

# Våldtäkt: tvång eller bristande samtycke som grund för ansvar?

- En diskussion om 1998 års Sexualbrottskommittés utredning och resonemang -

20 poäng, Uppsats i tillämpade studier vid Juridiska Institutionen/Göteborgs Universitet VT 03  
Wanna Svedberg 721127 – 9281  
Handledare Eva – Maria Svensson  
Göteborg 030901

<b>1. INLEDNING</b> .....	<b>2</b>
1.1 BAKGRUND.....	2
1.2 SYFTE/FRÅGESTÄLLNING.....	4
<b>2. METOD/TEORI</b> .....	<b>4</b>
2.1 METOD.....	4
2.2 GENUSTEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER.....	6
2.3 RÄTTSTEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER.....	8
<b>3. AVGRÄNSNINGAR</b> .....	<b>11</b>
<b>4. DAGENS STRAFFRÄTTSLIGA REGLERING AV SEXUELLA ÖVERGREPP MOT VUXNA</b> .....	<b>12</b>
4.1 INLEDANDE KOMMENTARER.....	12
4.2 VÄLDTÅKT BRB 6:1 §.....	13
4.3 SEXUELLT TVÅNG BRB 6:2 §.....	15
4.4 SEXUELLT UTNYTTJANDE BRB 6:3 §.....	16
4.5 SEXUELLT OFREDANDE BRB 6:7 §.....	17
<b>5. TVÅNG ELLER SAMTYCKE I EN NY REGLERING? SOU 2001:14</b> .....	<b>17</b>
5.1 INLEDANDE KOMMENTARER.....	17
5.2 ARGUMENT RELATERADE TILL STRAFFRÄTTENS UTVECKLING.....	18
5.3 ARGUMENT RÖRANDE TILLÄMPNINGSSVÅRIGHETER.....	19
5.4 ARGUMENT RÖRANDE ATT KRAVET PÅ TVÅNG REDAN ÄR UTTUNNAT.....	20
5.5 ARGUMENT RELATERADE TILL BROTTSBALKENS SYSTEMATIK.....	21
5.6 ARGUMENT RÖRANDE SVÅRIGHETER MED ATT DEFINIERA BEGREPPET SAMTYCKE.....	22
5.7 ARGUMENT RELATERADE TILL LAGENS NORMERANDE VERKAN OCH KVINNOFRIDEN.....	23
5.8 AVSLUTANDE KOMMENTARER.....	24
<b>6. ANALYS</b> .....	<b>25</b>
6:1 INLEDANDE KOMMENTARER.....	25
6.2 ANALYS RÖRANDE STRAFFRÄTTENS UTVECKLING.....	25
6.3 ANALYS RÖRANDE TILLÄMPNINGSSVÅRIGHETER.....	27
6.4 ANALYS RÖRANDE ATT KRAVET PÅ TVÅNG REDAN ÄR UTTUNNAT.....	30
6.5 ANALYS RÖRANDE BROTTSBALKENS SYSTEMATIK.....	30
6.6 ANALYS RÖRANDE SVÅRIGHETEN MED ATT DEFINIERA BEGREPPET SAMTYCKE.....	32
6.7 ANALYS RÖRANDE LAGENS NORMERANDE VERKAN OCH KVINNOFRIDEN.....	33
<b>7. SAMMANFATTNING</b> .....	<b>38</b>
<b>6. KÄLLFÖRTECKNING</b> .....	<b>40</b>
6.1 LITTERATUR.....	40
6.2 OFFENTLIGT TRYCK.....	41
6.3 ARTIKLAR.....	42

# 1. Inledning

## 1.1 Bakgrund

*Sent en mörk kväll går en man ensam ute på en gata. Anledningen till att mannen rör sig ensam ute på stadens gator förtäljer inte historien. Han är ganska stilig och synnerligen välklädd. Redan vid en första anblick på mannen kan man se att han bär exklusiva kläder som inte kan köpas för billiga pengar. Mannen styr sina steg mot parken. Hans tanke var att ta en genväg genom parken hem. Väl inne i parken blir han överfallen av en beväpnad rånare. Rånaren begär att få plånboken och de smycken han bär på sig. Mannen som vid det här laget fruktade för sitt liv ger rånaren det han kräver utan att knysta ett ord, eftersom han var rädd att rånaren inte skulle tycka att han var tillräckligt tillmötesgående. Mannen hade en obeskrivlig rädsla att något ännu värre skulle inträffa om han inte omedelbart åtydde rånarens befallning. Vi får senare veta att mannen tidigare någon gång donerat pengar.<sup>1</sup>*

*I rättegången som senare följde fick den rånade mannen en mängd frågor kring omständigheterna den kvällen han blivit överfallen. Frågor som till sin karaktär handlade om den rånade mannens beteende och agerande före och under överfallet. Varför han gick ensam genom parken den kvällen? Varför han var klädd i utmanande exklusiva kläder? Varför han frivilligt hade givit rånaren sin plånbok och smycken? Varför han inte hade gjort något motstånd? Under processen, efter att det hade konstaterats att den rånade vid ett tidigare tillfälle före överfallet donerat pengar, ställdes det frågor på temat om han tyckte om att ge bort pengar till okända människor. Däremot ställdes inga frågor till den misstänkte om han tidigare rånat okända människor.*

*I domslutet konstaterar man att; eftersom den rånade mannen inte visat på tillräckligt motstånd som han borde, kunde han inte ha ansetts blivit rånad.*

För att underlätta förståelsen för de frågor som uppsatsen är tänkt att problematisera har jag valt ett scenario, som ursprungligen härstammar från en artikel publicerad i American Bar Association Journal år 1975, där man jämför en våldtäktssituation med en rånsituation. Den har använts i flera sammanhang eftersom den på ett förtjänstfullt sätt illustrerar problematiken med att tvånget i våldtäktsbestämmelsen, i en rättslig process, i praxis har kommit att innebära ett krav på att offret i en våldtäktssituation ska ha gjort motstånd.<sup>2</sup> Motsvarande krav, att rånoffer i en rånsituation skall ha gjort motstånd, förekommer däremot inte.

När det gäller den straffrättsliga regleringen rörande sexuella övergrepp mot vuxna förutsätts det för straffansvar vid våldtäkt enligt 6 kap. 1 § BrB att gärningsmannen har genomfört samlaget eller det därmed jämförliga sexuella umgänget med kvalificerat tvång; gärningsmannen skall genom att använda ett visst våld eller hot tilltvingat sig det sexuella umgänget. Är tvånget lindrigare kan ansvar för sexuellt tvång enligt 6 kap. 2 § BrB istället bli aktuellt. I kapitel tre kommer jag att ge en närmare översikt av den straffrättsliga regleringen rörande sexuella övergrepp mot vuxna och gränsdragningsproblematiken som ibland uppstår mellan de olika brotten. På senare tid när det gäller sexuella övergrepp har det problematiserats om grunden för ansvar om sexuella övergrepp bör baseras på tvång. En kommitté tillsattes år 1998 och denna skulle, enligt kommittédirektivet, bl.a. utreda om grunden för ansvar för sexuella övergrepp mot vuxna istället bör vara bristande samtycke.<sup>3</sup>

För att den fortsatta framställningen skall vara begriplig måste jag redan inledningsvis kommentera hur kommittén tolkat direktivet i allmänhet och begreppet bristande samtycke i synnerhet. Sexualbrottskommitténs tolkning av förhållandet mellan principen om tvång respektive bristande samtycke som grund för ansvar förefaller vara linjär i den betydelsen att tvång ses som ett utgångsläge från vilket man sedan rör sig i en riktning mot att bristande samtycke skall vara tillräcklig grund för ansvar. Denna linjära tolkning har som sin utgångspunkt att ansvaret, oavsett var man befinner sig på linjen, läggs på kvinnor. Annorlunda uttryckt innebär

<sup>1</sup> Pohjonen Soile, Kvinnor, våld och straffrätt, Ur 13 *Kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg Gudrun (red.), sid. 218 - 219

<sup>2</sup> Sutorius Helena, Kaldal Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, sid. 112-113

<sup>3</sup> Dir. 1998:48

nuvarande reglering att det sexuella umgänget måste ha föregåtts av följande typscenari: kvinnan måste ha varit så tydlig och ihärdig i sitt avvisande av det sexuella umgänget att gärningsmannen (för att kunna genomföra det sexuella umgänget) valt att använda råntvång för att det skall bli fråga om våldtäkt. När kommittén sedermera rör sig längs denna linje om vilken grund, d.v.s. tvång eller bristande samtycke som skall vara avgörande för ansvar kommer kommittén fram till att bristande samtycke måste förstås på följande sätt: kvinnan måste ha varit så tydlig och ihärdig i sitt avvisande av det sexuella umgänget att gärningsmannen *medvetet* sätter sig över hennes bristande samtycke till det sexuella umgänget. Innebörden av kommitténs tolkning av direktivet blir att kvinnan vid en reglering med bristande samtycke inte behöver protestera *lika mycket* som vid en reglering med råntvång, men det är fortfarande hennes primära uppgift att protestera. Protesterna behöver alltså inte vara så tydliga att de föranleder ett råntvång, men de behöver vara så tydliga att det bristande samtycket klart framgår för gärningsmannen.

Kommittén har således inte tolkat direktivet såsom ett paradigmskifte. Ett paradigmskifte hade det varit om man, till skillnad från denna linjära tolkning, valt att förstå direktivet som att införandet av bristande samtycke som grund för ansvar i sexualbrottslagstiftningen skulle utgå från att den (i praktiken mannen) som har sexuellt umgänge har ett aktivt ansvar att förvissa sig om att den andre har samtyckt. Paradigmskiftet skulle innebära att istället för att det är kvinnans primära uppgift att *protestera* blir det mannens primära uppgift att *fråga*. Frågan om varför kommittén inte tolkat kommittédirektivet som ett paradigmskifte inryms som en övergripande del i min frågeställning. Se avsnitt 6.5 *Analys rörande brottsbalkens systematik*.

Utredningen resulterar i, utifrån kommitténs linjära tolkning av direktivet, att det också enligt en ny lagstiftning om sexuella övergrepp mot vuxna bör krävas att gärningsmannen med våld eller hot tilltvingat sig en sexuell handling. Däremot bör kravet på att det skall vara fråga om s.k. råntvång, enligt kommittén, slopas och redan en lägre grad av tvång leda till straffansvar. Således är det kommitténs uppfattning att lagstiftningen därmed understryker den sexuella självbestämmanderätten och integriteten genom att röra sig i riktning mot bristande samtycke; ”Den som gör sig skyldig till en våldtäkt iakttar inte den andra personens sexuella självbestämmanderätt. Genom brottet kränker förövaren också offrets integritet.”<sup>4</sup>

Kommitténs förslag på ändringar, enligt den översyn som gjorts över sexualbrotten, har emellertid mött omfattande kritik från remissinstanserna.<sup>5</sup> Flertalet av remissinstanserna anser att rekvisiten i den föreslagna nya lydelsen är alltför vaga och otydliga. Detta riskerar, menar man, att leda till avsevärda tillämpningssvårigheter. Vidare anser man att systematiken i sjätte kapitlet försämrats, samt att gränsdragningen till andra sexualbrott urvattnats. Vad angår frågan om vilken princip som bör förordas *tvång* eller *samtycke* som grund för straffansvar i våldtäktsbestämmelsen har majoriteten av de remissinstanser som yttrat sig i frågan däremot tillstyrkt att nuvarande princip om krav på tvång bör kvarstå. I skrivande stund har ännu inga lagstiftningsåtgärder vidtagits med anledning av sexualbrottskommitténs betänkande år 2001 vad beträffar den straffrättsliga regleringen av sexualbrotten. Justitiedepartementets målsättning under år 2003 är att bearbeta och färdigställa de förslag som framförts i betänkandet för vidare beredning. Det är således inte aktuellt med en ny översyn över sexualbrotten i sjätte kapitlet med anledning av den kritik som riktats mot kommitténs förslag på ändringar. Mot bakgrund av att flertalet av remissinstanserna av olika skäl tycks vara rörande överens om att kravet på tvång bör vara kvar finner jag det synnerligen angeläget att analysera just den frågan, eftersom jag befarar att kommitténs avvägning mellan tvång/bristande samtycke okommenterat kommer att flyta in i en framtida bestämmelse.

Jag menar att den diskussion som förs i utredningen är intressant att studera närmare eftersom den bakomliggande grunden för den linjära problematiseringen beträffande tvång och bristande samtycke är nära sammanbunden med föreställningar kring kön och sexualitet. Detta innebär att

---

<sup>4</sup> SOU 2001:14 sid. 143

<sup>5</sup> Ds Ju 2001/1805

eventuella förslag på lagändringar rörande sexualbrott mot vuxna oreflekterat kommer att grundas på just dessa föreställningar.

## 1.2 Syfte/frågeställning

Syftet med studien är att redogöra för de argument kommittén valt att framföra som centrala för sin bedömning om vilken princip, d.v.s. tvång eller bristande samtycke, som bör vara avgörande för ansvaret för sexualbrott mot vuxna. Genom att kritiskt analysera kommitténs argument försöker jag förstå de bakomliggande föreställningar om kön<sup>6</sup>, könsrelationer och våld som ligger till grund för den diskussion som förs i betänkandet. Mer konkret är den fråga jag söker svaret på följande; varför kommer kommittén fram till slutsatsen att principen om tvång som grund för ansvar bör bibehållas även i en framtida reglering?

I avsnitt 2. *Metod/Teori* kommer jag att utveckla uppsatsens teoretiska och metodologiska utgångspunkter. Därefter kommer jag i avsnitt 4. *Den straffrättsliga regleringen av sexuella övergrepp mot vuxna* att kort redogöra för definitioner och gränsdragningar mellan de olika sexualbrotten. Dessa avsnitt är nödvändiga för att på ett fullgott sätt kunna förhålla sig till utredningens diskussion, för vilken jag redogör i avsnitt 5. *Tvång eller samtycke i en ny reglering?* Denna diskussion kommer sedan att ligga till grund för min analys i avsnitt 6. *Analys*, för vilken jag sammanfattar i avsnitt 7. *Sammanfattning*.

## 2. Metod/Teori

### 2.1 Metod

Tyngdpunkten i min undersökning har primärt varit att analysera den utredning som gjorts av 1998 års Sexualbrottskommitté beträffande vilken princip tvång eller bristande samtycke som bör vara avgörande för ansvar när det gäller sexuella övergrepp mot vuxna. I betänkandet diskuteras och framförs olika argument som enligt kommitténs uppfattning talar för respektive emot att bristande samtycke bör vara avgörande för ansvaret för sexualbrott. Genom att kritiskt analysera kommitténs argument har jag försökt att ge underlag för reflektion om de bakomliggande rättsliga föreställningarna kring kön och sexualitet.

Principerna om tvång respektive bristande samtycke som grund för ansvar har i uppsatsen fått finnas med som ett teoretiskt verktyg att utgå ifrån både i mitt sökande efter litteratur i ämnet och i bearbetningen av det material jag använt mig av.

I den delen av arbetet som handlar om att försöka utröna eller beskriva vad man kallar ”gällande rätt” kommer jag att utgå från den s.k. rättskällevärdslära vilken företrädesvis rangordnar, enligt fallande hierarkisk ordning, lagstiftning, förarbeten, rättspraxis, doktrin och sedvanerätt<sup>7</sup> som bestämmande för innehållet i den ”gällande rätten”. Metoden brukar traditionellt sett inom rättsvetenskapen kallas den rättsdogmatiska metoden.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Med kön avser jag i detta sammanhang kön i biologisk mening. Jmf. genusbegreppet som har en vidare betydelse och avser det sociala könet i motsats till det biologiska. Det sociala könet är inte givet en gång för alla utan påverkas bl.a. av sociala, ekonomiska politiska, kulturella institutioner... Vidare är begreppet relationellt vars innebörd är att den handlar om förhållandet mellan män och kvinnor, eller närmare bestämt det som definieras som manligt och kvinnligt. Det är i dessa betydelse jag fortsättningsvis använder begreppen kön samt genus. Se Andersson G., Granström G., Jansson K., *Kvinnorna och rätten*, sid. 14-16, Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 11-12

<sup>7</sup> Sundberg Jacob, *Rättskällorna på 1900 – talet, Filosofie och rättsvetenskap*, Belfrage Bertil och Stille Leif (red.), sid. 173

<sup>8</sup> Hydén Håkan har i, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, använt sig av begreppet paradigm med vilket han avser en viss kunskapsstruktur som sammanhålls av vissa gemensamma utgångspunkter eller axiom. Paradigmen inom rättsvetenskapen (rättsdogmatiska-, rättsrealistiska- och den rättssociologiska) skiljer sig åt i dess syn på rättens betydelse för de beslut som fattas på rättslig grund. Det rättsdogmatiska paradigmat menar Hydén utgår i sin verklighetsuppfattning från att rättsregler existerar och dessutom kan skiljas från andra normer i samhället. Ontologiskt intar rättsdogmatiken ståndpunkten att kunskap går att finna i rättskällor och enbart rättskällor som han menar endast består av huvudsakligen förarbeten till en lag dvs. propositioner. Att rättsdogmatiken aldrig besvärar

Min utgångspunkt i studien är den officiellt antagna ståndpunkten; att könsrelaterat våld är ett hinder för jämställdhet mellan kvinnor och män.<sup>9</sup> Det övergripande syftet för denna uppsats är att undersöka hur denna målsättning avspeglats och uttrycks i rättsordningen och då specifikt i den straffrättsliga regleringen rörande sexuella övergrepp mot vuxna. Synen på sexuella övergrepp måste ses utifrån den samtida konstruktionen av kön och sexualitet, d.v.s. att normer och föreställningar kring dessa påverkat tidigare lagstiftning rörande sexualbrott och fortfarande i allra högsta grad påverkar lagstiftningsarbetet.<sup>10</sup> På ett strukturellt plan har detta inneburit att synen på exempelvis brottet våldtäkt och det förkastliga i företeelsen varierat över tid ur såväl samhällslig<sup>11</sup> som rättslig<sup>12</sup> aspekt. Att rätten påverkas av strukturella maktförhållanden, menar jag, är inget särpräglat fenomen för just den straffrättsliga regleringen gällande sexualbrott. Det ojämlika maktförhållandet mellan könen tar sig uttryck i allt från könsrelaterat våld till osakliga löneskillnader. Könsmaktsystemet eller genusystemet kommer jag att utveckla i avsnitt 2.2 *Teori*, i vilket Yvonne Hirdmans teori om genusystemet redogörs. Människor är inte ”autonoma i förhållande till de strukturella maktförhållandena.”<sup>13</sup> Susanne Fransson har exempelvis gett uttryck för ståndpunkten att man vid varje rättsvetenskaplig analys måste ha klart för sig att vi sålunda påverkas på såväl ett individuellt plan som ett strukturellt plan av de förhållandena som utgör vår vardag och verklighet. Denna verklighet skiljer sig åt mellan kvinnor och män. För att en rättsvetenskaplig analys skall ha något att tillföra över huvud taget måste denna insikt vara ständigt närvarande och styra metodologin i övrigt.

Ämnesvalets komplexitet har inneburit att det varit nödvändigt att förutom rättskällor använda mig av andra vetenskapliga discipliner för bearbetning, tolkning och analys. Sociologi, och feministiska teorier om genusstrukturer<sup>14</sup> har således varit en väsentlig kunskapskälla i syftet att skapa förståelse för rätten som ett system bland och inom andra system. Vidare har rättsfilosofiska teorier om rätten, d.v.s. hur rätten uppfattas utifrån ett genusperspektiv, varit betydelsefulla. Vad beträffar föreställningen om rätten, och mer precist dess legitimitet och normerande verkan, har Eva-Maria Svenssons rättsfilosofiska avhandling varit en stor inspirationskälla i mitt arbete.

Jag har inte för avsikt att ägna mig åt primär källforskning; det empiriska material jag kommer att använda mig av är huvudsakligen hämtat från Helena Sutorius, Stina Jeffner och Katarina Wennstam. Författarna har redan utförligt sammanställt och tolkat relevanta rättsfall och socialt förekommande normer och föreställningar; därav saknas det anledning att själv företa dylika undersökningar.

Föreliggande arbete har således inte begränsats till att endast uttolka för tillfället gällande lagbestämmelser eller enbart rättsdogmatiskt analysera den aktuella diskussion som förs i betänkandet från år 2001 om våldtäktsbestämmelsen framtida utformning. Med utgångspunkt från en problemorienterad ansats har andra infallsvinklar än de gängse ”juridiska” lyfts fram vilka kan antas ha betydelse för förståelsen eller den rättsliga hanteringen av intressekonflikterna på området. Den problemorienterade ansatsen har den fördelen framför den regelorienterade att ”den [...] karaktäriseras av ett *öppet* [betraktelsesätt] [kursivt i original.]”<sup>15</sup>

---

sig med att ens fundera över att de uttalanden som görs i förarbeten kan vara ett uttryck för politiska kompromisser eller temporära ställningstaganden är ett problem i vilket han menar att variationsmöjligheterna att behandla vissa frågor i paradigmet begränsas.

<sup>9</sup> Skr. 1999/2000:24

<sup>10</sup> Jansson Karin Hassan, *Kvinnofrid synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*, sid. 20

<sup>11</sup> Ur samhällslig synvinkel avser jag andra normbildande institutioner som kan verka handlingsdirigerande för såväl den enskilde individen som på ett kollektivt plan, ett exempel kan vara kyrkans syn på sexualitet.

<sup>12</sup> Ur rättslig aspekt ska förstas lagarnas förändring och våldtäktsbrottets utveckling vad gäller vilka handlingar som anses straffbara, vilka skyddsintressen man avsåg/avser att skydda samt de normer och värderingar som ligger till grund för lagstiftningen.

<sup>13</sup> Fransson Susanne, *Lönediskriminering*, sid. 102

<sup>14</sup> SOU 1990:44, *Demokrati och Makt i Sverige*, Maktutredningens huvudrapport sid. 73 - 116

<sup>15</sup> Westberg Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Ur *Festskrift till Per Olof Bolding*, Heuman Lars (red.), sid. 423

Fördelen med att befinna sig utanför det som traditionellt sett anses tillhöra rättskällor i analysen är att man undviker att fastna i en cirkulär inomrättslig studie av rättssystemet. Att befinna sig utanför cirkeln i den meningen att man betraktar rätten som en del i ett större sammanhang kan förhoppningsvis erbjuda ett bättre underlag för de frågeställningar jag satt upp. Dennis Töllborg har i sin utveckling av den kritiska teorin hävdat att det är nödvändigt att vara medveten och öppen om det förhållningssätt man intar, då man ofrånkomligen utgör en del av den sociala process man studerar.<sup>16</sup> Detta menar han kan tillföra processen en kritisk självmedvetenhet. Jag gör således inte anspråk på att presentera några objektiva sanningar om rättens system och funktion utifrån min position när jag betraktar rätten. Jag är medveten om att de alternativa ”sanningar” jag medvetet eller omedvetet producerar i min förståelse av den verklighet jag befinner mig i ingår i en ständigt pågående process där förståelsen ytterst grundar sig på hur jag tar del av sammanhangen.<sup>17</sup>

## 2.2 Genusteoretiska utgångspunkter

En utgångspunkt för uppsatsen är Yvonne Hirdmans teori om genussystemet som diskuteras i maktutredningens huvudrapport.<sup>18</sup> I denna redovisas olika aspekter av maktbegreppet och det svenska samhällets maktstruktur. Makt som ett teoretiskt begrepp definieras som möjligheten att påverka såväl andra personers handlande som regelsystemen i samhället. Teorin om genussystemet är central för uppsatsens fortsatta framställning då den ökar förståelsen av orsakerna till den generellt lägre sociala, ekonomiska och politiska position som kvinnor haft och alltjämt har. Teorin utgör ett redskap för att bättre förstå det ojämna maktförhållandet som råder mellan kvinnor och män på livets alla områden även vad gäller sexualitet.

