsrekvisit.⁸² Jareborg, som närmast företräder det första tolkningsalternativet, har kritiserat uppfattningen att rekvisit kan hämtas från någon annan än gärningsmannen. Han menar att när rekvisit lånas från en främjare innebär det en utvidgning av det kriminaliserade området som inte är förenlig med legalitetsprincipen.⁸³ Han medgav dock vissa undantag när det gäller överskjutande uppsåt och kvalificerande omständigheter vid gradindelade brott. Herlitz har tidigare anfört att de skilda uppfattningar som framförts i doktrinen, tillsammans med den oklarhet som framträder i praxis, samt de svårtolkade förarbetsuttalanden som finns, sammantaget medför att det är svårt att dra någon säker slutsats om vad som är gällande rätt i frågan.⁸⁴

Den gängse uppfattningen i doktrinen verkar idag vara att åtminstone tre rekvisit kan hämtas från annan än gärningsmannen: specialsubjekt, överskjutande uppsåt samt vissa kvalificerande omständigheter vid gradindelade brott.⁸⁵ Denna uppfattning kan även härledas från 1944 års betänkande.⁸⁶ Ett exempel på en kvalificerande omständighet som anses kunna hämtas från annan än gärningsmannen är att en främjare bär vapen vid rån. Med det lånade rekvisitet skulle då medverkansobjektet kunna konstrueras så att det inbegriper grovt rån.⁸⁷ Det kan dock ifrågasättas i vilka situationer en person som bär vapen vid rån endast bör betraktas som en främjare. En förutsättning för att hämta rekvisit som har betydelse för placering av brottet i en viss svårhetsgrad är att det inte är fråga om mer personliga omständigheter.⁸⁸ Jareborg menar vidare att en förutsättning för att låna rekvisit från en främjare är att gärningsmannen har begått en otillåten gärning även utan det lånade rekvisitet.⁸⁹

⁸¹ Herlitz, 1992, s. 575.

⁸² Strahl, 1976, s. 243 f.

⁸³ Jareborg, 1994, s. 108.

⁸⁴ Herlitz, 1996/97, s. 291 f.

⁸⁵ Se bl.a. Asp m.fl., 2013, s. 442; Svensson, 2016, s. 42.

⁸⁶ SOU 1944:69, s. 97 ff.

⁸⁷ Asp m.fl., 2013, s. 443.

⁸⁸ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Omständigheter av generell betydelse'.

⁸⁹ Jareborg, 2001, s. 405 f.

Uppfattningen att rekvisit kan hämtas från en främjare har dock, som nämns ovan, kritiserats för att inte vara förenlig med legalitetsprincipens föreskriftskrav.⁹⁰ Det måste därför anses oklart om och i så fall i vilken utsträckning rekvisit kan hämtas från annan än gärningsmannen för att konstruera ett medverkansobjekt.

2.2.3 Konstruktion av medverkansobjektet genom medgärningsmannaskap

Konstruktionen av medverkansobjektet kompliceras något i situationer där flera personer gemensamt har begått brott, men ingen uppfyller ensam rekvisiten för den gemensamma gärningen. Innan en otillåten gärning som är brottsbeskrivningsenlig har etablerats så finns det heller inte något medverkansobjekt att främja.⁹¹ För att kunna konstruera ett medverkansobjekt i fall där en gärningsman inte själv uppfyller samtliga brottsrekvisit måste först medgärningsmannaskapet definieras närmare.

I praxis har ofta ”tillsammans och i samförstånd” eller ”gemensamt och i samråd” använts i åklagarens gärningsbeskrivning som uttryck för medgärningsmannaskap.⁹² Huruvida uttrycken avser medgärningsmannaskap genom en tolkning av det aktuella straffbudet eller genom en omrubricering via 23 kap. 4 § st. 2 BrB framgår sällan klart i praxis. I doktrinen har det främst tolkats så att uttrycken åsyftar medgärningsmannaskap genom en omrubricering via 23 kap. 4 § st. 2 BrB.⁹³ Andra författare tycks emellertid mena att uttrycken syftar på en tolkning av det aktuella straffbudet; ”den som” i ett straffbud tolkas som ”de som tillsammans”, och att det senare ofta uttrycks i gärningsbeskrivningar som ”tillsammans och i samförstånd”.⁹⁴ Det bör anses som en rimlig tolkning att uttrycken har använts för att fånga in flera personers agerande i en gemensamt utförd gärning antingen via straffbudet eller, om det inte skulle anses möjligt, via 23 kap. 4 § st. 2 BrB.

Orden ”samförstånd” och ”samråd” indikerar att det handlar om en gemensam avsikt snarare än en gemensam gärning. Wennberg menar dock att endast samråd inte är tillräckligt utan att medgärningsmannaskap bygger på både samråd *och* ett gemensamt handlande.⁹⁵ Svensson påtalar att om man betraktar medgärningsmannaskapets konstruktion utifrån ett gemensamt uppsåt så kan inte ett medverkansobjekt skapas i enlighet med vedertagen straffrättsdogmatik.

⁹⁰ Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 442 f.; Lernestedt, 2009, s. 112; Jareborg, 2001, s. 405.

⁹¹ Herlitz, 1992, s. 572 f.

⁹² Se t.ex. NJA 2002 s. 489; NJA 2003 s. 473; NJA 2003 s. 645. Se även Wennberg, 2003, s. 616.

⁹³ Wennberg, 2003, s. 615 ff.; Victor, 2004, s. 100; Wong, 2003/04, s. 924 f.

⁹⁴ Se Jareborg, 2001, s. 402; Asp m.fl., 2013, s. 432 f. Se även Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medgärningsmannaskap’, där det står att flera personer som handlat ”tillsammans och i samråd” eller ”gemensamt och i samråd” kan dömas som medgärningsmän. Uttrycken förekommer däremot inte under rubriken ’Utvidgat gärningsmannaskap’.

⁹⁵ Wennberg, 2002/03, s. 597.

Uppsåt tillhör, som tidigare nämnts, inte medverkansobjektet.⁹⁶ Den gärning som flera personer har utfört gemensamt och i samverkan måste därför, enligt Svensson, ligga på brottsbeskrivningsnivå för att kunna utgöra ett medverkansobjekt. Han understryker att detta inte innebär att rekvisit hämtas från en främjare, medgärningsmännen har inte främjat varandras gärning utan har tillsammans utfört den gärning som bildar medverkansobjektet.⁹⁷

Författare i doktrinen är emellertid oense i fråga om medverkansobjektets konstruktion vid medgärningsmannaskap. Herlitz framhåller att det enda acceptabla sättet att konstruera ett medverkansobjekt är genom att passa in agerandet i brottsbeskrivningen.⁹⁸ Strahl anser å andra sidan att det inte är nödvändigt, utan menar att 23 kap. 4 st. 2 § BrB fångar in såväl medgärningsmän som andra delaktiga.⁹⁹ Ett medverkansobjekt behöver alltså inte etableras på brottsbeskrivningsnivå enligt Strahls uppfattning. Den gängse uppfattningen i doktrinen tycks vara den senare, d.v.s. att 23 kap. 4 § st. 2 BrB medför en möjlighet att omrubricera medverkande om de är att ”anse” som gärningsmän, och omvänt gärningsmän om de är att ”anse” som enbart medverkande.¹⁰⁰ Utifrån den gängse uppfattningen framträder tre möjliga sätt att bli rubricerad som gärningsman; (1) i strikt mening genom att uppfylla samtliga rekvisit, (2) direkt enligt straffbudet men i samverkan med andra och (3) via 23 kap. 4 § BrB genom en omrubricering av de delaktiga.¹⁰¹ Denna uppfattning anses ha stöd i SRK:s uttalanden i 1944 års förarbeten.¹⁰² Svensson menar i stället att SRK:s uttalanden bör tolkas på så sätt att endast två typer av gärningsmannaskap enligt det aktuella straffbudet avses, gärningsmannaskap i strikt mening och medgärningsmannaskap.¹⁰³ Han menar att det då inte blir fråga om att omrubricera eller utvidga gärningsmannaskapet via 23 kap. 4 § st. 2 BrB, utan en fråga om huruvida en person har ”utfört” det som beskrivs i ett straffbud.¹⁰⁴

På vilket sätt medgärningsmannaskap konstrueras i förhållande till brottsbeskrivningen i ett straffbud har beskrivits på lite olika sätt i doktrinen. Av doktrinen kan tre eller fyra typfall av medgärningsmannaskap utläsas.¹⁰⁵ Det första typfallet innebär att de delaktiga både individuellt och gemensamt uppfyller brottsrekvisiten. Ett exempel på det är misshandel enligt 3 kap. 5 § BrB, där olika personer utfört olika brottsbeskrivningensliga våldshandlingar. Enligt

⁹⁶ Svensson, 2016, s. 416 f.

⁹⁷ Svensson, 2016, s. 417.

⁹⁸ Herlitz, 1992, s. 575.

⁹⁹ Strahl, 1976, s. 276 f.

¹⁰⁰ Se t.ex. Strahl, 1976, s. 276 f.; Jareborg, 2001, s. 412 f.; Asp m.fl., 2013, s. 446 f.; Ågren m.fl., 2018, s. 157; Lernestedt, 2009, s. 69. Se även prop. 2000/01:85, s. 15.

¹⁰¹ Se t.ex. Lernestedt, 2009, s. 69.

¹⁰² SOU 1944:69, s. 92 f. Se även t.ex. Jareborg, 2001, s. 419; Svensson, 2016, s. 262 f.

¹⁰³ Svensson, 2016, s. 262.

¹⁰⁴ Svensson, 2016, s. 269.

¹⁰⁵ Se Asp m.fl., 2018, s. 1136 f., där Zila redovisar tre typfall; Svensson, 2016, s. 282 f., där Svensson menar att det finns fyra typfall; Herlitz, 1992, s. 571 f., där Herlitz beskriver fyra situationer; Lernestedt, 2009, s. 70, Lernestedt räknar upp tre fall.

Svenssons terminologi är de delaktiga i detta fall även gärningsmän i strikt mening; begreppen gärningsmannaskap i strikt mening och medgärningsmannaskap överlappar i detta fall varandra. Medgärningsmannaskap enligt typfall ett kan dock ge ett högre straffvärde för vad de delaktiga har gjort i samverkan.¹⁰⁶ Ett rättsfall som brukar nämnas som ett skolexempel på detta typfall av medgärningsmannaskap är NJA 1980 s. 606.¹⁰⁷ I fallet hade fyra personer i samråd utrustat sig med käppar som de misshandlat ett antal personer med. Det var inte helt klart vem av de tilltalade som orsakat vilken skada, men eftersom de tilltalade hade utfört gärningen i samråd dömdes samtliga som gärningsmän för misshandel enligt 3 kap. 5 § BrB och vållande till kroppsskada enligt 3 kap. 8 § BrB.

Typfall två föreligger då två eller flera personer uppfyller olika rekvisit i ett visst straffbud men tillsammans uppfyller samtliga rekvisit. På ett individuellt plan har de delaktiga begått andra brott än det brott som de har begått gemensamt. Rån enligt 8 kap. 5 § BrB brukar nämnas som ett exempel på hur medgärningsmannaskap kan konstrueras enligt typfall två där den ena endast uppfyller rekvisiten för misshandel och den andra uppfyller rekvisiten för stöld.¹⁰⁸ Svensson delar även in fall där flera personer har utfört likartade gärningar som individuellt faller in under en brottstyp men det de har gjort tillsammans uppfyller rekvisiten i en annan brottstyp. Han nämner till exempel misshandel av normalgraden enligt 3 kap. 5 § BrB, men att de våldshandlingar flera personer har utfört tillsammans uppfyller rekvisiten för grov misshandel enligt 3 kap. 6 § BrB.

Ett tredje¹⁰⁹ typfall kan föreligga när en eller flera personer individuellt uppfyller rekvisiten för den brottstyp som utförts gemensamt, medan andra kanske inte uppfyller något rekvisit i den gemensamt utförda gärningen individuellt.¹¹⁰ Svensson nämner som exempel när två personer har misshandlat en person till döds. Endast den som har utdelat det dödande slaget uppfyller individuellt rekvisiten för exempelvis dråp enligt 3 kap. 2 § BrB, medan den andra personen endast uppfyller rekvisiten för ett mindre allvarligt brott som misshandel individuellt, men båda döms i medgärningsmannaskap för dråp.¹¹¹ Ett annat exempel är då två eller flera personer har delat upp arbetsuppgifterna vid exempelvis ett rån och endast några av personerna uppfyller några av rekvisiten, någon kanske inte uppfyller något rekvisit alls, men tillsammans uppfyller de samtliga rekvi-

¹⁰⁶ Svensson, 2016, s. 282 f.

¹⁰⁷ Se t.ex. Svensson, 2016, s. 347 f.; Lernestedt, 2009, s. 79 f.; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Medgärningsmannaskap'.

¹⁰⁸ Asp m.fl., 2018, s. 1137; Svensson, 2016, s. 283.

¹⁰⁹ Zila räknar upp detta typfall som det tredje, se Asp m.fl., s. 1137. Det Svensson benämner som typfall 3 är dock ett annat typfall som han beskriver som medgärningsmannaskap trots att ingen av de delaktiga har uppfyllt rekvisiten för någon brottstyp individuellt. Svenssons typfall 3 har liten relevans för uppsatsen och kommer därför inte att utvecklas närmare. Det som benämns som typfall 3 i uppsatsen benämner Svensson som typfall 4, se Svensson, 2016, s. 284.

¹¹⁰ Svensson, 2016, s. 284 f.

¹¹¹ Svensson, 2016, s. 285. Se även NJA 1992 s. 474.

sit.¹¹² Medgärningsmannaskap för den som inte är gärningsman i strikt mening har bl.a. motiverats med att denne spelat en aktiv och betydelsefull roll för gärningens förverkligande.¹¹³ I doktrinen brukar det anges att detta typfall konstrueras genom att en medverkande omrubriceras till gärningsman via 23 kap. 4 § st. BrB.¹¹⁴

Medgärningsmannaskap som konstrueras utifrån typfall tre är kontroversiellt och har kritiserats i doktrinen.¹¹⁵ Ett problem har varit att domstolarna sällan redovisar hur medgärningsmannaskapet konstruerats, d.v.s. om det skett genom en omrubricering eller via straffbudet direkt. Ett omdiskuterat rättsfall angående medgärningsmannaskap som närmast kan sorteras in under typfall tre är NJA 1992 s. 474.¹¹⁶ I målet hade två personer misshandlat en tredje person till döds med en kniv och en stol. A erkände att han knivhuggit brottsoffret men menade att B var den som huggit kniven i hjärtat. Det kunde inte styrkas vem av de två åtalade som hade utdelat det dödande knivhugget, men båda dömdes för dråp. B benämndes av HD som medgärningsman, men hur denna rubricering kommit till förklarades inte. Av domen framgår alltså inte huruvida HD ansett att B var medgärningsman enligt det aktuella straffbudet eller om HD menat att B var att ”anse” som medgärningsman enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB. I doktrinen har domen kritiserats för sin otydlighet och bristande vägledning.¹¹⁷

Något som ytterligare bidragit till att NJA 1992 s. 474 blivit omdiskuterat är att domen innebar en förändring av tidigare praxis.¹¹⁸ Den utlösande faktorn för denna praxisutveckling brukar anses vara RH 1991:51 (det s.k. Lindomefallet), där ingen av de två åtalade dömdes för mordet på en äldre man eftersom att det inte gick att visa vem av dem som utfört dådet eller ens om båda närvarat då gärningen utfördes.¹¹⁹ Lernestedt menar att utvecklingen efter RH 1991:51 har lett till ett minskat fokus på vad enskilda personer faktiskt har gjort. Han menar att det har skett en förskjutning av det straffbara området där domstolar visat en ökad tendens att döma i gärningsmannaskap i stället för medverkan, liksom en ökad benägenhet att hellre döma för medhjälp än att fria.¹²⁰ Wennberg menar att NJA 1992 s. 474 har lett till att underrätterna dömt främjare som medgärningsmän också i fall där det inte förelegat någon bevisproblematik.¹²¹ Ett flertal författare har uttryckt oro över att denna typ av medgärningsmannaskap

¹¹² Asp m.fl., 2018, s. 1137.

¹¹³ Se t.ex. NJA 1982 s. 525. Se även Asp m.fl., 2013, s. 446; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Utvidgat gärningsmannaskap’.

¹¹⁴ Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 446 f.; Ågren m.fl., 2018, s. 169 f.; Jareborg, 2001, s. 411 f.

¹¹⁵ Se t.ex. Herlitz, 1996/97; Wennberg, 2003; Södergård Åkesson, 2016/2017.

¹¹⁶ Se t.ex. Herlitz, 1996/97; Lernestedt, 2009; Wennberg, 2002/03; Ågren m.fl., 2018, s. 170 f.; Södergård Åkesson, 2016/17.

¹¹⁷ Se t.ex. Herlitz, 1996/97, s. 294 ff.; Ågren m.fl., 2018, s. 170 f.

¹¹⁸ Asp m.fl., 2018, s. 1137.

¹¹⁹ Se t.ex. Lernestedt, 2009, s. 60.

¹²⁰ Lernestedt, 2009, s. 60 f.

