



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Maria Barkin

Våldtäkt som rättslig konstruktion  
En feministisk analys

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Per- Ole Träskman

Ämnesområde: straffrätt

Termin: Vt. 2001

# Innehåll

<b>INNEHÅLL</b>	<b>2</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Syfte	6
1.2 Metod	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Litteratur	7
1.5 Disposition	7
<b>2 GÄLLANDE RÄTT</b>	<b>8</b>
2.1 Regleringen av våldtäkt i 1§ 6 kap. BrB	8
2.2 De objektiva rekvisiten	9
2.2.1 Våld/hot	9
2.2.2 Tvång	9
2.2.3 Samlag eller annat jämförligt sexuellt umgänge	11
2.3 Uppsåt	11
<b>3 TIDIGARE REGLERING</b>	<b>14</b>
3.1 Äldre rätt	14
3.2 Birger Jarls fridslagar	14
3.3 Magnus Erikssons landslag och Kristoffers landslag	14
3.4 1734 års lag	15
3.5 Strafflagen	15
3.6 Införandet av brottsbalken	16
3.7 1984 års lagändring	17

<b>4 1998 ÅRS SEXUALBROTTSKOMMITTÉ</b>	<b>18</b>
<b>5 KONSTRUKTIONEN AV VÅLDTÄKTSBROTET I ANDRA LÄNDER</b>	<b>20</b>
5.1 Bakgrund	20
5.2 Regleringen i EU-länderna	20
5.3 Den kontinuerliga skalan	21
5.4 Rekvisitet bristande samtycke	21
<b>6 IDÉHISTORISKA GRUNDER FÖR VÅLDTÄKTSREGLERINGEN</b>	<b>22</b>
6.1 Läran om samhällskontraktet	22
6.2 Vilka sluter samhällskontraktet?	23
6.3 Argument för kvinnans underordning	24
6.4 Det offentliga och det privata	24
6.5 Samtyckets betydelse	24
6.6 Kontraktsteoriernas betydelse för våldtäktsregleringen	25
6.7 Rättsfallet NJA 1988 s.40	27
6.8 Rättsfallet DPP mot Morgan	28
6.9 Rättsfallet RH 1989:161	29
<b>7 ATT TA BORT REKVISITET VÅLD/HOT</b>	<b>29</b>
7.1 Skäl <i>för</i> att ta bort rekvisitet våld/hot	30
7.1.1 Principen om sexuellt självbestämmande	30
7.2 Skäl <i>emot</i> att ta bort rekvisitet våld/hot	30
7.2.1 Ökad fokusering på bristande samtycke	30
7.2.2 Rättssystemets effektivitet	31
7.2.3 Den mångfacetterade sexualiteten	31
7.2.4 Semantiska skäl	32
<b>8 ATT TA BORT REKVISITET BRISTANDE SAMTYCKE</b>	<b>32</b>
8.1 Skäl <i>för</i> att ta bort rekvisitet bristande samtycke	33
8.1.1 Synen på kvinnas ställning	33
8.1.2 Fokuseringen på offrets beteende	34
8.2 Skäl <i>emot</i> att ta bort rekvisitet bristande samtycke	34
8.2.1 Kravet på "fair warning"	34

8.2.2 Masochism	34
8.2.3 Det allmänna rättsmedvetandet	35
<b>9 BEVISFRÅGOR</b>	<b>37</b>
<b>10 SLUTSATS</b>	<b>39</b>
<b>KÄLLFÖRTECKNING</b>	<b>41</b>
<b>Offentligt tryck</b>	<b>41</b>
Lagtext	41
Betänkanden	41
Propositioner	41
Förarbeten	41
<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>41</b>
<b>Litteratur</b>	<b>42</b>
<b>Artiklar</b>	<b>42</b>
<b>Övrigt material</b>	<b>43</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>43</b>
<b>Utländska rättsfall</b>	<b>43</b>
<b>Rättsfall från Hovrätterna</b>	<b>43</b>
<b>Rättsfall från Högsta Domstolen</b>	<b>43</b>

# Sammanfattning

I Sverige har våldtäktsregleringen varit likartad sedan Birger Jarls fridslagar. Det har hela tiden funnits ett krav på våld eller hot från gärningsmannens sida, samt ett krav på bristande samtycke från offrets sida. Samma rekvisit laborerar man med i nästan alla andra rättssystem i Europa. Men vilka idéhistoriska grunder vilar konstruktionen på? Vad får den för följder för rättstillämpningen? Vad finns det för kritik mot konstruktionen? Skulle man kunna ta bort ett av rekvisiten eller båda? Vad skulle det få för konsekvenser?

Den här uppsatsen är skriven ur ett feministiskt perspektiv. Det innebär att jag analyserar lagstiftning och rättstillämpning ur ett köns- och maktperspektiv.

Jag begränsar mig till att diskutera den rättsliga regleringen av våldtäkt mot vuxna kvinnor. Tonvikten ligger på de principiella resonemangen kring konstruktionen våld/hot och bristande samtycke.