Hirdman menar att genus är konstruerat och uppfattningen om manligt respektive kvinnligt är inte konstant och existerar således inte utanför sin sociala och kulturella kontext. Genus bör enligt Hirdman förstås som mer komplicerat än begreppet ”socialt kön”. Den senare antyder, menar hon, snarast på en uppfattning om en summa av enheterna ”socialt” + ”kön”, vilket hon anser vara en dikotomistisk konstruktion. Denna avvisas och Hirdman illustrerar denna förenklade uppfattning enligt formeln  $1+1=2$ . Istället förespråkar hon en förståelse för genus som bygger på att vårt biologiska kön respektive sociala kön inte är särskiljbara från varandra och enligt denna uppfattning existerar således inte ettorna utan det finns bara ett 2.<sup>19</sup> Resultatet av denna formering skapar däremot olikheter mellan könen och hierarkier som karaktäriseras av kvinnlig underlägsenhet och manlig överlägsenhet och där kvinnor och män inordnas i genussystemet. Denna inordning sker genom genuskontrakt som över tid förändras och anpassas, men oberoende av sin historiska och kulturella kontext har genuskontraktet den innebörden att kvinnor och män har givna handlingsramar. Därmed hävdar Hirdman att kvinnor och män på grund av sitt kön ges skilda platser, sysslor och egenskaper i samhället.<sup>20</sup>

Genussystemets styrande logiker eller lagar utgörs enligt Hirdman av (1) könsens isärhållande och (2) den manliga normens primat. Med könsens isärhållande avses exempelvis arbetsfördelningen mellan kvinnor och män där vissa yrken uppfattas som kvinnliga respektive manliga sådana. Den andra logiken utmärks av att mannen betraktas som en norm för det generella och objektiva och att denna värderas högre. Hirdman exemplifierar detta enligt följande; om en tidigare mansdominerat yrke blir kvinnodominerat sänks per automatik yrkesgruppens lön och status. Den manliga normen är inte alltid synlig utan har funktionen som en objektiv måttstock. Denna könsens ordning innebär i realiteten att kvinnors position i samhället i

<sup>16</sup> Töllborg Dennis, Kritisk teori. Rätten som ideologi., Artikel ur Textkompendium i rättsvetenskap ht. 1999 sid. 175

<sup>17</sup> Svensson Eva-Maria använder sig av begreppet tankeram när hon illustrerar förståelsen och kunskapens process. Hon menar att vår tankeram är kulturberoende vars förhållande vi mer eller mindre är fångade i. Kulturen innefattar ett komplex av antaganden som formar ”all vidare bestämning av hur tillvaron organiseras”. Hennes teori om tankeram står att läsa i kapitel 2 i *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*.

<sup>18</sup> SOU 1990:44, sid. 73-114

<sup>19</sup> SOU 1990:44, sid. 76

<sup>20</sup> SOU 1990:44, sid. 78

förhållande till män utmärks av deras mindre plats, inskränkt rörelsefrihet, kontrollerade handlingar i såväl det psykiska som fysiska rummet. Utifrån denna tankegång finns det anledning att, menar Hirdman, hävda att maktförståelsen mellan könen baseras på en uppfattning av makt som ett rumsligt begrepp.<sup>21</sup> Den genusformerande ordningen tvingar kvinnor och män till olika rationella strategier för att upprätthålla genuskontraktet<sup>22</sup> och bidrar således till ordningens upprätthållande. Annorlunda uttryckt är att kvinnor bejakar en ideologisk norm, genom att kombinera två motstridiga krav; lönearbeta och föda/ta hand om barn, som de själva kan leva upp till utan att behöva råka i för svåra förhandlingar med sina män. I maktutredningen talas det om den ”tysta lösningen” av könsens konflikt, vilken i huvudsak innebär att det på både det privata och det offentliga planet skapas ordningar som förefaller bidra till jämställdhet men som inte innebär någon grundläggande förändring av de strukturer som bidrar till att upprätthålla könssegregeringen och ojämställdhet.

Sedan mitten av 70-talet har vi i Sverige varit inne i jämställdhetskontraktets tid. Den officiella målsättningen vad gäller könsens relation är de lika rättigheterna, de lika skyldigheterna och de lika möjligheterna. Den märkbara manliga normering av samhällets institutioner uppfattas inte längre som legitim. Hirdman avser i detta sammanhang framförallt de politiskt skapade institutionerna. Denna, menar hon, måste försvaras och argumenteras för, vilket bidrar till att stärka rådande könskonflikt. Det problem vi idag ställs inför är att även om genuskontrakten är under s.k. omförhandling är det kvinnor som kollektivt definieras som problem. Ett exempel på detta som Hirdman tar upp är att i beskrivningar av människors ordning i samhället utgår man ifrån mäns relation till andra män, med utgång från deras plats i den stora världen d.v.s. främst på arbetsmarknaden. En sådan beskrivning skapar åskådighet och enhetlighet och bildar bas för våra föreställningar om status, hierarki i samhället. Emellertid anser Hirdman att denna beskrivning framställs på bekostnad av framförallt kvinnors verklighet eftersom de tenderar att försvinna in i dessa grupperingar. På så sätt möter vi olika förklaringsmodeller i officiella dokument. Ett exempel som Hirdman tar upp är den publicerade rapporten ”*Ojämligheten i Sverige*”, där man i en kommentar förklarar orsaker till kvinnors lägre status. När man i rapporten redovisar skillnader i status, ekonomi på arbetsmarknaden och mellan könen talar man i termer av ”olikheter” och undviker strategiskt att tala om ojämlikhet. Detta beror på att ordvalet ”olikhet” döljer det faktum att ett maktförhållande föreligger och även antyder att det handlar om något positivt och beroende av eget val till skillnad mot den förra. En annan vanlig förekommande förklaring är att man avvisar generalitet, d.v.s. det systematiska mönster som kvinnoforskningen visar. Gemensamt för dessa är, enligt Hirdman, att de är förtryckande och förhindrar en reell förändring av maktrelationen mellan könen.<sup>23</sup>

Hirdmans teori om genusystemet är fundamental för denna uppsats vidkommande eftersom den ger en ökad förståelse för de verkliga motiven och övervägandena bakom sexualbrottslagstiftningen. ”Rättssystemet präglas av genusystemet och det märks på det sättet att rätten som helhet, dess ideologi, principer, lagar, tolkningsprinciper, praxis m.m. är utformade utifrån en manlig norm.”<sup>24</sup> Den manliga normens primat yttrar sig, konkret, på så sätt att ”våldtäkt” förstås konceptuellt som en överfallsvåldtäkt. Därmed osynliggörs exempelvis sexuella övergrepp inom ramen för en stadigvarande relation i en de facto ojämlik maktrelation på individnivå – den för kvinnan oönskade sexuella akten mellan två parter inom en ojämlik relation definieras inte som en ”verklig våldtäkt”. För kvinnan däremot är ett påtvingat samlag, oavsett det kommit till stånd till följd av råntvång eller en socialt förtryckande relation, givetvis att, emotionellt sett, beskriva som just ”våldtäkt”. Att en man juridiskt sett anses kunna våldta sin

---

<sup>21</sup> SOU 1990:44, sid. 79

<sup>22</sup> Med kontrakt menar man i maktutredningen ”ett oskrivet kontrakt” mellan kvinnor och män. Denna är i sitt innehåll en kulturellt nedärvd relation mellan könen, vilket i sin tur skapar socialt mönster i samhället, se proposition 1993/94:147

<sup>23</sup> SOU 1990:44, sid. 74 ff.

<sup>24</sup> Svensson Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg Gudrun (red.), sid. 247



hustru är *en* sak, det förutsätts i så fall att han använder råntvång. Problemet jag vill peka på är att i en ojämlig relation ”behöver” mannen inte använda råntvång för att genomdriva ett påtvingat samlag, vilket inte täcks av våldtäktsbestämmelsen.

Hirdmans teori om genussystemet är officiellt sanktionerad och ligger till grund för svensk jämställdhetspolitik. Det är således rimligt att kräva att offentliga utredningar använder sig av hennes teori.

### 2.3 Rättsteoretiska utgångspunkter

Av samma skäl som man måste ha en klar förståelse för genussystemet och dess styrande logiker måste man i rättsvetenskapliga sammanhang ha en klar och uttalad uppfattning om rättens ontologi och epistemologi. För att illustrera vad jag menar: hävdar man att lagstiftaren ägnar sig åt normativa ställningstaganden *kan* för att inte säga *bör* dessa ställningstaganden kritiskt granskas just normativt. Menar man däremot att rättsprinciper finns i ontologisk mening får man däremot kritisera lagstiftarens metod att epistemologiskt fastställa vilka dessa är; några normativa ställningstaganden ingår i sådant fall inte i den juridiska metoden eller analysen. När kommittén resonerar kring vilken princip tvång eller bristande samtycke som bör vara avgörande för ansvar för sexuella övergrepp mot vuxna och vad som anses möjligt att lagstifta om är det relevant att veta om kommittén exempelvis betraktar begreppet bristande samtycke som en social konstruktion eller som ett givet begrepp.

Rättsliga normer<sup>25</sup> förutsätter rent allmänt att rätten och den ordning rätten uttrycker uppfattas som legitim i förhållande till vilken/vilka den verkar. Om legitimiteten fungerar kommer, menar Eva-Maria Svensson, rättsreglerna att verka normerande på så sätt att de internaliseras hos människor. Genom att vi accepterar det normativa betraktelsesätt, som inkluderar såväl normbeskrivande som normuttalanden, har vi s.a.s. trätt in i systemet och underkastat oss dess premisser och syften.<sup>26</sup> Rätten utövar i denna betydelse makt.<sup>27</sup>

Ovanstående tankegångar måste förstås som en kritik av föreställningen om rätten som distinkt avgränsat från annat, d.v.s. sådant som definieras som ickerättsligt. Möjligheten att upprätthålla föreställningen om denna distinkta gräns har en nära anknytning med de rättsteorier och rättsfilosofier som implicit präglar rätten. Olika rättsfilosofier/teorier har det gemensamt att de legitimerar rätten, om än på olika sätt. Vilken legitimitetsgrund som används följer av vilken typ av grund som samtiden ger förklaringsvärde.<sup>28</sup> I den teokratiska statsläran kan man t.ex. finna idén/förklaringen om furstemaktens gudomlighet i vilket det anses vara en ”naturlig” ordning att de lagar som fursten ger folket kan härledas till Guds vilja. Föreställningen om rätten ansågs

---

<sup>25</sup> Vanligtvis brukar man tala om hur normer respektive värderingar påverkar ett visst beteende, där de rättsliga normerna uttrycks i faktiska rättsregler., Se Hydén Håkan, *Rättsociologi som rättsvetenskap*, sid. 9-1., Strömholm Stig sammanfattar uttrycket ”gällande rätt” och dess norminnehåll med en uppsättning av fenomen som i vanligt språkbruk vanligtvis betecknas som regler. Vidare menar han att vissa frågor måste ställas i detta sammanhang såsom, Vad är en regel?, På vilket sätt kan regeln sägas existera? Strömholm menar att man ur rättstillämpningsperspektiv kan överväga fem sannolika påståenden. På frågan rörande existensen, är den huvudsakligen förlagd till rättstillämparens medvetande, i vilket normerna är föreställningar om ett visst handlande. För det andra, i motsats till föreställningar om upphävda regler, uppfattas som bindande (som normer för någon). Den upplevs som bindande i första hand för rättstillämparen själv men även för de personer, vilkas handlingar rättstillämpningen avses att döma eller reglera. Det tredje påståendet är att normerna är generella, och utgör således inte individuella order från någon auktoritet huruvida man bör agera i en viss given situation utan snarare en fingervisning om hur ett principiellt obegränsat fall skall bedömas, vid en prövning enligt regeln. Vidare att de ingår i ett system med en given struktur (bestående av exempelvis över- respektive underordnade principer samt sakliga sådana som grundas på intresse- och behovsbedömningar) och systemtillhörigheten ger, enligt Strömholm, anledning till en uppdelning av sak- och hanteringsregler. Den senare behöver dock inte nödvändigtvis vara nedskrivna utan har snarare karaktären av omedvetet tillämpade handlingsmönster. Även sakreglernas formuleringar som finns vid varje given tidpunkt är inte statiska eller slutgiltiga utan reglerna är öppna och föränderliga., se Strömholm Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning en lärobok i allmän rättslära, femte upplagan*, kapitel 9

<sup>26</sup> Strömholm Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning en lärobok i allmän rättslära, femte upplagan*, sid. 193-194

<sup>27</sup> Smart Carol, *Feminism and the power of law*, sid. 11

<sup>28</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 200

såsom befallningar av Gud och ett uttryck för hans vilja.<sup>29</sup> De s.k. naturrättsliga åskådningar kännetecknas av att rättens giltighet härleds eller stöder sig på en naturlig ordning, moraliska kriterier, eller på en auktoritet i form av en gud, furste eller en överenskommelse. Rättens giltighet kan på liknande sätt härledas ur uppfattningen om att systemet i sig självt innehåller vissa giltighetskriterier vilket exempelvis kan vara en överensstämmelse med en grundnorm. Denna kan antingen vara verklig eller fiktiv. Den österrikiske rättsfilosofen Hans Kelsens rättsteori, om den *rena rättsläran*, betonar framför allt rättssystemets enhetlighet och inre logik. Denna rättspositivistiska syn på rätten bygger på uppfattningen om en normhierarki, d.v.s. synen på rättssystemet i nivåer<sup>30</sup>. Utgångspunkten för hans lära är att undersöka rättsnormer och ingenting annat. Den rena rättsläran förhåller sig till vad som enligt ”gällande rätt” bör göras, rättsnormernas förankring i den faktiska verkligheten den förekommer avvisas och motiveras med rättsordningens validitet oberoende av etiken. ”Den kelsenska lärans ”renhet” innebär...att den *rensats från etiska inslag* [kursiv i original].”<sup>31</sup> Beträffande nivåaspekten i Kelsens lära innebär den att rättsnormernas giltighet, *frågan om varför den ska följas och rättsnormernas effektivitet som nödvändig betingelse*, kan härledas till rättsnormer med högre dignitet i vilket grundlagarna utgör förklaringen till rättsnormernas tillkomst.<sup>32</sup> Frågan om de statsrättsliga kompetensreglernas<sup>33</sup> tillkomst och giltighet i den rena rättsläran tycks inte ha besvärats Kelsen utan här tillgriper han den fiktiva grundnormen som en logisk förutsättning för hela rättssystemet. Rätten blir med en positivistisk syn slutet och statisk. Möjligheten att föra någon normativ kritik av rättssystemet är uteslutet.

Den skandinaviska rättsrealismens inflytande på rättsvetenskapen har enligt Eva-Maria Svensson, ”bidragit till ytterligare teknifiering av rätten och en bristande förankring i etiska och moraliska ställningstaganden genom att helt enkelt utesluta dem som irrelevanta för rätten[eller vad den saken anbelangar rättsvetenskapen, min anm.]”<sup>34</sup>. Som jag förstår det menar Eva-Maria Svensson att rätten genom att formellt utesluta etiska ställningstaganden tvingar jurister att i sin praktiska yrkesutövning outtalat utgå från underförstådda värdegrunder, eller samhällliga normer. Ett problem, påpekar hon, är emellertid att dessa ”värdegrunder” inte ifrågasätts eller analyseras utan tas som en given grundföresats.

Rätten präglas på så sätt av flera olika rättsteoretiska utgångspunkter som sammantaget konkluderar en syn på rätten som neutral och objektiv. I dagens moderna samhälle gäller formeln neutral + objektiv = legitim. En rättsregel uppfattas som legitim i den mån den kan förstås som objektiv och neutral. Ett rättssystem har i uppgift att lösa sociala konflikter som definieras som rättsliga. Med denna syn på rätten blir det naturligt att ansluta sig till uppfattningen att rätten sysslar med fakta och med att söka sanningen. Rätten är således, enligt denna uppfattning, avskild från politiska ståndpunkter, moraliska överväganden eller för den delen godtycklighet. Rättens, och då i synnerhet domstolarnas grundläggande opartiskhet bygger på föreställningen om

<sup>29</sup> Strömberg Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, sid. 9

<sup>30</sup> Beträffande nivåer betonar Mats Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, sid. 67-69, att det är viktigt att särskilja rättsdogmatikerns, (se not. 35 om rättsdogmatikens uppgift), verksamhet i en justifierande och en normerande. En uppdelning av det rättsliga idésystemet i en rättsordningsnivå och en rättsystems nivå med en begreppsbyggnad/terminologi hämtat från Gustafsson, Pöyhönen m fl., hänför Glavå på rättsordningsnivå all konkret rättsmaterial, dvs. lagstiftning, rättspraxis, förarbeten, rättsregler etc.... På rättsystems nivå finns de resultat av indelningar i olika discipliner samt systematiska/pedagogiska indelningar och sist men inte minst de juridiska begreppen, de allmänna lärorna, rättsprinciperna.

<sup>31</sup> Peczenik Aleksander, *Juridikens teori och metod*, sid. 19

<sup>32</sup> Peczenik Aleksander, *Juridikens teori och metod*, sid. 19 ff.

<sup>33</sup> RF 8 kap., Normgivningskompetensen (alla de föreskrifter som enligt huvudregeln beslutas genom lag) tillkommer riksdagen och restkompetensen, RF 8:13, som efter bemyndigande i lag av riksdagen givits regeringen. Holmberg Erik, Stjernqvist Nils, *Vår författning*, elfte upplagan, sid. 127-142, Jmf. Exempelvis lagstiftningsmakten i USA där huvudregeln enligt principen ”the doctrine of enumerated federal powers” innebär att kongressens befogenheter begränsas dvs. delstaternas möjlighet att lagstifta på olika ämnesområden är huvudregeln och federationens lagstiftning undantag, som dessutom måste stödja sig någon bestämmelse i konstitutionen, vilket i förlängningen innebär att lagarna i de olika delstaterna varierar i hög grad., Nergelius Joakim, *Komparativ statsrätt*, sid. 7-15

<sup>34</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 220

likabehandling oavsett ras, kön och religion, och att detta är fullt möjligt att upprätthålla i praktiken. Detta perspektiv inrymmer emellertid ett dualistiskt förhållningssätt, där själva idén bygger på att det går att skilja mellan objektivitet och subjektivitet, rationalitet och irrationalitet, sanningar från icke sanningar, abstrakt och konkret, förnuft och känsla. Detta dualistiska förhållningssätt i kombination med att den ena värderas framför den andra döljer betydelsen av värderingar i rätten.<sup>35</sup> Om man vill söka efter mönster i relationen mellan könen finns det anledning att fråga sig vilka kriterierna är för vad som anses relevant samt vem som bestämmer dessa kriterier.<sup>36</sup>

Rätten som ett tämligen slutet system har även kritiserats av sociologer. Rättssystemets slutenhet medför, menar rättssociologen Thomas Mathiesen, att teoretiska diskussioner om exempelvis rättens effekter och en generell sociologisk kritik av den juridiska uppfattningen i frågan lätt uppfattas som något avvikande och otillgänglig. Diskussioner av ”utomrättslig” art stöts därför lätt bort som irrelevanta.<sup>37</sup> I den praktiska rättstillämpningen skapar detta stora svårigheter i den rättsliga hanteringen i allmänhet och för kvinnor i synnerhet. ”[...] [K]vinnor som länge levt i en tillvaro helt präglad av våld och hot har svårt att precisera de skilda övergreppen på det sätt som rättssystemet kräver.”<sup>38</sup> I kraft av den ideologiska<sup>39</sup> föreställningen om rätten som objektiv och rättvis kan ”[l]agen sätta sig själv över den samhälleliga ordningen, som om den genom tillämpningen av den juridiska metoden och dess stringens, förvandlas till något som är avskilt från verkligheten i vilken den i sin tur kan återspegla tillvaron från vilken den är skild ifrån”<sup>40</sup> Rättens existens framstår i denna kontext som autonom och oberoende av den verklighet som den faktiskt existerar i, vilket den inte är, samtidigt som den definierar den mänskliga tillvaron med begrepp, termer och kriterier som anses vara rättsligt relevanta. Människors livsöden och deras vardag måste därför översättas till rättsliga frågor för att de skall kunna tas upp i en rättslig process.<sup>41</sup> Samtidigt gör rätten anspråk på att inneha den rätta metoden för att tolka en händelse och därmed också på att återge *en objektiv sanning* om vad som faktiskt förekommit.<sup>42</sup>

Om då rätten uppfattas som legitim kommer denna ”att verka som bevarare av sig själv och den ordning som rätten uttrycker.”<sup>43</sup> Den rättsliga legitimiteten leder till rättens normerande verkan. Rättsliga normer, och då främst straffrättsliga sådana, har i första hand till syfte att påverka mänskliga beteenden, verka moralbildande och ha en vanebildande inverkan på medborgarna. Att människor med säkerhet skulle avstå från att företa vissa förkastliga handlingar beror då huvudsakligen inte på straffhotets vara eller icke vara utan på att förekomsten av rättsliga normer, som talar om vad som anses förkastligt, ”internaliseras” hos människor och blir privata. Denna internaliseringsprocess är av stor vikt för hela rättsordningens existens då människor relativt sällan överväger positiva respektive negativa konsekvenser av varje enskild handling innan den företas. Kriminalisering sägs då ha ett *allmänpreventivt syfte* om huvudsyftet är en förening av moral- och vanebildning med allmän avskräckning. Kriminaliseringen kan också innefatta en expressiv funktion (symbolfunktion) sidoställt med avskräckningsfunktionen. Genom att vissa handlingar utpekas som socialt förkastliga, är detta en ytterst effektiv metod för statsmakterna att påvisa att vissa handlingar inte överensstämmer med officiella ställningstaganden eller är oförenliga med önskvärd samhällelig ordning.<sup>44</sup> Rättsliga normer påverkar värderingar och attityder hos människor. Därför finns det ett symbolvärde att reglera i

<sup>35</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 306

<sup>36</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 295

<sup>37</sup> Mathiesen Thomas, *Rätten i samhället en introduktion till rättssociologin*, (övers. Andersson Sten), sid. 24

<sup>38</sup> Leijonhufvud Madeleine, *Svensk rättspraxis. Straffrätt 1991-1994*, sid. 3. Ur SvJt. 1/96

<sup>39</sup> Ideologibegreppet används här i betydelsen som en falsk eller förvrängd verklighetsbild av rätten.

<sup>40</sup> Smart Carol, *Feminism and the power of law*, sid. 11 (egen översättning.)