¹²¹ Wennberg, 2002/03, s. 596.

kan leda till ett kollektivt ansvarstänkande som riskerar grundläggande rättssäkerhetsprinciper.¹²²

Även Herlitz förordar att rättssäkerheten måste prioriteras. Han är kritisk till att personer kan dömas i medgärningsmannaskap utan att uppfylla något rekvisit i den gemensamt utförda gärningen individuellt.¹²³ Även Lernestedt delar denna uppfattning.¹²⁴ Herlitz menar att den övergripande principen för att kunna dömas som gärningsman måste vara att denne har ”utfört” det som beskrivs i ett straffbud. När medgärningsmannaskap definieras utifrån andra kriterier än brottsbeskrivningsenlighet, som att någon har deltagit i planeringen, agerat på ett sätt som varit betydande för resultatet, eller sett gärningen som ett gemensamt företag, anser Herlitz att rättssäkerheten riskeras.¹²⁵ Han medger att detta krav på brottsbeskrivningsenlighet kan ge godtyckliga resultat i fall där den som inte ”utfört” gärningen har agerat på ett minst lika straffvärt sätt. Han vidhåller dock att kravet på brottsbeskrivningsenlighet är nödvändigt för att upprätthålla en tydlig definition av gärningsmannaskap.¹²⁶

HD verkar emellertid inte dela Herlitz restriktiva hållning. Ett senare mål, NJA 2002 s. 489, visar att HD dömt ut straffansvar även i fall där det inte kunnat visas vad de delaktiga gjort individuellt. Målet rörde visserligen inte ett medgärningsmannaskap utan ett gemensamt (med)främjandeskap. Ett antal personer som befunnit sig i en lägenhet ansågs ha främjat ett våldsamt upplopp genom att ha skickat meddelanden till personer som befann sig i händelsernas centrum under de s.k. Göteborgskravallerna. Det kunde inte visas vem eller vilka av de åtta personerna som skickat meddelanden, det kunde endast styrkas att samtliga hade befunnit sig i lägenheten. Södergård Åkesson menar att HD i 2002 års fall, liksom i 1992 års fall, påvisade ett kollektivt ansvarstänkande grundat på ett aktivt främjande.¹²⁷

I senare mål har HD varit något försiktigare med att döma delaktiga som inte individuellt uppfyllt rekvisiten i ett straffbud som medgärningsmän. Det har åtminstone krävts ett mer aktivt främjande för att kunna dömas som medgärningsman. I NJA 2003 s. 473 uttalade HD att det inte var tillräckligt att B endast passivt godtagit att hyresgästen A förvarade narkotika i B:s bostadsrätt för att kunna döma B som gärningsman, varken med stöd av det aktuella straffbudet eller enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB. Det ansågs inte heller medföra ansvar i medgärningsmannaskap för tillgrepp av fortskaffningsmedel att endast passivt följa med i en stulen bil i NJA 2003 s. 645. I det sistnämnda målet uttalade emellertid HD att medgärningsmannaskap i den mening som avses i 23 kap. 4 § st. 2 BrB i vissa fall kan vara berättigat för annan, än föraren, som deltagit i

¹²² Se t.ex. Wennberg, 2002/03, s. 602; Södergård Åkesson, 2016/17, s. 265 f. Se även Lernestedt, 2009, s. 58, där han anar en kollektivistisk trend i praxis där delaktiga klumpats ihop.

¹²³ Herlitz, 1992, s. 576.

¹²⁴ Lernestedt, 2009, s. 93.

¹²⁵ Herlitz, 1992, s. 576 f.

¹²⁶ Herlitz, 1992, s. 582 f.

¹²⁷ Södergård Åkesson, 2016/17, s. 266.

färden. HD menade att för medgärningsmannaskap (enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB) skulle krävas att den medverkande hade initierat färden eller färdvägen på ett sådant sätt att det framstår som ett gemensamt företag. Även om de passiva deltagarna inte dömdes i de två ovan nämnda målen, visade målen att HD accepterade att en medverkande som inte ”utfört” gärningen, eller individuellt uppfyllt något rekvisit i gärningen, i vissa fall kan dömas som medgärningsman.

HD:s uttalanden i NJA 2006 s. 535 innebar ett visst avsteg från den utveckling av praxis som skett efter NJA 1992 s. 474. I målet uttalade HD att det måste kunna visas vad de delaktiga har gjort på individnivå för att kunna dömas som gärningsmän. Vidare ansåg HD att en person som deltagit i planeringen och som varit aktiv med mobiltelefonen före och medan ett rån pågick inte kunde dömas som gärningsman för rånet. Det kunde inte styrkas att personen närvarat på platsen och ansågs därför inte ha deltagit ”vid själva genomförandet” av rånet. Domskålen tyder på att HD inte riktigt höll med om det som anförts i 2003 års fall, d.v.s. att medgärningsmannaskap kan vara motiverat för en aktiv främjare som sett gärningen som ett gemensamt företag. I 2006 års fall tycks HD snarare närma sig Herlitz uppfattning, d.v.s. att det för medgärningsmannaskap krävs att personen ”utfört” gärningen. I målet var det åtminstone inte tillräckligt för medgärningsmannaskap att en person aktivt främjat gärningen, deltagit i planeringen, haft en (potentiellt) betydande roll i ett gemensamt företag. En annan tolkning av rättsfallet är att det utöver ett aktivt främjande krävs åtminstone ett närmare fysiskt och tidsmässigt samband för att kunna dömas i medgärningsmannaskap.¹²⁸

Ett flertal författare i doktrinen har tolkat NJA 2006 s. 535 som en åtstramning av tillämpningsområdet för denna typ av medgärningsmannaskap.¹²⁹ Domen ger emellertid fortsatt stöd för att någon som perifert deltagit i utförandet av en gärning kan dömas som medgärningsman, förutsatt att denne deltagit i planeringen, samt att deltagandet skett i ett fysiskt och tidsmässigt samband med genomförandet av gärningen, menar Lernestedt.¹³⁰ Enligt Svensson är det dock vanskligt att dra för långtgående slutsatser av rättsfallet ifråga då bevisningen var så bristfällig.¹³¹

Ett annat mål från 2017 som rör medgärningsmannaskap har av vissa författare tolkats så att HD återigen intagit en något försiktig inställning till medgär-

¹²⁸ Lernestedt, 2009, s. 104 ff.; Södergård Åkesson, 2016/17, s. 267 f.

¹²⁹ Wennberg, 2007/08, s. 165; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medgärningsmannaskap’; Lernestedt, 2009, s. 106.

¹³⁰ Lernestedt, 2009, s. 106. Se även Svensson, 2016, s. 275, där han skriver om HD:s uttalanden i NJA 2006 s. 535 att ”[...] domstolens sätt att formulera sig tyder på att det tankesätt som underbygger föreställningen om utvidgat gärningsmannaskap erkänns i HD, åtminstone i viss utsträckning.”

¹³¹ Svensson, 2016, s. 361. Se även Wennberg, 2007/08, s. 156 ff. där hon kritiserar underrätternas slutsatser som baserades på bristfällig bevisning, samt att HD inte behandlade bevisfrågor utan endast utgick från vad hovrätten funnit styrkt.

ningsmannaskap.¹³² En person A som perifert deltagit i en mordbrand ansågs i NJA 2017 s. 531 inte ha agerat i medgärningsmannaskap. A hade kört fyra personer till brottsplatsen med en bensindunk i baksätet, och hade väntat kvar i bilen då övriga sprungit till bussen som de försökt tända eld på. Enligt HD måste A ha förstått vad som skulle ske. HD ansåg dock att utredningen inte gav tillräckligt stöd för att A agerat tillsammans och i samförstånd med de övriga, och dömde istället A för medhjälp till brottet. I domskälet bekräftar emellertid HD att en person som deltagit i det brottsliga tilltaget, åtminstone mer perifert, eller i förhållande till dem som utfört brottet har intagit en särskild ställning, kan vara att ”anse” som gärningsman enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB. HD uttalade även att den gärning som A utfört, d.v.s. att köra gärningsmännen till platsen, i och för sig uppfyllde kraven för att anse honom som gärningsman enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB. HD menade att det däremot inte var bevisat att A agerat tillsammans och i samförstånd. Det bör därför anses som en rimlig tolkning att HD inte menat att begränsa tillämpningen av medgärningsmannaskap enligt 23 kap. 4 § st. 2 BrB, utan att det i det aktuella målet var fråga om otillräcklig bevisning.

Svensson menar att rättsläget är sådant att det inte går att uppställa några precisa kriterier för i vilka situationer som medgärningsmannaskap kan aktualiseras. Han föreslår, till skillnad från Herlitz, att fokus inte ska ligga på huruvida de delaktiga individuellt uppfyller några rekvisit, utan att gärningar i vissa situationer bör bedömas på ett gemensamt plan.¹³³ Svensson skriver att mänskligt agerande kan betraktas på två olika nivåer: ett individuellt respektive ett gemensamt plan. Han illustrerar exemplet med en individuell respektive gemensam prestation vid en fotbollsmatch. Han menar att den gärning som utförts på ett gemensamt plan inte endast är summan av de gärningar som har utförts på ett individuellt plan, utan att det är en annan beskrivning av vad de delaktiga har gjort gemensamt.¹³⁴ Det som kännetecknar ett agerande som bör bedömas på ett gemensamt plan är ömsesidighet, anpassning, främjande, kommunikation och en viss samordnande struktur, menar Svensson.¹³⁵ Svenssons slutsats är att medgärningsmannaskap alltid blir en fråga om de delaktiga på ett gemensamt plan kan anses ha ”utfört” det som beskrivs i ett straffbud, och att medgärningsmannaskap bör användas där det framstår som ”naturligt”.¹³⁶

Svensson föreslår alltså att ett eventuellt medgärningsmannaskap alltid ska bedömas utifrån ett visst straffbud, och att omrubriceringsmöjligheten via 23 kap. 4 § st. 2 BrB därför inte behövs.¹³⁷ Hans uppfattning överensstämmer såle-

¹³² Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medgärningsmannaskap’.

¹³³ Svensson, 2016, s. 287.

¹³⁴ Svensson, 2016, s. 279 f.

¹³⁵ Svensson, 2016, s. 340 f.

¹³⁶ Svensson, 2016, s. 376 f. Med ordvalet ”naturligt” hänvisar Svensson här till SRK:s uttalanden i SOU 1944:69.

¹³⁷ Se Svensson, 2016, s. 275.

des inte med den gängse. Svenssons förslag kan dock användas som en tankemodell för att beskriva varför ett visst gemensamt agerande kan eller bör betraktas som medgärningsmannaskap.

2.3 Medverkansgärningen

2.3.1 Främjande av en gärning med råd eller dåd

En skillnad mellan gärningsmannaskap och annan medverkan kan sägas vara att en gärningsman har ”utfört” gärningen, medan en medverkande endast har främjat gärningen. Den som har främjat en gärning har deltagit men inte utfört gärningen. En gärning kan främjas med råd eller dåd, d.v.s. med psykiska eller fysiska medel. Det uppställs inte heller något krav på aktivt handlande för straffansvar, då även underlåtenhet i vissa fall kan medföra ansvar.¹³⁸ För straffbar medverkan vid underlåtenhet krävs dock att personen som underlåter att agera befinner sig i en s.k. garantställning.¹³⁹ Ett skolexempel på medverkan genom underlåtenhet är en vaktmästare som underlåter att låsa en dörr för att underlätta ett inbrott.¹⁴⁰

Ett främjande kan ske före eller samtidigt som huvudbrottet, men inte efter att brottet avslutats. Medverkansgärningen behöver inte heller pågå från huvudbrottets början till dess att det avslutats för att vara straffbar.¹⁴¹ Vid brott som avslutas vid en senare tidpunkt än då det fullbordas är straffbar medverkan således möjligt fram till det att brottet avslutats.¹⁴² Om det finns en överenskommelse om efterföljande hjälp till huvudbrottet så kan emellertid straffbar medverkan föreligga.¹⁴³

Det är inte tillräckligt att en medverkande haft uppsåt till de faktiska omständigheter som utgjort främjandet, det krävs även att den medverkande har haft uppsåt som täcker att huvudbrottet skulle komma till stånd.¹⁴⁴ För straffansvar måste de objektiva rekvisiten täckas av de subjektiva rekvisiten i det aktuella straffbudet. Detta brukar benämnas täckningsprincipen.¹⁴⁵ Enligt Jareborg kräver dock inte täckningsprincipen att den medverkandes uppfattning om händelseförloppet fullständigt överensstämmer med det verkliga händelseför-

¹³⁸ Jareborg, 2001, s. 421; Ågren m.fl., 2018, s. 164.

¹³⁹ Se t.ex. NJA 2003 s. 473, där HD ansåg att den underlåtande inte hade intagit en garantställning och därför inte kunde dömas för medhjälp.

¹⁴⁰ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentar
en till 23 kap. 4 § BrB under rubriken 'Främjande av gärningen'.

¹⁴¹ SOU 1996:185, s. 190.

¹⁴² Asp m.fl., 2018, s. 1135.

¹⁴³ Jareborg, 1994, s. 111.

¹⁴⁴ NJA 2007 s. 929.

¹⁴⁵ Ågren m.fl., 2018, s. 41.

loppet.¹⁴⁶ I NJA 2007 s. 929 uttalar HD att det inte går att generellt ange i vilken utsträckning uppsåtet måste täcka huvudbrottet, det beror på vilket straffbud som är aktuellt.

Ett främjande behöver inte ha varit avgörande för den brottsliga effekten för att vara straffbar.¹⁴⁷ Främjandegärningen behöver inte ens ha underlättat huvudbrottets utförande för att medföra straffansvar. En orsak till att främjandegärningen inte behöver ha underlättat brottet är de bevisproblem som skulle uppstå om det uppställdes som krav.¹⁴⁸ Även obehövlig medverkan kan utgöra ett straffbart främjande.¹⁴⁹ I förarbetena till medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § BrB ges som exempel en stöld av en låda som burits bort av flera personer. Även om lådan inte varit så tung att samtliga behövt bära den, ska alla som burit lådan anses ha främjat stölden.¹⁵⁰ En obehövlig medverkan som gärningsmannen inte vet om är dock inte straffbar.¹⁵¹ Om en person håller vakt vid ett inbrott främjar denne gärningen genom att styrka gärningsmannen i sitt uppsåt, även om det senare visade sig att vakthållningen var obehövlig.¹⁵² Om inbrotts-tjuven däremot inte vet om att någon håller vakt, och vakthållningen dessutom visade sig vara obehövlig, så anses inte vaktens ha främjat gärningen.¹⁵³ En gärning som varken fysiskt eller psykiskt haft inflytande över brottets tillkomst är inte att anse som ett straffbart främjande.¹⁵⁴

Det finns författare som menar att främjande även bör omfatta gärningar som motverkat brottets utförande. Strahl, som företräder denna uppfattning, anser att gärningar som försvårat eller försenat ett brotts tillkomst kan utgöra straffbar medverkan. En medverkande som varit fumlig eller gett ett dåligt råd bör ändå kunna dömas för medverkan, menar han. Enligt Strahl är det tillräckligt för medverkansansvar att ha deltagit i huvudbrottet och på så vis bidragit, även om den delaktige bidragit med dåliga verktyg eller dåliga råd. Han menar emellertid att en delaktig måste ha haft uppsåt att främja; en person som medvetet motverkat brottet kan därför inte dömas för medverkan.¹⁵⁵ Jareborg håller med Strahl om att ett främjande kan ske även om brottet motverkas, som vid exemplet med dåliga verktyg eller dåliga råd. Även han menar att en förutsättning för straffansvar vid medverkan som motverkar brottet är att den medverkande inte haft det som syfte.¹⁵⁶ Hoflund däremot motsätter sig Strahls uppfatt-

¹⁴⁶ Jareborg, 2001, s. 334.

¹⁴⁷ SOU 1944:69, s. 91.

¹⁴⁸ Ågren m.fl., 2018, s. 161 f.

¹⁴⁹ Asp m.fl., 2013, s. 438.

¹⁵⁰ SOU 1944:69, s. 91.

¹⁵¹ Asp m.fl., 2018, s. 1139; Jareborg, 1994, s. 111.

¹⁵² SOU 1996:185, s. 187 f.; Jareborg, 1994, s. 111.

¹⁵³ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'; Jareborg, 1994, s. 111.

¹⁵⁴ NJA 1984 s. 922; SOU 1944:69, s. 91; SOU 1996:185, s. 188; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'; Jareborg, 1994, s. 111.

¹⁵⁵ Strahl, 1976, s. 252 f.

¹⁵⁶ Jareborg, 1994, s. 110.

ning, och menar att handlingar som hämmat brottsutvecklingen inte bör anses som ett straffbart främjande. Hoflund anser att Strahls argumentation haltar när han ger ordet ”främjande” en annan innebörd vid uppsåtsprövningen, d.v.s. att Strahl menar att motarbete är att främja, men uppsåt att motarbete är inte uppsåt att främja.¹⁵⁷

HD verkar emellertid inte anse att ett motvilligt främjande utesluter medverkansansvar. I NJA 2006 s. 577 ansågs en person B ha främjat en stöld som utfördes av hans vän A. De hade färdats tillsammans på en motorcykel som kördes av A. Vid en villa stannade A, och efter att ha knackat på utan att någon öppnade gick A till motorcykeln och hämtade en skruvmejsel och en säck. När B en stund senare gick runt huset hade A brutit upp ett fönster som B tog emot och satte ner på marken för att fönstret inte skulle skadas. Därefter bad A att B skulle ställa sig vid vägen för att hålla utkik. På uppmaningen svarade B något som gav A uppfattningen att B gick med på att hålla utkik. Motvilligt satte sig B med ryggen mot vägen, och märkte därför inte att en bil kommit körande förbi bilen stannat utanför villan. HD ansåg att B inte främjat brottet när han tog emot fönstret. Däremot ansåg HD att B främjat brottet när B på A:s uppmaning accepterade att hålla utkik. Att B gjorde detta motvilligt och satt med ryggen mot vägen och således inte hade uppsikt över vägen föranledde inte någon annan bedömning.