Rekvisiten i våldtäktsparagrafen 1 § 6 kap. i BrB består av våld eller hot, tvång, och samlag/eller annat jämförbart sexuellt umgänge (samt vanmakt som jag inte behandlar). Dessutom finns ytterligare ett objektiva rekvisit, nämligen bristande samtycke från offrets sida. Om det finns samtycke, så är gärningen inte rättsstridig.

Huruvida rekvisitet tvång innefattar något krav på bristande samtycke hos offret är inte helt klart. Jag anser inte att tvång skulle innefatta något krav på bristande samtycke från offrets sida. Det viktigaste skälet för detta är att karaktären hos gärningsmannens handling (att slå eller hota) ju inte påverkas av offrets sinnestillstånd.

Våldtäkt är ett uppsåtligt brott och uppsåtet ska omfatta alla objektiva rekvisit, även det bristande samtycket från offrets sida.

Historiskt ansågs våldtäkt som ett egendomsbrott riktat mot offrets giftoman. Brottet ansågs i äldre tid inte kunna bevisas om det inte fanns tecken på att offret gjort motstånd. Något sådant krav finns inte kvar i något av de europeiska länderna, men åklagarsidan måste fortfarande visa att samtycke inte funnits.

Jag vill hävda att de idéhistoriska grunderna för våldtäktsregleringen finns att finna i läran om samhällskontraktet. Enligt kontraktsteoretikerna övergavs det ursprungliga naturtillståndet till förmån för ett lagreglerat samhälle när invånarna ingick ett frivilligt kontrakt där de förband sig att underkasta sig staten. En grundläggande utgångspunkt för kontraktsteoretikerna var att varje individ var

suverän och inte underordnad någon annan. Det har debatterats huruvida kvinnor över huvud taget var med om att sluta samhällskontraktet. Klart är att kvinnan hos John Locke i den privata sfären skulle vara mannen underdånig, och att han ansåg att detta förhållande inte var politiskt utan grundat på naturen. Om kvinnans underordning under mannen är grundad i naturen kan hon inte samtidigt vara en naturligt fri och jämlik individ.

Jean- Jacques Rousseau uteslöt tveklöst kvinnor från slutandet av samhällskontraktet. Rousseau ansåg att politisk ordning förutsatte att kvinnor uteslöts från självständigt medborgarskap och rösträtt.

Om kvinnan inte är med och sluter samhällskontraktet kan man tänka sig att hennes medborgarskap baseras på äktenskap med en man som är en kontraktsslutande part. För kvinnornas del är det alltså fråga om ett passivt eller indirekt medborgarskap. Våldtäkt blir då, som vi har sett i historien, ett brott mot mannens rättigheter i egenskap av man och familjeöverhuvud.

Kontraktsteoretikernas syn på kvinnans ställning var inte ny. Vad som var nytt var att man i senare politisk teori uppträdde som om begreppet individ var könsneutralt.

Samtycke är något centralt hos kontraktsteoretikerna, eftersom det faktum att varje individ är suverän innebär att alla auktoritära förhållanden måste grundas på samtycke. Detta gäller dock inte i den privata sfären eftersom förhållandena där inte är politiska utan grundas på naturen. Samtycket behöver inte uttryckas, utan kan hos John Locke vara s.k. tyst samtycke (tacit consent). Det finns heller ingen självklar skillnad mellan samtycke och underkastelse hos kontraktsteoretikerna.

Kontraktsteoriernas betydelse för våldtäktsregleringen är för det första att överfallsvåldtäkten som anses som det mesta straffvärda, eftersom den sker i den offentliga sfären. När det gäller övergrepp inom äktenskapet är resonemanget annorlunda. Det beror på att den gifta kvinnan inte antas ha någon integritet att kränka. Den som däremot har någon integritet att kränka är ju den äkta mannen eller familjefadern, eftersom han är en individ i den här meningen. Om han inte känner sig kränkt när hans hustru blir våldtagen anses ingen skada vara skedd. Det finns också en tendens i rättstillämpningen att inte skilja på samtycke och underkastelse och att laborera med tyst samtycke.

Att ta bort kravet på våld/hot som ett brottsrekvisit kan ses som ett steg i rätt riktning mot att erkänna att kvinnors ställning inför män inte alltid är jämlik även om våld eller hot inte förekommer. Men om man tar bort kravet på våld/hot och behåller kravet på bristande samtycke kommer fokus att hamna ännu mer på detta rekvisit. På så sätt kommer det vara ännu viktigare att genom offrets beteende före och under övergreppet utrona om bristande samtycke har förelegat

respektive om gärningsmannens uppsåt omfattat detta. Men den diskussionen utgår inte från rekvisitet våld/hot utan från rekvisitet bristande samtycke.

Konstruktionen med våld/hot i kombination med bristande samtycke är en spegling av en patriarkalisk syn på sex. Där är det logiskt att samlag som uppnås med hjälp av våld/hot är eller kan bli frivilliga. Konsekvensen av att ta bort rekvisitet bristande samtycke blir att fokuseringen på kvinnas beteende före och under övergreppet försvinner.