<sup>41</sup> Smart Carol, *Feminism and the power of law*, sid. 11

<sup>42</sup> Smart Carol, *Feminism and the power of law*, sid. 10

<sup>43</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 225

<sup>44</sup> Jareborg Nils, *Straffrättens ansvarslära*, sid. 323-342

vissa frågor. Ett tydligt exempel på detta är lagen om förbud mot köp av sexuella tjänster. Till skillnad från prostitutionsutredningens förslag<sup>45</sup> att kriminalisera såväl köpare som säljare konstaterade man, att prostitution som sådan är en icke önskvärd samhällsföreteelse eftersom den medför allvarliga skador för både enskilda och samhället. Vidare ansåg man att relationen i könshandeln, den mellan köpskötaren och den prostituerade kvinnan, är ojämlik. I denna relation anses kvinnan vara den som behöver skyddas, eftersom hon är den som utnyttjas för att tillfredsställa mannens sexualdrift.<sup>46</sup> Rättsliga normers normerande verkan kan vidare förstärkas genom omfattande information och en allmän debatt i ämnet. Ett förtjänstfullt exempel på detta är införandet av ett uttryckligt förbud mot att aga barn i Föräldrabalken 1979.<sup>47</sup>

### 3. Avgränsningar

Jag har i min studie av våldtäktsbestämmelsen inte för avsikt att redogöra för tvångets betydelse i de fall sexuella övergrepp begås mot barn. Det är av flera skäl nödvändigt att skilja på brott som begås mot barn respektive mot vuxna. Enligt direktivet skulle kommittén i sin utredning även beakta och finna en lösning som innebär att våldtäktsbegreppet även omfattar allvarliga sexuella övergrepp mot små barn oavsett om något tvång inte förekommit. De argument som kan anföras är bland annat att det i praxisundersökningar visat att sexuella övergrepp mot barn sällan genomdrivs med våld eller hot. Vanligtvis använder sig gärningsmannen av andra medel såsom mutor, lock och pock för att få sin vilja igenom. Sverige har genom FN: s barnkonvention<sup>48</sup> åtagit sig att vidta erforderliga åtgärder för att skydda barn<sup>49</sup> mot alla former av sexuella övergrepp och sexuellt utnyttjande. Barn åtnjuter sålunda ett särskilt skydd i vår rättsordning. Denna gränsdragning framhålls även i Sexualbrottskommitténs betänkande.<sup>50</sup> Lagstiftningens primära syfte uppges vara att skydda den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten. I den svenska rättsordningen inträder den sexuella självbestämmanderätten officiellt vid femton års ålder och skyddet för den sexuella integriteten blir således det primära skyddsintresset för barn under femton år. I konsekvens härmed blir det inte aktuellt att tala om bristande samtycke till

---

<sup>45</sup> SOU 1995:15, *Könshandeln*, Prostitutionsutredningens förslag innebar ett förbud mot all könshandel. Motiveringen var att lagstiftningen skulle fylla en normbildande funktion och att företeelsen som sådan inte är socialt acceptabelt. För köpskötarna, menade man, att risken för upptäckt, polisutredning, rättegång etc. skulle vara en starkt avhållande faktor och även för kvinnornas del. En kriminalisering som omfattar såväl köpare som säljare skulle hindra kvinnor från att ge sig ut i prostitution menade man. Detta förslag bygger på en föreställning om köpsrelationen som en relation mellan två jämbördiga avtalspartner, vilket den i praktiken inte är. All forskning pekar entydigt på att de prostituerade ofta har så trasig social bakgrund att de får betraktas som socialt utslagna. Exempelvis kan man i Ds S 1984:14 s. 8 läsa; ”Ett flertal undersökningar visar, att majoriteten av de gatuprostituerade kvinnorna kommer från socialt och psykologiskt otrygga, splittrade och bristfälliga bakgrundsmiljöer. Endast ca 30 % kommer från s.k. hela hem.” Det finns alltså i någon mening anledning att betrakta den prostituerade kvinnan som svag och i behov av skydd. Som nödlösning är det kanske motiverat med en kriminalisering av sexköparen, det akuta problemet med män som utnyttjar kvinnor kräver en omedelbar lösning. Rodney Edvinsson har i sin artikel, *Förbud förvärrar situationen i Arbetarmakt* nr 5/1999 s. 17, skrivit att ”prostitutionen måste enligt min mening bekämpas inte genom att angripa fenomenet som sådant utan genom att angripa dess orsaker – dvs [sic!] patriarkatet, kapitalismen och den ekonomiska ojämlikheten mellan män och kvinnor.” Edvinsson drar dock, till skillnad från mig, slutsatsen att sexköpslagen inte ens är bra som akut nödlösning. En av Edvinssons poänger är att lagen i första hand fyller funktionen att stilla ”det moraliska samvetet” hos lagstiftaren. Enligt min uppfattning måste prostitutionen ses som ett symptom på en sjukdom, och i längden måste sjukdomen botas – inte symptomet.

<sup>46</sup> Prop. 1997/98:55 s. 100-107

<sup>47</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 237, FB 6:1 stadgar bl.a. att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Rätten för föräldrar att i uppfostringsyfte aga sina barn borttogs redan 1966, men det dröjde fram till 1979 till ett generellt förbud mot all form av kroppsbstraffning mot barn infördes. Se Saldeen Åke, *Barn och föräldrar*, 3:e upplaga sid. 12, 55, 66 Ytterligare exempel som Svensson Eva-Maria tar upp är införandet av bilbältestvång, särskild skyddsanordning för barn tex. bilbälteskudde eller bilbarnstol, VTK 117a §

<sup>48</sup> Bring Ove, Lysén Göran, *Materialsamling i folkrätt*, 3: e upplagan, FN: s barnkonvention artikel 34

<sup>49</sup> Enligt FN: s barnkonvention artikel 1 är man barn fram till arton års ålder.

<sup>50</sup> SOU 2001:14, sid. 108-117

sexuella handlingar för barn under femton år. Dock kvarstår det problematiska faktumet att man enligt FN:s barnkonvention definieras vara barn fram till arton års ålder och att den svenska rättsordningen erkänner sexuell självbestämmanderätt vid femton års ålder. Av de skäl som angivits ovan är det enligt min mening orimligt att våldtäktsbestämmelsen såsom den idag är utformad med kravet på tvång tillämpas på barn eftersom en sådan reglering implicit förutsätter en förmåga till viljeuttryck i det hänseendet att fysisk eller psykiskt motstånd kan ges. Barn är i behov av ett totalt skydd. Hur detta skydd bör utformas vore i sig intressant att analysera, men då denna fråga inte inryms i uppsatsens syfte kommer jag att lämna det därhän.

Jag har vidare inte för avsikt att i någon nämnvärd omfattning redogöra för eller analysera tillämpningen av sexualbrotten i rättspraxis. I den mån jag använder mig av rättsfall som empiriskt material är det huvudsakliga syftet att illustrera hur kravet på tvång kommer till uttryck i den verklighet som den ska tillämpas på.

## 4. Dagens straffrättsliga reglering av sexuella övergrepp mot vuxna.

### 4.1 Inledande kommentarer

Sexualbrotten, och nuvarande sjätte kapitel, erhöll sin nuvarande utformning genom lag 1 1984:39. Kapitlet fick vid den omfattande reformeringen som gjordes år 1984 ny rubrik och i väsentliga avseenden ändrat innehåll. Utgångspunkten för dagens sexualbrottslagstiftning är att kvinnan i varje situation har rätt att bestämma över sin egen sexualitet och att hennes önskan att inte ha samlag eller annat sexuellt umgänge ovillkorligen skall respekteras. Bakgrunden till reformeringen av kapitlet var i huvudsak att man ansåg att bestämmelserna om sedlighetsbrotten till sin karaktär präglades av äldre tids moralföreställningar i sexuella frågor och att bestämmelsernas utformning i många avseenden grundats på en diskriminerande kvinnosyn. Före reformeringen 1984 ansågs en kvinna sällan trovärdig såvida hon inte hade fått allvarliga fysiska skador i samband med exempelvis en påstådd våldtäkt. Då först kunde man konstatera att det förelåg brist på handlingsalternativ eller att hennes bristande vilja kunnat bevisas.<sup>51</sup> Vidare stod brottstypen våldtäkt, före 1984, under kapitlet Om sedlighetsbrott. Ytterligare exempel på detta tema är att våldtäkt i stadigvarande relationer regelmässigt bedömdes som mindre allvarligt och hade beteckningen våldförande. Detta avser perioden 1965-1984, innan dess ansågs det inte som ett sexualbrott att tvinga sin hustru till samlag. Beteckningen våldförande togs bort i och med reformeringen 1984. Gärningar som idag anses som mindre allvarliga betecknas som våldtäkt med en möjlighet att döma till lindrigare straff enligt paragrafens andra stycke.<sup>52</sup>

Centralt för den rättsliga regleringen av sexuella övergrepp är principen om tvång. Gärningsmannen skall med andra ord genom att använda ett visst våld eller hot tilltvingat sig det sexuella umgänget för att ansvar för både våldtäkt (BrB 6:1) och sexuellt tvång (BrB 6:2) ska komma i fråga. Detta gäller även för vissa former av både grovt sexuellt utnyttjande (BrB 6:3) och sexuellt ofredande andra stycket (BrB 6:7). Våldtäktsbestämmelsen förutsätter så kallat *råntvång*.<sup>53</sup> Detta innebär att om det nyttjade tvånget inte är att betrakta som råntvång kan ansvar för endera sexuellt tvång eller sexuellt utnyttjande, för vilka jag kommer att redogöra senare, bli aktuellt under förutsättning att övriga rekvisit är uppfyllda. När det gäller tvånget är relationen densamma mellan våldtäkt och sexuellt tvång som gäller på förmögenhetsbrottens mellan rån (8:5 BrB) och utpressning (9:4 BrB).

---

<sup>51</sup> Jansson Karin Hassan, *Kvinnofrid Synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800* sid. 51

<sup>52</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., citerad efter *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 281-289

<sup>53</sup> Jareborg Nils, *Brotten första häftet grundbegrepp brotten mot person*, sid. 312

## 4.2 Våldtäkt BrB 6:1 §

Paragrafens nuvarande lydelse stadgar ansvar för våldtäkt för den som genom våld eller genom hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara tvingar någon annan<sup>54</sup> till samlag eller till annat sexuellt umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag. Vidare jämställs våld med att försätta någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Paragrafen uppdelas i tre svårighetsgrader varav första stycket utgör en brottsbeskrivning där straffbestämmelsen för normalgraden av våldtäkt är fängelse i lägst två och högst sex år, våldtäktsbrott som är att anse som mindre allvarligt med hänsyn till våldets eller hotets art och omständigheterna i övrigt är straffet fängelse i högst fyra år. Sista stycket är reserverat för de grövsta fall med en särskild brottsbenämning, *grov våldtäkt*. Straffansvar för grov våldtäkt är fängelse i lägst fyra och högst tio år. Vid en bedömning om grov våldtäkt föreligger föreskrivs det att man särskilt ska beakta om våldet var livsfarligt eller om den som har begått gärningen tillfogat allvarlig skada eller allvarlig sjukdom eller, med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars, visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

Brottet består av s.k. sammansatta brottsrekvisit<sup>55</sup> som i huvudsak innebär, att flera på varandra olikartade handlingar åtföljs. För våldtäktsansvar, medför detta således att så snart gärningsmannen påbörjar någon av de i brottsbeskrivningen ingående handlingarna har han passerat försökspunkten. Förutsättningen härför är att handlingen ifråga är avsedd att något så när omedelbart åtföljas av den handling, varigenom brottet skall fullbordas.<sup>56</sup> Försök till våldtäkt är straffbelagt enligt BrB 6:12. För ansvar för ett fullbordat brott krävs då dels att gärningen består i att gärningsmannen genom våld eller hot tvingar offret till en sexualhandling och dels den sexuella handlingen det vill säga samlag eller sexuellt umgänge som är jämförlig med påtvingat samlag i vad gäller kränkningens art och omständigheterna i övrigt. Straffbestämmelsen är avsedd att tillämpas på de mest kvalificerade övergreppen. Kvalifikationen gäller både den sexuella handlingen och de medel och tillvägagångssätt gärningsmannen har använt för att genomföra den.<sup>57</sup>

Brottsbeskrivningen i våldtäktsbestämmelsen förutsätter en aktiv handling från gärningsmannens sida till skillnad mot bestämmelsen om sexuellt utnyttjande där den senare tar fasta på den situationen att en gärningsman utnyttjar att offret befinner sig i en viss situation. Att en gärningsman otillbörligt utnyttjar en sådan situation blir då att betrakta som sexuellt utnyttjande. Annorlunda uttryckt är att ansvar för våldtäkt inte kan komma ifråga i de fall det förkommit en frivillig berusning.<sup>58</sup> Inte heller den situationen att gärningsmannen, i syfte att bereda sig samlag, genom att locka kvinnan att frivilligt förtära alkohol så att hon i sitt berusade tillstånd (s.k. vanmaktstillstånd) ger med sig anses vara våldtäkt. Förutsättningen för att våld ska föreligga i ovannämnda fall är att kvinnan/offret ska ha försatts i tillståndet, dvs. vanmakt, mot sin vilja. Ett exempel som brukar anföras i detta sammanhang är den då gärningsmannen lurar kvinnan att inta något som för henne ovetande innehåller alkohol eller narkotika i sådan mängd att hon blir medvetslös och att gärningsmannen därefter förgriper sig på henne.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Bestämmelsen är numera könsneutral sedan hela sjätte kapitlet genomgick en omfattande reformering år 1984, se propositionen 1983/84:105. Innan krävdes det att gärningen förövades av en man mot en kvinna. Sexualhandlingen skulle innan ändringen vara av heterosexuell karaktär. Idag avser stadgandet att tillämpas på både män och kvinnor och övergreppet kan således vara av såväl heterosexuell som homosexuell natur.

<sup>55</sup> Med rekvisit avses de moment (förutsättningar) i en rättsregel som ska vara uppfyllda enligt brottsbeskrivningen för att ett visst brott ska anses vara begånget. Ibland förekommer begreppet rättsfaktum som används i samma betydelse inom den materiella rätten. Rättsfaktum har dock en annan definition inom processrätten, se bl. a. Carlson Per, Persson Mikael, *Processrättens grunder*, sid. 31, Ekelöf Per Olof, Boman Robert, *Rättegång 1*, sid. 30-35

<sup>56</sup> Leijonhufvud Madeleine, Wennberg Suzanne, *Straffansvar*, sid. 126

<sup>57</sup> SOU 2001:14, sid. 48

<sup>58</sup> Att en gärningsman otillbörligt utnyttjar en sådan situation kan gärningen bli att bedömas som sexuellt utnyttjande, BrB 6:3).

<sup>59</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 284-285, se misshandel BrB 3:5 §

Eftersom principen om tvång eller närmare bestämt råntvång, vilket beskrivs med uttrycket *våld å person*, är av central betydelse för våldtäktsbestämmelsen finns det anledning att redogöra för vad som omfattas av begreppet. Med råntvång skall härmed förstås en fysisk kraftansträngning, som direkt riktas mot en person och som antingen utgör misshandel eller ett betvingande av den andres kroppsliga rörelsefrihet.<sup>60</sup> Med våld avses misshandel enligt BrB 3:5, som ett exempel på ett betvingande nämns i förarbetena att kvinnan försöker värja sig genom att knipa ihop benen och gärningsmannen utövar ett våld som består i att han tvingar isär kvinnans ben, blir så att säga hänförligt till sådant våld. Brottsbeskrivningen innefattar alltså inget uttryckligt krav på att offret skall ha gjort motstånd. Även användandet av lindrigare fysiskt våld kan medföra ansvar. Det centrala är som tidigare sagts att offret skall vara tvingad till det sexuella umgänget. Det paradoxala är emellertid att man i den rättsliga prövningen alltså fokuserar sig på frågan om kvinnan gjort tillräckligt motstånd, då förekomsten av motstånd från kvinnan anses vara ett uttryck för hennes motvilja.<sup>61</sup> Avsaknaden av motstånd har således kommit att tolkas motsatsvis; om kvinnan inte gjort tillräckligt motstånd anses mannen inte nyttjat tvång. Här kan man tydligt se att det råder en skillnad mellan lagbestämmelsen och hur lagen kommit att tillämpas. Detta har vidare inneburit särskilda gränsdragningsproblem mellan brottet våldtäkt och sexuellt utnyttjande. I det här sammanhanget bör den massmedialt uppmärksammade gruppvåldtäkten i Södertälje, det s.k. Södertäljemålet, nämnas. I de fall där den för övergrepp utsatta kvinnan inte kunnat värja sig, varit i hjälplöst tillstånd, till följd av frivillig berusning anses i allmänhet gärningsmannens agerande inte uppfylla rekvisitet råntvång, och han kan därför endast dömas för sexuellt utnyttjande. Detta har av många ansetts visa att ”den lagtekniska gränsdragningen kan ge orimliga konsekvenser när den tillämpas på verkligheten.”<sup>62</sup>

Principen om tvång som ansvarsgrund innebär att såsom medel för våldtäkt kan tvånget även bestå av hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara. Våld och hot är således likställda vid utformningen av våldtäktsbegreppet. I förarbetena understryker man att ansvar för våldtäkt kan föreligga även om hotet inte är direkt uttalat. Man konstaterar att det i praktiska fall förekommer den situationen där gärningsmän tilltvingar sig sexuellt umgänge genom att utnyttja en situation som för den hotade/offret framstår som en trängande fara. Under förutsättning att gärningsmannens uppsåt omfattar hotets karaktär kan ovanstående situation bli att bedöma som våldtäkt.<sup>63</sup>

Med uttrycket trängande fara åsyftas ett omedelbart förestående angrepp av allvarigare beskaffenhet. Farerekvisitet<sup>64</sup> i straffbudet avser konkret fara, men eftersom det är tillräckligt med hot som för den hotade framstår som trängande fara, innebär detta att verkligt fara ej behöver ha förelagat.<sup>65</sup> Faran måste däremot gälla angrepp mot liv eller hälsa eller därmed jämförligt betydelsefullt intresse. Hotet kan rikta sig såväl mot offret som mot någon annan närvarande person, exempel som brukar anföras i detta sammanhang är offrets barn. Om hotet (eller våldet)

---

<sup>60</sup> Jareborg Nils, *Brotten första häftet grundbegrepp brotten mot person*, sid. 312

<sup>61</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 59, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.)

<sup>62</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 61, ur *Lika inför lagen? Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.)

<sup>63</sup> Proposition 1983/84:105, sid. 18-19

<sup>64</sup> Jareborg Nils, *Brotten första häftet grundbegrepp brotten mot person*, sid. 173-176, Man brukar tala om olika typer av faredelikt, varvid man skiljer mellan konkreta respektive abstrakta faredelikt å ena sidan. Å andra sidan utgör den presumerade faredelikten en tredje typ. Tillskillnad mot de förstnämnda faredelikten kännetecknas dessa av att brottsdefinitionen inte uppställer en viss typ av rekvisit, utan den beskriver en gärning, som presumeras vara farlig i något hänseende. Denna presumption kan inte motbevisas och kan således inte bli föremål för någon prövning i en eventuell rättegång. Kriminaliseringen motiveras av rättspolitiska motiv, då den typ av gärningar som åsyftas normalt sett medför fara för något av rättsordningen erkänt värde. Jmf. BrB. 13:1 §, mordbrand där farerekvisitet kräver att en sådan effekt har uppkommit. Den brottsliga gärningen vid mordbrand består i ett framkallande av en primäreffekt, brand, som innebär fara för annan till liv eller hälsa eller skada för annans egendom. se Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., *Brottsbalken En kommentar del 2* (13-24.), sid. 22-25

<sup>65</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 376

inte är av sådan allvarlig karaktär att det är att betrakta som råntvång kan inte ansvar för våldtäkt göras gällande, utan brottet sexuellt tvång (BrB 6:2) blir aktuellt under förutsättning att hotet avser hot om brottslig gärning. Exempel på hot som anförts i förarbetena är hot om avslöjanden av olika slag.<sup>66</sup> Denna typ av tvång brukar betecknas utpressningstvång, och återfinns i brottet olaga tvång (BrB 4:4.)

Utöver att kravet på råntvång måste vara uppfyllt, måste för att våldtäkt skall anses vara för handen tvånget resultera i, eller i vart fall syfta till, samlag eller till annat sexuellt umgänge om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag. Vad gäller begreppet samlag definieras detta inte i lagtexten utan den närmare innebörden står att finna i förarbetena till BrB. Med lagens begreppsterminologi avses med samlag i första hand vaginala samlag. Departementschefen anförde i motiveringen till stadgandet, att något inträngande inte krävdes för ansvar, utan det var tillräckligt om parternas könsdelar kommit i beröring med varandra.<sup>67</sup> Begreppet innefattar således inget krav på någon sädesavgång eller på att könsorganen kommit i någon varaktig beröring i vad gäller begreppet samlag. Ändringarna 1998, d.v.s. till nu gällande lagstiftning, innebar att vissa av de handlingar som enligt föregående lagstiftning inte omfattades, på grund av att de inte ansågs som direkt samlagsliknande, kom att träffas av våldtäktsbestämmelsen.<sup>68</sup> Bakgrunden till ändringen låg däri att våldtäktsbestämmelsen ansågs otillfredsställande då en så allvarlig *kränkning* utifrån en objektiv bedömning som att exempelvis föra in främmande föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv, s.k. ”Fistfucking” borde betecknas som våldtäkt.<sup>69</sup> Anala och orala samlag omfattades sedan 1984 av begreppet samlagsliknande och utgjorde våldtäkt, dvs. gränsen gick vid någon form av inträngande i offrets mun eller analöppning medelst eget könsorgan,<sup>70</sup> men med den nya lydelsen skulle den rättsliga bedömningen primärt ta sikte på kränkningen snarare än den sexuella handlingen..

För annat sexuellt umgänge jämförligt med samlag, har det inte ansetts lämpligt eller möjligt att i detalj ange vilka handlingar som kan hänföras hit. Dåvarande 1977 års sexualbrottskommitté, hade i sitt betänkande *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp*,<sup>71</sup> gjort ett försök i den riktningen som då fick ett blandat mottagande vid remissbehandlingen. Sexuella handlingar som inte bedöms som sexuellt umgänge, t.ex. för att handlingen endast består av en flyktig beröring av den andres könsdelar blir att betrakta som sexuellt ofredande (BrB 6:7). Ett ytterligare exempel på sexuellt umgänge som normalt inte ansågs vara av samlagsliknande karaktär är situationen att en man tvingar en kvinna att onanera åt honom vilket däremot kan vara att betraktas som sexuellt tvång.

### 4.3 Sexuellt tvång BrB 6:2 §

För sexuellt tvång döms den som, i annat fall än vad som avses i våldtäktsparagrafen, genom olaga tvång förmår någon till sexuellt umgänge. Straffsatsen enligt paragrafens första stycke är fängelse i högst två år. I andra stycket stadgas det att om den som begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller om brottet annars är att anse som grovt döms för grovt sexuellt tvång till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.

Bestämmelsen om sexuellt tvång är subsidiär i förhållande till våldtäkt vilket innebär att om rekvisiten för våldtäkt är uppfyllda skall gärningsmannen dömas för våldtäkt. Paragrafen om sexuellt tvång är alltså relevant i huvudsakligen två fall; de fall då tvånget inte består i råntvång och de fall det sexuella umgänget inte är samlagsliknande.