2.3.2 Den nedre gränsen för straffbart främjande

Gränsdragningen för vad som är ett straffbart agerande är särskilt svår vid psykiskt främjande. Ett psykiskt främjande innehåller ofta även ett fysiskt främjande genom främjarens närvaro på platsen. Ett straffbart psykiskt främjande kan exempelvis bestå av ord som gärningsmannen uppfattar som uppmuntran, eller som en hjälp som främjaren vill ge.¹⁵⁸ Av förarbetena framgår att det är tillräckligt att främjandet har haft inflytande över händelseutvecklingen, även om detta enbart är genom att styrka andra i deras brottsliga beslut.¹⁵⁹ Strahl anför att det för straffbart psykiskt främjande borde krävas att gärningsmannen har uppfattat främjandet som en uppmuntran eller hjälp.¹⁶⁰ Det bör vidare krävas att den medverkande haft uppsåt att främja den handling som denne uppfattade att gärningsmannen utförde.¹⁶¹

Kraven för straffansvar vid medverkan anses generellt vara lågt ställda.¹⁶² Det brukar dock anses otillräckligt att endast närvara på en brottsplats för

¹⁵⁷ Hoflund, 1972, s. 54 f., 86. Se även Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'.

¹⁵⁸ SOU 1996:185, s. 200.

¹⁵⁹ SOU 1944:63, s. 91.

¹⁶⁰ Strahl, 1976, s. 281.

¹⁶¹ Se t.ex. Hoflund, 1972, s. 86; Strahl, 1976, s. 281.

¹⁶² Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 438; Jareborg, 1994, s. 110.

straffbar medverkan.¹⁶³ Wennberg menar att omständigheten att annan närvarar visserligen kan stärka gärningsmannens uppsåt, men att människor har rätt att röra sig fritt och att det inte kan anses straffbart att endast befinna sig på en brottsplats.¹⁶⁴ Det anses inte heller vara straffbart att endast bevittna en brottslig gärning med gillande min.¹⁶⁵ När det gäller personer som endast råkar passera under en pågående brottslig gärning men som stannar för att titta, så kan detta verka självklart. Det finns emellertid författare i doktrinen som menar att det inte är lika klart när det gäller personer i ett kompisgäng som gillande tittar på. Gränsen för vad som utgör ett tillåtet passivt agerande och vad som utgör ett straffbart psykiskt främjande kan vara svårare att dra när det gäller vänner till gärningsmannen.¹⁶⁶

Ett ofta refererat rättsfall som rör den nedre gränsen för medverkan är NJA 1963 s. 574. I målet dömdes en person C, som hållit rocken åt sin vän när denne utförde en misshandel, för medhjälp. I målet fastställer HD regeringsrättens (RR) domslut. RR anförde det faktum att C stannat kvar på platsen, iakttagit misshandeln och sedan lämnat platsen tillsammans med sina två kamrater som skäl för medverkansansvar. I doktrinen har rättsfallet ofta beskrivits som att det faktum att personen höll rocken var tillräckligt för medverkansansvar.¹⁶⁷ Det är dock inte säkert att utfallet hade blivit detsamma om inte C hade lämnat platsen tillsammans med gärningsmännen. Förmodligen spelade även vänskapsrelationen in; en för gärningsmännen okänd person som endast hållit rocken hade knappast blivit dömd för medhjälp. Asp, Ulväng och Jareborg anför att anledningen till att ett främjande ansågs föreligga i målet torde ha varit att C:s närvaro styrkte gärningsmannen i dennes uppsåt.¹⁶⁸ Även Lernestedt menar att det förmodligen inte var själva rockhållandet som medförde straffansvar, utan att C genom att hålla rocken och stanna kvar på platsen gav uttryck för ett psykiskt stöd till sina kamrater.¹⁶⁹

Ett annat ofta refererat fall som rör den nedre gränsen för medverkan är det s.k. Raggarbilsmalet, NJA 1984 s. 922. I målet hade fem personer åkt runt i bil; A, B, C, D och E. Den enda som var nykter var föraren E. Efter att några ungdomar på gatan hade gjort en obscen gest bad A föraren E att stanna bilen. Alla utom föraren hoppade då ut ur bilen. A, B och C misshandlade därefter ungdomarna och sprang efter dem när de försökte fly undan. D uppmanade E att köra efter kamraterna. Senare när samtliga var samlade i bilen upprepades scenariot. A såg några fotgängare och uppmanade återigen föraren att stanna bilen, varefter A, B och C misshandlade även dessa personer. HD ansåg att varken D

¹⁶³ Se t.ex. Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'; Strahl, 1976, s. 281.

¹⁶⁴ Wennberg, 2003, s. 618 f.

¹⁶⁵ Se t.ex. Strahl, 1976, s. 281; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'.

¹⁶⁶ Asp m.fl., 2013, s. 439.

¹⁶⁷ Se t.ex. Jareborg, 1994, s. 110.

¹⁶⁸ Asp m.fl., 2013, s. 438.

¹⁶⁹ Lernestedt, 2009, s. 73.

eller E hade främjat den första misshandeln då gärningen inte föregåtts av en gemensam avsikt att inleda slagsmål. D ansågs inte heller ha främjat den andra misshandeln då det inte befanns styrkt att han ens hade klivit ur bilen vid tillfället. HD uttalar i målet att en handling som varken psykiskt eller fysiskt utövat inflytande över brottets tillkomst kan anses vara medverkan. HD fann dock att E hade gjort sig skyldig till medverkan av den andra misshandeln. HD menade att E måste ha förstått vad som skulle komma att hända när han stannade bilen den andra gången.

Lernestedt menar att de två ovan nämnda fallen delvis har blivit inaktuella eftersom gränsen för det straffbara området har utvidgats.¹⁷⁰ Han jämför fallen med ett uppmärksammat avgörande från Hovrätten för Västra Sverige, dom 2000-08-29 i mål B 2957-00 (Göteborgsbranden), där fyra personer var åtalade för en anlagd mordbrand. Det var endast visat att en av de fyra åtalade hade tänt elden och att de övriga tre hade befunnit sig på platsen där elden anlades. I stället för att döma de övriga tre för främjande av gärningen dömde hovrätten dem som medgärningsmän.¹⁷¹ Lernestedt anmärker att hovrätten fäst stor vikt vid de tilltalades relationer till varandra, i vilka ett samförstånd att begå gärningen tycktes ha presumerats. Lernestedt menar att fallet åskådliggör att en uppluckring av gränsen mellan gärningsmannaskap och främjande, och därtill påverkar gränsen mellan främjande och straffritt agerande.¹⁷² Hovrättsdomen tyder på att det inte längre är klart att det inte är straffbart att endast befinna sig på en brottsplats, eller att endast bevittna en brottslig gärning med gillande min. Utifrån hovrättens resonemang skulle det gå att argumentera för att inte bara ett straffbart främjande, utan även medgärningsmannaskap kan aktualiseras för någon som endast närvarat när en kamrat utfört ett brott.

Även om man utgår från att det inte är tillräckligt att endast bevittna en gärning med gillande min, är det oklart vad mer som krävs för att ett agerande ska vara straffbart. Frågan är exempelvis om det kan utgöra ett främjande att filma en brottslig gärning. Att filma en gärning skulle kunna jämföras med att bevittna en gärning, med skillnaden att ”bevittnandet” sker genom en kamera. Det är idag en så vardaglig handling att filma med mobilen att det skulle kunna vara för obetydligt för att kunna utgöra ett straffbart främjande. Men man kan även argumentera för att ”bevittnande” genom en mobilkamera är något mer än att bara titta på, särskilt när filmaren känner gärningsmannen. Om en vän tar fram mobilen och börjar filma kan detta tolkas som att det är något roligt eller intressant som är värt att dokumentera, vilket rimligen kan stärka gärningsmannen i dennes uppsåt.

Det finns ett flertal mål från hovrätterna där frågan har varit om personer som har filmat en brottslig gärning ska anses ha främjat gärningen. I ett mål

¹⁷⁰ Lernestedt, 2009, s. 75.

¹⁷¹ Det framgår inte av domen om hovrätten ansåg att de övriga tre hade ”utfört” gärningen enligt det aktuella straffbudet, eller om de var att ”anse” som gärningsmän via 23 kap. 4 § st. 2 BrB. Se även Lernestedt, 2009, s. 89 f.

¹⁷² Lernestedt, 2009, s. 89.

från Svea hovrätt, dom 2010-09-06 i mål B 6392-10, ansågs en person som filmat en misshandel ha främjat den. Motiveringen var att filmandet ansågs vara en del av brottsplanen eftersom misshandeln påbörjades först när personen i fråga hade börjat filma, samt att filmandet stärkte de övriga i deras uppsåt. I ett annat mål från Svea Hovrätt, dom 2017-01-25 i mål B 10153-16, dömdes en person som filmat en grov misshandel för medhjälp. Hovrätten fäste bl.a. vikt vid att filmaren hade skrattat och inte stått helt passiv, utan följt misshandeln med kameran. I RH 2005:56 dömdes en person för medhjälp till skadegörelse för att ha filmat sin kamrat när denne krossade fönsterrutor på två platser. De hade kommit överens om att ta med sig filmkameran för att ”filma något roligt”, men det var inte styrkt att de aktuella gärningarna var planerade. Personen som hade filmat ansågs ha styrkt sin kamrat i dennes uppsåt att begå gärningarna. Huruvida en person som endast passivt och tyst filmat sina kamraters brottsliga gärning, utan att detta varit del av en brottsplan eller en abstrakt överenskommelse, ska betraktas som en obetydlig åskådare eller en straffbar främjare måste dock anses som oklart.

Lernestedt tror att den förskjutning av det straffbara området som han menar skett, delvis kan förklaras av den tekniska utvecklingen. Han menar att tillgången till mobiltelefoner, datorer och andra tekniska hjälpmedel har skapat nya och komplexa problem för straffrätten och medverkansläran.¹⁷³ Varken brott eller medverkan till brott ser ut på samma sätt idag som i 1963 års fall eller 1984 års fall. Det måste anses oklart vilka krav som idag ska ställas på en persons agerande för att det ska utgöra straffbar medverkan.¹⁷⁴

2.4 Kort om påföljd vid fleras deltagande i brott

Före strafflagsrevisionen 1948 var avståndet mellan gärningsman och medverkande stor. Avståndet har sedan dess blivit mindre och gärningsmän och andra medverkande behandlas idag på likartat sätt.¹⁷⁵ I praktiken har det kanske inte så stor betydelse om en person rubriceras som gärningsman eller som annan medverkande. I NJA 2006 s. 535 underströk HD att straffskalan är densamma oavsett om en person ska dömas som gärningsman eller som medverkande, men att medverkansreglerna inte ska tolkas så att en gärningsman alltid ska dömas till ett hårdare straff än en medverkande. Varje person ska dömas efter det handlande och det uppsåt som ligger denne till last. I 23 kap. 5 § BrB finns även en straffmättningsregel som i vissa fall medger straffnedsättning, och vid ringa fall ska inte ansvar dömas ut. Bestämmelsen är bl.a. tillämplig då någon endast medverkat i mindre mån. Med ”medverkande” avses i bestämmelsen både gär-

¹⁷³ Lernestedt, 2009, s. 109.

¹⁷⁴ Se Svensson, 2016, s. 43.

¹⁷⁵ Herlitz, 1996/97, s. 287.

ningsman och andra delaktiga i brottet.¹⁷⁶ Även en person som har rubricerats som gärningsman kan således gå fri från ansvar eller få ett reducerat straff.

Symboliskt och moraliskt har fortfarande rubriceringen stor betydelse. Lernestedt betonar att det finns en moralisk skillnad mellan att vara den som utfört något och att vara den som hjälpt till att utföra något.¹⁷⁷ Någon som har dömts som gärningsman kan därför anses vara mer klandervärd i omgivningens ögon än någon som dömts för medhjälp. För att upprätthålla vissa rättssäkerhetsgarantier är det även viktigt att utreda vem som har gjort vad och fördela straff därefter. När flera personer har deltagit i en gärning finns det därför goda skäl att göra en tydlig straffrättslig fördelning av rollerna.

¹⁷⁶ Asp m.fl., 2018, s. 1135.

¹⁷⁷ Lernestedt, 2009, s. 57.

3 Medgärningsmannaskap och medverkan till våldtäkt

3.1 En historisk tillbakablick

För att kunna tillämpa medverkansläran på våldtäktsbestämmelsen krävs en förståelse för huvudbrottets konstruktion och historiska kontext. Den nuvarande sexualbrottslagstiftningen har genomgått ett flertal omfattande förändringar under åren. För några hundra år sedan bestraffades våldtäkt inte för att skydda kvinnans sexuella integritet, utan för att skydda mannens ära och äganderätt, den kollektiva friden eller äktenskapet som institution.¹⁷⁸ När en gift kvinna våldtogs var det inte hennes sexuella integritet som kränktes utan mannens rätt till sin egendom. Om en kvinna blev gravid efter en våldtäkt fanns det en risk att oäkta barn skulle kräva ut en del av mannens egendomar.¹⁷⁹

Det var först när brottsbalken trädde i kraft år 1965 som våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserades. Även efter reformen var våldtäktsbrottet förbehållet det fall en man tvingat en kvinna till samlag genom våld eller hot som innebär trängande fara. Genom reformen sänktes kravet på våld från s.k. absolut våld till våld å person. Utöver misshandel omfattar våld å person annan fysisk kraftanvändning eller betvingande av kroppsrörelser, samt att försätta kvinnan i vanmakt eller liknande tillstånd.¹⁸⁰ Med samlag avsågs vaginala samlag. Det krävdes inte att samlaget var fullbordat, det var tillräckligt att könsdelarna berört varandra.¹⁸¹ Om brottet med hänsyn till ”kvinnans förhållande till mannen eller eljest” dömdes mannen i stället för det mindre grova brottet våldförande.¹⁸² Våldtäktsbrottet då intaget under rubriken ’Om sedlighetsbrott’. I SRK:s betänkande, som föregick reformen, uttrycks att det intresse som lagstiftningen avseende sedlighetsbrotten ska skydda inte är den allmänna sedligheten, utan den sexuella integriteten.¹⁸³ Det var dock först år 1984 som begreppet sedlighetsbrott togs bort från 6 kap. BrB.

Bestämmelserna i 6 kap. BrB var i princip oförändrade mellan år 1965, när brottsbalken trädde i kraft, till mitten av 1980-talet när en större översyn av

¹⁷⁸ Prop. 2004/05:45, s. 19. Se även Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 6 kap. 1 § BrB, under rubriken ’Inledning’.

¹⁷⁹ Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 6 kap. 1 § BrB, under rubriken ’Inledning’.

¹⁸⁰ SOU 1953:14, s. 232 f.

¹⁸¹ Prop. 1962:10, s. 431 f.; SOU 1953:14, s. 231.

¹⁸² Prop. 1962:10, s. 350.

¹⁸³ SOU 1953:14, s. 228.

kapitlet gjordes.¹⁸⁴ Reformen trädde i kraft 1984.¹⁸⁵ En omfattande reform bedömdes som angelägen mot bakgrund av att 1965 års lagstiftning ansågs bygga på förlegade moralföreställningar och en diskriminerande kvinnosyn. Efter reformen bytte 6 kap. BrB namn från 'Om sedlighetsbrott' till 'Om sexualbrott', brotten blev könsneutrala och grov våldtäkt infördes som en ny brottsrubricering.¹⁸⁶ Brottsrubriceringen våldförande i andra stycket av paragrafen avskaffades.¹⁸⁷

Med reformen 1984 utvidgades även definitionen av våldtäkt till att utöver samlag även omfatta därmed jämförligt sexuellt umgänge. Orala och anala samlag skulle nu anses jämförliga med samlag. Även andra sexuella handlingar kunde omfattas om de utifrån en bedömning av bland annat smärta och varaktighet ansågs jämförligt med samlag. Lagstiftaren framhöll dock att övergreppet ska ha varit av klart samlagsliknande karaktär för att bedömas som våldtäkt.¹⁸⁸ Våldsrekvisitet ändrades endast marginellt; för att dömas för våldtäkt krävdes även efter reformen att gärningsmannen tvingat till sig det sexuella umgänget genom våld eller hot. Den enda ändringen av våldrekvisitet som genomfördes var att det inte längre skulle krävas att hotet var verkligt, det räckte att hotet framstod som trängande fara.¹⁸⁹

För att stärka skyddet för barn och unga genomfördes 1992 vissa ändringar i 6 kap. BrB.¹⁹⁰ Sedan brottet grov våldtäkt infördes 1984 skulle det beaktas om våldet varit livsfarligt, om gärningsmannen tillfogat offret allvarlig skada eller sjukdom eller annars visat särskild råhet. År 1992 gjordes ett tillägg om att det även skulle beaktas om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.¹⁹¹

Mot slutet av 1990-talet utvidgades våldtäktsbestämmelsen på nytt som ett led i regeringens arbete för att motverka våld mot kvinnor. Bakgrunden var en utredning som fått i uppdrag att göra en översyn av frågor som rör våld mot kvinnor utifrån ett kvinnoperspektiv. Utredningen fick namnet Kvinnovåldskommissionen.¹⁹² De ändringar som trädde i kraft 1998 innebar att samlag skulle jämföras med annat sexuellt umgänge, om det utifrån kränkningens art och omständigheterna i övrigt var jämförligt med ett påtvingat samlag.¹⁹³ Syftet var att även allvarliga kränkningar som inte var klart samlagsliknande skulle omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Lagstiftaren nämnde som exempel att föra in en knytnäve eller ett föremål i en kvinnas underliv.¹⁹⁴ Ändringen innebar att

¹⁸⁴ Prop. 1983/84:105, s. 14.