# Förord

För nio terminer sedan började min juridiska utbildning här på juridiska fakulteten i Lund. Förhoppningsvis har jag kommit en bit på vägen till att bli en duglig jurist. Men samtidigt som jag började min strikt juridiska utbildning började en annan sorts skolning, nämligen den som handlade om genusforskning, feministisk teori i allmänhet och feministisk rättsteori i synnerhet. Även om jag fortfarande är nybörjare på det området, har det skänkt mig en vidare världsbild och många aha-upplevelser. Det föll sig därför naturligt att skriva mitt examensarbete med feministisk inriktning.

Jag vill först och främst tacka min handledare professor Per- Ole Träskman. Tack också till jur.dr. Karin Lundström för att hon generöst delat med sig av sina kunskaper i feministisk rättsteori, och för att hon fungerat som förebild under utbildningen. Ulrika Andersson, doktorand i straffprocessrätt, var vänlig nog att hjälpa mig att hitta material. Tack för det! Slutligen tack till tjejerna i det kvinnliga nätverket Agora, för att de stått ut med att jag har hållit på och malt om uppsatsen oupphörligt i ett halvår. Jag ska skaffa mig andra samtalsämnen nu, jag lovar!

Lund i juni 2001

Maria Barkin



# Förkortningar

BrB	Brottsbalken
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
MELL	Magnus Erikssons landslag
RB	Rättegångsbalken
SL	Strafflagen
SOU	Statens offentliga utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Syfte

I Sverige har våldtäktsregleringens konstruktion varit likartad sedan Birger Jarls fridslagar. Det har hela tiden funnits ett krav på våld eller hot från gärningsmannens sida, samt ett krav på bristande samtycke från offrets sida. Samma rekvisit laborerar man med i nästan alla andra rättssystem i Europa. Men vilka idéhistoriska grunder vilar konstruktionen på? Vad får den för följder för rättstillämpningen? Vad finns det för kritik mot konstruktionen? Skulle man kunna ta bort ett av rekvisiten eller båda? Vad skulle det få för konsekvenser?

Den här uppsatsen är skriven ur ett feministiskt perspektiv. Det innebär att jag analyserar lagstiftning och rättstillämpningen ur ett köns- och maktperspektiv. Det finns många olika riktningar inom feminismen, men det finns vissa gemensamma nämnare. En sådan är uppfattningen att kvinnor *som grupp* har mindre makt i samhället än män *som grupp*, och att detta är något som bör ändras. Feministisk rättsteori analyserar lagstiftning och rättstillämpning utifrån (bl.a.) denna premiss.

## 1.2 Metod

De metoder jag använt mig av är dels den deskriptiva, som jag använder när jag beskriver gällande rätt, historik och hur en del främmande rättssystem reglerar våldtäktsbrottet. Dels använder jag mig av ett analytiskt förhållningssätt när jag analyserar rättsfall.

## 1.3 Avgränsningar

Jag begränsar mig till att behandla 1§ 6 kap. BrB 1 st. Jag kommer alltså inte att gå in på vilka grunder man använder för att gradindela brottet. Jag inriktar mig på våldtäkt mot vuxna kvinnor. Tonvikten ligger på de principiella resonemangen kring konstruktionen våld/hot och bristande samtycke. Därför redogör jag bara översiktligt för den materiella rätten. Rekvisitet vanmakt berör jag inte alls. Jag använder mig vanligen av genus femininum för att beteckna offret, och genus maskulinum för att beteckna gärningspersonen. Detta av två skäl. Dels är det i realiteten nästan alltid så. Dels är en av mina poänger just att det faktiskt spelar roll för utformningen av regleringen att det nästan alltid är det. Det hindrar naturligtvis inte att våldtäkt kan begås av en kvinna mot en man, av en man mot en annan man, eller av en kvinna mot en annan kvinna.

## 1.4 Litteratur

När det gäller gällande rätt har jag framför allt använt mig av *Brottbalkskommentaren*, Nils Jareborgs *Ansvarslära* och *Bevis 5* (red. Christian Diesen). De historiska uppgifterna har jag främst hämtat från Kvinnorna och rätten (red. Görel Granström) och från förarbetena till de olika lagarna. Avsnittet om andra länders våldtäktsreglering är hämtad från en sammanställning av EG-ländernas lagstiftning med titeln *The legal process and the victims of rape*. Det idéhistoriska avsnittet är baserat på avsnittet om kontraktsteorierna i *Rättsfilosofin i huvuddrag* av Tore Strömberg. Den feministiska teorin är hämtad bland annat från *The disorder of women* av Carole Pateman och Catharine A MacKinnons *Toward a Feminist theory of the state*. Dessutom har jag haft stor nytta av teoridelen i Karin Lundströms avhandling *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten- en feministisk analys*.