Tvång som inte är råntvång brukar kallas utpressningstvång vilket definieras i paragrafen olaga tvång (BrB 4:4.) Enligt detta lagrum skall den dömas för olaga tvång som genom misshandel eller

---

<sup>66</sup> Proposition 1983/84:105 sid. 19

<sup>67</sup> Proposition 1983/84:105 sid. 17

<sup>68</sup> Proposition 1997/98:55 sid. 91

<sup>69</sup> Proposition 1997/98:55 sid. 91

<sup>70</sup> Proposition 1983/84:105 sid. 17

<sup>71</sup> SOU 1982:61



på annat vis med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar annan att göra, tåla eller underlåta något. Som tidigare nämnts avses i detta sammanhang i praktiken huvudsakligen avslöjanden av olika slag.<sup>72</sup> I likhet med vad som gäller råntvång/våldtäkt fordras för sexuellt tvång en aktiv handling från gärningsmannens sida.

Det sexuella umgänget behöver, till skillnad från vad som gäller för våldtäkt, inte vara av samlagsliknande karaktär. Gärningar som åsyftas är t.ex. att gärningsmannen med sitt könsorgan berör annan del av kvinnans kropp än hennes könsorgan under förutsättning att direkt kroppslig kontakt föreligger. Motsvarande gäller för de fall då gärningsmannen med exempelvis händer eller mun berör kvinnans könsorgan. All dylik beröring måste dock, för att anses vara sexuellt umgänge, vara inriktad på en viss varaktighet. Endast flyktig beröring omfattas alltså inte av paragrafen.

Det bör nämnas att paragrafen tillämpas mycket sällan.<sup>73</sup> Detta kan möjligen bero på att ”framgångsrikt” nyttjande av utpressningstvång till sin karaktär innebär att offret inte polisanmäler övergreppet, eftersom offret i så fall skulle tvingas redovisa vad tvånget/hotet om avslöjande bestod i.

#### 4.4 Sexuellt utnyttjande BrB 6:3 §

För sexuellt utnyttjande döms den som endera allvarligt missbrukar annans beroende ställning eller som otillbörligt utnyttjar att annan befinner sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd eller lider av en psykisk störning. Straffet för sexuellt utnyttjande är fängelse i högst två år. Om den som har begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller att brottet annars är att anse som grovt, döms för grovt sexuellt utnyttjande till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Paragrafen sexuellt utnyttjande, till skillnad från de två föregående brotten, fokuserar på de fall där offret befinner sig i en redan utsatt situation utan att gärningsmannen aktivt försatt henne i situationen.

För uppsatsen vidkommande saknar de fall betydelse som rör sexuellt utnyttjande grundat på beroende ställning eller psykisk störning. Jag kommer därför att fokusera på rekvisitet otillbörligt utnyttjar att någon befinner sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Vad avser rekvisitet sexuellt umgänge avses detsamma som i paragrafen om sexuellt tvång, se ovan.

Vad beträffar vanmakt avses huvudsakligen medvetlöshet eller paralysering av något slag. Andra former av vanmaktsliknande situationer har i doktrin exemplifierats med tårgasattacker eller andra bländande eller bedövande angrepp, däremot inte att offret blivit inlåst eller på annat liknande sätt berövats friheten.<sup>74</sup> Vägledning i denna del kan hämtas från rånparagrafen (BrB 8:5.) Observera dock att offrets vanmaktstillstånd även i dessa fall inte antas vara resultatet av gärningsmannens agerande; man får tänka sig ett scenario med två från varandra oberoende gärningsmän där den ene gör sig skyldig till misshandel och den andre till sexuellt utnyttjande.

Vad som menas med hjälplöst tillstånd definieras inte närmare i förarbetena. Där ges några enstaka exemplifieringar på situationer där någon anses befinna sig i s.k. hjälplöst tillstånd. Exempelen rör kraftigt berusade eller drogpåverkade personer, sovande personer och personer som till följd av skada eller sjukdom saknar förmåga att uppfatta de sexuella närmandena eller att värja sig mot dem. I och med Södertäljemålet utökades tillämpningsområdet av begreppet hjälplöst tillstånd av Högsta Domstolen till att innefatta situationer då kvinnan visserligen inte saknar förmåga att värja sig, men ändå, till följd av frivillig berusning i kombination med en utsatt position, saknar förmågan att ”klart värdera situationen och göra rationella

---

<sup>72</sup> Även hot om polisanmälningar kan utgöra hot av sådant slag, om hotet syftar till att få ett sexuellt umgänge till stånd. Anledningen härtill är att då hotets syfte är av sexuell karaktär blir det att bedöma som otillbörligt. Hot om exempelvis skilsmässa träffas däremot inte av paragrafen, då ett sådant hot inte blir att betrakta som otillbörligt.

<sup>73</sup> SOU 2001:14 sid. 187

<sup>74</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 377

överväganden.”<sup>75</sup> Hur långt denna tolkning sträcker sig är dock oklart, frågan är om det krävs just olika former av ”mild” berusning, eller om alla situationer där kvinnan saknar förmågan att klart värdera situationen och göra rationella överväganden täcks av straffbudet? Till saken hör också att fallet kritiserats av flera bedömare, varför prejudikatvärdet är oklart. Kritiken består huvudsakligen i att offret i det aktuella fallet hade gjort *visst begränsat* motstånd. Detta gav upphov till frågan huruvida man kan vara i hjälplöst tillstånd samtidigt som man gör motstånd? Detta fall bland flera andra<sup>76</sup> visar på att den formella uppdelningen mellan brotten våldtäkt och sexuellt utnyttjande ger utrymme för denna typ av gränsdragningsproblematik, vilket också var en av anledningarna till 1998 års Sexualbrottskommitté tillsattes.

#### 4.5 Sexuellt ofredande BrB 6:7 §

Paragrafen har kommit att bli en uppsamlingsparagraf för en lång rad vilda beteenden som har det gemensamt att de ansetts straffvärda men inte träffas av övriga bestämmelser i sjätte kapitlet. Den för uppsatsen relevanta delen i bestämmelsen om sexuellt ofredande stadgar ansvar för den som genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan. Straffet är böter eller fängelse i högst två år.

I förarbetena fokuserar man på dels exhibitionistiska beteenden riktade mot såväl barn som vuxna och dels uppenbart sedlighetssårande uppträdanden.<sup>77</sup> I relation till bestämmelserna om våldtäkt, sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande är sexuellt ofredande aktuell för den händelse den sexuella handlingen inte är att betrakta som sexuellt umgänge. I ”videofallet”<sup>78</sup> illustreras dels gränsen mellan sexuellt umgänge/sexuell handling och dels den närmare innebörden av ett inomrelationellt samtycke. I fallet hade mannen klätt av sin djupt sovande sambo naken, placerat henne i en sexuell pose och därefter onanerat och ejakulerat på hennes mage och könsorgan. Han hade dessutom videofilmade hela skeendet. Till saken hör att mannen erkände de faktiska omständigheterna men förnekade brott. Enligt majoriteten var mannens handlande inte att betrakta som sexuellt utnyttjande i lagens mening eftersom avklädning/ejakulation inte var att anse som ”umgänge” i juridisk teknisk mening. Vidare fann man att det visserligen otvetydigt var fråga om gärningar med sexuell innebörd, men då kvinnan ”brukade samtycka” till liknande sexuella förhållanden kunde mannens handlande inte betraktas som uppenbart sedlighetssårande. Själva videofilmmandet konstituerade inget brott, varken sett för sig eller sammantaget med övriga gärningar. Innebörden av begreppet ”brukar samtycka” framstår som oklart, men gränsdragningen mellan umgänge och handling torde i och med detta rättsfall stå tämligen klar.

## 5. Tvång eller samtycke i en ny reglering? SOU 2001:14

### 5.1 Inledande kommentarer

Sexualbrottskommittén har i sitt betänkande år 2001, redovisat de skäl som talar för respektive emot att våldtäktsbrottet baseras på endast ett bristande samtycke. Vidare fick kommittén i uppgift att överväga om ”samtycke” skall definieras under förutsättning att man kommer fram till att kravet på tvång bör tas bort. Om kommittén istället skulle komma fram till att kravet på tvång bör vara kvar skall den också utreda vilken grad av tvång som bör krävas. En redogörelse för kommitténs argument, för respektive emot en reglering baserad på endast ett bristande samtycke, kan indelas i huvudrubrikerna *straffrättens utveckling, lagens normerande verkan och kvinnofriden, tillämpningssvårigheter, kravet på tvång - redan uttunnat, brottsbalkens systematik, och svårigheter med att*

<sup>75</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 58, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.)

<sup>76</sup> Se exempelvis Rissnefallet, mål B 3935-00 Svea Hovrätt

<sup>77</sup> Proposition 1983/84:105 sid. 36

<sup>78</sup> NJA 1996 sid. 418

*definiera samtycke.* Av framställningstekniska skäl har jag valt att använda kommitténs egna rubriker under vilka argumenten sorteras.

## 5.2 Argument relaterade till straffrättens utveckling.

Med den senaste utvidgningen av tillämpningsområdet, 1998, då syftet bl.a. var att domstolarna primärt skulle inrikta sig på att bedöma kränkningens art istället för vilken sexualhandling som förekommit vid övergreppet, hävdar kommittén, att intresset redan förskjutits då domstolar numera i våldtäktsmål inriktar sig på kränkningen av offrets vilja snarare än på gärningsmannens handlande vid en rättslig bedömning. Vad detta innebär, eller hur det yttrar sig konkret förklaras inte. Någon empiri för att denna förskjutning ägt rum anförs inte. Kommittén menar ändå att till följd av denna förskjutning av fokus är det rimligt att hävda att en person som tillskansar sig sexuellt umgänge utan motpartens samtycke bör kunna dömas för sexualbrott oavsett förekomsten av tvång. Detta, menar man, skulle kunna betraktas som en naturlig fortsättning på rättsutvecklingen och likaledes den förändrade straffrättsliga synen på detta område. En frångång av kravet på tvång i nuvarande bestämmelse skulle således vara förenligt med ovannämnda synsätt samt ligga i linje med den rättsutvecklingen som skett på området.

Ett genomgående drag hos offer är att de ”väljer” att underkasta sig ett övergrepp, visar senare tids forskning, vilken i huvudsak inhämtats av kommittén från material publicerat av forskare med anknytning till RFSU-kliniken i Stockholm.<sup>79</sup> Kommittén understryker dock att det inte handlar om ett verkligt val utan offrets underkastelse utgör snarast en strategi för att överleva övergreppet.<sup>80</sup> Dessutom anser man att kunskapen om beteenden hos offer vid övergrepp medför att kravet på tvång i bestämmelsen tycks hindra en lagföring av många straffvärda beteenden. Hur detta sistnämnda problem kunnat uppstå trots den förskjutning av fokus kommittén tidigare redogjort för förklaras inte närmare.

Kommittén konstaterar i sitt betänkande att kvinnofriden inte varat särskilt länge beträffande sexuellt våld mot kvinnor. Först vid brottsbalkens införande år 1965 blev våldtäkt inom äktenskap kriminaliserat. Att våldtäkt mellan makar inte skulle bedömas lindrigare än annan våldtäkt klargjordes inte förrän vid den genomgripande reformen av sjätte kapitlet brottsbalken, år 1984. Ytterligare exempel på detta tema, som tas upp, är att våldtäkt – liksom misshandel – inom äktenskap föll under allmänt åtal så sent som år 1984.<sup>81</sup> Vidare hänvisar man i betänkandet till flera straffrättsliga åtgärder som vidtagits i syfte att stärka kvinnofriden. Kommittén förefaller här använda begreppet kvinnofrid i moralisk snarare än juridisk mening. Kommittén konstaterar vidare att under år 1998 kriminaliserades köp av sexuella tjänster och brottet grov kvinnofridskränkning infördes. Samma år utvidgades våldtäktsbestämmelsen till att omfatta sexuellt umgänge som, utan att vara direkt samlagsliknande, med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförligt med påtvingat samlag. Kommittén menar att det vore i linje med denna rättsutveckling att införa bristande samtycke som grund för ansvar. Kommittén påpekar att en bestämmelse som endast baseras på bristande samtycke för ansvar visserligen skulle kunna få en betydligt vidare tillämpningsområde än den nu gällande straffbestämmelsen, men att detta kan enligt kommitténs uppfattning, enkelt motverkas genom att bestämmelsen avgränsas eller gradindelas med utgångspunkt från exempelvis våldsanvändning eller andra försvärande omständigheter.

Utredningens argument mot en sådan reformering, d.v.s. att våldtäktsbrottet skall baseras på endast på ett bristande samtycke, är att man befarar en tillbakagång av den rättsutveckling som skett på området. Före 1984 års genomgripande reform av sjätte kapitlet fanns en begränsning i våldtäktsbestämmelsens tillämpningsområde. Om brottet med hänsyn till kvinnans förhållande till mannen eller eljest kunde betraktas som mindre grovt skulle mannen som huvudregel dömas för

---

<sup>79</sup> SOU 2001:14 sid. 88

<sup>80</sup> SOU 2001:14 sid. 124

<sup>81</sup> SOU 2001:14 sid. 124

våldförande i stället för våldtäkt.<sup>82</sup> Det föreskrivna straffet för våldförande var mildare än för våldtäkt. Denna ordning och äldre tids moralföreställningar som låg till grund för regleringen ville man, enligt kommittén, ta avstånd ifrån i samband med reformeringen 1984. I betänkandet pekar man på att en av de större principiella förändringarna var just att våldtäkt inom äktenskap skulle betraktas som lika allvarliga som de som förekom utom äktenskap. Kommittén stöder sig på bl.a. departementschefens uttalanden i samband med reformeringen, där han betonade att den objektiva karaktären av övergreppet skall vara det avgörande för bedömningen därav. I samband härmed menade han vidare att omständigheter som att en kvinna följt med en man hem eller att hon tillåtit vissa närmanden inte fick medföra att hon skulle bedömas som medvällande. Sådana omständigheter fick på intet vis påverka hennes rättsskydd. Förhållandet mellan gärningsmannen och offret likväl som offrets beteende före övergreppet skulle enligt departementschefen sakna relevans för frågan om huruvida gärningen skulle betraktas som våldtäkt eller inte. Lagstiftaren menade att det faktumet att man ska göra en helhetsbedömning inte fick ha till följd att man i det rättsliga förfarandet, förundersökningen och brottmålsprocessen, drog in omständigheter som saknade rättslig relevans. Exempel på sådana omständigheter som tas upp är kvinnans uppförande och levnadssätt. Kommitténs inställning är att departementschefens uttalanden till 1984 års förarbeten är lika aktuella idag eftersom de ger uttryck för viktiga värderingar och för den rådande synen på jämställdhet mellan kvinnor och män. Av detta skäl anser kommittén att det är angeläget att de enskilda bestämmelserna utformas på ett sådant sätt att den rättsliga processen kan koncentreras på omständigheter av betydelse. Om ett bristande samtycke skulle bli den enda förutsättningen för våldtäktsansvar befarar man en tillbakagång i detta avseende. Kommittén befarar, att med en bestämmelse baserad på endast bristande samtycke, skulle det avgörande för den rättsliga prövningen bli om och hur samtycke lämnats. Brottsutredningen måste härmed, menar man, inriktas på offret. Konsekvensen riskerar att bli att kvinnans agerande före övergreppet, återigen i det rättsliga förfarandet, skulle komma att sättas i fokus, och således inte gärningsmannens handlande. ”Vidare skulle förhållanden som hur kvinnan uppträtt före det sexuella umgänget eller vad hon då bar för kläder kunna komma att tillmätas betydelse för bedömningen av om det förelegat ett samtycke.”<sup>83</sup>

”Med hänsyn till de *allmänna principer* [min kursivering] som i övrigt bär upp den straffrättsliga processen är det enligt kommitténs mening inte möjligt att skapa processuella regler för att motverka detta.”<sup>84</sup> Med utgångspunkt från ovanstående farhågor menar kommittén att en utveckling i den riktningen som antytts i väsentliga avseenden skulle betyda en återgång till en ordning man ville ta avstånd ifrån i samband med reformeringen år 1984. Detta menar kommittén talar emot ett införande av en bestämmelse grundad på endast bristande samtycke.

### 5.3 Argument rörande tillämpningssvårigheter

Utredningen anför vidare, som ett argument mot införande av bristande samtycke som grund för ansvar, att en sådan reglering riskerar leda till betydande tillämpningssvårigheter. Kommittén menar att eftersom våldtäktsbestämmelsen inte enbart skall tillämpas på s.k. överfallsvåldtäkter utan även på övergrepp inom relationer där sexuellt samliv ingår naturligt och de fall där parterna endast flyktigt är bekanta och på såväl homo-, som heterosexuella övergrepp, så måste en reglering baserad på bristande samtyckesreglering vara så allmängiltig att den täcker samtliga dessa vitt skilda scenarier. Kommittén förklarar inte närmare på vilket sätt bristande samtycke i vitt skilda scenarier skiljer sig från tillämpningssvårigheter med tvång i vitt skilda scenarier.

---

<sup>82</sup> BrB 6:1 § andra stycket i dess då gällande lydelse.

<sup>83</sup> SOU 2001:14, sid. 128

<sup>84</sup> SOU 2001:14, sid. 129, Tydligt är kommittén omedveten om att det i förtalsparagrafen BrB. 5:1 § ansetts oproblematiskt att införa en särskild bevisprocessuell regel härom. I denna föreskrivs att sanningsbevisning endast får föras *efter* det att den åtalade visat att hon haft anledning att uttala sig., Se Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., Brottsbalken En kommentar del 1 (1-12.), sid. 255 ff. Varför man inte skulle kunna införa en särskild bevisprocessuell regel i framtida reglering av våldtäktsparagrafen framstår således som oklart.

Ett annat argument rörande tillämpningssvårigheter som kommittén anför grundar sig på en undersökning Folkhälsoinstitutet publicerat under namnet Sex i Sverige år 1996. Trots undersökningens låga svarsfrekvens menar kommittén att vissa slutsatser ändå kan dras. En av de frågor Folkhälsoinstitutet ställde var om de intervjuade någon gång ”varit med om sexuella handlingar utan att Du själv ville det, t.ex. för husfridens skull.”<sup>85</sup> 28 % av kvinnorna och 15 % av männen hade, enligt undersökning, någon gång ”ställt upp på sexuella aktiviteter”. Kommittén skriver att ”[d]etta kan tolkas så att det vid dessa tillfällen inte egentligen förelegat samtycke till det sexuella umgänget.”<sup>86</sup> Utan att kommentera saken sätter kommittén alltså likhetstecken mellan Folkhälsoinstitutets ”sexuella handlingar” och sexuellt umgänge i våldtäktsbestämmelsens mening. Dessutom menar man att även om ett giltigt samtycke i juridisk mening anses föreligga kan det ändå hävdas att detta samtycke inte avspeglar kvinnans *verkliga* vilja utan är ett uttryck för ett slags underkastelse. Denna omständighet anses av kommittén utgöra ett skäl mot en reglering baserad på bristande samtycke.

Utredningen konstaterar vidare att verkligheten inte är svart eller vit och att sexualiteten är mångfacetterad. Det kan t.ex., skriver kommittén, finnas tillfällen då parterna inte egentligen talar med varandra före det sexuella umgänget som äger rum vid ett enstaka tillfälle. Ytterligare situationer man exemplifierar med är tillfällen då parterna inte talar med varandra varken före, under eller efter den sexuella akten. Sistnämnda situation skulle vara fallet på ”särskilda platser” dit homosexuella män kan söka sig för tillfälliga sexuella förbindelser, har kommittén blivit ”upplysts om”. Kommittén befarar att med ett slopat tvångsrekvisit skulle det kunna hävdas att man redan genom att bege sig till en sådan plats har samtyckt till det sexuella umgänget. Ett liknande problem riskerar uppstå, menar kommittén, när frågan rör prostituerade kvinnor. Utredningen menar att eftersom prostituerade kvinnor säljer sin kropp kan det hävdas att de redan därmed samtyckt till sexuellt umgänge.

#### **5.4 Argument rörande att kravet på tvång redan är uttunnat.**

Beträffande kravet på tvång i nuvarande bestämmelse, d.v.s. våld eller hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara, menar kommittén, att tvångskravet i och för sig kan förefalla högt ställt, men att i praxis och förarbeten anses kravet uppfyllt redan om gärningsmannen betvingar offrets rörelsefrihet. Kommittén gör gällande att tillämpningen i praxis av kravet på tvång visar på att man bedömt att tillräckligt tvång föreligger om en gärningsman särat på offrets ben när hon eller han spjärnat emot eller genom att med sin kroppstyngd hålla fast offret. Utredningen hänvisar till Högsta domstolen som vid ett flertal tillfällen bekräftat detta. I fråga om hot som medel för tilltvingande av ett sexuellt umgänge konstaterar kommittén att den direkta våldsanvändningen och inte hotet som sådant utgör det centrala i praxis. Detta gäller såväl direkta som indirekta hot. På detta sätt menar kommittén att kravet på tvång i bestämmelsen om våldtäkt redan uttunnats och tillämpningen i praxis skiljer sig inte nämnvärt från vad som föreskrivs i straffbestämmelsen om olaga tvång. Dock framhåller man att även om kravet på tvång tas bort i bestämmelsen om våldtäkt får ett eventuellt hot eller våldsbruk betydelse för den straffrättsliga bedömningen av gärningen. Förekomsten av hot eller våldsbruk skulle då vara en indikation på att det sexuella umgänget skett utan samtycke. Huruvida kommittén egentligen menar att det anförda skulle utgöra skäl för en reglering baserad på bristande samtycke eller om de menar att tvångskravet i nuvarande bestämmelse borde utökas till att inkludera utpressningstvång framgår inte helt klart, men i vart fall menar man att nuvarande krav på råntvång kanske är för högt ställt.

Ett skäl som talar mot att helt slopa kravet på tvång är, enligt kommitténs uppfattning, den forskning som visar att offer som utsätts för våld eller hot ofta inte förmår att göra motstånd eller ”väljer” att så att säga underkasta sig ett övergrepp. Ett slopat krav på tvång skulle, menar kommittén, innebära större krav på kvinnan att tydligt visa sitt bristande samtycke. Emellertid

---

<sup>85</sup> SOU 2 001:14, sid. 130

<sup>86</sup> SOU 2 001:14, sid. 130

medger man att kravet på tvång för våldtäktsansvar förvisso kan tyckas orimlig mot bakgrund av kunskapen om beteenden hos offer vid övergrepp. Dock anser kommittén att med kunskapen om att offer för våldtäkt inte vågar eller kan uttrycka sig i ord och handling och ännu mindre bjuda på motstånd så är det onekligen ett orimligt krav att de otvetydigt ska kunna deklarerat sitt bristande samtycke. Kommittén medger att ett utrett tvång skulle kunna tala för att samtycke inte lämnats, men eftersom brottsoffer i en övergreppssituation underkastar sig övergrepp befarar man att detta lätt skulle sammanblandas med samtycke. Mot bakgrund av detta anser kommittén att det utgör ett skäl mot införande av en bestämmelse som bygger på endast bristande samtycke.