¹⁸⁵ SFS 1984:399.

¹⁸⁶ Prop. 1983/84:105, s. 15 ff.

¹⁸⁷ Prop. 1983/84:105, s. 19 f.

¹⁸⁸ Prop. 1983/84:105, s. 17.

¹⁸⁹ Prop. 1983/84:105, s. 18.

¹⁹⁰ Prop. 1991/92:35, s. 9 f.

¹⁹¹ SFS 1992:147.

¹⁹² Prop. 1997/98:55, s. 19.

¹⁹³ SFS 1998:393.

¹⁹⁴ Prop. 1997/98:55, s. 91.

vissa gärningar som i dåvarande 6 kap. 2 § BrB omfattats av brottet sexuellt tvång, nu skulle bedömas som våldtäkt.

Sexualbrotten genomgick ännu en omfattande reform år 2005 i syfte att ytterligare förstärka och förtydliga den sexuella integriteten och självbestämmanderätten som det primära skyddsintresset.¹⁹⁵ Uttrycket ”sexuellt umgänge” byttes genomgående ut mot ”sexuell handling” i 6 kap. BrB.¹⁹⁶ Anledningen till bytet var dels att ”umgänge” förde tankarna till frivilligt umgänge, dels att begreppet ansågs ha tillämpats alltför tekniskt i praxis. Lagstiftaren menade att domstolarna lagt för stor vikt vid teknikaliteter så som hur länge en beröring varat och vilka kroppsdelar som varit i kontakt. Lagstiftaren ville i stället flytta fokus till huruvida gärningen kränkt offrets sexuella integritet.¹⁹⁷ Utgångspunkten för att bedöma en handling som sexuell skulle fortsatt vara om det förekommit fysisk och varaktig kroppslig beröring, men även handlingar som inte innefattat sådan beröring skulle kunna omfattas.¹⁹⁸ Kravet på våld eller hot sänktes även i 2005 års lagändring. Efter lagändringen var det tillräckligt att gärningsmannen använt vad som betecknas som våld mot person, vilket omfattar exempelvis att rycka någon i armen, att knuffa eller att hålla fast någon. Det krävdes inte heller längre allvarigare hot mot liv eller hälsa, s.k. råntvång, även lindrigare hot skulle nu omfattas.¹⁹⁹

Tillämpningsområdet för våldtäkt utvidgades även år 2005 när fall som tidigare hade omfattats av brottet sexuellt utnyttjande i 6 kap. 3 § BrB infördes i våldtäktsbestämmelsen. De s.k. utnyttjandefallen fördes in i dåvarande 6 kap. 1 § st. 2 BrB och omfattade fall där gärningsmannen genomfört en kvalificerad sexuell handling genom ett otillbörligt utnyttjande. Situationer som omfattades var då offret befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller annars med hänsyn till omständigheterna.²⁰⁰ Även tillämpningsområdet för grov våldtäkt utvidgades då kravet på våld och hot sattes lägre. Ett tillägg gjordes även år 2005 om att det för grovt brott särskilt skulle beaktas om fler än en person förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit.²⁰¹

I 2005 års förarbeten övervägde lagstiftaren om ett samtyckesrekvisit skulle införas i våldtäktsbestämmelsen. Bakgrunden var ett avgörande från Europadomstolen där Bulgariens våldtäktslagstiftning, som var baserad på våld eller hot och som krävde aktivt motstånd för att leda till åtal, underkändes. Europadomstolen uttalade i målet att vid våldtäkt måste utredningen och bedömningen av brottet vara centrerad kring huruvida samtycke har förelegat.²⁰² Lagstiftaren

¹⁹⁵ Prop. 2004/05:45, s. 21.

¹⁹⁶ Prop. 2004/05:45, s. 31.

¹⁹⁷ Prop. 2004/05:45, s. 32.

¹⁹⁸ Prop. 2004/05:45, s. 33 f.

¹⁹⁹ Prop. 2004/05:45, s. 45.

²⁰⁰ Prop. 2004/05:45, s. 41 f.

²⁰¹ Prop. 2004/05:45, s. 54 ff.

²⁰² M.C. mot Bulgarien, 4 december 2003, nr. 39272/98, p. 181-182.

tolkade Europadomstolens dom så att det avgörande inte var hur medlemsländerna utformat lagstiftningen, utan hur den tillämpades. Lagstiftaren avstyrkte förslaget med hänvisning till att det skulle kunna öka fokuseringen på offret och hur offret agerat.²⁰³

År 2013 genomfördes ännu en lagändring i syfte att stärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten. Våldtäktsbrottet utvidgades ytterligare till att omfatta fler fall av utnyttjande då ”hjälplos situation” byttes ut mot ”särskilt utsatt situation”. Syftet var att även situationer där offret reagerat med passivitet skulle omfattas av våldtäktsbestämmelsen.²⁰⁴ Ordalydelsen ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag” byttes även ut. Den nya lydelsen ”annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag” var tänkt att tydliggöra kränkningens betydelse.²⁰⁵ Liksom i 2005 års förarbeten ansåg lagstiftaren att domstolarna varit för fokuserade på teknikaliteter i sin bedömning av sexuella handlingar. Lagstiftaren menade att den sexuella handlingen vid våldtäkt inte skulle avgränsas genom en jämförelse med andra sexuella handlingar, utan genom en jämförelse mellan kränkningar.²⁰⁶

I förarbetena till 2013 års lagändring togs även ett förslag till samtyckesreglering upp, men det avstyrktes. Förslaget var utformat som ett nytt brott benämnt sexuellt övergrepp som var tänkt att vara subsidiärt till våldtäkt.²⁰⁷ Förslaget var avsett att träffa situationer där offret inte gett sin tillåtelse till den sexuella handlingen och situationer där offret gett sin tillåtelse men tillåtelsen var ogiltig på grund av vilseledande. Lagstiftaren ansåg att det saknades skäl för att införa den föreslagna bestämmelsen.

Den senaste reformen av sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft i juli 2018.²⁰⁸ Denna gång genomfördes det som i 2005 och 2013 års förarbeten benämnts som samtyckeslagstiftning. Begreppet samtycke togs dock inte med då det redan hade en normativ innebörd i 24 kap. 7 § BrB, d.v.s. som en ansvarsfrihetsgrund. I stället valdes uttrycket ”inte deltar frivilligt”.²⁰⁹ Reformen motiverades med att en modern strafflagstiftning tydligt bör ge uttryck för att en sexuell handling mot någon som inte deltar frivilligt är en kränkning av den personens ovillkorliga rätt till sexuell integritet och självbestämmanderätt. Lagstiftaren menade vidare att den nya sexualbrottslagstiftningen skulle stämma bättre överens med allmänhetens uppfattning och ge ett mer heltäckande skydd mot sexuella övergrepp.²¹⁰

²⁰³ Prop. 2004/05:45, s. 37 f.

²⁰⁴ Prop. 2012/13:111, s. 1.

²⁰⁵ Prop. 2012/13:111, 34.

²⁰⁶ Prop. 2012/13:111, 35 f.

²⁰⁷ Prop. 2012/13:111, s. 31 ff.

²⁰⁸ SFS 2018:618.

²⁰⁹ Prop. 2017/18:177, s. 30 f.

²¹⁰ Prop. 2017/18:177, s. 22 f.

Inför 2018 års lagändring hade kommittén föreslagit att samlagsbegreppet, d.v.s. vaginalt samlag, skulle tas bort som jämförelsenorm i lagtexten. Lagstiftaren ansåg dock att det inte var en lämplig lösning att införa fler svärdefinierade jämförelsenormer och avstyrkte förslaget.²¹¹ Det sexuella rekvisitet förändrades således inte. Straffminimum för grov våldtäkt höjdes vid reformen från fyra till fem år.²¹² Vid lagändringen 2018 infördes även två oaktsamhetsbrott av sexualbrott, oaktsam våldtäkt och oaktsamt sexuellt övergrepp.²¹³ I det följande kommer 2018 års lagändring att benämnas den nya sexualbrottslagstiftningen.

3.2 Våldtäktsbrottets konstruktion före och efter 2018 års lagändring

Våldtäkt stadgas i 6 kap. 1 § BrB. Före lagändringen år 2018 bestod brottet av två delar. Det krävdes dels en sexuell handling kvalificerad som samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, dels ett visst medel som använts för att genomföra övergreppet, eller att gärningen utförts under vissa särskilda omständigheter.²¹⁴ Våldtäkt enligt 6 kap. 1 § st. 1 BrB bestod före 2018 års lagändring av att gärningsmannen tvingat offret att företa eller tåla en kvalificerad sexuell handling med tvång, misshandel, våld eller hot. Brottet bestod alltså av ett eller flera brott enligt 3-4 kap. BrB, så som olaga tvång 4 kap. 4 § BrB, olaga hot 4 kap. 5 § BrB eller misshandel 3 kap. 5 § BrB, och av en otillåten sexuell handling. Kravet på våld var relativt lågt ställt och omfattade även sådant våld som inte nådde upp till misshandel.²¹⁵ Våldtäkt enligt 6 kap. 1 § st. 1 BrB var ett så kallat sammansatt brott där båda delar, d.v.s. våld, tvång eller hot *och* en sexuell handling, behövde vara uppfyllda för att våldtäkt skulle föreligga.²¹⁶

Före 2018 års lagändring innebar våldtäkt enligt 6 kap. 1 § st. 2 BrB att någon otillbörligt utnyttjat att offret befunnit sig i en särskilt utsatt situation för att genomföra en kvalificerad sexuell handling. Skillnaden mellan det första och andra stycket i den tidigare våldtäktsbestämmelsen var, förutom det medel eller den omständighet som gärningsmannen använt eller utnyttjat för att begå gärningen, den språkliga utformningen. Våldtäkt enligt det första stycket förelåg när någon ”tvingat en person att företa eller tåla” den sexuella handlingen, medan våldtäkt enligt andra stycket förelåg när någon ”genomfört” den sexuella handlingen.²¹⁷ Våldtäkt enligt andra stycket uppställde inte heller något krav på

²¹¹ Prop. 2017/18:177, s. 27 f.

²¹² Prop. 2017/18:177, s. 59.

²¹³ Prop. 2017/18:177, s. 45 f.

²¹⁴ Jareborg m.fl., 2015, s. 114.

²¹⁵ Jareborg m.fl., 2015, s. 117.

²¹⁶ Asp m.fl., 2013, s. 405.

²¹⁷ Jareborg m.fl., 2015, s. 118.

våld eller tvång och konsumerade således inte något annat brott enligt 3-4 kap. BrB.²¹⁸

Efter lagändringen år 2018 är det inte längre en förutsättning att den sexuella handlingen har företagits med ett visst medel eller genom ett otillbörligt utnyttjande. Det avgörande är numera att den sexuella handlingen genomförts med en person som inte deltar frivilligt.²¹⁹ Med ”deltar” avses inte mer aktivitet än ett närvarande; ordet kan innefatta både aktivitet och passivitet.²²⁰ Vid bedömningen av om deltagandet är frivilligt ska det särskilt beaktas om frivilligheten har kommit till uttryck i ord eller handling. Det är dock inte ett krav. Lagstiftaren har anfört att en person som inte vill ha samlag inte har något ansvar att uttrycka motviljan, och att en person som vill ha samlag har rätt att bemöta det sexuella närmandet med passivitet.²²¹

I den nya lydelsen av 6 kap. 1 § BrB hänvisas till tre omständigheter där ett deltagande aldrig kan anses frivilligt. Om gärningsmannen har använt sig av våld, tvång eller hot, otillbörligt utnyttjat en viss omständighet, eller allvarligt missbrukat en beroendeställning, kan brottsoffret aldrig anses ha deltagit frivilligt. Den förstnämnda omständigheten motsvarar det våld, tvång eller hot som krävdes enligt den tidigare lydelsen av 6 kap. 1 § st. 1 BrB, och den andra omständigheten motsvarar de s.k. utnyttjandefallen som angavs i den tidigare lydelsen av 6 kap. 1 § st. 2 BrB. Den tredje omständigheten motsvarar den numera upphävda bestämmelsen om utnyttjande av person i beroendeställning i 6 kap. 3 § BrB. I 2018 års förarbeten uttalar lagstiftaren att tidigare praxis gällande nämnda tre omständigheter fortsatt kan användas till ledning för rättstillämpningen.²²²

Det sexuella rekviritet i våldtäktsbestämmelsen är efter lagändringen oförändrat. En sexuell handling jämförlik med samlag är t.ex. anala och orala samlag, även om det inte innefattat penetration eller har klart samlagsliknande karaktär.²²³ Även att föra in föremål eller en knytnäve kan vara en kvalificerad sexuell handling jämförlik med samlag.²²⁴ Rekviritet ”genomför” är inte avsett att endast omfatta situationer där gärningsmannen initierat den sexuella handlingen utan även fall där brottsoffret var initiativtagare.²²⁵ Förutsättningen är alltså numera inte att någon ”tvingat någon att företa eller tåla”, utan att någon ”genomfört” en kvalificerad sexuell handling mot personens vilja. Eftersom kravet på våld eller tvång har tagits bort är våldtäkt inte längre ett sammansatt brott.

²¹⁸ Jareborg m.fl., 2015, s. 150.

²¹⁹ Prop. 2017/18:177, s. 30. Se även Bäcklund m.fl., 2018, under rubriken ’Med en person som inte deltar frivilligt’.

²²⁰ Prop. 2017/18:177 s. 9.

²²¹ Prop. 2017/18:177 s. 32 f.

²²² Prop. 2017/18:177, s. 36 ff.

²²³ Prop. 2012/13:111, s. 38.

²²⁴ Prop. 1997/98:55, s. 91.

²²⁵ Prop. 2017/18:177, s. 35; prop. 2004/05:45, s. 136, 143 ff.

Grov våldtäkt stadgas i 6 kap. 1 § st. 4. BrB. I fjärde stycket hänvisas till brott som avses i första stycket, d.v.s. en kvalificerad sexuell handling som någon genomfört med en person som inte deltar frivilligt. Av 6 kap. 1 § st. 4 BrB framgår att omständigheter som särskilt ska beaktas för att bedöma en våldtäkt som grov är om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art, om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet, om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Det är således inte ett heller ett krav vid grov våldtäkt att gärningsmannen använt våld eller tvång, men det kan utgöra kvalificerande omständigheter.

3.3 Gärningsmannaskap vid våldtäkt

3.3.1 Våldtäkt som ett egenhändigt brott

Våldtäkt ansågs tidigare vara ett egenhändigt brott. Med egenhändigt brott avses brott som uppställer krav på att gärningsmannen själv utfört den straffbelagda gärningen för att dömas som gärningsman.²²⁶ Egenhändiga brott begränsar således straffansvaret till den som fysiskt eller bokstavligt utfört gärningen.²²⁷ Egenhändighet har för våldtäktsbrottet inneburit att gärningsmannen själv måste ha utfört den sexuella handlingen för att dömas som gärningsman.²²⁸ Vid egenhändiga brott är det alltså uteslutet att döma i medgärningsmannaskap. Det är dock möjligt att döma för medverkan till ett egenhändigt brott.²²⁹

I doktrinen har det framförts olika idéer om varför vissa brott ses som egenhändiga. En del författare menar att det främst beror på att man traditionellt betraktat vissa brott så.²³⁰ Träskman tror att en förklaring till varför vissa brott ses som egenhändiga är att de kränker ett visst abstrakt värde och att endast den som kränker detta värde kan anses vara gärningsman.²³¹ Han menar att då våldtäkt tidigare ansågs vara en kränkning av den allmänna könsnedligheten kunde det motiveras att endast den som kroppsligen kränkt detta abstrakta värde kunde ses som gärningsman.²³² Svensson tänker i stället att vissa brottstyper rent språkligt beskriver brott som inte kan begås av flera personer gemensamt.²³³ Asp, Ulväng och Jareborg anser att det är svårt att tänka sig att gärningen vid de flesta sexualbrott inte innefattar ett egenhändigt handlande.²³⁴

²²⁶ Definitionen är hämtad från HD:s domskäl i NJA 2015 s. 501.

²²⁷ Ågren m.fl., 2018, s. 174 f.

²²⁸ Lernestedt, 2012, under rubriken '1. Inledning'.

²²⁹ Ågren m.fl., 2018, s. 174 f.

²³⁰ Ågren m.fl., 2018, s. 174.

²³¹ Träskman, 2004, s. 683.

²³² Träskman, 2004, s. 686.

²³³ Svensson, 2016, s. 162 f.

²³⁴ Asp m.fl., 2013, s. 106.

3.3.2 En förändrad syn på våldtäkt som ett egenhändigt brott

I början av 2000-talet började synen på våldtäkt som ett egenhändigt brott till viss del att förändras i doktrin och praxis.²³⁵ Wennberg menade i en artikel från 2002 att medgärningsmannaskap bör kunna föreligga i det fall en person utför våldet eller tvånget medan en annan person utför den sexuella handlingen.²³⁶ Hon menade att det kunde motiveras utifrån att våldtäkt är ett sammansatt brott där de båda medgärningsmännen utför olika handlingar men tillsammans uppfyller brottsrekvisiten i samverkan. Hovrätten över Skåne och Blekinge höll dock inte med Wennberg i ett mål från samma år, dom 2002-12-11 i mål B 2457-02. I målet hade två personer åtalats för att ha utfört en våldtäkt i medgärningsmannaskap, där den ena personen B hade hållit fast brottsoffret medan den andra A hade utfört den sexuella handlingen. Hovrätten uttalade att våldtäkt var att betrakta som ett egenhändigt brott och B som hållit fast offret friades helt då åklagaren inte yrkat på medhjälp.