## 1.5 Disposition

Jag börjar med att redogöra för gällande rätt, historik och för våldtäktslagstiftningen i några främmande länder. Därpå följer en redogörelse för teorin om samhällskontraktet och för hur jag menar att synen på och regleringen av våldtäkt följer därav. Sedan följer en analys av ett antal rättsfall utifrån dessa idéhistoriska grunder. Därefter redogör jag för argumenten för och emot att ta bort rekvisitet våld/hot eller rekvisitet bristande samtycke. Sedan följer en genomgång av hur bevisfrågorna skulle påverkas av att ta bort endera rekvisit. Därpå följer slutsatsen.

# 2 Gällande rätt

## 2.1 Regleringen av våldtäkt i 1§ 6 kap. BrB

Våldtäktsbrottet regleras i svensk rätt genom 1§ 6 kap. i brottsbalken:

*Den som genom våld eller genom hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara tvingar någon annan till samlag eller till annat sexuellt umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag, döms för våldtäkt till fängelse, lägst två och högst sex år. Med våld jämställs att försätta någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd.<sup>1</sup>*

I andra stycket definieras mindre allvarlig våldtäkt

*Är brottet med hänsyn till våldets eller hotets art och omständigheterna i övrigt att anse som mindre allvarligt, döms till fängelse i högst fyra år.<sup>2</sup>*

Grov våldtäkt behandlas i tredje stycket:

*Är brottet grovt, döms för grov våldtäkt till fängelse, lägst fyra och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas, 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.<sup>3</sup>*

Rekvisiten i våldtäktsparagrafen består av våld eller hot, tvång, och samlag/eller annat jämförbart sexuellt umgänge<sup>4</sup>. Dessutom finns ett underförstått objektivi rekvisit, nämligen bristande samtycke från offrets sida. Om det finns samtycke, så är gärningen inte rättsstridig.<sup>5</sup>

Detta ska inte blandas samman med samtycke som ansvarsfrihetsgrund i BrB 7 § 24 kap. BrB. Denna ansvarsfrihetsgrund gör en annars straffbelagd gärning tillåten. Om en man genomför ett samlag med en kvinna medelst råntvång och hon samtycker till detta, har han inte begått någon otillåten gärning. Om han i stället misshandlar kvinnan lindrigt har han begått en otillåten gärning, som kan bli tillåten om undantagsregeln samtycke föreligger.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> SFS 1984:399 .

<sup>2</sup> SFS 1984:399.

<sup>3</sup> SFS 1984:399.

<sup>4</sup> Dessutom finns rekvisitetet vanmakt, som jag inte behandlar.

<sup>5</sup> Jareborg (1994) s. 173.

<sup>6</sup> Jareborg (1994) s. 23.

När jag i fortsättningen talar om bristande samtycke syftar jag på det objektiva rekvisitet i 6 kap. 1§ i BrB.

## 2.2 De objektiva rekvisiten

### 2.2.1 Våld/hot

För att bestämmelsen om våldtäkt ska vara tillämplig krävs att gärningsmannen har använt sig av ett visst kvalificerat tvång. Medlet för detta är våld eller hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara. Det ska alltså röra sig om s.k. råntvång. Med våld avses misshandel i första hand. Men även betvingande av en annan persons rörelsefrihet kan utgöra tvång i paragrafens mening. Ett exempel som ges i brottsbalkskommentaren är att gärningsmannen tvingar i sär kvinnas ben under det att hon försöker knipa ihop dem.<sup>7</sup>

Om det är fråga om hot ska detta för den hotade framstå som ett hot om omedelbart förestående våld av allvarligare beskaffenhet. Faran skall avse ett angrepp mot liv eller hälsa eller något därmed jämförbart intresse. Hotet behöver inte rikta sig mot offret, utan kan rikta sig mot en annan person t.ex. offrets barn. Det är oklart om den tredje person som hotas måste vara närvarande eller inte. Det har inte funnits något sådant krav i äldre rätt, men anses i brottsbalkskommentaren som en förutsättning.<sup>8</sup>

### 2.2.2 Tvång

Innebörden av uttrycket tvång är något dunkel. Man kan tänka sig tre möjliga betydelser. Den första är att tvång är det man använder sig av när man förmår någon till något genom våld eller hot. Med andra ord att verbet tvång inte innefattar något krav på bristande samtycke från offrets sida.

Ett annat alternativ är att rekvisitet tvång anger att det ska vara fråga om våld/hot i kombination med bristande samtycke. Eller också kan man tänka sig att det ska till ytterligare en komponent t.ex. betvingande av motstånd.

I kommentaren till brottsbalken blir man inte mycket klokare. Det sista alternativet verkar vi i vart fall kunna utesluta. I brottsbalkskommentaren står det nämligen att det inte krävs något motstånd från offrets sida<sup>9</sup> men hon ska likväl vara *tvingad* till det sexuella umgänget<sup>10</sup> (min kurs). Men helt klart är det inte. Man skriver nämligen också att kravet på våld kan vara uppfyllt om gärningsmannen tvingar

---

<sup>7</sup> Holmqvist red. (2000) s. 284.

<sup>8</sup> Holmqvist red. (2000) s. 285.