Kommittén tillstår att bibehållande av kravet på tvång möjligen inte innebär större förändringar mot att helt slopa kravet. Däremot är det enligt utredningens uppfattning att om man med kännedom om brottsoffer ageranden väljer att behålla nuvarande krav på tvång som en förutsättning för ansvar, d.v.s. som ett s.k. rättsfaktum, undviker man att fokusera den rättsliga processen på hur målsäganden agerat i en övergreppssituation. Processen kan då istället inriktas på gärningsmannens handlingar.

### 5.5 Argument relaterade till brottsbalkens systematik.

Utredningen ifrågasätter huruvida en bestämmelse baserad på endast bristande samtycke passar in i brottsbalkens systematik. I överensstämmelse med denna är det gärningsmannens handlingar och motiv till sitt agerande som skall ligga till grund för bedömningen huruvida hon eller han gjort sig skyldig till ett brott samt hur brottet rättsligt skall rubriceras. Enligt kommittén är detta grundläggande inom straffrätten.

Detsamma gäller, menar man, vid åtal rörande våldtäkt. Domstolens uppgift är att bedöma den åtalades motiv och avsikter i förhållande till straffbestämmelsen samt ta hänsyn till arten och graden av våld eller hot gärningsmannen använt. Vidare skall domstolen beakta graden av den sexuella kränkningen vid sin bedömning av om brottet skall rubriceras som våldtäkt eller som grov våldtäkt. Utredningen framhåller att det skall vara den objektiva karaktären av ett övergrepp som skall utgöra grunden för ovanstående bedömning. Denna ordning bör enligt kommitténs uppfattning fortsättningsvis bibehållas. En bestämmelse baserad på endast bristande samtycke skulle då bryta mot detta synsätt eftersom risken, menar man, är stor att målsäganden på ett onyanserat sätt hamnar i centrum för brottsutredningen och inte gärningsmannens handlande.

Kommittén avfärdar tanken på att det skall vara förövarens ansvar att förvissa sig om att han har ett samtycke till sexuellt umgänge, eftersom det är ”[...] betydligt svårare att utforma en enskild bestämmelse på ett sådant sätt”<sup>87</sup>. Just denna fråga återkommer jag till i analysen. Härjämte påpekar man att eftersom åklagaren är den som har bevisbördan i brottmålsprocessen skulle en sådan bestämmelse innebära att åklagaren blir tvungen att bevisa att den åtalade genomfört det sexuella umgänget utan samtycke. I betänkandet konstaterar man att detta medför att processen då oundvikligen kommer att fokuseras på målsäganden eftersom domstolen, efter att det har konstaterats att det har förekommit ett sexuellt umgänge, måste pröva om målsäganden lämnat ett samtycke. Enligt utredningens uppfattning blir det härmed målsägandens handlande, motiv och avsikter som blir avgörande betydelse för den rättsliga utgången.

Med hänsyn till brottsbalkens systematik anser kommittén att det även av andra skäl finns anledning att ifrågasätta lämpligheten i att frångå nuvarande krav på tvång i bestämmelsen. Om kriminaliseringen inte längre skulle inrymma ett krav på tvång befarar kommittén att bestämmelsen utvidgas till att omfatta alltför många sexuella övergrepp som skulle kunna betecknas som våldtäkt trots att de inte alla har samma straffvärde. Detta medför en risk att styrkan i våldtäktsbegreppet tunnas ut. Kommittén understryker att begreppet våldtäkt även fortsättningsvis bör reserveras för de allvarligaste formerna av sexuell kränkning, i vilket de stöder sig på departementschefens uttalande i samband med den genomgripande reformen 1984.

---

<sup>87</sup> SOU 2001:14 sid. 132

Användandet av våld mot en annan person har också inom straffrätten historiskt alltid betraktats som ett av de värsta angreppen. Mot bakgrund av detta finns det enligt kommitténs åsikt inte tillräckligt starka skäl för att bryta det synsätt som varit förhärskande under lång tid inom straffrätten.

I betänkandet laborerar man också med tanken att kapitlet om sexualbrott skulle kunna inledas med en portalparagraf. Denna skulle då föreskriva att den som utan samtycke från en annan person genomför vissa kränkande handlingar med sexuell prägelse med honom eller henne döms om inte för våldtäkt så i vart fall för ett annat brott. Det brottet skulle då kunna kallas sexuellt utnyttjande eller sexuell kränkning. En sådan bestämmelse skulle sedan tillämpas antingen ensamt eller i konkurrens, d.v.s. tillsammans med andra lagrum i sjätte kapitlet om försvårande omständigheter förelegat. Övriga bestämmelser, bortsett från portalparagrafen, skulle då ta sikte på andra kränkningar eller olika medel som gärningsmannen använt sig av t.ex. våld, svek, utnyttjande förledande, missbruk och hot.

Kommittén anser emellertid att en sådan ordning definitivt skulle bryta systematiken i brottsbalken och tillägger också att inga andra kapitel inleds med en sådant allmänt formulerad bestämmelse. Vidare framhåller man att huvudregeln är att inte fler än en bestämmelse i ett och samma kapitel tillämpas för en gärning. Utöver detta tillägger kommittén att en sådan ordning skulle, med hänsyn till de olika kraven på bevisning och utredning, kunna medföra en minskad tillämpning av de bestämmelser som avser allvarigare brott. Kommittén befarar att en sådan systematik skulle kunna leda till att det straffrättsliga ansvaret för grövre sexualbrott tunnas ut.

## **5.6 Argument rörande svårigheter med att definiera begreppet samtycke.**

Beträffande utredningens diskussion kring själva begreppet ”samtycke” hänvisar man i första hand till bestämmelsen i 24 kapitlet 7 § BrB, regeln om samtyckes ansvarsbefriande verkan på annars straffbar handling. Denna föreskriver att en gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott enligt bestämmelsen endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig. Tillämpningsområdet för bestämmelsen är dock begränsat. Vidare understryker utredningen att den särskilda bestämmelsen om samtyckets betydelse för ansvarsfrihet förvisso inte är tillämplig när det framgår av ett enskilt straffbud vilken verkan ett samtycke har. Emellertid anser kommittén att de grundläggande överväganden bakom regeln i 24 kapitlet 7 § BrB bör vara densamma. Vidare att användningen och tolkningen av samtycke i en våldtäktsbestämmelse bör vara kompatibla med allmänna regler om samtyckets betydelse i straffrätten.

För att ansvarsfrihet enligt bestämmelsen, 24 kapitlet 7 § BrB, ska föreligga krävs det att samtycket är giltigt. Vid bedömningen om samtycket är giltigt eller ej krävs det att samtycket lämnats av behörig person, att den som lämnat det förstått innebörden av samtycket, att samtycket lämnats frivilligt, att det är allvarligt menat samt att det lämnats med full insikt om relevanta förhållanden. Vidare ska samtycket föreligga vid gärningsögonblicket. Däremot ställs inget krav på samtyckets form, det är alltså tillräckligt med ett tyst inre samtycke.

Föreliggande omständighet att bristande samtycke i en tänkt våldtäktsbestämmelse även skulle kunna avse ett tyst samtycke förväntas leda till att den åtalade till sitt fredande i väsentlig utsträckning kommer att åberopa att ett sådant samtycke förelegat från offrets sida. Kommitténs inställning är att en sådan invändning medför att målsägandens handlande och beteende i övrigt vid gärningen blir av särskilt intresse. Förekomsten av tvång medges dock vara av betydelse i sammanhanget. Återigen understryker man risken för att utredningen fokuseras på målsäganden och inte på gärningsmannens handlande.

Ett sätt att komma tillrätta med dessa svårigheter vid bevisvärderingen är att överväga om att efter en grundbestämmelse om våldtäkt, baserad på bristande samtycke föreslå införandet av en särskild bevisregel. Denna skulle enligt kommittén kunna föreskriva att domstolen vid bedömningen av om det sexuella umgänget varit frivilligt eller har skett utan samtycke särskilt ska

beakta vissa omständigheter. Utredningen hyser dock tvivel inför frågan om en sådan bevisregel skulle tillföra något. Vidare ifrågasätter man om denna konstruktion är förenlig med principen om den fria bevisvärderingen.

Ytterligare svårigheter med begreppet samtycke anser utredningen vara att om man godtar att samtycket kan vara tyst, kan man motsatsvis hävda att också det bristande samtycket kan uttryckas tyst. Det skulle exempelvis räcka med att det framgår av den andres handlingar att han eller hon motsätter sig det sexuella umgänget. Utredningen ställer sig tveksam till den ovan nämnda ordningen i vilket man anser att detta skulle äventyra den misstänktes rättsäkerhet. ”Hur skall en gärningsman freda sig mot ett tyst bristande samtycke. För att gärningsmannens uppsåt skall anses utrett måste han eller hon åtminstone ha förstått att offret inte velat ha sexuellt umgänge.”<sup>88</sup>

Att kräva att samtycket för att vara giltigt är tydligt och klart uttalat är enligt utredningens åsikt att ställa orealistiska krav på offret, d.v.s. att offret i en skräckfylld och kaotisk övergreppssituation skall göra rationella överväganden och uttrycka sig. Mot bakgrund av kunskapen om brottsoffers reaktioner skulle detta te sig orimligt, menar kommittén.

### 5.7 Argument relaterade till lagens normerande verkan och kvinnofriden.

Beträffande lagens normerande verkan och kvinnofriden framhåller kommittén att en kriminalisering har till syfte att påverka människor att avstå från sådana handlingar som samhället ansett så skadliga eller förkastliga att de lagts under straffbud. Ett annat skäl är att förmå brottslingar att inte återfalla i brottslighet. Dock understryker kommittén att det inte endast är straffhotet som förmår människor att avstå från att begå brott. I betänkandet hänvisar man till förbudet mot att aga barn (FB 6 kap.1 §) som exempel på lagstiftning som, utan att vara förenat med straffhot, verkar handlingsdirigerande. Den bestämmelsen, menar man i kommittén, har haft en stor positiv effekt på attityderna till barnuppfostran.

Vidare påpekar man att en kriminalisering i sig kan vara betydelsefull på så sätt att den har en moralförstärkande eller moralförstärkande effekt. Lagen har en s.k. normerande verkan.

Kommitténs uppfattning är att en våldtäktsbestämmelse baserad på endast bristande samtycke kan antas medföra en förstärkning av offrets ställning. Eftersom offer för våldtäkt och annat sexuellt våld uteslutande är kvinnor, skulle en sådan bestämmelse, enligt kommitténs mening, i väsentliga avseenden dels bidra till kvinnofriden och dels öka jämställdheten mellan kvinnor och män.

I betänkandet anför man vidare att införande av en sådan ansvarsgrund dessutom kan förväntas bli ett viktigt stöd för unga kvinnor då man har kunnat konstatera att unga kvinnor som vänder sig till kvinnojourerna vittnar om att de utsätts för starka påtryckningar att gå med på samlag eller acceptera olika sexuella handlingar som de inte vill medverka i. En lagstiftning om straffansvar för den som mot en kvinnas bristande samtycke skaffar sig ett sådant sexuellt umgänge skulle då kunna vara ett stöd för dessa kvinnor.

Kommittén hänvisar dessutom till en doktorsavhandling av Stina Jeffner som har analyserat ungdomars förståelse av våldtäkt. Den visar att ungdomar menar att våldtäkt, på en principiell nivå, är allt sexuellt som förekommer efter det att ”tjejen” sagt nej. Med utgångspunkt från Stina Jeffners avhandling är det enligt kommitténs åsikt ett rimligt antagande att såväl ungdomar som vuxna har denna inställning; att den som genomför ett samlag trots att *kvinnan inte samtyckt till detta gör sig skyldig till våldtäkt*. Att Stina Jeffner påpekar att det råder skillnad mellan ungdomarnas principiella och konkreta förståelse av våldtäkt kommenteras inte närmare, jag återkommer till denna fråga i avsnitt 6. *Analys*. Utredningen presumerar hur som helst att ovanstående principiella uppfattning om vad som betraktas som våldtäkt redan finns i det s.k. allmänna rättsmedvetandet. En bestämmelse baserad på endast bristande samtycke skulle därför överensstämma med det s.k. allmänna rättsmedvetandet och således utgöra ett argument för en sådan reglering.

---

<sup>88</sup> SOU 2001:14 sid. 134



Som skäl mot en sådan reglering anför man att syftet med en kriminalisering allmänpreventivt, är att avhålla människor från att begå brott.<sup>89</sup> Denna, menar kommittén, verkar främst via straffhot och en ”[...] därtill upprätthållen fast och konsekvent praxis”<sup>90</sup>. Härigenom menar man att lagen i sig påverkar människors normer. Emellertid anser kommittén att man bör undvika att sätta en alltför hög tilltro till straffrättens allmänpreventiva verkan, i den betydelsen att denna skulle bli ännu starkare om man baserar ansvaret för våldtäkt på endast bristande samtycke. I anslutning härtill hävdar kommittén att något ”[...] stöd för antagandet att en reglering baserad på endast bristande samtycke skulle medföra en förstärkning av framför allt kvinnors rättsställning”<sup>91</sup> inte finns. Hur detta konstaterande förhåller sig till deras tolkning av Stina Jeffners avhandling utvecklar kommittén inte närmare.

Utredningen uttrycker dessutom en oro för att en reglering som enbart grundar sig på förekomsten av ett giltigt samtycke kommer att resultera i att offrets uppträdande kommer att hamna i centrum för den rättsliga processen. Med utgångspunkt från ovanstående farhågor, hävdar kommittén att konsekvensen kan bli att man från lagstiftningshåll förmedlar helt oönskade signaler och lagens normerande verkan skulle på så sätt påverka människors normer på ett sätt som inte varit avsikten med den nya regleringen. Därmed, befارar man, ligger det nära till hands att diskutera att offren får skylla sig själva. Några egentliga belägg för att en förändring i nu diskuterad ordning skulle få positiva normativa effekter finns inte, konstaterar kommittén.<sup>92</sup>

## 5.8 Avslutande kommentarer

Sexualbrottskommittén har i sitt förslag till ny lagstiftning, efter en avvägning av de skäl som talar för respektive emot en ändring av våldtäktsbestämmelsen till att baseras på endast bristande samtycke, konstaterat att någon ändring inte bör komma till stånd. I betänkandet föreslår man att det för våldtäkt mot vuxen ska krävas tvång eller hot, d.v.s. att nuvarande princip även fortsättningsvis föreskrivs i bestämmelsen. Emellertid anser man att kravet på råntvång bör tas bort så att en lägre grad av tvång blir tillräckligt. (Kommitténs förslag har ännu inte resulterat i någon proposition, så något förslag i mer formell bemärkelse har utredningen inte resulterat i.)

Enligt kommitténs uppfattning har man, genom denna avvägning och sin redogörelse för vilka övergripande principer som bör ligga till grund för våldtäktsbestämmelsen, därmed understrukt att lagstiftningen skall skydda den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten. Kommittén föreslog att för våldtäkt skall den dömas som med våld eller hot tvingar en annan person till en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till tvångets art eller omständigheterna i övrigt. Kommittén föreslår att det för ansvar skall räcka med att gärningsmannen använt ett olaga tvång (utpressningstvång).<sup>93</sup> Kommittén föreslår vidare att för våldtäkt döms också den som av en annan person tilltvingar sig en sådan sexuell handling genom att utnyttja att denna person inte har förmåga att värja sig på grund av berusning eller ett liknande tillstånd eller den hotfulla situationen han eller hon befinner sig i. Straffet är fängelse i lägst två och högst sex år. Om brottet är grovt, döms man för grov våldtäkt. Vid bedömningen av om brottet är grovt skall det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt farligt våld, eller använt hot som har varit ägnat att framkalla allvarlig fruktan för liv eller säkerhet hos offret, har utnyttjat offrets särskilt utsatta situation, eller annars har visat särskild hänsynslöshet samt om brottet har begåtts av flera gärningsmän. Straffet är fängelse i lägst fyra och högst tio år.

---

<sup>89</sup> Anmärkningsvärt cirkelresonemang från kommitténs sida. Problematiken brukar liknas med frågan om vad som kom först, hönan eller ägget. Det torde vara så att det först vid en kriminalisering av en viss handling som gör den till ett brott; däremot verkar straffhotet allmänpreventivt. Troligtvis talar kommittén om ”brott” i moralisk mening.

<sup>90</sup> SOU 2 001:14, sid. 129

<sup>91</sup> SOU 2 001:14, sid. 129

<sup>92</sup> SOU 2 001:14, sid. 129

<sup>93</sup> SOU 2001:14 sid. 138

## 6. Analys

### 6:1 Inledande kommentarer

Kommittén anför en följd goda argument om att bristen på samtycke skall vara avgörande för ansvaret för våldtäkt istället för kravet på tvång. Motargumenten är emellertid, enligt min mening, inte alltid lika bärande. Redan inledningsvis i detta avsnitt vill jag dock klargöra att det varit förenat med betydande svårigheter att ”artbestämma” kommitténs argument för och emot en reglering baserad på bristande samtycke. Detta eftersom kommittén förefaller använda begrepp och formuleringar i delvis annan betydelse än jurister. Se exempelvis avsnitt 5.2 *Argument relaterade till straffrättens utveckling*. I detta avsnitt använder kommittén begreppet kvinnofrid, som jag tidigare nämnt, i moralisk snarare än i juridisk mening. Med kvinnofrid avses, enligt juridisk begreppsterminologi, brottet kvinnofridskränkning som tar fasta på upprepade straffbara kränkningar (d.v.s. brottsliga gärningar enligt 3, 4 och 6 kapitlet brottsbalken) en man begår mot en kvinna som han är, har varit gift med eller som han bor eller har bott med under äktenskapsliknande förhållanden. Liknande problem uppstår i det här avsnittet när kommittén talar om straffrättens utveckling kontra offrets ställning i en rättslig process. Bland kommitténs argument för och emot en reglering med bristande samtycke som ansvarsgrund sorterar vissa under rubriken straffrättens utveckling, men handlar om att offret riskerar att hamna i fokus i en rättslig process. Med normalt språkbruk är detta måhända en begriplig tankekedja, men för jurister är denna risk en fråga om tillämpningssvårigheter snarare än rättshistoria.

Av det här skälet är jag stundtals tvungen att i mina underrubriker frigöra mig från kommitténs materiella argumentation, vilket innebär att delvis nya aspekter måste introduceras. I mån av möjlighet kommer jag att försöka följa kommitténs systematik och när jag är tvungen att avvika kommer jag särskilt ange detta.

### 6.2 Analys rörande straffrättens utveckling

Beträffande utredningens allmänna lovordande om den positiva rättsutvecklingen i samband med reformeringen av sexualbrottslagstiftningen 1984 och i synnerhet antydning på ett perspektivskifte i lagstiftningen vad gäller synen på våldtäkt kräver denna enligt min mening vissa modifikationer. En nyanserad bild av den ”positiva” rättsutveckling som nuvarande kommitté målar upp är nödvändig, om analysen i övrigt skall vara begriplig.

I utredningen<sup>94</sup> som gjordes till 1984 års sexualbrottslagstiftning klargjordes det bl.a. att parternas relation skulle sakna betydelse för den brottsliga rubriceringen och vidare att offrets agerande före övergreppet skulle sakna straffrättslig betydelse. Den rättsliga bedömningen skulle därmed inriktas på gärningsmannens handling och inte offrets agerande.<sup>95</sup> Samtidigt påvisar vissa formuleringar av den dåvarande sexualbrottskommittén på en helt annan uppfattning i frågan, vilket blir synligt både i diskussionerna om val av *påföljd* för brottet och i frågan om *uppsåt*. Dåvarande kommitté föreslog att brottsbeteckningen våldförande skulle slopas, vilket gjorde det möjligt att våldtäkter inom familjen kunde rubriceras som våldtäkt, men man ville bibehålla möjligheten att döma till kortare straff i vissa fall. I diskussionen om vilka slags våldtäkter som förtjänar lägre straff återkommer just kvinnans förhållande till gärningsmannen som betydelsefull ur rättslig aspekt. Dåvarande kommitté anförde som exempel på våldtäkter som förtjänade ett lägre straff följande scenario: En kvinna vill skiljas. Mannen blir förtvivlad. Han blir till den grad förtvivlad att han begår ett övergrepp mot kvinnan, helt i strid med hur han under andra omständigheter kan tänkas agera.<sup>96</sup> Relationen mellan de båda kan i sådana fall, menar dåvarande kommitté, få betydelse för påföljden, likväl mannens sinnestillstånd och allmänna situation. Här

---

<sup>94</sup> SOU 1982:61

<sup>95</sup> SOU 1982:61 sid. 29

<sup>96</sup> SOU 1982:61 sid. 69

kan man tydligt se att kvinnans agerande och relationen dem emellan återigen står i fokus. Mannens förtvivlan över att bli lämnad fungerar som strafflindrare.

I förarbetena till 1984 års sexualbrottslagstiftning är kvinnans relation till förövaren återigen i blickfånget och viktig, om än inte för brottsrubriceringen, så för valet av påföljd. Om offer och gärningsman har en relation leder detta inte per automatik till mildare bedömning. Men samtidigt framhåller man i förarbetena att parter som vid tiden för övergreppet sammanlever och om övergreppet varit av engångskaraktär eller om "[...] kvinnan grovt förödmjukat mannen med den följden att han förlorat besinningen [...]"<sup>97</sup> kan ett sådant förhållande beaktas i mildrande riktning. Utöver att man i förarbetena, fokuserar på kvinnans agerande, visas här hur föreställningar om ett accepterat beteende för kvinnor vägs in i resonemangen, konstaterar Maria Wendt Höjer i sin avhandling, *Rädslans Politik*. Hennes tolkning är att en kvinna som betar sig "felaktig", d.v.s. lämnar sin man eller provocerar sin man, får räkna med att gärningsmannen får ett lindrigare straff.<sup>98</sup>

I fråga om gärningsmannens uppsåt framför 1977 års sexualbrottskommitté att förutsättningen för att en våldtäkt skall vara en våldtäkt är att gärningsmannen haft klart för sig hur kvinnan uppfattade situationen. Detta s.k. uppsåtsrekvisit har kommit att tillämpas av rätten på så sätt att man utreder kvinnan i syfte att avgöra vad mannen kan antas ha förstått. Relationen dem emellan och vad hon gjort före övergreppet tillmäts rättslig relevans för hur han uppfattar situationen. Hennes agerande i situationen – hennes ja eller nej – är således inte tillräckligt. "Den principiella skillnaden mellan den gamla och den nya rättsordningen kan i denna mening knappast betecknas som ett perspektivskifte."<sup>99</sup> Tvärtom präglas utredningarnas resonemang av genussystemets styrande logik, d.v.s. den manliga normens primat. Resonemanget kring uppsåtsbedömningen är ett tydligt exempel på det Hirdman beskriver som att mannen betraktas som norm för det generella och objektiva. Mannens perspektiv blir på detta sätt rättstillämparens perspektiv. "Eftersom det handlar om att utreda vad mannen förstod, blir gärningsmannens perspektiv på vad som skall förstås som våldtäkt överordnat. Detta perspektiv legitimerar en undersökning av kvinnans beteende före övergreppet och hennes relation till mannen."<sup>100</sup> Även i förarbetena till reformeringen 1984 vidhölls att kvinnans agerande före övergreppet kan "någon gång få betydelse vid avgörandet av om uppsåtsrekvisitet är uppfyllt."<sup>101</sup>

Kommitténs farhågor om en återgång till en ordning man velat ta avstånd ifrån i samband med reformeringen 1984 är således tämligen obefogad. Problemet är snarare att rättstillämparen aldrig fullt ut frångått denna ordning. Vid bedömningen av brottets svårighetsgrad och påföljd – och för att avgöra gärningsmannens uppsåt – riktas blickarna mot kvinnan. Ännu är det hon som granskas och utreds. "Aldrig har jag däremot läst en resumé av en mans partners [alltså mängden partner mannen haft före övergreppet, min anm.] eller sexuella erfarenheter i en våldtäktsdom, trots att det faktiskt är hans sexuella beteende som kan vara kriminellt."<sup>102</sup>

Kommittén har anmärkningsvärt nog sorterat in sin diskussion om våldets historiskt centrala roll under rubriken brottsbalkens systematik vilket jag har redogjort för i avsnitt 5.5 *Argument relaterade till brottsbalkens systematik*. Enligt min mening bör en argumentation som bygger på svårigheten "att bryta det synsätt som sålunda varit rådande under lång tid"<sup>103</sup>, en argumentation vars relevans i och för sig kan ifrågasättas, hanteras inom ramen för straffrättens utveckling. Av det här skälet väljer jag således att behandla kommitténs argumentation i det här avsnittet.