I en artikel från 2004 analyserade Träskman det ovan nämnda hovrättsfallet, men argumenterade för att B bör betraktas som gärningsman, och att våldtäkt inte längre bör ses som ett egenhändigt brott. Han motiverade sin ståndpunkt utifrån att skyddsintresset vid sexualbrott nu var den sexuella självbestämmanderätten, och inte längre något abstrakt skyddsintresse som endast kunde kränkas av gärningsmannen som kränkt detta. Träskman ansåg vidare att det inte längre var rimligt att skilja på den som utfört den sexuella kränkningen och den som utövat annat våld eller tvång. Han menade att den sexuella gärningen är en form av våld som inte väsentligen skiljer sig från annat våld.²³⁷ Träskman, liksom Wennberg, utgick i sin argumentation från 1998 års lydelse av våldtäktsbrottet som ett sammansatt brott bestående av en tvångs- eller våldshandling och en sexuell (vålds-)handling.²³⁸

Rättsläget förändrades något efter RH 2004:58, där hovrätten inte ansåg att våldtäkt var ett egenhändigt brott. I målet hade två personer, A och den underårige B, tvingat in en kvinna i ett omklädningsrum och låst dörren. I omklädningsrummet lyfte A upp kvinnan på ett bord och genomförde ett samlag medan B höll fast henne. A genomförde därefter ytterligare ett samlag med kvinnan. Efter att A var klar och kvinnan försökte lämna rummet knuffade B in henne på en toalett där han genomförde ett samlag. A befann sig i rummet men använde inget fysiskt våld eller tvång när B genomförde gärningen. Frågan i målet var om A skulle dömas i medgärningsmannaskap för B:s gärning. Hovrätten underströk det faktum att våldtäkt var ett kombinerat brott där den sexuella handlingen inte behövde vara ett samlag utan kunde även vara en handling

²³⁵ Se bl.a. Lernestedt, 2012, under rubriken '3. Våldtäkt och egenhändighet under senare tid', där han menar att år 2004 är en lämplig startpunkt för en diskussion om hur frågan om egenhändighet behandlas idag.

²³⁶ Wennberg, 2003, s. 616.

²³⁷ Träskman, 2004, s. 687 f.

²³⁸ SFS 1998:393.

jämförlig med andra våldshandlingar, exempelvis att föra in en knytnäve eller ett föremål i en kvinnas underliv. Hovrätten menade att denna kombinerade konstruktion gav anledning att ifrågasätta om våldtäkt skulle ses som ett egenhändigt brott. Vidare anförde hovrätten att det utifrån våldtäktsbestämmelsens skyddsändamål var förlegat att gärningsmannskapet skulle förbehållas den som utfört den sexuella handlingen i en gemensamt agerande.

Inför 2005 års lagändring, när de s.k. utnyttjandefallen infördes i våldtäktsbestämmelsen, kommenterades inte frågan om egenhändighet uttryckligen av lagstiftaren.²³⁹ Av utredningen inför lagförslaget framgick att åtminstone kommittén betraktat våldtäkt som ett egenhändigt brott.²⁴⁰ Tystnaden i 2005 års förarbeten har av Lernestedt tolkats så att lagstiftaren ansåg att en förändring i synen på våldtäkt som ett egenhändigt brott skulle ske i praxis snarare än genom förarbetsuttalanden.²⁴¹ Inte heller i 2013 års förarbeten berördes frågan om egenhändighet.²⁴² Detta trots att den föregående sexualbrottsutredningen år 2010 behandlat frågan och argumenterat för att våldtäkt genom tvång inte längre skulle betraktas som ett egenhändigt brott. Sexualbrottsutredningen år 2010 ansåg dock att ordalydelsen i 6 kap. 1 § st. 2 BrB, ”med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling”, utgjorde ett hinder för att betrakta utnyttjandefallen av våldtäkt som icke-egenhändigt.²⁴³

Rättsläget var fortsatt oklart i egenhändighetsfrågan fram till HD:s klagörande i NJA 2015 s. 501. Målet rörde sexualbrott mot barn där en man hade förmått ett barn att smeka sig själv på bröstet och underlivet via Skype samtidigt som mannen onanerade. Övergrepp som inte innefattat kroppslig beröring hade tidigare generellt rubricerats som sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § BrB, där det inte uppställs något krav på genomförande av sexuell handling.²⁴⁴ I det aktuella målet hade åklagaren yrkat att mannen skulle dömas för sexuellt övergrepp mot barn enligt 6 kap. 6 § BrB, och frågan i HD var hur rekvisitet ”genomför en sexuell handling med” skulle tolkas. HD menade att lagstiftaren öppnat för att frångå synsättet på sexualbrott som egenhändiga brott redan i 2005 års förarbeten. HD stödde denna tolkning på uttalanden i förarbetena om att det inte längre skulle krävas fysisk och varaktig beröring för att utgöra en sexuell handling; även att förmå annan att onanera var avsett att omfattas.²⁴⁵ Frågan var då om en tolkning av ordalydelsen i rekvisitet ”genomför en annan sexuell handling med” som omfattade den aktuella gärningen var förenlig med legalitetsprincipens obestämdhets- och analogiförbud. HD menade att uttrycket ”genomför” inte uppställer något krav på fysisk aktivitet utan att det avgörande

²³⁹ Prop. 2004/05:45. Se även Lernestedt, 2012, under rubriken ’3. Våldtäkt och egenhändighet under senare år’.

²⁴⁰ SOU 2001:14, s. 184.

²⁴¹ Lernestedt, 2012, under rubriken ’4. Diskussion’.

²⁴² Prop. 2012/13:111.

²⁴³ SOU 2010:71, s. 194 f.

²⁴⁴ Se Andersson & Wegerstad, 2016/17, s. 8.

²⁴⁵ NJA 2015 s. 501 p. 4. Se även prop. 2004/05:45, s. 32 och 34.

är huruvida personen har påverkat eller styrt händelseförloppet på ett betydande sätt. Slutsatsen var att den gärning som var aktuell i målet omfattades av ordalydelsen, samt att denna tolkning var förenlig med legalitetsprincipen.²⁴⁶

I förarbetena till den nya sexualbrottslagstiftningen uttalade lagstiftaren att det efter NJA 2015 s. 501 måste anses stå klart att kravet på att gärningsmannen själv måste ha utfört den sexuella handlingen för att dömas som gärningsman för sexualbrott inte längre gäller. Vidare slog lagstiftaren fast att gärningsmannskap vid sexualbrott ”inte förutsätter fysisk delaktighet”.²⁴⁷ Lagstiftaren anförde att sexualbrott, mot såväl vuxna som barn, som sker på distans ska omfattas av det sexuella rekvisitet.²⁴⁸ Det måste således anses stå klart att sexualbrott inte längre ska betraktas som egenhändiga brott.

Det bör tilläggas att HD år 2018 förtydligade sin ståndpunkt från 2015 års fall. I NJA 2018 s. 1103 var frågan om en man som försökt förmå ett barn att onanera framför en kamera för att senare skicka filmen hade ”genomfört en sexuell handling”. Tidsmässigt var händelseförloppet uppdelat; mannen tittade inte på genom kameran samtidigt som barnet onanerade som i 2015 års fall. I målet uttalade HD att uttrycket ”genomför en sexuell handling med” rent språkligt måste anses innefatta ett krav på att gärningsmannen är närvarande under den sexuella handlingen, om än inte fysiskt. Mannen ansågs därför inte ha försökt genomföra en sexuell handling med barnet enligt 6 kap. 6 § BrB. I målet befäste HD att straffansvar för sexualbrott inte kräver en egenhändig handling, men markerade samtidigt att legalitetsprincipen sätter gränser för hur vid tolkning som kan göras av ett straffbud.²⁴⁹

3.3.3 Rekvisitet ”genomför en sexuell handling med”

En anledning till varför diskussionen om egenhändighet främst rört våldtäkt genom våld eller tvång har varit bestämmelsens utformning.²⁵⁰ Jareborg, Friberg, Asp och Ulväng ansåg att den tidigare lydelsen av 6 kap. 1 § st. 1 BrB inte språkligt uteslöt annan gärningsman än den som själv utfört den sexuella handlingen. De menade att utformningen av första stycket, ”tvingar annan att företa eller tåla”, även täckte övergrepp som skett via internet. Däremot ansåg Jareborg, Friberg, Asp och Ulväng att det var svårare att tolka våldtäkt enligt dåvarande 6 kap. 1 § st. 2 BrB, där rekvisitet i stället var ”genomför”, på annat sätt än som ett egenhändigt brott.²⁵¹ Även sexualbrottsutredningen år 2010 var som tidigare nämnts av denna uppfattning.²⁵² Efter HD:s uttalanden i NJA 2015 s. 501 och NJA 2018 s. 1103 måste det dock anses möjligt att göra en något

²⁴⁶ NJA 2015 s. 501 p. 9-10.

²⁴⁷ Prop. 2017/18:177, s. 43 f.

²⁴⁸ Prop. 2017/18:177, s. 43 f.

²⁴⁹ Se NJA 2018 s. 1103, p. 17.

²⁵⁰ Se t.ex. SOU 2010:71, s. 194 f.; Jareborg m.fl., 2015, s. 118.

²⁵¹ Jareborg m.fl., 2015, s. 118.

²⁵² SOU 2010:71, s. 194 f.

vidare tolkning av uttrycket ”genomför”. Rekvisitet ”genomför” i det nya våldtäktsbrottet kan alltså omfatta annan gärningsman än den som själv utfört den sexuella handlingen.

Det bör dock understrykas att det som HD tog ställning till i både 2015 och 2018 års fall var om den tilltalade gjort sig skyldig till sexuellt övergrepp på barn enligt 6 kap. 6 § BrB. Det sexuella rekvisitet i 6 kap. 6 § BrB är ”annan sexuell handling” än som avses i 4-5 §, d.v.s. inte samlag eller annan kvalificerad sexuell handling eller en mindre grov sådan handling. HD uttalade i NJA 2015 s. 501 att ”en gärning av det aktuella slaget”, d.v.s. att förmå annan att onanera via videosamtal, omfattades av uttrycket ”att genomföra en sexuell handling med”.²⁵³ Det är därmed inte självklart att HD skulle göra samma bedömning avseende våldtäkt där det sexuella rekvisitet är kvalificerat. Det finns en avsevärd språklig skillnad mellan att ”genomföra en sexuell handling” och att ”genomföra ett samlag eller en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”. Frågan är hur vid tolkning av uttrycket ”genomför” som kan göras när det sexuella rekvisitet är kvalificerat, utan att tolkningen strider mot legalitetsprincipen.

I utredningen som föregick 2018 års lagändring kommenterade sexualbrottskommittén NJA 2015 s. 501 och underströk att HD endast uttalat sig om ett av sexualbrotten.²⁵⁴ I målet hade även HD pekat på vissa brister avseende sexualbrottens systematik och tydlighet just i frågan om innebörden av uttrycket ”genomför en sexuell handling”.²⁵⁵ Kommittén menade att frågan om sexualbrottens räckvidd inte var helt löst genom domen, särskilt med tanke på att lagförslaget innebar omfattande förändringar i brottskonstruktionen för ett flertal av de centrala sexualbrotten.²⁵⁶ Med hänvisning till legalitetsprincipen, som sätter den yttersta gränsen för hur ett straffbud kan tolkas, ansåg kommittén att ett förtydligande i lagtexten var nödvändigt. Kommitténs förslag var att ett tillägg skulle göras i bl.a. 6 kap. 1 § BrB om att ”samma ansvar ska dömas ut om genomförandet består i att personen, som inte deltar frivilligt, utför handlingen på sig själv eller med någon annan”.²⁵⁷ Lagstiftaren höll dock inte med kommittén och valde att inte förtydliga räckvidden av rekvisitet ”genomför en sexuell handling” i 6 kap. BrB. Lagstiftaren menade att efter NJA 2015 s. 501 fanns det inte något behov av att i lagtexten uttryckligen ange att sexualbrott även kan ske på distans via telefon, internet eller andra medier.²⁵⁸

I 2018 års förarbeten framgår alltså att sexuella handlingar som sker på distans även ska omfattas av straffansvar enligt bestämmelsen om våldtäkt mot vuxna. Lagstiftaren specificerade inte i vilka situationer som en sexuell handling på distans kunde bedömas som kvalificerad, men angav att det kunde tänkas

²⁵³ NJA 2015 s. 501 p. 9.

²⁵⁴ SOU 2016:60, s. 229.

²⁵⁵ Se NJA 2015 s. 501 p. 4-5, 9.

²⁵⁶ SOU 2016:60, s. 229 f.

²⁵⁷ SOU 2016:60, s. 234 f.

²⁵⁸ Prop. 2017/18:177, s. 43 f.

situationer som innehöll så förnedrande och förödmjukande inslag att det i kränkningshänseende var jämförligt med samlag. En omständighet som nämndes kunna få betydelse vid bedömningen av kränkningens allvar var om övergreppet dokumenterats på bild eller film.²⁵⁹

Frågan om vad som enligt 6 kap. 4 § BrB kan utgöra våldtäkt mot barn på distans, prövades för första gången av domstol år 2016.²⁶⁰ I målet hade en man via internet förmått barn att onanera, föra in fingrar och, i vissa fall, föremål i underliv och anus. I det aktuella målet var frågan i Svea hovrätt, dom 2017-03-08 i mål B 6666-16, om detta kunde bedömas som våldtäkt mot barn. Hovrätten menade att handlingarna hade kunnat vara att bedöma som våldtäkt om de fysiskt utförts av gärningsmannen. Hovrätten ansåg dock att den aktuella gärningen inte nådde upp till den nivå av kränkning som krävs för våldtäkt när offret själv utfört handlingen och det inte medfört smärta, sår, kroppsskada eller i övrigt innehållit förödmjukande eller förnedrande inslag utöver vad gärningen i sig inneburit. Handlingen hade inte heller haft någon längre varaktighet.²⁶¹ Målet kan användas för att belysa problematiken med ordalydelsen ”genomföra ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförligt med samlag” när gärningsmannen inte själv utfört den sexuella handlingen.

Ett annat fall som kan användas för att illustrera i vilka situationer som en sexuell handling på distans kan anses vara kvalificerad är RH 2018:6. I målet dömdes en man som via videosamtal förmått ett barn att utföra oralsex på ett annat barn för våldtäkt mot barn. Frågan är dock vilka slutsatser som kan dras av de två hovrättsdomarna när det gäller våldtäkt mot vuxna. Ordalydelsen är visserligen densamma i straffbudet om våldtäkt mot barn som i straffbudet om våldtäkt mot vuxna. Det uppställs dock inte något krav på bristande frivillighet i 6 kap. 4 § BrB. Barn anses även generellt vara känsligare än vuxna och i behov av ett större skydd mot sexuella övergrepp än vuxna.²⁶² Det är därför inte säkert att en gärning som utförts mot ett barn skulle bedömas på samma sätt om motsvarande gärning utförts mot en vuxen. Det kan vara svårt att föreställa sig en sexuell handling som genomförs på distans mot en vuxen som innebär en sådan kränkning att den ska anses jämförligt med samlag. Det utesluter dock inte att det kan förekomma situationer där någon förmått annan att utföra så förnedrande och kränkande handlingar på sig själv att det bör bedömas som våldtäkt.

3.3.4 Medgärningsmannaskap utan sexuell handling

Lagstiftaren menar, som sagt, att rättsläget är klart i egenhändighetsfrågan efter NJA 2015 s. 501. Det som dock inte har berörts i förarbetena är hur rollfördel-

²⁵⁹ Prop. 2017/18:177, s. 43 ff.

²⁶⁰ Attunda tingsrätt, dom 2016-06-21 i mål B 1687-14. Se även SOU 2016:60, s. 231.

²⁶¹ Svea hovrätt, dom 2017-03-08 i mål B 6666-16, s. 19 f.

²⁶² Se t.ex. prop. 1991/92:35, s. 9 f.; prop. 2004/05:45, s. 65.

ningen ska göras när flera personer fysiskt deltar eller närvarar vid ett sexualbrott. När gärningsmannaskap för sexualbrott inte längre ”förutsätter fysisk delaktighet” har det betydelse för gränsdragningen mellan gärningsmannaskap och medverkan. Frågan är i första hand vem eller vilka som ska anses ha ”genomfört” den kvalificerade sexuella handlingen enligt brottsbeskrivningen när flera personer deltagit eller närvarat.