<sup>9</sup> Offret måste dock, för att uppsåt ska anses bevisat, visa att hon inte samtycker antingen verbalt eller fysiskt. (Wennberg, (1997/98) s. 1303).

<sup>10</sup> Holmqvist red. (2000) s. 284.

isär offrets ben, *under det att hon försöker knipa ihop dem* (min kurs). Men att knipa ihop benen är väl en form av motstånd?

Den naturligaste tolkningen av rekvisitet tvång är, enligt min mening, den första, nämligen att tvång är det en person ägnar sig åt när han använder våld eller hot mot någon för att förmå henne att göra något. Jag anser alltså inte att tvång skulle innefatta något krav på bristande samtycke från offrets sida.

Det viktigaste skälet för detta är att karaktären hos gärningsmannens handling (att slå eller hota) ju inte påverkas inte av offrets sinnestillstånd.

Ett annat skäl för denna tolkning är rent språklig. Tvång är ett verb man kan använda när man betecknar det som någon gör när han slår eller hotar. Annars är det svårt att i ett verb beskriva kravet på våld, utan att göra bestämmelsen antingen alltför lång och otymplig, eller göra den så snäv att vissa gärningar man vill innefatta inte inryms. Man har ju också legalitetsprincipens förbud mot otydlig lagstiftning att ta hänsyn till.

Uppfattningen att *tvång* inte innefattar ett krav på ickesamtycke verkar 1998 års sexualbrottskommitté förfäktat. Utredarna skriver bl.a.: *För att bestämmelsen om våldtäkt ska vara tillämplig krävs vidare att gärningen har genomförts med ett visst kvalificerat tvång. Medlet för detta tvång är våld eller hot av visst kvalificerat slag.*<sup>11</sup>

Denna tolkning verkar även professor Suzanne Wennberg förorda. Hon skriver nämligen att det som ska beivras är att offret inte *har haft* något val, inte vad hon *skulle* ha valt om hon *fått* tillfälle att välja. Det krävs enligt Wennberg att den kommenderade handlingen utförts av offret utan eget inflytande, i brist på annat val. I denna inställning verkar Suzanne Wennberg vara influerad av äldre rätt. Men Wennberg anser samtidigt att graden av våld/hot som ska krävas har blivit uttunnat, och att det är därför som frågor om ickesamtycke hos offret uppstår.<sup>12</sup>

Jag tar avstånd från Wennbergs uppfattning om graden av våld eller hot som ska krävas för att våldtäktsparagrafen ska vara tillämplig. Man kan närmast jämföra med situationen i vissa amerikanska stater. Där har man tagit bort kravet på bristande samtycke men graden av våld eller hot som krävs är så hög, att det knappt lämnas utrymme för någon tvekan hos gärningsmannen om huruvida offret samtycker eller inte.<sup>13</sup>

En annan sak är att det i ett i en majoritet av fallen *finns* bristande samtycke från offrets sida. Det är också så att en rationell person knappast skulle använda våld

---

<sup>11</sup> SOU 2001:14 s. 49.

<sup>12</sup> Wennberg, (1998/99) s. 523.

<sup>13</sup> Bacic red. (1998) s. 169.

eller hot mot en annan person för att förmå denna att göra något som han eller hon samtyckte till.

Men om det är så att rekvisitet tvång inte innefattar något krav på bristande samtycke från offrets sida, måste det vara så att rekvisitet bristande samtycke är en brottsförutsättning som inte är explicit uttryckt i paragrafen. Att det finns där vet vi eftersom det är något som man resonerar kring i rättstillämpningen. Det verkar milt sagt olämpligt att i straffrättslagstiftningen har rekvisit som inte är uttryckliga utan underförstådda.

### **2.2.3 Samlag eller annat jämförligt sexuellt umgänge**

Med samlag menas vaginalt samlag samt orala och anala samlag.

För att brottet ska anses fullbordat krävs att mannens och kvinnans könsdelar berör varandra. Något krav på penetration finns inte. Inte heller finns det några krav på att handlingen ska ha ”medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften.” Med det menas att mannen inte behöver ha fått utlösning för att det ska vara fråga om fullbordat brott.<sup>14</sup>

Annat sexuellt umgänge som omfattas av paragrafen är andra handlingar, både homo- och heterosexuella som ”typiskt sett syftar till att tillfredsställa bådars eller endera parternas sexualdrift”. Andra sexuella handlingar än samlag får bedömas med ledning av omständigheterna. Vid bedömningen ska man ta hänsyn till gärningens varaktighet, och om huruvida denna har varit förenad med smärta. För att andra sexualhandlingar än samlag ska omfattas krävs att de är av ”klart samlagsliknande karaktär”. Att en man tvingar en kvinna att onanera åt honom är ett exempel på sexuellt umgänge som normalt inte kan jämföras med samlag.<sup>15</sup>

Efter lagändringen som trädde i kraft den 1 juli 1998 ska kränkningens art, snarare än själva sexualhandlingen betonas vid bedömningen. Till exempel ska det fall att en man för in ett främmande föremål i en kvinnas slida regelmässigt falla under våldtäktsbestämmelsen.<sup>16</sup>

## **2.3 Uppsåt**

I svensk rätt finns två skuldformer: uppsåt och oaktsamhet. Uppsåt innebär att gärningsmannen i princip hade möjlighet att rätta sig efter lagen (förutsatt att han kände till dess innehåll), oaktsamhet innebär att gärningsmannen skulle haft tillfälle att rätta sig efter lagen (förutsatt att han kände till dess innehåll) om han hade gjort något som han borde ha gjort.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Holmqvist red. (2000) s. 282.