<sup>97</sup> Proposition 1983/84:105 sid. 24

<sup>98</sup> Wendt Höjer Maria, *Rädslans politik Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, sid. 128

<sup>99</sup> Wendt Höjer Maria, *Rädslans politik Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, sid. 129

<sup>100</sup> Wendt Höjer Maria, *Rädslans politik Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, sid. 129

<sup>101</sup> Proposition 1 1983/84: 105 s 20.

<sup>102</sup> Wennstam Katarina, *Flickan och skulden En bok om samhällets syn på våldtäkt*, sid. 64

<sup>103</sup> SOU 2001:14 sid. 132

Utredningens diskussion om våldets centrala betydelse, historiskt sett, i straffrätten kan härledas ur uppfattningen om ett samhälle uppdelat i två distinkta sfärer.<sup>104</sup> I kommitténs resonemang i denna del förbiser man det faktum att endast män haft tillträde till den publika sfären och att övergrepp, i denna sfär också har varit rättsligt sanktionerade sedan länge. Våld och övergrepp inom den privata sfären har inte i samma utsträckning reglerats rättsligt.<sup>105</sup> Historiskt har därför de brott som män kan utsättas för i den publika sfären, d.v.s. våldsbrott, utgjort ett av rättsordningen erkänt och skyddat intresse. Andra brott, d.v.s. brott inom den privata sfären som begås mot kvinnor, har inte erbjudits rättsordningens skydd i lika hög grad. Våldtäkt (i den offentliga sfären) har i princip varit kriminaliserat i alla tider, lagregleringen historiskt av sexualbrott skall emellertid inte förstås som ett bevis för att rätten i alla tider värnat och skyddat kvinnor mot sexuella övergrepp. Sexualbrottslagstiftningen har snarare syftat till att skydda mannens exklusiva tillgång till ”sin” kvinna än att tillförsäkra kvinnor sexuell integritet. Våldtäkt har på detta sätt setts som en kränkning av mannens rättighet.<sup>106</sup> Anledningen till att våld är, och har varit, så centralt för våldtäktsbestämmelsen är just att överfallsvåldtäkten<sup>107</sup> utgör tankeramen för förståelsen av vad en våldtäkt egentligen är.<sup>108</sup> Enligt min mening är kommittén kvar i samma tankeram. Genom att man i utredningen fokuserar på våldets betydelse för straffrätten är det mannens perspektiv som lyfts fram, vilket också kan tolkas som att brott mot män anses vara mer straffvärda än brott som begås mot kvinnor.

Att våld mot person historiskt sett ansetts som ett av de värsta angreppen inom straffrätten är enligt Brottsoffermyndigheten inte ett bärande argument mot en förändring. Snarare tvärtom, menar man, vilket man förklarar utifrån att värderingar om våldsbrott etablerades när enbart män hade inflytande på lagstiftning och praxis. För dem var fysiskt våld värst, medan sexuella kränkningar länge endast angick kvinnor. Brottsoffermyndigheten hävdar att denna värdering är en av dem som kan ifrågasättas ur jämställdhets- och könsperspektiv. För kvinnor upplevs sexuella övergrepp som värst vilket också medför förödande konsekvenser för kvinnors hälsa. Detta faktum, menar brottsoffermyndigheten, bekräftas också av den viktologiska forskningen. Som jag förstår brottsoffermyndigheten menar de att den centrala kränkningen består däri att ett icke önskat sexuellt umgänge genomförs. Detta talar enligt min mening för en reglering där den som har ett sexuellt umgänge har en juridisk skyldighet att förvissa sig om att den andre samtyckt. En sådan reglering vore ett paradigmskifte i ordets verkliga betydelse, se nedan under avsnitt 6.6. *Analys rörande svårigheten med att definiera begreppet samtycke.*

### 6.3 Analys rörande tillämpningssvårigheter

Ett argument mot bristande samtycke som ansvarsgrund bygger på offrets ställning i den rättsliga processen. Kommittén ser detta som en fråga om straffrättens utveckling, vilket förklarar varför man redogör för exempelvis lagstiftningen rörande kvinnofrid i detta sammanhang. Enligt min uppfattning bör frågan om offrets ställning i processen dock sorteras och analyseras under ”tillämpningssvårigheter” snarare än under ”straffrättens utveckling”. Kommittén hävdar att den rättsliga prövningen oundvikligen måste inrikta sig på offret i syfte att utreda om och hur samtycke lämnats. Att processen, om gränsen sätts vid bristande samtycke, av den anledningen skulle inriktas på hur kvinnan klär sig, betar sig eller uppträder före övergreppet eller om frivilligt sexuellt umgänge tidigare förekommit mellan parterna förefaller enligt min mening ologisk. En våldtäktsbestämmelse baserad på bristande samtycke innebär inte med nödvändighet att man i den juridiska bedömningen ska ta ovidkommande hänsyn till hur kvinnor bör eller bör få

<sup>104</sup>Gunneng Hedda, Underordnad i livet – likställd efter döden Om kvinnors förhållande till mannen i Thomas av Aquinos tänkande, Ur *Kön, makt, medborgarskap Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels*, sid. 41-55

<sup>105</sup>Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 102-103

<sup>106</sup>Wendt Höjer Maria, *Rädslans politik Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, sid. 33-34

<sup>107</sup>Med överfallsvåldtäkt avser jag en våldtäkt som begås av en för kvinnan okänd man, och som med fysiskt våld tvingar till sig samlag eller sexuellt umgänge.

<sup>108</sup>Jansson Karin Hassan, *Kvinnofrid synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*, sid. 51 ff.

uppträda eller klä sig. Dessvärre är det ett faktum att det ännu förekommer att sådana omständigheter behandlas i processer trots kravet på tvång i nuvarande bestämmelse. (Något kommittén inte har klart för sig, se avsnittet 5.2. *Argument relaterade till straffrättens utveckling*, där kommittén talar om förutvarande, alltså inte nu rådande, ordning) I remissammanställningen har Brottsoffermyndigheten i detta sammanhang understrukt att "[e]tt samtycke skapas inte via klädseln eller av att parterna haft sexuellt umgänge med varann förut"<sup>109</sup>.

Kommitténs resonemang är över huvud taget bara begripligt om man förutsätter följande. *För det första*: Domstolen ställer sig idag inga frågor om varken kvinnans beteende eller relation till gärningsmannen före övergreppet ty idag fokuserar man på förövarens motiv och agerande. *För det andra*: Dagens objektiva och rättvisa domstol skulle med en reglering baserad på endast bristande samtycke helt plötsligt flytta fokus från förövare till offer.

Kommitténs bakomliggande föreställningar kräver ett flertal kommentarer. Tydligen har man missat det faktum att gärningsmän idag regelmässigt<sup>110</sup> hävdar sig "inte förstätt" att kvinnan inte ville, d.v.s. åberopar bristande uppsåt rörande kvinnans bristande vilja. Detta är något annat än att åberopa samtycke vid samlagsögonblicket från kvinnan, vilket ju enligt kommittén är ovanligt.<sup>111</sup> Kommittén har helt enkelt inte förstätt skillnaden mellan objektiva och subjektiva brottsrekvisit. "De objektiva rekvisiten framgår av brottsbeskrivningarna. De rör kraven på en brottslig handling, dvs dels det handlande eller den underlåtenhet att handla som krävs för brottet, dels övriga omständigheter som eventuellt ska föreligga. [...] De subjektiva rekvisiten innebär mycket vagt uttryckt ett krav på en viss psykisk inställning och en viss kunskap hos gärningsmannen. [kursivt i original]"<sup>112</sup> Att kvinnan inte vill ha sexuellt umgänge anses utgöra en sådan "övrig omständighet" avseende de objektiva rekvisiten. Kravet på tvång i bestämmelsen förutsätter att kvinnan inte vill eftersom hon *inte* kan anses *vingad* till något hon *faktiskt vill*. Enligt täckningsprincipen skall de objektiva rekvisiten dessutom ha subjektiv täckning.<sup>113</sup> Applicerat på våldtäktsbestämmelsen innebär detta att gärningsmannen skall ha uppsåt till de handlingar som framgår av brottsbeskrivningen, d.v.s. tvånget i form av våldet/hotet och det sexuella umgänget. I våldtäktsbestämmelsen anses det följa av kravet på tvång att gärningsmannen förstår att offret inte vill ha sexuellt umgänge. Gärningsmannen anses *inte* ha utövat *tvång* när han *inte förstod* att offret *inte ville*. Sistnämnda anses utgöra "en viss kunskap" hos gärningsmannen avseende de subjektiva rekvisiten.

Alltså; när den misstänkte gärningsmannen regelmässigt hävdar sig "inte förstätt" att kvinnan inte ville åberopar han således bristande uppsåt rörande kvinnans bristande vilja, han åberopar bristande subjektiv täckning. När denna invändning framförs har rättstillämparen valt att konsekvent flytta fokus till kvinnan i syfte att utröna om kvinnans agerande före övergreppet varit sådant att mannen rimligen kan antas ha missförstått kvinnans vilja; har hon på ett otvetydigt sätt gett uttryck för sin bristande vilja eller är ett missförstånd tänkbart? De erfarenhetssatser som avgör om kvinnan agerat otvetydigt är, föga förvånande, manliga. Jag återkommer till frågan om erfarenhetssatser i avsnitt 6.7 *Analys rörande lagens normerande verkan och kvinnofriden*.

Inte ens med kommitténs definition av innebörden av bristande samtycke som ansvarsgrund skulle konsekvensen kunna bli att offret (kvinnan) skulle hamna i en sämre processuell position än i dag eftersom fokus alltså redan idag, i praktiken, är på kvinnans agerande före övergreppet. Om kommittén tolkat direktivet såsom ett paradigmskifte vore risken ännu mindre, då hade fokus (i processen) flyttats från offret till gärningsmannen, alltså dit kommittén tror att det redan befinner sig. Konsekvensen skulle rimligen bli att man övergår från frågan "förekom råntvång

<sup>109</sup> Ju 2001/1805 sid. 70

<sup>110</sup> Sutorius Helena, Kaldal Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, sid. 25

<sup>111</sup> SOU 2001:14, sid. 126-127

<sup>112</sup> Leijonhufvud Madeleine, Wennberg Suzanne, *Straffansvar*, sid. 132

<sup>113</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., citerad efter *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 45

från mannen” till ”undersökte mannen kvinnans vilja, har han aktivt försökt förvissa sig om att kvinnan samtyckt?”

Kommitténs resonemang om offrets ställning i processen bör enligt min mening belysas ur ytterligare ett perspektiv, nämligen utredningens föreställningar om kön och sexualitet, vilka förefaller vara (den outtalade utgångspunkten är) att samtycke kan presumeras utifrån vissa givna kriterier. I detta fall utgörs dessa kriterier av hur hon klär sig, betar sig, eller om hon tidigare haft sexuellt umgänge med den åtalade (mannen) i processen. Kommittén resonemang innebär att kvinnan görs delvis ansvarig för mannens gärningar. Hon har helt enkelt sänt ut ”fel” signaler. Signaler som definieras utifrån ett manligt perspektiv. Med tanke på att kommittén själv, som jag redogjorde för i avsnitt 5.6. *Argument rörande svårigheten med att definiera begreppet samtycke*, redovisade att ett giltigt samtycke enligt bestämmelsen i 24:7 BrB förutsätter att samtycket, vid bedömningen om huruvida det är giltigt eller ej, skall ha lämnats av behörig person, att den som lämnat det förstått innebörden av samtycket, att samtycket lämnats frivilligt, att det är allvarligt menat samt att det lämnats med full insikt om relevanta förhållanden och att det skall ha förelegat vid gärningsögonblicket, framstår resonemanget som ologiskt. Kommittén verkar alltså, i direkt motsats till Brottsoffermyndigheten, mena att man kan konkludera alla dessa rekvisit rörande samtyckets giltighet utifrån kvinnans klädsel och agerande före övergreppet.

Helena Sutorius menar att frågan om huruvida en kvinna vill ha samlag med en man inte är en fråga om ett rationellt avgörande. Hon beskriver samtycket som ett känslomässigt uttryck för ömsesidighet och inte en permanent egenskap som kvinnor knyter till en viss situation eller en viss man. Av detta följer att en kvinna kan godta en man som sexualpartner vid ett tillfälle men inte vid ett annat eller att en kvinna kan godta smekningar till en viss gräns men inte längre. Detta kan, menar hon, möjligen ur juristens synvinkel framstå som ett irrationellt beteende på temat har man sagt A får man också godta B emedan hon härleder denna uppfattning på den traditionella fallocentrismen.<sup>114</sup>

I utredningen anför man som särskilt skäl mot ett avskaffat tvångsrekvisit att det är ytterst svårt att avgöra när homosexuella män och prostituerade kvinnor samtycker. Kommittén skriver att ”[e]n prostituerad kvinna säljer sin kropp och det kan komma att hävdas att hon därmed redan samtyckt till ett sexuellt umgänge.”<sup>115</sup> Även om vi godtar kommitténs resonemang, om svårigheten i att generellt bevisa bristande samtycke, har jag ytterst svårt att föreställa mig på vilket sätt denna svårighet skulle befinnas vara större om offret är prostituerad. För att förstå utredningens diskussion måste vi förutsätta en outtalad bild av den prostituerade kvinnan. Föreställningen att prostituerade kvinnor är en särskild sorts kvinnor. Genom att vara prostituerad förefaller kommittén mena att man har givit ett ”övergripande” samtycke till att vara sexuellt tillgänglig, ett samtycke till allt sexuellt umgänge som inte går att frånträda. Denna kvinnosyn kommittén ger uttryck för måste förstås som en utlöpare av föreställningen om den ärbara kvinnan kontra den brukbara kvinnan.<sup>116</sup> En prostituerad kvinna tillhör den senare kategorin och kan därför antas samtycka ständigt. Dessutom tycks kommittén bortse från det faktum att relationen i könshandeln, den mellan könsköparen och den prostituerade kvinnan, är ojämn där kvinnan är den svagare parten och behöver skyddas. Det är hon som utnyttjas för att tillfredsställa mannens sexualdrift.<sup>117</sup> I en sådan situation finner jag det tämligen absurt att problematisera kvinnans samtycke som om det vore en relation mellan jämlika parter, vilket för övrigt är just anledningen till att lagstiftaren kriminaliserat köp av sexuella tjänster.

Samma märkliga uppfattning om ”övergripande” samtycke lyser igenom då kommittén skriver om homosexuella män. ”Det *kan finnas* tillfällen där parterna kanske inte egentligen ens talar med varandra före ett sexuellt umgänge som ägt rum vid ett enstaka tillfälle. [...] *Det har upphysts* vara fallet på särskilda platser dit homosexuella män kan söka sig för ett tillfälligt sexuellt umgänge.

<sup>114</sup> Sutorius Helena, Kaldal Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, sid. 23 ff.

<sup>115</sup> SOU 2001:14, sid. 130

<sup>116</sup> Sutorius Helena, Kaldal Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, sid. 44

<sup>117</sup> Prop. 1997/98:55 s. 66

Det kan då komma att hävdas att mannen redan genom att bege sig till en sådan plats har samtyckt till ett sexuellt umgänge [mina kursiveringar].<sup>118</sup> För det första finns det anledning att ifrågasätta utredningens empiri beträffande homosexuellas sexvanor. För det andra finns det rimligen även ”sådana platser” dit heterosexuella kan söka sig. Kommitténs problematisering kan också jämföras med sceneriet i avsnitt 1.1, d.v.s. jämförelsen mellan en våldtäktssituation och en rånsituation. Vad kommittén de facto gör är att man dels ger uttryck för besynnerliga föreställningar om homosexuella och dels skuldbelägger offret i våldtäktssituationer. Motsvarande resonemang om rånoffer; att denne genom att befinna sig på ”särskilda platser” har samtyckt till att bli rånad redan genom att bege sig till en sådan plats, är uteslutet och skulle med stor sannolikhet möta stark kritik.<sup>119</sup>

#### 6.4 Analys rörande att kravet på tvång redan är uttunnat

När det gäller kommitténs argument för en reglering baserad på bristande samtycke, går det huvudsakligen ut på att eftersom kravet på tvång redan är uttunnat vore det följdriktigt att helt avskaffa tvångskravet. Som belägg för att kravet är uttunnat anför man att Högsta Domstolen i flera fall dömt i enighet med 1984 års förarbeten. Detta har konkret inneburit att kravet på tvång ansetts uppfyllt redan genom att gärningsmannen ”sarat ett offers ben när han eller hon spjarnat emot eller att gärningsmannen hållit fast offret genom att ligga på honom eller henne under övergreppet”<sup>120</sup>. Även om tvångskravet slopas, menar man, kommer förekomsten av våld eller hot att ha betydelse såtillvida att det indikerar bristande samtycke. Enligt min uppfattning är kommitténs tankegång i denna del begriplig och korrekt; frågan är dock huruvida denna deskription kan anses utgöra ett argument? Enligt min tolkning av kommitténs resonemang förefaller kommittén tala om att det inte längre krävs *direkt våld*, vilket saknar betydelse i en diskussion om tvång eller bristande samtycke som grund för ansvar.

Intressant är däremot hur kommittén utifrån ovan angivna tankegångar argumenterar mot att helt slopa kravet på tvång. Dels anför man att ett bibehållande av tvångsrekvisitet innebär att brottsutredningen/processen kan inriktas på gärningsmannens handlingar och motiv snarare än på offret. Denna tankegång har jag avvisat och redogjort för i avsnitt 6.3 *Analys rörande tillämpningssvårigheter* om våldtäktsbrottets objektiva och subjektiva sida. Dels anför man att, med kännedom om offers beteenden, en reglering baserad på bristande samtycke skulle skapa problem eftersom den typiska underkastelse offer ger uttryck för i en övergreppssituation lätt skulle kunna sammanblandas med samtycke. Hur kommittén tänker här är synnerligen oklart; om offret har en benägenhet att underkasta sig ett övergrepp torde våld/tvång inte behöva tillgripas av gärningsmannen. I dessa fall, de fall offret underkastar sig övergreppet, kan ansvar för våldtäkt enligt nuvarande bestämmelse inte komma ifråga *just eftersom* våld/tvång inte förekommer. Med stöd av den kunskap man har av brottsoffers reaktioner i en övergreppssituation, menar jag, talar detta snarast för ett slopat tvångskrav. Vad beträffar kommitténs anmärkningsvärda påstående om att underkastelse lätt kan sammanblandas med samtycke återkommer jag till det i avsnitt 6.6 *Analys rörande svårigheten med att definiera begreppet samtycke*.

#### 6.5 Analys rörande brottsbalkens systematik

Bland kommitténs argument sorterade under rubriken argument relaterade till brottsbalkens systematik utgör följande påstående ett bestämmande kriterium som är avgörande för vilka rättsliga åtgärder utredningen anser är möjliga att förslå och genomföra:

”Man skulle visserligen kunna säga att det skall vara förövarens ansvar att förvissa sig om att han har ett samtycke till ett sexuellt umgänge. Det är emellertid betydligt svårare att utforma en enskild bestämmelse på ett sådant sätt. Det är alltid åklagaren

<sup>118</sup> SOU 2001:14, sid. 130

<sup>119</sup> Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 101

<sup>120</sup> SOU 2001:14 sid. 126

som har bevisbördan i brottmålsprocessen. Åklagaren skulle alltså vara tvungen att bevisa att den åtalade hade genomfört det sexuella umgänget utan samtycke. Målsäganden hamnar då oundvikligen i centrum för processen. [...] [Detta] skulle alltså innebära att, sedan det har konstaterats att det har förekommit ett sexuellt umgänge, domstolen skulle pröva om målsäganden har lämnat ett samtycke.”<sup>121</sup>

Förutom att det finns anledning att återigen ifrågasätta kommitténs rubriksättning av argumentationen ovan innebär ovanstående resonemang att kommittén oreflekterat intar samma utgångspunkt som de säger sig vilja frånga. Här blir det särskilt tydligt hur kommittén uppfattat sitt uppdrag, se avsnitt 1.1 *Bakgrund* angående kommitténs linjära tolkning av kommittédirektivet d.v.s. man ålägger kvinnor principiellt att vid bristande samtycke uttrycka det bristande samtycket och vid tvång tvingas hon säga nej, oavsett var på linjen man befinner sig. Kommitténs outtalade och oklara ställningstaganden präglas av förhärskande föreställningar kring kön och sexualitet. Föreställningar ”[...] där kvinnors utseende, beteende och relationer tolkas in som sexuella viljeuttryck eller möjliggör borttolkande av motståndsuttryck – eller som genom sina kodade viljeuttryck gör hennes faktiska viljeuttryck [sic] och frågan om hennes vilja underordnad”<sup>122</sup>

Vad hela diskussionen enligt min mening borde handla om är, i lagstiftningssammanhang, ett förändrat synsätt där man frångår den utgångspunkten att kvinnor tvingas uttrycka det bristande samtycket eller säga ”nej” vid fråga om våldtäkt. Ett synsätt som ser en (sexuell) relation mellan parter, en relation som kännetecknas av ömsesidighet och tillit. Detta kan enligt min mening uppnås om en bestämmelse utformas på sådant sätt att den som vill ha sexuellt umgänge alltid har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra parten samtycker. Eftersom kommittén avfärdar tanken med hänvisning till att en sådan bestämmelse både skulle vara svår att tillämpa och bryta mot brottsbalkens systematik finner jag det påkallat att göra en jämförelse med brottet olovligt brukande (10:7 BrB). Jämförelsen kan till synes framstå som besynnerlig, men eftersom sexuella övergrepp kan sägas handla om män som ”brukar” kvinnors kroppar för den egna njutningens skull finner jag jämförelsen relevant, i synnerhet som paragrafen om olovligt brukande på ett pedagogiskt sätt visar hur renodlade uppsåts/insikts – bedömningar hanteras av domstolarna då bristande samtycke är det enda relevanta brottsrekvisitet. För olovligt brukande döms den som olovligen brukar annans sak och därigenom orsakar skada eller olägenhet. Straffet är böter eller fängelse i högst ett år. Från skade/olägenhets – rekvisitet kan vi bortse i denna uppsats. Det centrala i bestämmelsen i det här sammanhanget är att brukandet skall ha skett *olovligen*, d.v.s. utan rätte ägarens samtycke och att gärningen enligt 1:2 BrB skall ha företagits *uppsåtligt*, d.v.s. gärningsmannen måste ha förstått att rättsinnehavaren inte samtyckte till brukandet. När det gäller begreppet samtycke innebär detta att ett samtycke från den som äger disponera över objektet gör brukandet lovligt: d.v.s. rekvisitet *olovligen* brukat är inte uppfyllt. Vidare har ett samtycke enligt stadgandet inte någon retroaktiv verkan, vilket betyder att ett samtycke måste föreligga före brukandet. I samma stadgande laborerar man även med begreppen *putativt samtycke* och *hypotetiskt samtycke*. Det förra innebär att gärningsmannen felaktigt tror sig ha ett samtycke från den som äger förfoga över objektet medan det senare innebär att gärningsmannen skulle ha erhållit ett samtycke om vederbörande frågat rättighetsinnehavaren.<sup>123</sup> ”Föreligger inte något samtycke, men kan man vid tidpunkten för brukandet på objektiva grunder anta att den som äger disponera över objektet inte skulle ha haft något att invända mot brukandet, om han fått tillfälle att ta ställning till saken, talar man om hypotetiskt samtycke, vilket i princip inte gör ett olovligt brukande mindre olovligt.”<sup>124</sup> I en lång rad rättsfall, som har redogjorts för i doktrin,<sup>125</sup> har

<sup>121</sup> SOU 2001:14, sid. 132

<sup>122</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 65, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.)