Tidigare har diskussionen om rollfördelningen främst handlat om våldtäkt genom våld eller tvång enligt den tidigare lydelsen av 6 kap. 1 § st. 1 BrB. Vissa författare har menat att den som håller fast offret när någon annan utför den sexuella handlingen bör dömas för medhjälp till våldtäkt.²⁶³ Andra författare har argumenterat för att både den som utfört våldet eller tvånget och den som utfört den sexuella handlingen bör kunna dömas som medgärningsmän.²⁶⁴ Den som genomfört den sexuella handlingen och den som genomfört våldet har då tillsammans uppfyllt rekvisiten för våldtäkt. Det som främst har hindrat en rättstillämpning där den som ”endast” utfört våldet eller tvånget döms som medgärningsman har varit frågan om egenhändighet. Språkligt har det ansetts möjligt att döma en person som endast uppfyllt våldsrekvisitet som medgärningsman.²⁶⁵

Teoretiskt innebär det faktum att våldtäkt inte längre ska betraktas som egenhändigt att våldtäkt ska hanteras på samma sätt som andra icke-egenhändiga brott. Efter att rättsläget klargjordes fanns det inget hinder mot att döma i medgärningsmannaskap för våldtäkt enligt den tidigare lydelsen av 6 kap. 1 § st. 1 BrB. Våldtäkt genom tvång skulle då kunna hanteras som typfall två,²⁶⁶ d.v.s. på samma sätt som rån enligt 8 kap. 5 § BrB där den ena har utfört råntvånget och den andra har utfört tillgreppet. I doktrinen har, som tidigare nämnts, rån ofta använts som ett typexempel på medgärningsmannaskap där flera personer individuellt har begått olika brott, men tillsammans har utfört ett gemensamt sammansatt brott.²⁶⁷ Både den som utfört våldet eller tvånget och den som utfört den sexuella handlingen hade således kunnat dömas i medgärningsmannaskap, under förutsättning att gärningen skett i samverkan.²⁶⁸

Det är emellertid inte självklart att medgärningsmannaskap enligt typfall två går att applicera på det nya våldtäktsbrottet. Numera är, som tidigare nämnts, kravet på våld eller tvång borttaget, och konstruktionen av våldtäktsbrottet har gjorts om. Våldtäkt kan inte längre anses vara ett sammansatt brott då det inte längre krävs att två typer av gärningar har begåtts, ett vålds- eller tvångsbrott och en sexuell handling.²⁶⁹ Eftersom våld eller tvång inte längre är ett krav är

²⁶³ Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 440.

²⁶⁴ Se t.ex. Träskman, 2004, s. 687 f.; Wennberg, 2003, s. 616; Lernestedt, 2012, under rubriken ’4. Diskussion’.

²⁶⁵ Se Asp m.fl., 2013, s. 440.

²⁶⁶ Se avsnitt 2.2.3.

²⁶⁷ Se t.ex. Svensson, 2016, s. 37; Jareborg m.fl. 2015, s. 195.

²⁶⁸ Svensson, 2017, s. 181.

²⁶⁹ Det har visserligen inte krävts sedan 2005 års lagändring enligt dåvarande 6 kap. 1 § st. 2 BrB i de s.k. utnyttjandefallen.

det inte säkert att medgärningsmannaskap för våldtäkt, för den som endast utfört våldet, kan motiveras utifrån typfall två. Våld eller tvång är ju inte längre rekvisit som måste vara uppfyllda för att ett sammansatt brott ska ha begåtts, som i rånexemplet. I den nya bestämmelsen framgår visserligen att ett deltagande aldrig kan anses frivilligt om det skett genom våld eller tvång. Frågan är emellertid hur den nya konstruktionen av våldtäktsbrottet ska förstås.

Den föregående lydelsen av 6 kap. 1 § st. 1 BrB konsumerade vissa vålds- och tvångsbrott enligt 3-4 kap. BrB. Avsikten med den nya konstruktionen av våldtäktsbrottet lär inte ha varit att våldtäkt inte längre ska konsumera dessa brott. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att den som har utfört en våldtäkt genom tvång även ska dömas för exempelvis olaga tvång efter lagändringen år 2018. Lagstiftaren anförde ju även att tidigare praxis avseende våldtäkt genom våld eller tvång fortsatt kan ge vägledning för rättstillämpningen efter lagändringen år 2018.²⁷⁰ Även om våldtäkt inte längre bör sägas vara ett sammansatt brott gör den nya konstruktionen att det ändå i princip blir ett sammansatt brott i de fall där våldtäkten genomförts med våld eller tvång. Om man ser på den nya konstruktionen på det sättet går det att argumentera för att en person som endast utövat våld eller tvång har begått ett brott som ingår i rekvisiten för våldtäkt i våldfallen, d.v.s. enligt 6 kap. 1 § st. 2 p. 1 BrB. Den som endast utövat våldet kan då sägas ha uppfyllt frivillighetsrekvisitet via vålds- eller tvångsgärningen. Medgärningsmannaskap för den som endast utövat våld eller tvång skulle på detta sätt kunna motiveras enligt typfall två, på ett liknande sätt som i rånexemplet.

Om man i stället tolkar den nya våldtäktsbestämmelsen bokstavligt, så består brottet endast av en kvalificerad sexuell handling som har genomförts med någon som inte deltagit frivilligt. Omständigheter som våld eller tvång innebär då endast att deltagandet inte kan ha varit frivilligt; det innebär inte nödvändigtvis att den som endast använt våld ska anses ha ”genomfört” en kvalificerad sexuell handling, eller uppfyllt ett rekvisit som ingår i gärningen. För att kunna dömas som gärningsman krävs det i regel att gärningsmannen har gjort just det som beskrivs i ett straffbud. För att motivera att en person som inte själv genomfört en sexuell handling bör dömas som medgärningsman krävs alltså, vid denna tolkning, ett annat argument än att denne uppfyllt ett rekvisit som ingår i ett sammansatt brott. I fall där flera personer har deltagit men utan att det förekommit våld eller tvång är det ännu svårare att motivera medgärningsmannaskap för annan än den som själv genomfört en sexuell handling. Utifrån en bokstavlig tolkning skulle det alltså inte gå att motivera medgärningsmannaskap, varken i vålds- eller i utnyttjandefallen, utifrån typfall två.

Medgärningsmannaskap vid våldtäkt skulle emellertid kunna konstrueras utifrån typfall tre,²⁷¹ d.v.s. där en eller flera personer individuellt uppfyller rekvisiten för våldtäkt, medan andra kanske inte uppfyller något rekvisit alls, men att

²⁷⁰ Prop. 2017/18:177, s. 38.

²⁷¹ Se avsnitt 2.2.3.

de tillsammans har utfört gärningen i samverkan. Enligt den gängse uppfattningen i doktrinen går det, som tidigare nämnts, att omrubricera en medverkande via 23 kap. 4 § st. 2 BrB om denne är att ”anse” som gärningsman även om denne inte individuellt har utfört gärningen.²⁷² I vilka situationer det ska anses möjligt att omrubricera en medverkande till gärningsman är dock inte helt klart. Omrubricering av en medverkande till gärningsman brukar bl.a. motiveras med att den medverkande haft en central roll för gärningens förverkligande.²⁷³

Även om HD inte använde uttrycket omrubricering så bör det, enligt domskälen i NJA 2003 s. 473 och NJA 2003 s. 645, åtminstone krävas något mer än att passivt närvara eller passivt godta ett skeende för att kunna bedömas som medgärningsman. Det bör enligt NJA 2006 s. 535 även krävas ett tidsmässigt och fysiskt samband med huvudbrottet.²⁷⁴ I våld- eller tvångsfallen av våldtäkt kan det därför anses motiverat att omrubricera en medverkande som endast utfört våld eller tvång som medgärningsman. Om A betvingat en persons kroppsrörelser när B genomfört en sexuell handling bör A anses ha haft en central roll för gärningens förverkligande och bör därför ”anses” vara gärningsman. I utnyttjandefallen av våldtäkt är det dock svårare att motivera att annan än den som själv genomfört en sexuell handling kan vara att ”anse” som gärningsman. Möjligen kan en person som försatt offret i en särskilt utsatt situation anses ha haft en central roll för gärningens förverkligande.

Medgärningsmannaskap utifrån typfall tre är dock, som tidigare nämnts, kritiserat ur ett rättssäkerhetsperspektiv.²⁷⁵ Den grundläggande rättssäkerheten riskeras när någon som inte individuellt uppfyller något rekvisit i ett visst straffbud ändå döms som medgärningsman, menar bl.a. Herlitz.²⁷⁶ Vissa författare har menat att HD i NJA 2006 s. 535 och NJA 2017 s. 531 velat begränsa tillämpningsområdet för medgärningsmannaskap via 23 kap. 4 § BrB.²⁷⁷ Den tolkningen av målen kan eventuellt ifrågasättas, då det avgörande i båda fallen snarare tycks ha varit bevisläget. Om man i stället väljer att betrakta medgärningsmannaskapet utifrån Svenssons tankemodell framträder möjligen en mer lättsmält förklaring till varför en perifer deltagare, i vissa fall, kan dömas som medgärningsman. Utifrån Svenssons modell blir frågan om medgärningsmannaskap vid våldtäkt en bedömning av om de delaktiga, på ett gemensamt plan, ska anses ha ”utfört” den gärning som beskrivs i 6 kap. 1 § BrB, d.v.s. inte en fråga om de delaktiga individuellt har uppfyllt några rekvisit. Frågan blir då i

²⁷² Se t.ex. Strahl, 1976, s. 276 f.; Jareborg, 2001, s. 412 f.; Asp m.fl., 2013, s. 446 f.; Ågren m.fl., 2018, s. 157; Lernestedt, 2009, s. 69.

²⁷³ Se avsnitt 2.2.3 ovan. Se även t.ex. NJA 1982 s. 525; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Utvidgat gärningsmannaskap’; Asp m.fl., 2013, s. 446.

²⁷⁴ Se avsnitt 2.2.3. Se även Svensson, 2016, s. 361; Wennberg, 2007/08, s. 156 ff.

²⁷⁵ Se t.ex. Wennberg, 2002/03, s. 602; Lernestedt, 2009, s. 58; Södergård Åkesson, 2016/17, s. 265 f.

²⁷⁶ Herlitz, 1992, s. 576 f. Se även Lernestedt, 2009, s. 93.

²⁷⁷ Se avsnitt 2.2.3. Se även Wennberg, 2007/08, s. 165; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken ’Medgärningsmannaskap’; Lernestedt, 2009, s. 106.

vilka situationer flera personer gemensamt kan anses ha ”genomfört” en kvalificerad sexuell handling med någon som inte deltar frivilligt.

Utifrån HD:s uttalanden i NJA 2015 s. 501 angående uttrycket ”genomfört” bör det gå att argumentera för att även den som inte kroppsligen genomfört den sexuella handlingen kan dömas för att ha ”utfört” den brottsbeskrivningsenliga gärningen. HD menade ju att det avgörande är hurvida personen har påverkat eller styrt händelseförloppet på ett betydande sätt. En omrubricering av en medverkande till gärningsman via 23 kap. 4 st. 2 § BrB brukar ju motiveras på ett liknande sätt, d.v.s. att denne har spelat en central roll för gärningens förverkligande. Utifrån HD:s tolkning av uttrycket ”genomfört” bör därför motiveringen för ett eventuellt medgärningsmannaskap i princip bli densamma oavsett om man väljer att, som Svensson förespråkar, endast tolka lydelsen i ett visst straffbud, eller om man väljer att använda omrubriceringsmöjligheten i 23 kap. 4 § st. 2 BrB.

Frågan är vilken typ av agerande som ska anses innebära en betydande påverkan på händelseförloppet vid en våldtäkt. Problematiken blir särskilt tydlig i fall där någon deltagit utan att ha gjort något mer fysiskt som att utöva våld eller tvång, exempelvis i utnyttjandefallen. Både HD och lagstiftaren har ju anfört att det inte finns något krav på fysisk aktivitet för gärningsmannaskap vid sexualbrott.²⁷⁸ För att kunna dömas som gärningsman för våldtäkt behöver en person inte ens ha vidrört offret, som när övergreppet skett över internet. I teorin bör därför en person som deltagit aktivt vid en våldtäkt, men utan att ha varit i fysisk kontakt med offret, kunna dömas som gärningsman. Den som exempelvis filmat när någon annan genomfört en våldtäkt bör alltså kunna bedömas som medgärningsman, under förutsättning att denne har haft en betydande påverkan på händelseförloppet samt att gärningen skett i samverkan. Det kan exempelvis anses ha haft en betydande påverkan om filmandet var en del av brottsplanen, om filmaren aktivt främjat gärningen med uppmuntrande ord eller om gärningen påbörjats först när filmningen startade. Frågan är dock om det kan anses ”naturligt” att filmaren skulle ha ”utfört” gärningen, eller om det blir en alltför extensiv tolkning av rekvisitet ”genomfört en sexuell handling med”.

Ett annan fråga är om en person som hållit vakt under en våldtäkt i vissa fall kan anses ha ”utfört” gärningen genom att aktivt främja brottet, om vederbörande haft en betydande påverkan på händelseförloppet eller har deltagit i planeringen av brottet. Den som hållit vakt kan ju ha utfört en av ”arbetsuppgifterna” som krävdes för att brottet skulle komma till stånd. Vakten kanske även hade blivit lovad att senare få ta del i den sexuella gärningen. Generellt brukar en person som endast håller vakt vid en våldtäkt anses som en främjare av brottet.²⁷⁹ En jämförelse kan eventuellt göras med inbrott. Även den som endast

²⁷⁸ Prop. 2017/18:177, s. 67.

²⁷⁹ Jareborg m.fl., 2015, s. 124.

håller vakt vid en inbrottsstöld bör i regel dömas för medhjälp till brottet.²⁸⁰ Den som endast håller vakt vid ett inbrott kan emellertid även anses som medgärningsman, om vakten har varit med i planeringen och har utlovats få en del av stöldbytet. Var gränsen mellan gärningsmannaskap och annan medverkan går i en sådan situation är dock inte helt klart.²⁸¹

Ett mål som kan användas för att pröva jämförelsen med inbrott är Stockholms tingsrätt dom 2016-06-17 i mål B 3929-16, där fyra män åtalades för att ha våldtagit en kvinna på en färja. Efter att en av männen, A, utfört sexuella handlingar med kvinnan gick han och ställde sig utanför hytten. Målsäganden upplevde det som att han ställt sig utanför för att vakta och släppa ut och in folk. A berättade även själv att han släppt in två vänner för att de skulle försöka ha sex med målsäganden. När målsägandens vänner kom förbi och frågade personer som stod utanför hytten om de sett henne sa de att de inte visste var målsäganden var. Tingsrätten fann det inte styrkt att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation och ogillade åtalet. Målet kan dock användas som en illustration. Om man tänker sig att A inte själv utfört någon sexuell handling utan endast släppt in vänner i hytten med avsikten att de skulle begå våldtäkter, skulle det möjligen kunna bedömas som ett så aktivt främjande att det medför ansvar för medgärningsmannaskap. Det kan tänkas att en person som hållit vakt har deltagit i planeringen av gärningen och åtagit sig en ”arbetsuppgift” som varit central för gärningens förverkligande. Om en vakt, förutom att släppa in andra gärningsmän i syfte att de ska begå våldtäkter, dessutom ljugit för offrets vänner när de letat efter henne, bör det kunna beaktas som en omständighet som haft betydande påverkan på händelseförloppet. Om vakten talat sanning hade eventuellt flera övergrepp kunnat förhindras.

Medgärningsmannaskap för en vakt eller en filmare kräver att antingen omrubricering genom 23 kap. 4 § st. 2 BrB eller att en något vidsträckt tolkning av ordalydelsen i våldtäktsbestämmelsen accepteras. Även om en vakt eller filmare kanske inte ska anses vara medgärningsmän måste det anses oklart vilken typ av agerande, utan att kroppsligen ha genomfört en sexuell handling, som kan medföra medgärningsmannaskap. Den nya konstruktionen av våldtäktsbestämmelsen gör det något problematiskt att motivera att annan än den som kroppsligen ”genomfört” den sexuella handlingen ska dömas som gärningsman. Trots att våldtäkt inte längre ska ses som ett egenhändigt brott är det inte otänkbart att det i rättstillämpningen fortsatt kommer att behandlas som ett egenhändigt brott, åtminstone vid fysiska övergrepp som inte genomförts med våld eller tvång. Vid sexuella övergrepp över internet kan det kanske anses mer ”naturligt” att inte behandla våldtäkt som ett egenhändigt brott. När våldtäkt inte längre ska betraktas som ett egenhändigt brott och det inte heller uppställs krav på fysisk aktivitet för att dömas som gärningsman uppstår det nya gränsdrag-

²⁸⁰ SOU 1996:185, s. 200.

²⁸¹ SOU 1996:185, s. 457. Se även NJA 2006 s. 535.

ningsproblem för vem eller vilka som kan anses vara gärningsmän och annan medverkande.

3.4 Medverkan och flera personers deltagande i våldtäkt

3.4.1 Den kvalificerande omständigheten att flera personer ”förgripit sig eller på annat sätt deltagit”

En omständighet som särskilt ska beaktas vid bedömningen av om en våldtäkt är grov är om ”flera personer har förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet”. Det framgår alltså direkt av lagtexten att fleras deltagande i en våldtäkt är en kvalifikationsgrund för grovt brott.²⁸² Inför att brottet grov våldtäkt infördes nämndes gruppvåldtäkt i förarbetena som en kvalificerande omständighet,²⁸³ men tillägget i lagtexten om fleras deltagande gjordes först år 2005. Syftet med tillägget var att förtydliga och utvidga tillämpningsområdet för grov våldtäkt.²⁸⁴ Enligt förarbetena ska en våldtäkt bedömas som grov när offret utsatts för flera övergrepp som utförts av olika personer var för sig och i en följd, eller när flera personer samtidigt har deltagit i övergreppet. Det är inte nödvändigt att samtliga övergrepp utgjort våldtäkter för att gärningen ska bedömas som grov våldtäkt, det är tillräckligt att en gärning bedömts som en kvalificerad sexuell handling.²⁸⁵

Det är inte helt klart vilket tidsmässigt samband som krävs för att flera personer ska anses ha förgripit sig eller på annat sätt deltagit ”i följd”. Formuleringen i förarbetena, ”samtidigt eller i följd”, tyder på att det krävs ett nära tidsmässigt samband mellan övergreppen. Frågan är dock hur lång tid som kan gå mellan olika övergrepp för att flera personer ska anses ha förgripit sig eller deltagit ”i följd”. Hovrättens domskäl i NJA 2018 s. 562 kan användas för att illustrera frågeställningen.²⁸⁶ En väldigt berusad kvinna hade först blivit våldtagen av A, och cirka 45 minuter senare blev hon våldtagen av B. Före den andra våldtäkten hade A räckt över en kondom till B. När B våldtog kvinnan kom A och C in i rummet och filmade övergreppet, C lade sedan upp filmen som en livestream på Facebook. Både A och B dömdes för våldtäkt av normalgraden i hovrätten, och domen överklagades inte i denna del. Fler än en person hade alltså förgripit sig på kvinnan, men åklagaren hade endast yrkat på ansvar för våldtäkt av normalgraden. Det är troligt att det tidsmässiga avståndet på 45 minuter gjorde att våldtäkterna bedömdes som två separata våldtäkter och inte som en grov våldtäkt. Frågan kvarstår emellertid om ”i följd” ska förstås som ”i

²⁸² Se Svensson, 2017, s. 176.