<sup>15</sup> Holmqvist red. (2000) s. 285.

<sup>16</sup> Holmqvist red. (2000) s. 283.

<sup>17</sup> Jareborg (1994) s. 196.

Våldtäkt är ett uppsåtligt brott, och uppsåtet ska omfatta alla objektiva rekvisit. Det som är mest intressant i detta sammanhang är uppsåt till gärningsomständigheten bristande samtycke.<sup>18</sup>

En undersökning som 1998 års sexualbrottskommitté gjort visar att den tilltalade i bara knappt 10 av 122 tingsrättsdomar hade gjort invändning om att samtycke förelegat. Det betyder inte att frågan inte ingått i domstolens bedömning. Att kvinnan har samtyckt till det sexuella umgänget är en alternativ hypotes som domstolen kan ta upp på eget initiativ.<sup>19</sup>

Uppsåt till gärningsomständigheter kan delas upp i två kategorier:

1. Uppsåt rätt och slätt. Gärningsmannen vet eller tror att offret inte samtycker.
2. Eventuellt uppsåt. Ett sådant uppsåt finns om gärningsmannen *dels* misstänkte<sup>20</sup> att offret inte samtyckte, och *dels* att det kan hållas för visst att han skulle ha genomfört samlaget, även om han varit säker på inget samtycke fanns. Det eventuella uppsåtet består alltså av ett krav på medvetenhet, plus ett hypotetiskt prov. För att kravet på uppsåt ska vara uppfyllt ska handlingen ha utförts med *vett* och med *vilja*.<sup>21</sup>

De fakta som kan läggas till grund för bedömningen av huruvida det hypotetiska provet ska utfalla positivt eller inte är den misstänktes ”karaktär” omständigheterna i det enskilda fallet samt huruvida den misstänkte tidigare begått liknande brott. En hel del kritik har framförts mot det eventuella uppsåtet, och särskilt mot det hypotetiska provet. Eftersom man inte kan veta vad som försiggår i någon annans huvud, blir det snarast en bedömning utifrån de yttre omständigheterna. Men ska man då utgå från: a) vad man själv skulle ha gjort i den tilltalades ställe? b) vad man tror att den tilltalade skulle ha gjort? c) vad en genomsnittlig person skulle ha gjort? (Den tilltalade verkar hata kvinnor. Ska jag då sätta mig i en sådan persons ställe?)

Det är inte heller invändningsfritt att basera bedömningen av en persons skuld inte på vad som faktiskt har hänt, utan på vad som skulle kunna ha hänt. Att grunda bedömningen på tidigare begångna brott verkar heller knappast rättvist.<sup>22</sup>

Det eventuella uppsåtet har (med rätta) blivit starkt kritiserat. Men när det gäller våldtäktsbrottet skulle man nog inte komma åt kärnan i problemet ens om man tillät andra uppsåtsformer. Ett alternativ som föreslagits i litteraturen är det s.k. sannolikhetsuppsåtet. Man skulle alltså bedöma om gärningsomständigheten för

---

<sup>18</sup> Det är sällan något problem att fastställa uppsåt till rekvisitet våld/hot, eftersom det då räcker att gärningen varit medveten och kontrollerad. (Jareborg (1994) s. 201).

<sup>19</sup> SOU 2001:14 s. 127.

<sup>20</sup> Det räcker med s.k. praktisk visshet, dvs. att gärningsmannen inte hyser något egentligt tvivel, men det krävs inte att gärningsmannen inte kan föreställa sig att han har fel. (Jareborg (1994) s. 206).

<sup>21</sup> SOU 1996:185 s. 86.

<sup>22</sup> Se t.ex. Jareborg (1994) s. 208 f.



den misstänkte gärningsmannen hade verkat övervägande sannolik. Men man är då tillbaka i samma problem; vid vilka omständigheter är det övervägande sannolikt att en kvinna inte samtycker till samlag? Om vi t.ex. ansluter oss till Sigmund Freuds uppfattning om att kvinnor är sexuellt ambivalenta, skulle vi kunna komma fram till att det inte finns någon situation där det är övervägande sannolikt att kvinnan inte skulle samtycka. Min slutsats är att det inte spelar någon avgörande roll vilken uppsåtsform som används, utan att det är de empiriska erfarenhetssatser som används vid bedömningen som är det avgörande.