<sup>123</sup> Holmkvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., citerad efter *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 604

<sup>124</sup> Holmkvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., citerad efter *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 604

<sup>125</sup> Holmkvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., citerad efter *Brottsbalken En kommentar del 1* (1-12.), sid. 600 – 607, se även sid. 563 – 580 om brottet olovligt förfogande (10:4 BrB.)



begreppet samtycke inte renderat några nämnvärda tillämpningssvårigheter, inte heller har uppsåtsbedömningen medfört några större tillämpningssvårigheter. Det förefaller alltså vara väl förenligt med såväl brottsbalkens systematik som åklagarens bevisbörda i brottmål att ha en reglering som ålägger förövaren ett ansvar att förvissa sig om att han har ett samtycke. Det bör i detta sammanhang understrykas att det i processerna är gärningsmännens handlingar och föreställningar som sätts i fokus och inte offret/ägaren. I vart fall kan man konstatera att en sådan reglering tycks fungera oproblematiskt då frågan gäller brott där män inte bara är förövare utan regelmässigt även är offer.

Enligt min uppfattning skulle en reglering enligt ovan, d.v.s. förslagsvis *den som olovligen utsätter annan för en sexuell handling dömes för våldtäkt*, innebära ett verkligt paradigmskifte och därmed ifrågasätta rådande könsstruktur i sina grundvalar, vilket skulle leda till en förstärkning av just kvinnans sexuella integritet och självbestämmande.

## 6.6 Analys rörande svårigheten med att definiera begreppet samtycke

Ett centralt argument mot en bestämmelse baserad på endast bristande samtycke är enligt kommittén svårigheter med att definiera samtycke. Eftersom det bristande samtycket skulle kunna vara tyst anför man den misstänktes rättsäkerhet. Utredningen skriver; ”Hur skall en gärningsman freda sig mot ett tyst bristande samtycke.”<sup>126</sup> För att gärningsmannens uppsåt skall anses utrett måste gärningsmannen ha förstått att offret inte velat ha sexuellt umgänge, menar kommittén. Kommitténs utgångspunkt antyder en slags bristande insiktsförmåga hos män och en konsekvens härav, menar man, är att mäns rättsäkerhet skulle äventyras med en reglering utan krav på tvång. I remissammanställningen tillbakavisar Brottsoffermyndigheten utredningens problematik beträffande denna fråga. En engelsk socialpsykologisk studie visar, menar brottsoffermyndigheten, att grunden till denna problematik inte tycks vara att män inte skulle förstå sexuella avvisanden, utan att de ogillar dem. ”Forskarna hävdar att både män och kvinnor har en högt utvecklad förmåga att framföra och förstå avvisanden, som inte innehåller ordet ”nej”. Det är inte kvinnornas kommunikationsförmåga som bör ifrågasättas utan deras manliga partners anspråk på att inte förstå att kvinnorna avvisar sex.”<sup>127</sup> I studien konstateras det vidare ”[...] att när män hävdar att de inte ”förstått” avvisanden som ligger i linje med kulturellt normativa mönster kan man uppfatta detta som ”rättfärdiganden” av våldshandlingar”<sup>128</sup>. Utredningens problematisering kring svårigheter med definitionen av samtycke med hänsyn till den misstänktes rättsäkerhet vittnar enligt min mening huvudsakligen om en rädsla för att män ska dömas oskyldiga. Som jag har visat i avsnitt 6.3 *Analys rörande tillämpningssvårigheter* och avsnitt 6.5 *Analys rörande brottsbalkens systematik* är denna rädsla tämligen obefogad.

Vad utredningen de facto gör när de lyfter fram rättsprinciper som ett skäl mot bristande samtycke är att de under sken av ”objektiva” och ”neutrala” rättsprinciper gör ett normativt ställningstagande med innebörden att det rimligen inte kan krävas av män att förstå avvisanden. Kvinnors rättsskydd<sup>129</sup> tolkas i termer av rättsprinciper, d.v.s. den misstänktes rättsäkerhet lyfts fram och belyses när det handlar om män. Jag sammanfattar kommitténs resonemang enligt följande; Gärningsmannens insikter vid övergreppet framstår som objektivt och neutralt – en normal man i hans situation skulle inte ha förstått att kvinnan inte velat ha sexuellt umgänge – det är lätt att fastställa och därtill upprätthålls också straffrättens bärande principer om rättsäkerhet.

<sup>126</sup> SOU 2001:14, sid. 134

<sup>127</sup> Ju 2001/1805, sid. 72 Brottsoffermyndigheten yttranden i Remissammanställning.

<sup>128</sup> Ju 2001/1805, sid. 72 Brottsoffermyndigheten yttranden i Remissammanställning.

<sup>129</sup> Jfr begreppet rättstrygghet. Med rättstrygghet avses rättsordningens skydd för rätten att slippa utsättas för brott. Nils Jareborg beskriver rättstrygghet utifrån att det är kränkande att utsättas för våld och övergrepp från statens sida. Statens uppgift är att skapa rättsskydd mot illegal maktutövning men också att den legala maktutövningen är reglerad och kontrollerad, och att den begränsas i enlighet med principer om behov och proportionalitet. Jmf. Begreppet rättsäkerhet som Nils Jareborg menar har att göra med brister/beskaffenheten i den legala maktutövningen. Jareborg Nils, *Straffrättsideologiska fragment*, sid. 80-83

Detta är, som jag ser det, en avvägning som huvudsakligen gynnar förövare men också män i allmänhet.

Kommittén gör gällande att eftersom kravet för att samtycket för att vara giltigt är att det skall vara ”tydligt och klart uttalat medför det att orealistiska krav ställs på offret; i en skräckfylld och kaotisk övergreppssituation skall de göra rationella överväganden och uttrycka sig”.<sup>130</sup> Som jag nämnt tidigare gäller att vid bedömningen om samtycket är giltigt eller ej krävs det enligt 24:7 BrB att samtycket lämnats av behörig person, att den som lämnat det förstått innebörden av samtycket, att samtycket lämnats frivilligt, att det är allvarligt menat samt att det lämnats med full insikt om relevanta förhållanden. Vidare ska samtycket föreligga vid gärningsögonblicket. Såvitt jag bedömer saken innebär detta att offret i en skräckfylld och kaotisk övergreppssituation definitionsmässigt *inte kan* avge ett giltigt samtycke. Detta bekräftade för övrigt Högsta Domstolen redan 1942.<sup>131</sup>

### 6.7 Analys rörande lagens normerande verkan och kvinnofriden

Kommittén har alltså genomgående hävdade att en reglering baserad på bristande samtycke skulle leda till negativa effekter, särskilt med avseende på lagens normerande verkan. Som jag visat ovan är kommitténs resonemang i dessa delar högst tvivelaktiga. En princip om bristande samtycke som ansvarsgrund skulle däremot medföra, menar jag, att den som vill ha sexuellt umgänge alltid har ett ansvar att förvissa sig om att partnern har samtyckt vilket också får betraktas som förenligt med kommitténs ambition, att markera vikten av sexuell självbestämmanderätt och sexuell integritet. En reform med bristande samtycke (enligt min definition av bristande samtycke) som utgångspunkt skulle, enligt detta synsätt, innebära en framgång och inte en tillbakagång av rättsutvecklingen som kommittén befarar.

Enligt min uppfattning är det konkreta problemet som kommittén ideligen framhårdar i, att man ålägger kvinnan att tydligt visa sitt bristande samtycke genom att man avfärdar den aspekten att män skulle kunna åläggas att aktivt införskaffa ett samtycke, ett problem ur jämställdhetssynvinkel. Utredningens oreflekterade problemformulering tyder på föreställningar om kvinnors kroppar som gränslöst sexuellt tillgängliga, med passiv sexualitet och män som aktiva erövare. Föreställningar om kön och sexualitet får härigenom genomslag i den rättsliga hanteringen och synen på vad som skall definieras som våldtäkt.<sup>132</sup> Härigenom legitimerar man en kulturell och social presumtion om att kvinnan vill om hon inte varit tillräckligt tydlig i sitt avståndstagande, vilket i sin tur innebär en ”rätt” för mannen att tolka detta som ett samtycke. Kommitténs resonemang medför att om kvinnan inte vill bli erövrad måste hon ryta till och försvara sig. Kommitténs synsätt – att kvinnan principiellt vid tvång tvingas säga nej, vid bristande samtycke uttrycka det bristande samtycket – innebär på så sätt att ingen skillnad i sak föreligger oavsett vilken princip man väljer. Den kvinnliga sexualiteten tolkas utifrån en manlig norm där den kvinnliga sexualiteten uppfattas som högst problematisk och avvikande.<sup>133</sup> Förändring kan uppnås först när man väljer att frånga denna manliga norm. I verkligheten utgör sexualbrottskommitténs utredning ett normativt ställningstagande och befäster denna manliga norm som alltjämt råder.

Att kommittén uttryckligen beskriver ett samband mellan lagens normerande verkan och en våldtäktsbestämmelse, baserad på endast bristande samtycke, förefaller vid en första anblick utgöra en klarsynt inställning i fråga om könsrelaterat våld. Kriminalisering i sig anses, enligt kommittén, ”[...] vara betydelsefull på så sätt att den har en moralbildande eller

---

<sup>130</sup> SOU 2001:14, sid. 134

<sup>131</sup> Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine m.fl., *Brottsbalken En kommentar del 2* (13-24.), sid. 621

<sup>132</sup> Andersson Ulrika, *Det gränslöst feminina Kvinnliga kroppar och sexualiteter i rättslig hantering av våldtäkt, Ur Mord, misshandel och sexuella övergrepp Historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*, Lövkrona Inger (red.), sid. 168-188

<sup>133</sup> Smart Carol, *Feminism and The power of Law*, sid. 29

moralförstärkande effekt,<sup>134</sup> varefter man konstaterar att lagen påverkar människor eller har en normerande verkan.

Mot bakgrund av detta finner jag kommitténs resonemang om avsaknad av empiri för att en reglering baserad på endast bristande samtycke skulle medföra en förstärkning av framför allt kvinnors rättsställning, som något besynnerlig.<sup>135</sup> Rimligen kan man aldrig visa empiri på framtida konsekvenser av ny lagstiftning. All lagstiftning är i så fall, enligt kommitténs logik, vanskelig i den betydelsen att man aldrig med säkerhet har visshet om att faktisk åsyftade effekter får förväntad genomslagkraft. En rimlig konsekvensanalys antyder dock att en ny reglering, som enligt kommittén själv klart och tydligt korrelerar med det allmänna rättsmedvetandet, skulle förstärka just de normativa ställningstaganden som där kommer till uttryck.

Det sätt varpå kommittén förhåller sig till lagens normerande verkan är oklart. Å ena sidan erkänner man det faktum att en bestämmelse baserad på bristande samtycke kan antas ha en positiv inverkan på attityder och bidra till jämställdheten mellan kvinnor och män och kvinnofriden. Å andra sidan visar man en grundläggande oförståelse i denna fråga, d.v.s. i problematiken beträffande lagens normerande verkan som lagstiftningsmetod. Den problematik som kommittén inte behandlar är att lagens normerande verkan dels ska påverka människors attityder på sikt och dels förhålla sig till en verklighet som råder. Istället kommer diskussionen att handla om det som man befarar, d.v.s. att fokus kommer att riktas på offrets handlingar och uppträdande i en rättslig process. Denna diskussion ligger sedan till grund för kommitténs slutsats; att våldtäktsbestämmelsen inte skall baseras på bristande samtycke eftersom man menar att tillämpningen av en sådan lagstiftning skulle kunna påverka människors normer på ett sätt som inte alls varit avsikten. Förutom att det finns anledning att ifrågasätta kommitténs konsekvensanalys är det dessutom viktigt att belysa den omständighet att denna enbart rör konsekvenser på kort sikt. Detta kan antas ha sin förklaring i kommitténs oförmåga att ”frigöra” sig från förhärskande, underliggande samhällsnormer. Vad kommittén inte tycks ta hänsyn till i detta sammanhang är nämligen att kommittén själv inte intar positionslöshet när man påstår sig *beskriva* de föreställningar som anses råda och vilka konsekvenser dessa föreställningar riskerar få. Av kommitténs sätt att argumentera får man intrycket av att de inte på något grundläggande plan har ifrågasatt eller kritiserat de föreställningar som formar den egna förståelsen av verkligheten.

Beträffande Stina Jeffners avhandling, *Liksom våldtäkt, typ* som ju handlar om betydelsen av kön och heterosexualitet för ungdomars förståelse av våldtäkt, är det olyckligt att kommittén inte tycks ha tagit del av *bela* hennes avhandling. Stina Jeffner säger själv att samtliga ungdomar principiellt ansåg att våldtäkt är fel och förkastligt och sex uppfattades av ungdomarna som en del av romantisk kärlek. Stina Jeffners tolkning, av ungdomarnas principiella förståelse av våldtäkt, är att en tydlig gräns går mellan vad som uppfattas som bra sex och våldtäkt. Handlingar som konstituerar våldtäkt är enligt ungdomarnas uppfattning när en kille genomför ett samlag eller annan sexuell handling mot en tjejs vilja. Denna principiella förståelse för våldtäkt, menar Stina Jeffner, visar sig vara annorlunda i ungdomarnas konkreta förståelse av våldtäkt. ”Vissa omständigheter gör att handlingar och händelser som enligt informanterna [ungdomarna, min anmärkning] är att förstå som våldtäkt kan tolkas som något annat.”<sup>136</sup> Istället för en klar gräns mellan våldtäkt och bra sex, finns det enligt Stina Jeffner, ett förhandlingsutrymme mellan dessa båda. I förhandlingsutrymmet ingår bl.a. sättet att säga nej, kärlekens betydelse, alkoholpåverkan, föreställningar om ”horan”, ”avvikande” killar samt konsekvenser för tjejer. I avhandlingen kan man således utläsa sex olika ”förmildrande omständigheter” som gör att våldtäkten omtolkas i ungdomarnas ögon. En relation mellan offer och gärningsman tillmäts betydelse och påverkar

---

<sup>134</sup> SOU 2001:14, sid. 125

<sup>135</sup> Jmf. Prostitutionslagstiftningen, Sverige är, såvitt jag vet, det första land som har valt att lagstifta om ett förbud mot *köp* av sexuella tjänster. Denna lag kan anses vara banbrytande i och med att lagstiftaren valt att i praktiken kriminalisera mannen, då den i huvudsak vanligaste formen av prostitution är den heterosexuella med kvinnor som säljare och män som köpare.

<sup>136</sup> Jeffner Stina, *Liksom våldtäkt, typ om ungdomars förståelse av våldtäkt*, sid. 224

bilden om vad som faktiskt inträffade i ungdomarnas syn på det inträffade. En pojkvän eller en kompis som våldtar förskjuter således förhandlingsutrymmet mellan vad som skall förstås som våldtäkt och bra sex – våldtäkten var kanske trots allt inte en ”egentlig våldtäkt”. Det finns i ungdomars ögon oskrivna regler för exempelvis hur en tjej ska säga nej för att det ska bli fråga om våldtäkt. Stina Jeffner konstaterar i sin analys att ”[f]öreställningarna om ”naturlig manlig sexualitet” innebär också att tjejer måste ”akta sig” och ta ansvar för att inte försätta sig i situationer där killarna riskerar att falla offer för sina drifter. Föreställningen om att killar *är* sådana gör att *tjejernas utrymme för förhandling blir mindre* eftersom de riskerar att få skylla sig själva om något händer [kursiv i original]”<sup>137</sup>.

Utformningen av våldtäktsbestämmelsen borde, menar jag, ta fasta på förekomsten av vad Stina Jeffner kallar förhandlingsutrymmet på så sätt att man försöker *minimera* detta utrymme. Så som dagens våldtäktsbestämmelse ser ut, med ett krav på tvång för ansvar i kombination med dess snäva tillämpning, har utrymme skapats för en omtolkning av ett faktiskt övergrepp där det tas fasta på sättet att säga nej, kärlekens betydelse, alkoholpåverkan, föreställningar om ”horan”, ”avvikande” killar samt konsekvenser för tjejer. Mot bakgrund av det sagda borde en bestämmelse utformas på sådant sätt att den i högre grad korrelerar med ungdomars principiella förståelse av vad våldtäkt, d.v.s. att allt som förkommer efter det att tjejen sagt nej är en våldtäkt, eftersom den nuvarande bestämmelsen snarast korrelerar med ungdomarnas konkreta förståelse av våldtäkt. En sådan förändring skulle förskjuta förhandlingsutrymmet.

Den typ av omtolkningar av faktiska företeelser som Stina Jeffner pekar på är inte förbehållet våldtäkter. Omtolkningar av en faktisk ojämlik maktrelation mellan kvinnor och män sker på livets alla områden, och innebär konsekvent att olika uttryck för den manliga normens primat förrättsligas till något helt annat. Detta blir särskilt tydligt i pornografidebatten. Pornografiska skildringar behandlas rättsligt som skyddsvärda yttranden. Genom regeringsformens (RF) programförklaringar, målformuleringar och stadgade fri- och rättigheter som tillkommer medborgare uttrycks samhälleliga värden. På så sätt utgör regeringsformen basen för all rättslig reglering. Den ger anvisningar om hur staten, samhället och individerna bör/skall agera. Skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna i regeringsformen är exempel på normerande regler med högt symbolvärde. Av dessa anses yttrandefriheten vara en grundpelare i en demokratisk stat. Yttrandefriheten är emellertid inte total. Den skyddar yttranden som faller under dess syfte, d.v.s. värna demokratin i form av fri opinionsbildning osv. Yttrandefriheten kan begränsas om andra skyddsvärda intressen väger tyngre. Exempelvis har intresset av att skydda barn från att bli kränkt genom barnpornografi eller vuxna från att slippa utsättas för våldskildringar av olika slag fått väga tyngre än intresset av att skydda friheten att yttra sig.<sup>138</sup> Pornografiska yttranden har däremot inte ansetts vara ett lika skyddsvärt intresse i den rättsliga intresseavvägningen.<sup>139</sup> Beträffande den rättsliga gränsdragningen mellan vad som betraktas som våldspornografi (kränkande sexuella våldsskildringar), vilket är straffbelagt, och ”vanlig” pornografi är enligt min mening högst problematiskt. Denna ger stort utrymme för subjektiva tolkningar. En fråga som enligt min mening är berättigad i detta sammanhang är; ”Vad är sex om inte det som uppfattas som sexuellt”<sup>140</sup> Begreppet sexualitet är inte ett entydigt begrepp som lätt låter sig förstås. Det finns enligt min uppfattning inte beteenden som är ”objektivt” sexuella utan definitionen på vad sexualitet är beror på den kulturella kontexten.<sup>141</sup> Det man kan konstatera är dock att den förvrängda synen på sexualitet som pornografien förmedlar är oförenlig med samhälleliga mål om

<sup>137</sup> Jeffner Stina, *Liksom våldtäkt, typ om ungdomars förståelse av våldtäkt*, sid. 282

<sup>138</sup> Se tryckfrihetsbrottet om olaga våldskildring 7:4 § p. 13 som har sin motsvarighet i brottsbalken 16:10b.

<sup>139</sup> Svensson Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*. Nordborg Gudrun (red), sid. 246-250

<sup>140</sup> MacKinnon Catharine A., *Feminism unmodified*, sid. 6 (egen översättning)

<sup>141</sup> Bäckman Maria, Från last till lust om sexualitetens individualisering. Ur *Lust, lidelse och längtan kulturella perspektiv på sexualitet*, Gerholm Lena (red.)

jämställdhet och grundläggande demokratiska värderingar.<sup>142</sup> Eftersom rättsliga normer antas påverka/styra mänskliga beteenden, genom antingen hot om rättsliga sanktioner eller genom att människor internaliserar rättsliga normer som sina egna, blir frågan om hur rätten förhåller sig till olika företeelser viktigt för hur människor uppfattar dessa. Det allmänna påverkar på så sätt människors värderingar oavsett om man väljer att reglera eller inte reglera rättsligt, eftersom valet visar hur avvägningen mellan olika intressen görs. Idag inryms pornografiska yttranden inom den svenska yttrande- och tryckfrihetens område, vilket motiveras med värdet av yttrandefrihet och individens frihet. Genom sitt grundlagsskydd kan det allmänna inte ingripa genom censur eller förbud. Samtidigt har pornografidebatten kommit att hanterats som en fråga om sexualmoral eller en tryck- och yttrandefrihetsfråga, istället för att ses som ett uttryck för bristande jämställdhet mellan kvinnor och män.<sup>143</sup> Pornografin förmedlar en förvrängd bild av sexualitet. En bild där kvinnor ses som ett objekt för mäns njutning och där hon samtidigt antas njuta genom hans njutning. När kvinnor utnyttjas i pornografin i form av iscensatta våldtäkter, menar Catharine A. MacKinnon, att de just utsätts för *en fullbordad våldtäkt*. Förevigandet i bild eller i skrift, hävdar hon, används av betraktaren (mannen) för att genomföra ytterligare våldtäkter på andra kvinnor. ”The same acts that were forced on you are forced on them; the same smile you were forced to smile, they must smile.”<sup>144</sup> Hit hör att konsumenter av pornografi vanligen är män i olika åldrar.<sup>145</sup> Den bild av sexualiteten, som pornografin förmedlar, där kvinnors underordning sexualiseras och våld erotiseras, medför att kvinnor blir föremål för männens uppfattning om sexualitet, åtrå och lust.<sup>146</sup> Härigenom menar jag att våld uppfattas som sexuellt och upphetsande. Det faktum att ”lagen betraktar och behandlar kvinnor på samma sätt som män betraktar och behandlar kvinnor”<sup>147</sup> innebär att rätten medverkar till upprätthållandet av den maktstruktur som fortfarande råder och som säger oss att: ”män är norm och kvinnor undantag, män är överordnade och kvinnor underordnade, män har stor makt, kvinnor liten.”<sup>148</sup> En förklaring till att pornografiska skildringar fortfarande skyddas i grundlag kan tänkas vara att rättens legitimitet ”[...] baseras på överensstämmelsen mellan rätten och gemensamma faktiskt existerande sociala värderingar och moraluppfattningar”<sup>149</sup>. Den rättsliga strukturen och de normer som kommer till uttryck i rättsreglerna uppkommer som en följd av, inte frikopplat från, andra normer, de samverkar med samtida ekonomiska, sociala och politiska strukturer. Den norm som förmedlas via pornografin, normen som säger oss att män är aktiva erövare och att kvinnor förhåller sig passiva till mäns sexuella inviter, återkommer i kommitténs resonemang eftersom kvinnor där åläggs att passivt förhålla sig gillande/avvisande till mannens sexuella närmanden. Detta kan

<sup>142</sup> Kouvo Sari & Svensson Eva Maria, Staten, Grundlagen och Sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer, sid. 80-81, Ur *Sambällets demokratiska värdegrund En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Andersson Bo (red.)