²⁸³ Prop. 1983/84:105, s. 52.

²⁸⁴ Prop. 2004/05:45, s. 54 f.

²⁸⁵ Prop. 2004/05:45, s. 56, 139.

²⁸⁶ Målet redogörs även för i avsnitt 1.1.

omedelbar följd”, eller om ett visst tidsmässigt avstånd mellan olika övergrepp ändå kan bedömas så att övergreppen skett ”i följd”.

Med uttrycket ”på annat sätt deltagit” avses inte endast de som kan dömas som gärningsmän utan även andra som tagit aktiv del omfattas. Av förarbetena till 2005 års lagändring framgår att lagstiftaren ville markera mot övergrepp då flera personer ”genomfört sexuella handlingar med offret eller på annat sätt tagit aktiv del i övergreppet”.²⁸⁷ Formuleringen kan tolkas så att det främst är mer fysiska handlingar som är avsedda att träffas av ordalydelsen ”på annat sätt deltagit”. Ordet ”aktiv” i förarbetena uppställer ett visst krav på agerandet för att det ska betraktas som sådan delaktighet som medför att brottet ska rubriceras som grovt. Lagstiftaren anför att alla handlingar som kan medföra medverkansansvar inte ska omfattas av uttrycket ”på annat sätt deltagit”. Ett exempel på en gärning som enligt lagstiftaren inte bör omfattas är då en person hållit vakt när någon annan genomfört en våldtäkt.²⁸⁸ Det måste alltså enligt 2005 års förarbeten vara fråga om en form av kvalificerat och aktivt deltagande för att beaktas vid rubriceringen.

Det finns inget avgörande från HD som förtydligar hur uttrycket ”på annat sätt deltagit” ska förstås, men NJA 2016 s. 819 kan möjligen ge viss vägledning. I målet var frågan om en våldtäkt som utförts av två personer, delvis gemensamt och delvis var och en i en följd, skulle rubriceras som grov. En kvinna hade först blivit utsatt för vissa sexuella övergrepp av två män i en bil. Den ena mannen, A, utförde därefter en våldtäkt medan den andra mannen, B, väntade utanför bilen. De hade sedan hjälpts åt att flytta den medvetlösa kvinnan från framsätet till baksätet där B sedan våldtog kvinnan medan A väntade utanför bilen. Hovrätten hade bedömt att männen inte hade agerat så mycket tillsammans att det skulle bedömas som grov våldtäkt. Hovrätten menade att det faktum att den ena väntat utanför bilen medan den andra utfört en våldtäkt inte var ett deltagande i den andres gärning. HD ändrade hovrättens dom och bedömde våldtäkten som grov. HD underströk att de båda männen förgräp sig på offret både gemensamt och var och en i en följd, men utvecklande inte något resonemang om huruvida männen deltagit i den andres gärning. HD:s domskäl i NJA 2016 s. 819 tyder på att HD inte ansåg att männen deltagit i varandras övergrepp när de väntat utanför bilen. En sådan tolkning överensstämmer med uttalandet i förarbetena om att en person som hållit vakt under en våldtäkt inte ska anses ha deltagit i övergreppet.²⁸⁹ Domskälen kan även tolkas så att HD ansåg att det saknades skäl att uttala huruvida männen deltagit i varandras gärning eller inte när det var visat att de båda hade förgräp sig på kvinnan i samverkan.

Det är inte helt klart vilken typ av agerande som egentligen ska omfattas av lydelsen ”på annat sätt deltagit”. NJA 2016 s. 819 och 2005 års förarbetsutta-

²⁸⁷ Prop. 2004/05:45, s. 56.

²⁸⁸ Prop. 2004/05:45, s. 139.

²⁸⁹ Prop. 2004/05:45, s. 139.

landen talar för att det åtminstone krävs att en person har befunnit sig på samma plats som där övergreppet skett. Det har inte ansetts tillräckligt att stå utanför ett rum eller en bil och hålla vakt. Sedan 2005 års förarbetsuttalanden har dock kraven på gärningsmannens fysiska aktivitet sänkts. Enligt 2018 års förarbeten uppställs som tidigare nämnts inte något krav på fysisk delaktighet för gärningsmannaskap.²⁹⁰ Det talar för att det inte heller bör krävas ett fysiskt agerande för att anses ha ”på annat sätt deltagit”. Andra aktiva gärningar som inte är kroppsliga men, som bidrar till att kränka offrets sexuella integritet bör därför kunna omfattas av uttrycket ”på annat sätt deltagit”. Ett exempel på ett sådant kränkande agerande skulle kunna vara att någon aktivt filmar gärningen, zoomar in och följer händelseförloppet med kameran.

Intressant är att lagstiftaren i förarbetena till 2018 års lagändring, angående uttrycket ”frivilligt delta” anför att, ” verbet delta i språklig mening inte innefattar någon aktivitet mer än ett närvarande” och att delta omfattar ”både aktivitet och passivitet”.²⁹¹ Ordet delta förekommer både i 6 kap. 1 § st. 1 och st. 4 BrB. Frågan är då om lagstiftarens uttalande även var tänkt att innebära en utvidgning av ordet delta i det fjärde stycket jämfört med 2005 års förarbetsuttalanden. I 2018 års förarbeten verkar inte lagstiftaren ha uppmärksammat att ordet delta förekommer på flera ställen i våldtäktsbestämmelsen. För systematikens konsistens bör orden ha samma innebörd när de används inom samma paragraf. Det går därför att argumentera för att det numera inte krävs ett lika aktivt deltagande som anfördes i 2005 års förarbeten för att någon ska anses ha ”på annat sätt deltagit” i övergreppet.

När det nu inte uppställs krav på fysisk aktivitet för gärningsmannaskap, så bör det alltså inte heller uppställas krav på ett mer aktivt eller fysiskt deltagande för att anses ha ”på annat sätt deltagit”. En person som endast passivt närvarat vid en våldtäkt skulle alltså, utifrån 2018 års förarbetsuttalanden, kunna anses ha ”på annat sätt deltagit”. Det skulle i så fall teoretiskt kunna innebära att det faktum att A endast passivt närvarat när B genomfört en våldtäkt medför att B ska dömas för grov våldtäkt. Det var dock förmodligen inte en sådan situation som lagstiftaren avsett skulle rubriceras som grovt brott. Utifrån 2018 års förarbetsuttalanden bör även en person som tagit del av övergreppen via t.ex. internet kunna anses ha ”på annat sätt deltagit”. Det bör dock krävas att denne tagit del av övergreppet i realtid, d.v.s. ”samtidigt”.²⁹² Situationer där en eller flera personer passivt närvarat, fysiskt eller på distans, är emellertid inte direkt jämförligt med sådana situationer som lagstiftaren tidigare avsett att markera emot, som t.ex. en gruppvåldtäkt.²⁹³ Om man i stället utgår från att det fortfarande krävs ett mer aktivt deltagande så uppstår frågan om var gränsen går

²⁹⁰ Prop. 2017/18:177, s. 43 f.

²⁹¹ Prop. 2017/18:177, s. 9.

²⁹² Jmf även NJA 2018 s. 1103.

²⁹³ Prop. 2004/05:56; Prop. 1991/92:35, s. 14; Prop. 1983/84:105, s. 52.

mellan ett aktivt deltagande som utförs av en främjare och samverkan i medgärningsmannaskap.

3.4.2 Den kvalificerande omständigheten att gärningsmannen visat ”särskild hänsynslöshet”

En kvalificerande omständighet för att bedöma en våldtäkt som grov är om gärningsmannen har visat särskild hänsynslöshet. I förarbetena till den nya sexualbrottslagstiftningen anför lagstiftaren att det förhållande att övergreppet har dokumenterats på bild eller film bör kunna medföra att gärningsmannen bedöms ha visat särskild hänsynslöshet. Detta gäller särskilt då dokumentationen gjorts i spridningssyfte. Lagstiftaren understryker att det kan leda till svåra psykiska påfrestningar att bli fotograferad eller filmad och att det kan ge en känsla av att övergreppet inte tar slut.²⁹⁴ Vissa kvalificerande omständigheter anses som tidigare nämnts kunna hämtas från någon annan än gärningsmannen.²⁹⁵ En förutsättning är dock att det inte hänför sig till mera personliga omständigheter. Frågan är då om rekvisitet ”särskild hänsynslöshet” genom dokumentation bör bedömas som en kvalificerande omständighet som kan hämtas från annan än gärningsmannen. Omständigheten att annan än gärningsmannen bär vapen anses vara ett kvalificerande rekvisit för grovt rån som kan lånas från en främjare.²⁹⁶ Möjligen kan det jämföras med omständigheten att annan än gärningsmannen använt en kamera för att filma eller fotografera under en våldtäkt.

Eftersom det kan vara svårt för den som utför en kvalificerad sexuell handling att samtidigt filma, bör det inte krävas att gärningsmannen själv filmat för att anses ha visat särskild hänsynslöshet. En förutsättning är då givetvis att gärningsmannen varit medveten om filmandet och inte haft någon invändning mot det. Oavsett om det faktum att någon annan än gärningsmannen filmat är en omständighet som kan hämtas från en främjare eller inte, så bör en person som endast filmat åtminstone i vissa fall kunna bedömas ha ”på annat sätt deltagit”. Möjligen skulle även en person som filmat i vissa fall kunna bedömas ha ”utfört” gärningen i medgärningsmannaskap. Det talar för att omständigheten att annan än gärningsmannen filmat våldtäkten bör kunna betraktas som en kvalificerande omständighet som kan hämtas från en medverkande.

Hovrättens dom i NJA 2018 s. 562 kan återigen användas som en illustration. I målet dömdes A och B för våldtäkt av normalgraden. B:s övergrepp filmades av A och C samt livestreamades av C på Facebook. Utifrån 2018 års förarbetsuttalanden så hade möjligen B:s våldtäkt kunnat bedömas som grov, under förutsättning av filmandet och livestreamingen täcktes av B:s uppsåt. Det är, som tidigare nämnts, tillräckligt att det endast förekommit ett övergrepp men där flera personer förgripit sig eller på annat sätt deltagit, för att en våld-

²⁹⁴ Prop. 2017/18:177, s. 67.

²⁹⁵ Se avsnitt 2.2.2.

²⁹⁶ Asp m.fl., 2013, s. 443.

täkt ska rubriceras som grov. I det aktuella målet täcktes emellertid förmodligen inte filmandet av B:s uppsåt, han blev snarare störd av filmandet och avbröt samlaget när han märkte att A och C kom in i rummet med mobiltelefonerna.

3.4.3 Fleras deltagandes i våldtäkt jämfört med fleras deltagande i annat brott mot person

Svensson har pekat på det faktum att fleras deltagande är en omständighet som både regleras i 6 kap. 1 § BrB och i 23 kap. 4 § BrB.²⁹⁷ Det krävs, som tidigare nämnts, inte att samtliga kan dömas som gärningsmän för att anses ha deltagit. En främjare kan således anses ha deltagit i övergreppet på det sätt som avses i 6 kap. 1 § st. 4 BrB. Svensson menar att den omständighet att den som utfört en våldtäkt har haft en medhjälpare kan innebära att gärningsmannen ska dömas för grovt brott. Gällande andra brottstyper medför inte det faktum att brottet har främjats att brottet ska rubriceras som grovt.²⁹⁸ Det innebär att fleras deltagande i sexualbrott hanteras på ett annat sätt än fleras deltagande i annan brottslighet. Om någon främjat t.ex. en misshandel av normalgraden medför inte det att gärningsmannen ska dömas för grovt brott. Omständigheten att någon främjat en våldtäkt av normalgraden kan däremot medföra att ”totalsumman” av brottet blir högre än vid främjande av en misshandel. Systematiken och logiken i brottsbalken blir något märklig när våldtäkt hanteras annorlunda än andra brott.

Ur ett brottsofferperspektiv är det kanske rimligt att fleras deltagande hanteras på ett annat sätt vid våldtäkt än vid exempelvis misshandel. Även om det måste vara förnedrande att bli misshandlad samtidigt som andra uppmuntrar gärningen måste det anses än mer förödmjukande och integritetskränkande att bli våldtagen när andra tittar och hejar på. Ur den tilltalades perspektiv kan det dock uppfattas som något orättvist att brottet ”uppgaderas” till grovt brott på grund av andra personers agerande. Det är även en betydande skillnad i strafflängd mellan brott av normalgraden och grovt brott. Minimistraffet för våldtäkt av normalgraden är två år men för grov våldtäkt är straffminimum fem år. Det krävs inte heller att våldtäkten genomförts med våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art för att bedömas som grov, att flera personer förgripit sig eller på annat sätt deltagit är alternativa kvalifikationsgrunder. För att sätta strafflängden i perspektiv kan det jämföras med straffskalan för misshandel där det krävs en synnerligen grov misshandel för att nå upp till ett straffminimum på fem år. Misshandelsfall som ska bedömas som synnerligen grova är t.ex. om det varit tortyrliknande, om offret orsakats bestående skada som förlamning eller förlorat synen, eller om gärningsmannen visat särskild hänsynslöshet.²⁹⁹ Det

²⁹⁷ Svensson, 2017.

²⁹⁸ Svensson, 2017, s. 185.

²⁹⁹ Se avsnitt 2.3.1. Se även Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Hänsynslöshet eller råhet'.

lidande som en våldtäkt kan medföra ska inte förringas, men det kan ifrågasättas om det kan anses lika klandervärt att genomföra en våldtäkt av normalgraden utan användning av våld, men med en aktiv främjare, som att misshandla någon till förlamning.

3.4.4 Den nedre gränsen för medverkan till en våldtäkt

Kraven på vad som är ett otillåtet främjande anses generellt vara lågt ställda.³⁰⁰ Främjandet behöver som tidigare nämnts inte ha underlättat gärningen, det är tillräckligt att det styrkt gärningsmannen i hans uppsåt. Det kan antas att en person som hållit sin kamrats byxor när kamraten genomfört en våldtäkt, och sedan lämnat platsen i sällskap med kamraten, bör anses ha styrkt kamraten i sitt uppsåt, liksom i NJA 1963 s. 574. Lernestedt menar emellertid, som tidigare nämnts, att gränsen för det straffbara området har utvidgats sedan 1963.³⁰¹ Kraven på vad som är ett straffbart främjande kan alltså möjligen vara ännu lägre ställda idag än i 1963 års fall.

Det brukar anges att det inte är tillräckligt att endast bevittna en brottslig gärning eller att befinna sig på en brottsplats för medverkan.³⁰² Det är emellertid inte helt klart var gränsen mellan ett straffbart och ett straffritt agerande går, särskilt inte när en person som närvarat känner gärningsmannen. Även gränsen mellan medverkan och medgärningsmannaskap måste anses något oklar i de fall där delaktiga endast befunnit sig på brottsplatsen. Utifrån hovrättens dom i den s.k. Göteborgsbranden kan möjligen, som tidigare nämnts, även medgärningsmannaskap i vissa fall aktualiseras för personer som endast befunnit sig på en brottsplats.³⁰³ Det går därför inte att med säkerhet säga att en person som endast passivt, men med gillande min, bevittnat när en kamrat genomfört en våldtäkt inte kan anses ha främjat våldtäkten.

Tidigare har det anförts att det exempelvis kan medföra straffansvar för medhjälp till våldtäkt att hålla vakt eller att hålla fast brottsoffret.³⁰⁴ Även någon som motvilligt accepterat att hålla vakt bör enligt NJA 2006 s. 577 kunna dömas för medhjälp. Det är dock, som tidigare nämnts, inte längre lika självklart att en aktiv främjare vid våldtäkt endast kan dömas för medhjälp. Eftersom våldtäkt inte längre är ett egenhändigt brott kan ett agerande som tidigare var att anse som medhjälp numera vara att anse som medgärningsmannaskap. Det är inte heller klart vilken svårhetsgrad av en våldtäkt som ska anses ha främjats när flera personer närvarat. Det som tidigare ansågs vara ett främjande av en våldtäkt av normalgraden kan numera bedömas som ett främjande av en grov våldtäkt, endast på grund av att våldtäkten främjats.

³⁰⁰ Se t.ex. Asp m.fl., 2013, s. 438.

³⁰¹ Lernestedt, 2009, s. 75.

³⁰² Se t.ex. Strahl, 1976, s. 281; Bäcklund m.fl., 2018, lagkommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken 'Främjande av gärningen'.

³⁰³ Hovrätten för Västra Sverige, dom 2000-08-29 i mål B 2957-00.

³⁰⁴ Prop. 2004/05:45, s. 139; Jareborg m.fl., 2015, s. 124.