# 3 Tidigare reglering

## 3.1 Äldre rätt

De sexualbrott som fanns i äldre rätt var lönskaläge (samlag mellan ogifta), äktenskapsbrott, våldtäkt, enlevering<sup>23</sup>, och i viss mån egenmäktigt brytande av trolovning eller äktenskap. Dessa brott bestraffades främst eftersom de ansågs kränkning av ättens eller familjens heder.<sup>24</sup>

Straffet utgjordes av fredlöshet. Gärningsmannen kunde dock komma överens med offrets giftoman om att i stället betala böter.<sup>25</sup>

## 3.2 Birger Jarls fridslagar

I Birger Jarls fridslagar från mitten av 1200- talet fanns bestämmelser om kvinnofrid. Där stadgades förbud mot våldtäkt och s.k. kvinnorov. De bestämmelser som stadgades där gällde i flera århundraden. Det var fråga om s.k. edsöresbrott, eller särskilt allvarliga brott där kungen och kyrkan hade ett gemensamt intresse av att lagstifta.<sup>26</sup>

## 3.3 Magnus Erikssons landslag och Kristoffers landslag

Magnus Erikssons landslag (MELL) utarbetades och började tillämpas i mitten av 1300- talet. Den gällde tillsammans med Kristoffers landslag ända fram till slutet av 1600-talet. I MELL återfinns vi bestämmelsen om våldtäkt i Edsöresbalken. Där stadgas att en våldtäkt var bevisad om gärningsmannen togs på bar gärning av sex vittnen. Om han inte togs på bar gärning, men det fanns bevis i form av skador eller sönderrivna kläder eller om man hört ”rop och åkallan” skulle häradsnämnden avgöra frågan. Ifall mannen befanns skyldig till våldtäkt dömdes han till s.k. edsöresstraff. Detta innebar vanligen förlust av all lös egendom, höga böter, samt någon form av kroppsstraff.<sup>27</sup>

Under 15- och 1600- talet skärptes straffen för sexualbrott drastiskt. Det fanns en stark koppling till de bokstavsreligiösa stämningar som rådde. I början av 1600-talet fick de nyinrättade hovrätterna dock möjlighet att lindra de straff som lägre rätt dömt ut.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Enlevering var det samma som att föra bort en kvinna utan tillstånd från hennes giftoman.

<sup>24</sup> Winroth (1889) s. 281.

<sup>25</sup> Winroth (1889) s. 283.

<sup>26</sup> Granström red. (1996) s.83.

<sup>27</sup> Granström red. (1996) s. 79.

<sup>28</sup> Granström red. (1996) s. 71.

Lagstiftningen byggde under den här tidsperioden på den mosaiska rätten, och allt sexuellt umgänge utanför äktenskapet var kriminaliserat. En gift person (man eller kvinna), som hade samlag med en annan gift person kunde dömas för s.k. dubbelt hor. Var bara en av parterna gift kallades brottet för enkelt hor. Vidare var tidelag och incest uttryckligen kriminaliserat.<sup>29</sup>

### 3.4 1734 års lag

I 1734 års lag infördes ett särskilt kapitel om kvinnofrid. Bestämmelsen om våldtäkt blev närmast en kodifiering av praxis. I våldtäktsparagrafen stadgades straff för den som ”Tager kvinna med våld och emot hennes vilja främjar sin onda lusta”<sup>30</sup>. Alltså var konstruktionen liknande den som finns i dagens våldtäktslagstiftning, med den skillnaden att hot inte omfattades.

Lagstiftningen mot kvinnofridsbrott sågs främst som ett sätt att värna om ordningen i samhället. Våldtäktsbrottet ansågs som mycket grovt, mindre på grund av våldet eller hotet som kvinnan utsattes för, än för det förkastande av samhällets normer den uttryckte.<sup>31</sup>

Straffen för sexualbrott var mycket stränga. Dödsstraff var stadgat för tidelag, tvegifte, våldtäkt, sexuellt umgänge med sinnessjuk kvinna, och samlag med ”kvinna” under 12 år<sup>32</sup>. År 1779 togs dödsstraffet bort för de flesta sedlighetsbrott. Dock fanns det kvar för vissa former av incest fram till 1864.<sup>33</sup>

### 3.5 Strafflagen

Strafflagen (SL) stiftades 1864. Det främsta syftet med lagen var att värna om sedligheten, men den innebar i praktiken en uppmjukad syn på sexualbrotten. Bland annat blev sexuellt umgänge mellan ogifta i princip straffritt.<sup>34</sup>

1864 års strafflag innebar en ny syn på varför våldtäkt borde beivras. Tonvikten lades nu på våldet i stället för på det ordningsstörande momentet.<sup>35</sup>

I 1864 års lag fanns ett krav på råntvång som fullständigt skulle ha betvingat kvinnan. Dessutom skulle våldet ha brutit ett till det yttersta gjort motstånd från

---

<sup>29</sup> Thunander (1992) s. 58 f.

<sup>30</sup> Missgärningsbalken 1 § 22 kap.

<sup>31</sup> Granström red (1996) s. 89.

<sup>32</sup> Missgärningsbalken 1 § 22 kap.