<sup>143</sup> Kouvo Sari & Svensson Eva Maria, Staten, Grundlagen och Sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer, sid. 76, Ur *Sambällets demokratiska värdegrund En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Andersson Bo (red.)

<sup>144</sup> MacKinnon Catharine A., *Only words*, sid. 5

<sup>145</sup> Kouvo Sari & Svensson Eva Maria, Staten, Grundlagen och Sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer, sid. 77 ff. Ur *Sambällets demokratiska värdegrund En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Andersson Bo (red.)

<sup>146</sup> För att få en uppfattning av den utbredda konsumtionen av porr bland unga människor är det 99 procent av unga femtonåriga pojkar som sett på porr enligt undersökningar som gjorts, de ser mest porr på Internet och kabel-tv/parabol, medan 74 procent av flickorna i undersökningen har sett på porr på kabel-tv/parabol. Porrtidningar utgör den minst vanliga porrkällan. Enligt denna undersökning framkommer det också att de flesta pojkar som sett på porr anser att porr är upphetsande, medan 35 procent av flickorna tyckte att porr var förnedrande. Wallmyr Gudrun som forskat i ämnet menar att det ligger en fara i att unga människor konsumerar porr i den omfattning som angetts eftersom den påverkar ungdomars egna sexualliv, och i synnerhet när unga pojkar förknippar upphetsning med den kvinnoförnedring som förmedlas via porren. Wallmyr Gudrun, refererad enligt GöteborgsPosten 31/12-2002 sid. 11

<sup>147</sup> MacKinnon Catharine A., *Towards a Feminist Theory of the State*, sid. 161 – 162 (egen översättning)

<sup>148</sup> Skr. 1999/2000:24 sid. 5

<sup>149</sup> Glavå Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, sid. 56

möjligen förklara varför kommittén tolkat kommittédirektiven i allmänhet och begreppet bristande samtycke i synnerhet på det sätt de gjort.

I det praktiska rättslivet blir tolkningen och tillämpningen av rättsreglerna, såsom uttryck för allmänna samhällliga värderingar, styrd av övergripande föreställningar om kön, genus och sexualitet. Centralt för hur ett fall kommer att bedömas av domstolen blir dels vems beskrivning av ett händelseförlopp som tillskrivs trovärdighet vid en s.k. objektiv bevisprövning och dels vilka erfarenhetssatser som ligger till grund för tolkningarna. Med utgångspunkt från att rätten skapar och speglar värderingar kring vad som betraktas som normalt beteende, och att samlag inte längre är begränsat inom äktenskapets ramar, blir konsekvensen av detta att man förutsätter att ett ansvarsbefriande samtycke normalt föreligger. Således blir det centralt att utröna frågan om vilka omständigheter som anses tala för uttryckt motstånd respektive fri vilja. I denna kontext hävdar Helena Sutorius att det är viktigt att ställa sig frågan om vilka normaliteter som skapas samt vilka uppfattningar respektive vilkas uppfattningar som har tolkningsföreträde. Hon konstaterar att de föreställningar om kön och sexualitet som kommer till uttryck, dvs. huruvida kvinnan ville respektive mannen trodde att hon ville i praktiken innebär att frånvaron av ett uttryckligt motstånd (från kvinnan) implicerar frivillighet och vilja till övergreppen, eller i vart fall ett ansvarsbefriande missförstånd om kvinnans samtycke ur mannens synvinkel. Detta, konstaterar hon, tillgår så att man i efterhand vid bevisprövningen kring omständigheterna före övergreppet laborerar med föreställningar om ”kvinnans vilja” till sex utifrån preferenser som inte är hennes. De erfarenhetssatserna som har tolkningsföreträde är kort och gott männens.<sup>150</sup> Det kan vidare hävdas att när det gäller våldtäktsmål verkar vissa män – poliser och domare – ha lättare att föreställa sig vad som faktiskt förekommit, händelseförloppet, utifrån den manliga gärningsmannens synvinkel till skillnad mot andra brott då man har betydligt lättare att identifiera sig med offrets upplevelser. Innebörden är den att, eftersom ”man” inte förstått offrets beteende och inte heller ansett det möjligt att förstå beträffande kvinnans egentliga vilja till händelsen har ”man” slutit sig till rådande stereotypa uppfattningar om kvinnans, ur en mans synvinkel, obegripliga sexualitet.<sup>151</sup> I våldtäktsmål aktualiseras inte sällan påståenden om kvinnans eventuella ”frivilliga” deltagande i övergreppen (trots att kommittén förnekar detta). Förekommande invändningar i rättsprocesser är endast relevanta och därmed möjliga att framställa i en process genom att det finns, om än outtalad, en uppfattning om den kvinnliga kroppens sexuella tillgänglighet och motsvarande tankegång om den manliga rätten att bruka denna. Den rättsliga processen skildras, av Helena Sutorius, som en transformering av den kroppsliga integriteten till offentlig tillgänglighet. I praktiken är, menar hon, fortfarande kvinnans beteende före övergreppet rättsligt relevant för hur hennes trovärdighet kommer att värderas och graderas.<sup>152</sup> ”Genom att genusrelaterade föreställningar verkar på flera olika men ömsesidigt förbundna nivåer osynliggörs det kulturella och subjektiva inslaget i rättsapparaten.<sup>153</sup> Kulturella koder, d.v.s. om kvinnors vilja till det inträffade, sammanfaller här med en juridisk kontext som bl.a. betonar vikten av anmälarens (kvinnans) trovärdighet. I rättsprocesser förekommer det att den åtalades försvarsadvokat, under målsägandes vittnesmål tillgriper hänsynslösa förhörsmetoder i syfte är att undergräva kvinnans trovärdighet. Omskrivningar av händelseförloppet med innebörden att det inte förekommit något brott utan bara en normal förförelse med implicita påståenden om att ”alla vet att ett nej betyder egentligen något annat” eller ”lite motstånd och våld ingår ju i det sexuella spelet” innebär att ett faktiskt övergrepp med den rättsliga metoden i den rättsliga processen omskrivs till ett normalt och acceptabelt beteende

---

<sup>150</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 53, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.), sid. 64-66, se exempelvis RH 1993:94.

<sup>151</sup> Pohjonen Soile, Kvinnor, våld och straffrätt, *Ur 13 kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg Gudrun (red.), sid. 217-219

<sup>152</sup> Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, sid. 53, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.), sid. 64-66

<sup>153</sup> Ekström Simon, Trovärdighet och ovärdighet, sid. 161

från förövarens sida.<sup>154</sup> Förutom, att kulturella normer interagerar med rättsliga sådana, utövar "[l]agen [...] alltså ett reellt inflytande över den sociala konstruktionen av dessa inverterade bilder – och återspeglar dem i sin tur. I samhällen som styrs enligt liberala principer medverkar rätten till att perspektiv och föreställningar om samhället blir institutioner som formar och präglar det. Neutral, abstrakt, upphöjd och allomfattande härskar lagen i den liberala staten. Där institutionaliseras såväl männens makt över kvinnorna som makten i dess manliga form."<sup>155</sup>

## 7. Sammanfattning

Könsrelaterat våld är "ett allvarligt samhällsproblem och är uttryck för bristande jämställdhet och därmed ett hinder för den fortsatta utvecklingen mot jämställdhet mellan kvinnor och män".<sup>156</sup> Begreppet könsrelaterat våld<sup>157</sup> omfattar ett flertal närbesläktade företeelser som våldtäkt, kvinnomisshandel, prostitution, våldspornografi, i vilket de alla har det gemensamt att de är könsspecifika. Förekomsten av dessa företeelser visar tydligt på att vi lever i en ojämn maktstruktur.<sup>158</sup> Under vår och sommar 1997 ägde en rad massmedialt uppmärksammade gruppvåldtäkter rum, bland de mer omskrivna förtjänar Södertäljefallet och Rissnefallet att särskilt nämnas. I den rättspolitiska debatt som följde efter rättegångarna, där gärningsmännen dömdes för sexuellt utnyttjande och inte, som allmänheten fordrade, för våldtäkt, tillsattes en utredning med uppgift att göra en översyn av sexualbrotten i sjätte kapitlet. Utredningen kom att centrera kring frågan om tvång eller bristande samtycke bör vara grund för ansvar, emedan det allmänna rättsmedvetandet fann lagens tillkortakommande otillfredsställande när frågan rörde berusade offer. Mot bakgrund av det ovan sagda är det, menar jag, möjligt att se den rättspolitiska debatten som ett starkt ifrågasättande av jämställdhetskontraktet. Kontraktet behövde omförhandlas. Sexualbrottskommitténs betänkande måste förstås som ett inlägg i en pågående omförhandlingsprocess. Då jag i min uppsats visat att utredningen, vad gäller diskussionen om tvång/bristande samtycke, inte i realiteten förespråkar ett paradigmskifte kommer den att förespråka skenreformer på genussystemets villkor.

<sup>154</sup> Ekselius Eva, *Våld mot kvinnor om kvinnomisshandel, våldtäkt, incest och sexuella övergrepp på barn*, andra upplagan, sid. 219

<sup>155</sup> MacKinnon Catharine A., citerad enligt Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, sid. 227

<sup>156</sup> Skr. 1999/2000:24, kap. 4:1, I detta sammanhang har Lerwall Lotta i sin avhandling, *Könsdiskriminering en analys av nationell och internationell rätt*, bl.a. **visat på** att jämställdhetsmålen uttryckta i de tre rättsystemen (nationell-, folk- och EG rätten **avser** materiell jämställdhet, equality *de facto*, som inriktar sig på likhet i resultatet. Motsvarigheten är equality *de jure*. Denna förra varianten tillåter således aktiva åtgärder och särbehandling då utgångsläget *de facto* är ojämnt. Ett problem menar hon vara att de aktiva åtgärder som tillåts så länge de är nödvändiga är bedömningen när åtgärderna inte längre behövs, dvs. när målet är uppnått. Se även proposition 1997/98:55 sid. 21, där den officiella ståndpunkten är den att mäns våldsbrott mot kvinnor måste bekämpas genom fortsatta åtgärder och utgör numera en prioriterad uppgift för rättsväsendet att förhindra detta våld., Beträffande begreppet samhällsproblem förekommer begreppet i vissa framställningar som liktydigt med socialt problem. Vad som definieras som ett "socialt problem" beror på många faktorer, t.ex. historiska förhållanden, hur fenomenet uppmärksammas i den offentliga debatten, vems/vilkas perspektiv vi utgår ifrån etc.. Min ambition är inte att uppställa några kriterier för den "rätta" definitionen av ett socialt-/samhälls- problem eftersom jag anser att det inte finns ett givet svar på den frågan, trots att det onekligen existerar sådana såväl i vår föreställningsvärld och i verkligheten., Se Meeuwisse Anna, Swärd Hans, Vad är ett socialt problem?, Sunesson Sune, Meeuwisse Anna, Swärd Hans mfl., *Perspektiv på sociala problem*, Meeuwisse Anna, Swärd Hans (red.), sid. 23-52

<sup>157</sup> Enligt den deklaration om våld mot kvinnor som FN:s generalförsamling antog år 1993, omfattar begreppet (våld mot kvinnor) bland annat fysiskt, sexuellt, och psykiskt våld som förekommer inom familjen, i samhället samt all våld som utövas och tolereras av staten. Vidare omfattar begreppet våld mot kvinnor, enligt deklarationen, våld inom äktenskap, kvinnlig könsstympning, sexuella trakasserier i arbetslivet, handel med kvinnor samt påtvingad prostitution. Det är således ett flertal handlingar och företeelser som man hänför till begreppet och som har det gemensamt att de är könsrelaterade eller könsspecifika., proposition 1997/98:55 sid. 21

Jämför exempelvis Stina Jeffner, "Liksom våldtäkt, typ" *Om betydelsen av kön och heterosexuallitet för ungdomars förståelse av våldtäkt*, sid. 36. I sin avhandling använder hon sig av begreppet sexualiserat våld.

<sup>158</sup> SOU 1990:44, *Demokrati och Makt i Sverige*, Maktutredningens huvudrapport sid. 73 - 116

Beträffande kvinnors sexuella självbestämmanderätt och sexuella integritet finns det därför, enligt min mening, inga större skäl att anta att denna kommer att tillerkännas ett ökat skydd inom den närmaste framtiden, ty när justitieministern Thomas Bodström talar om att utvidga begreppet våldtäkt, visar det sig för Bodström innebära att fler, idag redan kriminella, beteenden skall *keallas våldtäkt*.<sup>159</sup> ”Detta [regeringens planerade proposition, min anm.] innebär att fall av sexuellt utnyttjande av berusade, sovande och funktionshindrade personer kommer att betecknas som våldtäkt i framtiden.”<sup>160</sup> Bodström skriver ”Jag är övertygad om att den kvinna som vaknar och upptäcker att hon har utsatts för sexuella övergrepp medan hon sovit upplever att hon blivit våldtagen. Detsamma tror jag gäller i ett fall där en funktionshindrad person inte kunnat värja sig.”<sup>161</sup> Det grundläggande problemet, d.v.s. konflikten mellan, såväl som inom, officiella respektive bakomliggande normer när det gäller synen på kön och sexualitet problematiseras inte. Bodström problematiserar inte heller det faktum att även han, principiellt, ålägger kvinnor att värja sig. Innebörden av Bodströms resonemang, i likhet med kommitténs, är den att kvinnor normalt sett har ett ansvar att avvisa/värja sig. Under *speciella omständigheter* såsom berusning, sömn och funktionshinder, förespråkar de en specialreglering – till följd av de särskilda omständigheterna begränsas deras normala ansvar. På så sätt kan rättsordningen befästa och bevara den rådande genusordningen.

I ett samhälle befriat från varje form av ideologiska förvrängningar av rätten och sexualiteten skulle samhället organiseras annorlunda än idag. Det är feminismens och rättsvetenskapens uppgift att verka för ett sådant samhälle som fostrar jämlika individer. ”När dessa människor en gång finns, där kommer de att ge tusan i vad man idag tror, att de skall göra. De kommer att utbilda sin egen praxis och sin därefter avpassade offentliga mening om varje enskild praxis – punktum.”<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Bodström Thomas, *Morgonbris S-kvinnors tidning*, nummer 3 juni 2003, sid. 29

<sup>160</sup> Bodström Thomas, *Morgonbris S-kvinnors tidning*, nummer 3 juni 2003, sid. 29

<sup>161</sup> Bodström Thomas, *Morgonbris S-kvinnors tidning*, nummer 3 juni 2003, sid. 29

<sup>162</sup> Engels Friedrich, *Familjens, privategendomens, och statens ursprung*, sid. 105



## 6. Källförteckning

### 6.1 Litteratur

- Andersson Ulrika, Det gränslöst feminina Kvinnliga kroppar och sexualiteter i rättslig hantering av våldtäkt, Ur *Mord, misshandel och sexuella övergrepp Historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*, Lövkrona Inger (red.), Nordic Academic Press, Falun 2001
- Andersson Gudrun, Granström Görel, Jansson Karin, *Kvinnorna och rätten, Myndig eller omyndig? Kvinnans rättsliga och sambälleliga ställning under stormaktstiden.*, Hallgren & Fallgren Studieförlag AB, Uppsala 1996
- Bring Ove, Lysén Göran, *Materialsamling i folkrätt*, 3: e upplagan, Iustus förlag, Göteborg 2000
- Bäckman Maria, Från last till lust om sexualitetens individualisering. Ur *Lust, lidelse och längtan kulturella perspektiv på sexualitet*, Gerholm Lena (red.) Bokförlaget Natur och Kultur, Uddevalla 2002
- Carlson Per, Persson Mikael, *Processrättens grunder*, Iustus förlag Ab, 4 upplagan, Uppsala 1996
- Ekelöf Per Olof, Boman Robert, *Rättegång, första häftet*, Studentlitteratur AB, Lund 1997
- Ekselius Eva, *Våld mot kvinnor om kvinnomisshandel, våldtäkt, incest och sexuella övergrepp på barn*, andra upplagan, Bokförlaget Prisma Stockholm, Borås 1983
- Ekström Simon, *Trovärdighet och ovärdighet*, Gidlunds förlag, Södertälje 2002
- Engels Friedrich, *Familjens, privategendomens, och statens ursprung*, Arbetarkulturs förlag, Stockholm 1969
- Fransson Susanne, *Lönediskriminering*, Justus Förlag AB, Uppsala 2000
- Glavå Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999
- Holmberg Erik, Stjernqvist Nils, *Vår författning*, elfte upplagan, Norstedts Juridik AB, Göteborg 1998
- Gunneng Hedda, Underordnad i livet – likställd efter döden Om kvinnors förhållande till mannen i Thomas av Aquinos tänkande, ur *Kön, makt, medborgarskap Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels*, Eduards Maud (red.), Gleerups Förlag, Minab Surte 1992. Meeuwisse Anna, Swärd Hans, *Vad är ett socialt problem?, Perspektiv på sociala problem*, Meeuwisse Anna, Swärd Hans (red.), Bokförlaget Natur och kultur, Falköping, 2002
- Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine, Träskman Per Ole, Wennberg Suzanne, *Brottsbalken En kommentar Del 1 (1-12 kap) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, studentutgåva 2, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2000
- Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine, Träskman Per Ole, Wennberg Suzanne, *Brottsbalken En kommentar Del 2 (13-24 kap) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, studentutgåva 2, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2000
- Hydén Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet 1998
- Jansson Karin Hassan, *Kvinnofrid Synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*, Uppsala University Library, Stockholm 2002
- Jareborg Nils, *Brotten första häftet grundbegrepp brotten mot person*, andra upplagan, P A Norstedt & Söners förlag, Studentlitteratur AB, Lund 1984
- Jareborg Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Iustus förlag AB, Göteborg 1994
- Jareborg Nils, *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus förlag, Göteborg 1992
- Jeffner Stina, *"Läskam våldtäkt, typ" Om betydelsen av kön och heterosexuallitet för ungdomars förståelse av våldtäkt*, Department of Sociology, Uppsala University, Sweden, 1997
- Kouvo Sari & Svensson Eva Maria, Staten, Grundlagen och Sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer, Ur *Samhällets demokratiska värdegrund En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Andersson Bo (red.), Värdegrunden Göteborgs universitet, Parajett, Landskrona 2000
- Svenska Akademiens ordlista*, tolfte upplagan, Norge 2002
- Leijonhufvud Madeleine, Wennberg Suzanne *Straffansvar*, femte upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1997

Lerwall Lotta, *Könsdiskriminering en analys av nationell och internationell rätt*, Iustus förlag, Göteborg 2001

MacKinnon Catharine A., *Toward a theory of the state*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1989

MacKinnon Catharine A., *Only words*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1993

MacKinnon Catharine A., *Feminism unmodified, Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1987

Mathiesen Thomas, *Rätten i samhället en introduktion till rättsociologin*, (övers. Andersson Sten, Bokförlaget Korpen, England 1991

Nergelius Joakim, *Komparativ statsrätt*, tredje upplagan, studentlitteratur Juristförlaget i Lund, Lund 1997

Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995

Peczenik Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Fritzes Förlag AB, Göteborg 1995

Pohjonen Soile, Kvinnor, våld och straffrätt, Ur *13 Kvinnoperspektiv på rätten*, Nordborg Gudrun (red.), Iustus förlag, Uppsala 1995

Saldeen Åke, *Barn och föräldrar*, 3: e upplaga, Iustus förlag AB, Göteborg 1998

Smart Carol, *Feminism and the power of law*, Routledge, London, Great Britain, 1989

Strömberg Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, Studentlitteratur tredje upplagan, Lund 1997

Strömholm Stig, *Rätt, rättskällor och rättslämning en lärobok i allmän rättslära*, femte upplagan, Norstedts Juridik AB, Smedjebacken 1996

Sundberg Jacob, *Rättskällorna på 1900 – talet, Filosofie och rättsvetenskap*, Belfrage Bertil och Stille Leif (red.), Bokförlaget Doxa, Lund 1975

Sutorius Helena, Kaldal Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Sutorius Helena, Södertäljemålet och frågan om kvinnors sexuella självbestämmanderätt, Ur *Lika inför Lagen – Rätten ur ett genusperspektiv*, Granström Görel (red.), Iustus förlag, Uppsala 1999

Svensson Eva-Maria, *Genus och Rätt en problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997

Svensson Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? Ur *13 kvinnoperspektiv på rätten*. Nordborg Gudrun (red), Iustus förlag, Uppsala 1995

Töllborg Dennis, *Kritisk teori. Rätten som ideologi.*, Artikel ur Textkompendium i rättsvetenskap ht. 1999, utgiven av Juridiska Institutionen vid Göteborgs Universitet 1999

Wendt Höjer Maria, *Rädslans politik Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, Liber AB, Lund 2002

Wennstam Katarina, *Flickan och skulden En bok om samhällets syn på våldtäkt*, Albert Bonniers förlag, Smedjebacken 2002

Westberg Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Ur *Festskrift till Per Olof Bolding*, Heuman Lars (red.), Juristförlaget AB, Stockholm 1992

## 6.2 Offentligt tryck

Proposition 1983/84:105, *Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)*

Proposition 1993/94: 147, *Delad makt, delat ansvar*

Proposition 1997/98:55, *Kvinnofrid*

SOU 1982:61, *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp. Betänkande av 1977 års sexualbrottskommitté*

SOU 1990:44, *Demokrati och Makt i Sverige, Maktutredningens huvudrapport*

SOU 1995:15, *Könsbehandeln*

SOU 2001:14, *Sexualbrotten Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor, Betänkande av 1998 års sexualbrottskommitté*

Direktiv 1998:48, *Översyn av lagstiftningen om sexualbrott*

Skr. 1999/2000:24, *Jämställdhetspolitiken inför 2000-talet*

Ds S 1984:14, *Prostitutionen och sambället*

Ds Ju 2001/1805, *Remissammanställning, Sexualbrotten Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor (SOU 2001:14)*

NJA 1996 sid. 418

B 3935-00 Svea Hovrätt

### **6.3 Artiklar**

Leijonhufvud Madeleine, *svensk rättspraxis. Straffrätt 1991-1994*, Svensk Juristtidning 1/96.

Molin Yavari Prina, *Få unga nobbar porr*, GöteborgsPosten 31/12-2002

Rodney Edvinsson, *Förbud förvärrar situationen i Arbetarmakt* nr 5/1999.

Bodström Thomas, *Morgonbris S-kvinnors tidning*, nr 3/2003