Frågan är även var gränsen för otillåtet främjande ska gå när kraven på vad som är en våldtäkt har sänkts. Det krävs inte längre att en våldtäkt genomförts med våld, hot eller otillbörligt utnyttjande och frivilligheten behöver inte ha kommit till uttryck. Även fall där brottsoffret har initierat den sexuella handlingen kan bedömas som våldtäkt, gärningsmannen måste fortsatt försäkra sig om att deltagandet sker frivilligt. I fall där det inte klart framgått av omständigheterna att deltagandet inte varit frivilligt, som t.ex. vid en hotfull situation eller då offret befunnit sig i en särskilt utsatt situation, blir ett eventuellt medverkansansvar kanske främst en fråga om uppsåtstäckning. En person som uppmuntrat en annan person att genomföra en kvalificerad sexuell handling, även om brottsoffret initierat handlingen eller inte uttryckt någon motvilja, bör emellertid kunna uppfylla de objektiva förutsättningarna för medverkansansvar.

Ett fiktivt scenario kan användas för att visa på gränsdragningsproblem som kan uppstå gällande den nedre gränsen för medverkan. Anta att en inte särskilt berusad kvinna initierar en sexuell handling med A på en fest där flera andra personer närvarar, de övriga festdeltagarna börjar ropa uppmuntrande ord och kvinnan ångrar sig och reagerar med passivitet. A känner sig påhejad av de övriga och kontrollerar inte om kvinnan fortfarande vill och genomför ett samlag. De övriga kontrollerar inte heller om kvinnan fortfarande vill ha samlag. Frågan blir då om samtliga som närvarat och ropat uppmuntrande ord ska dömas för medhjälp till våldtäkt. Uppmuntrande ord brukar ju generellt anses som ett främjande. Frågan är om även en person som varit tyst men flinat kan anses ha främjat brottet. Var gränsen mellan ett passivt straffbart agerande och ett passivt tillåtet agerande går kan, som tidigare nämnts, vara särskilt svår att dra när det gäller personer som känner gärningsmannen.³⁰⁵

Det kan även tänkas att det i scenariot ovan ska bedömas som en grov våldtäkt om någon eller några främjat gärningen mer aktivt och därför anses ha ”på annat sätt deltagit”. En person kanske har stått tyst och sett på med gillande min men samtidigt filmat gärningen. Om gärningsmannen märker filmandet och uppskattar det kan gärningsmannen anses ha visat särskild hänsynslöshet. Om filmen i realtid skickas till B via sociala medier och dennes uppmuntrande svar förmedlas till gärningsmannen, kan B möjligtvis dömas för främjande av våldtäkt. Användandet av mobiltelefoner och sociala medier har gjort det svårare att dra en klar gräns för vad som kan utgöra ett otillåtet främjande.

Frågan blir än mer komplicerad när det gäller sexuella övergrepp på distans. Om en person kan anses genomföra en kvalificerad sexuell handling mot en vuxen över internet, blir frågan om vilken typ av agerande som kan utgöra medverkan till gärningen. Anta att en gärningsman begår en våldtäkt på distans via videosamtal. Om gärningsmannen i realtid sprider filmen i ett särskilt forum för personer som gillar att titta på när kvinnor blir utsatta för sexuella övergrepp mot deras vilja, så kanske det räcker att titta på för att medverkansansvar ska aktualiseras. Åtminstone om personer som i realtid tittar på samtidigt skri-

³⁰⁵ Se Asp m.fl., 2013, s. 439. Se även avsnitt 2.2.3.

ver uppmuntrande ord, bör det kunna bedömas som främjande av våldtäkten. När det nu inte uppställs något krav på fysisk aktivitet vid en våldtäkt för gärningsmannaskap bör även kraven på en främjare vara lägre ställda än tidigare. Det måste anses oklart vilken typ av agerande på distans som kan medföra medverkansansvar, och var den nedre gränsen för medverkan till våldtäkt egentligen går.

4 Avslutande kommentarer

Gränsen för vad som är en våldtäkt har förskjutits sedan kravet på våld, hot eller otillbörligt utnyttjande togs bort. Det avgörande är alltså numera att den kvalificerade sexuella handlingen har genomförts med en person som inte deltar frivilligt. Lagstiftarens ambition med den nya sexualbrottslagstiftningen, att förstärka det straffrättsliga skyddet för den sexuella bestämmanderätten och den sexuella integriteten, är berömvärd. Den nya våldtäktsbestämmelsen väcker emellertid en hel del frågor.

Enligt förarbetena är våldtäkt inte längre ett egenhändigt brott, och våldtäkt anges även kunna begås på distans. Samtidigt har den nya våldtäktsbestämmelsen utformats på ett sätt som gör det svårare rent språkligt att döma någon som inte själv ”genomfört” den sexuella handlingen som gärningsman. Möjligen hade en justering av uttrycket i den tidigare lydelsen i 6 kap. 1 § st. 1 BrB, förslagsvis ”förmår annan att företa eller tåla”, rent språkligt varit lämpligare för att täcka även distansfallen. Visserligen har HD i NJA 2015 s. 501 uttalat att rekvisitet ”genomför” inte uppställer något krav på fysisk aktivitet, utan att det avgörande är huruvida personen har påverkat eller styrt händelseförloppet på ett betydande sätt. HD:s uttalande gällde dock sexuellt övergrepp på barn där det sexuella rekvisitet inte är kvalificerat, och går således inte att tillämpa rakt av på ett grövre sexuellt övergrepp på en vuxen. Det är oklart i vilka situationer som ett övergrepp som utförs på distans mot en vuxen kan anses uppfylla ett ”genomförande” av en kvalificerad sexuell handling. Vid övergrepp på distans måste det även anses oklart vem som bör dömas som gärningsman, medgärningsman och medverkande.

Vidare har lagstiftaren uttalat att det inte längre uppställs något krav på fysisk aktivitet för att dömas som gärningsman för sexualbrott. Både HD:s och lagstiftarens uttalanden har emellertid gällt sexualbrott över internet. Det kan därför inte anses klart hur uttalandena ska tolkas vid övergrepp där en eller flera personer är fysiskt närvarande. Det är svårt att tänka sig en situation där en eller flera personer kan anses ha genomfört en våldtäkt utan att någon ens har rört vid brottsoffret. Det utesluter emellertid inte att det kan förekomma situationer som innehåller så förnedrande och kränkande inslag att det bör betraktas som en våldtäkt. Frågan om vem som bör anses som gärningsman, medgärningsman och medverkande i situationer där flera personer fysiskt närvarat, men utan att ha genomfört en sexuell handling, måste anses oklar.

Frågan är även vem som kan anses ha deltagit på ett sådant sätt att våldtäkten ska rubriceras som grov. Enligt förarbetena till den nya sexualbrottslagstift-

ningen uppställer verbet ”delta” inte något krav på aktivitet, även passivitet omfattas. Om detta inte bara ska anses gälla angående uttrycket ”frivilligt delta” så bör det inte uppställas några krav på mer aktivt deltagande för att anses ha ”på annat sätt deltagit”. En sådan tolkning skulle kunna innebära att omständigheten att en gärningsman har haft en passiv främjare vid en våldtäkt av normalgraden, medför att våldtäkten i stället ska bedömas som grov. Lagstiftaren verkar dock inte ha uppmärksammat att verbet ”delta” förekommer på mer än ett ställe i våldtäktsbestämmelsen, med eventuellt olika innebörd. Detta tyder på att den nya lagstiftningen skulle ha behövt genomarbetas grundligare.

Trots att HD i NJA 2015 s. 501 pekat på vissa brister avseende sexualbrottens tydlighet och systematik, menade lagstiftaren att det inte behövdes några förtydliganden. Även i den föregående utredningen hade kommittén menat att det fanns vissa frågetecken angående sexualbrottens räckvidd, detta särskilt med tanke på att lagförslaget innebar omfattande förändringar i brottskonstruktionen. När lagstiftning genomförs utan att seriösa invändningar beaktas och utreds finns det en risk för att grundläggande rättssäkerhetsprinciper åsidosätts. För att kunna döma någon för en våldtäkt utförd på distans, som lagstiftaren anser vara möjligt, krävs så vidsträckt tolkning av bestämmelsens ordalydelse att legalitetsprincipens gränser täns.

Gränsen mellan gärningsmannaskap och främjande har blivit något otydligare sedan det stod klart att sexualbrott kan ske på distans och inte behöver utföras egenhändigt. Det är inte längre klart att en person som deltagit men inte genomfört den sexuella handlingen endast kan dömas för straffbart främjande av våldtäkten. Det som tidigare bedömts som ett främjande kan numera, åtminstone i vissa fall, bedömas som medgärningsmannaskap. När gränsen för gärningsmannaskap och medverkan förflyttas, utvidgas även det straffbara området för otillåtet främjande. Utvecklingen är delvis positiv, att betrakta våldtäkt som ett egenhändigt brott måste anses förlegat, och i det avseendet är det rimligt att våldtäkt numera jämställs med andra brott mot person. Den oklarhet som i flera avseenden råder gällande våldtäktsbrottet är dock betänklig ur rättssäkerhetssynpunkt. Vid ett så allvarligt brott som våldtäkt måste det ställas höga krav på förutsebarhet och rättssäkerhet. Den sexuella integriteten är ett viktigt intresse som ska skyddas av straffrätten, men samtidigt får det inte glömmas bort att straffrätten är ett uttryck för statens yttersta form av maktutövning och fördömande.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1948:80 – Kungliga Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ändring i strafflagen m.m.
- Prop. 1962:10 – Kungliga Maj:ts proposition om förslag till brottsbalk
- Prop. 1983/84:105 – Regeringens proposition om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)
- Prop. 1987/88:14 – Regeringens proposition om ändring i brottsbalken (grov misshandel och grov stöld)
- Prop. 1991/92:35 – Regeringens proposition om sexuella övergrepp mot barn, m.m.
- Prop. 1993/94:130 – Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.)
- Prop. 1997/98:55 – Kvinnofrid
- Prop. 2000/01:85 – Förberedelse till brott m.m.
- Prop. 2004/05:45 – En ny sexualbrottslagstiftning
- Prop. 2012/13:111 – En skärpt sexualbrottslagstiftning
- Prop. 2017/18:177 – En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet

Statens offentliga utredningar

- SOU 1940:20 – Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott
- SOU 1941:25 – Strafflagsberedningens promemoria med förslag till lag om kastrering m.m.
- SOU 1944:69 – Straffrättskommittén betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten
- SOU 1953:14 – Förslag till brottsbalk
- SOU 1996:185 – Straffansvarets gränser
- SOU 2001:14 – Sexualbrotten – Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor
- SOU 2010:71 – Sexualbrottslagstiftningen – utredning och reformförslag
- SOU 2016:60 – Ett starkare skydd för den sexuella integriteten

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1963 s. 574

NJA 1980 s. 606

NJA 1982 s. 525

NJA 1984 s. 922

NJA 1992 s. 474

NJA 2002 s. 489

NJA 2003 s. 473

NJA 2003 s. 645

NJA 2006 s. 535

NJA 2007 s. 929

NJA 2012 s. 826

NJA 2015 s. 501

NJA 2016 s. 3

NJA 2016 s. 819

NJA 2017 s. 515

NJA 2017 s. 531

NJA 2018 s. 562

NJA 2018 s. 1103

Rättsfall från hovrätterna

RH 1991:51

RH 2004:58

RH 2005:56

RH 2018:6

Opublicerade rättsfall från hovrätterna

Hovrätten för Västra Sverige, dom 2000-08-29 i mål B 2957-00

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2002-12-11 i B 2457-02

Svea hovrätt, dom 2010-09-06 i mål B 6392-10

Svea hovrätt, dom 2017-01-25 i mål B 10153-16

Svea hovrätt, dom 2017-03-08 i mål B 6666-16

Hovrätten för Övre Norrland, dom 2018-12-19 i mål B 736-18

Opublicerade rättsfall från tingsrätterna

Stockholms tingsrätt, dom 2016-06-17 i mål B 3929-16

Attunda tingsrätt, dom 2016-06-21 i mål B 1687-14

Rättsfall från Europadomstolen

M.C. mot Bulgarien, 4 december 2003, nr. 39272/98

Litteratur

- Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, 'Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?', *Juridisk Tidskrift*, 2016/17, nr 1, s. 3-18. [cit. Andersson & Wegerstad, 2016/17]
- Asp, Petter, Friberg, Sandra, Göransson, Frida, Johannisson, Sven, Larsson, Mattias, Leijonram, Eric, Nilsson, Göran, Roos, Mari-Ann, Sandahl, Karin, Ulväng, Magnus, Wallinder, Lars, Zila, Josef & Ågren, Jack, *Brottsbalken – en kommentar, kapitel 13-24*, Karnov Group Sweden AB, Stockholm, 2018. [cit. Asp m.fl., 2018]
- Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder – svensk straffrätt I*, 2 u., Iustus Förlag AB, Uppsala, 2013. [cit. Asp m.fl., 2013]
- Bengtsson, Bertil, 'SOU som rättskälla', *Svensk Juristtidning*, 2011, häfte 8, s. 777-785. [cit. Bengtsson, 2011]
- Herlitz, Carl Erik, *Parties to a crime and the notion of a complicity object – A comparative study of the alternatives provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1992. [cit. Herlitz, 1992]
- Herlitz, Carl Erik, 'Delaktighet i brott i ljuset av NJA 1992 s. 474 – en förvirrad del av straffrätten?', *Juridisk Tidskrift*, 1996/97, nr 2, s. 277-305. [cit. Herlitz, 1996/97]
- Hoflund, Olle, *Medverkan till brott*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1972. [cit. Hoflund, 1972]
- Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1994. [cit. Jareborg, 1994]
- Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2001. [cit. Jareborg, 2001]
- Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', *Svensk Juristtidning*, häfte 1, 2004, s. 1-10. [cit. Jareborg, 2004]
- Jareborg, Nils, Friberg, Sandra, Asp, Petter & Ulväng, Magnus, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, 2 u., Iustus Förlag AB, Uppsala, 2015. [cit. Jareborg m.fl., 2015]
- Kaldal, Anna & Lainpelto, Katrin, 'Nya sexualbrottsprejudikat', *Juridisk Tidskrift*, 2009/10, nr 1, s. 95-103. [cit. Kaldal & Lainpelto, 2009/10]
- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21-46. [cit. Kleineman, 2018]
- Lernestedt, Claes, 'Upplösta kroppar, upplösta sinnen: medverkansläran och bortom', Asp, Petter, Lernestedt, Claes & Ulväng, Magnus (red.), *Katedralen – Tre texter om straffrätt*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2009, s. 49-147. [cit. Lernestedt, 2009]
- Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, P A Norstedts & Söners förlag, Stockholm, 1976. [cit. Strahl, 1976]
- Svensson, Erik, *Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2016. [cit. Svensson, 2016]
- Svensson, Erik, 'Fleras deltagande i sexualbrott som kvalifikationsgrund', *Juridisk Publikation*, 2017, nr 1, s. 175-187. [cit. Svensson, 2017]
- Södergård Åkesson, Thommy, 'Gränsdragningen mellan gärningsmannaskap och medverkan', *Juridisk Tidskrift*, 2016/17, nr 1, s. 263-273. [cit. Södergård Åkesson, 2016/17]
- Träskman, Per Ole, 'Våldtäkt, våldtäktsman, gärningsbeskrivning och egenhändigt

- brott', Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2004, s. 675-696. [cit. Träskman, 2004]
- Victor, Dag, 'HD om tillsammans och i samförstånd', *Svensk Juristtidning*, häfte 1, 2004, s. 100. [cit. Victor, 2004]
- Wegerstad, Linnea, *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar – Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*, Lunds universitet, Lund, 2015. [cit. Wegerstad, 2015]
- Wennberg, Suzanne, 'Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp för gärningsmannaskap', Knuts, Gisela (red.), *Förhandlingarna vid det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15-17 augusti 2002 - Del 1*, utgiven av lokalstyrelsen för Finland, 2003, s. 613-638. [cit. Wennberg, 2003]
- Wennberg, Suzanne, 'Från Malexander till Sambandscentralen – fördelar och farhågor med att döma i medgärningsmannaskap respektive medfrämjandeskap', *Juridisk Tidskrift*, nr 3, 2002/03, s. 592-612. [cit. Wennberg, 2002/03]
- Wennberg, Suzanne, 'Mobiltelefontrafik som bevismedel vid samarbete med okända (med)gärningsmän', *Juridisk Tidskrift*, nr 1, 2007/08, s. 156-165. [cit. Wennberg, 2007/08]
- Wong, Christoffer, 'Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi – nya prejudikat om det straffrättsliga begreppet "gemensamt och i samförstånd"', *Juridisk Tidskrift*, 2003/04, nr 4, s. 924-928. [cit. Wong, 2003/04]
- Ågren, Jack, Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, 10 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018. [cit. Ågren m.fl., 2018]

Elektroniska databaser

- Bäcklund, Agneta, Johansson, Stefan, Trost, Hedvig, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne & Wersäll, Fredrik, lagkommentaren till 6 kap. och 23 kap. BrB, Zeteco, 2018. [cit. Bäcklund m.fl., 2018]
- Lernestedt, Claes, 'Är våldtäkt fortfarande ett egenhändigt brott? Och borde det vara det?', *Expertkommentar*, Karnov, 2012. [cit. Lernestedt, 2012]
- Svenska Akademiens Ordlista*, u. 14, Norstedts Förlag, 2015. [cit. SAOL, 2015]
- Svensk Ordbok*, Norstedts Förlag, 2009. [cit. SO, 2009]