<sup>33</sup> SOU 1982:61 s. 63.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Granström red (1996) s. 89 f.

hennes sida. Alternativt kunde gärningsmannen ha betvingat kvinnan genom att t.ex. misshandla henne till den grad att hon blev ur stånd att göra motstånd.<sup>36</sup>

Diskussionen i doktrinen gällde huruvida det var värre för en ärbär kvinna att bli våldtagen än för exempelvis en prostituerad. I förarbetena till 1864 års strafflag kom några av ledamöterna i lagkommissionen med ett förslag om att införa en gradskillnad mellan våldtäkt på s.k. anständiga kvinnor, och våldtäkt på kvinnor som inte ansågs sedesamma. Förslaget genomfördes dock aldrig.<sup>37</sup>

### 3.6 Införandet av brottsbalken

1965 fördes våldtäktsbrottet över till det nya kapitlet om sedlighetsbrott i Brottsbalken. Det var en nyhet att brottet nu skulle ses som ett brott mot person, och inte som ett brott mot allmän ordning eller mot den enskildes frihet. Våldtäkt inom äktenskapet kriminaliserades nu för första gången, men enligt förarbetena kunde bedömandet av vad som utgjorde ett övergrepp utfalla annorlunda än vad det hade gjort om parterna inte varit gifta.<sup>38</sup> Som skäl för att välja en mildare brottsrubricering anger förarbetena att kvinnan underlåtit att kalla på hjälp när detta varit möjligt, eller att hon ”tillåtit eller föranlett vissa närmanden från gärningsmannens sida”.<sup>39</sup>

Beslutet att innefatta övergrepp inom äktenskapet i regleringen gav upphov till livlig debatt under lagstiftningsarbetet, och ledde till och med till olika motiveringar från de båda kamrarna.

Den bestämmelse som reglerade våldtäktsbrottet från Brottsbalkens införande (1§ 6 kap i BrB) såg ut så här:

*Tvingar man kvinna till samlag genom våld och henne eller genom hot som innebär tvingande fara, dömes för våldtäkt till fängelse, lägst två och högst tio år. Lika med våld anses att försätta någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Är brottet med hänsyn till kvinnans förhållande till mannen eller eljest att anse som mindre grovt, döms för våldförande till fängelse i högst fyra år.*<sup>40</sup>

Alla sedlighetsbrott utom våldtäkt gjordes könsneutrala vid införandet av Brottsbalken. Våldtäkt kunde fortfarande bara begås av en man mot en kvinna. Om en kvinna skulle göra sig skyldig till en sådan handling som avsågs i paragrafen, skulle detta bedömas som det mindre allvarliga frihetskränkande otukt.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> SOU 1953:14 s. 234.

<sup>37</sup> Granström red. (1996) s. 77.

<sup>38</sup> SOU 1953:14 s. 229.

<sup>39</sup> SOU 1953:14 s. 234.

<sup>40</sup> 1965 års BRB 1§ 6 kap.

<sup>41</sup> SOU 1953:14 s. 232.

Att märka är att konstruktionen är den samma som vi sett tidigare. Man kan notera att våldet eller hotets farlighet inte bedöms utifrån hur kvinnan uppfattat situationen, utan från en ”objektiv” bedömning som domstolen gör. Rekvisitet vanmakt tillkom också.

Våldtäkt enligt 1965 års brottsbalk var ett angivelsebrott. Det innebar att åklagaren bara kunde åtala på kvinnans initiativ om det inte var påkallat från allmän synpunkt. Angivelsen skulle ha skett inom sex månader från det att brottet begicks.<sup>42</sup>

### 3.7 1984 års lagändring

1984 arbetades regleringen i 6 kap. brottsbalken om fullständigt. Detta ansågs nödvändigt på grund av att den äldre regleringen uttryckte en ålderdomlig syn på sexualmoral, och på kvinnans ställning.<sup>43</sup>

De viktigaste förändringarna bestod att bestämmelsen om våldtäkt gjorts könsneutral, att våldets eller hotets grovhet ses ur offrets perspektiv, och att det inte automatiskt anses om mindre grovt om mannen och kvinnan är närstående.<sup>44</sup>

Utredarna underströk att parternas inbördes relation inte skulle inverka på bedömningen av om kvinnan samtyckt till det sexuella umgänget eller inte. Däremot kunde det som skett innan övergreppet ”någon gång” få betydelse vid bedömningen av uppsåt förelegat.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> 1965 års BrB 1§ 6 kap.

<sup>43</sup> SOU 1982:61 s. 62.

<sup>44</sup> JuU 1983/84:25 s. 13.

<sup>45</sup> JuU 1983/84:25 s. 17.

# 4 1998 års sexualbrottskommitté

Regeringen beslutade den 4 juni 1998 att tillsätta en kommitté med uppdrag att göra en översyn av bestämmelserna om sexualbrott. Enligt direktiven<sup>46</sup> skulle översynen avse såväl det materiella innehållet som systematik, lagteknik och språk. Utredningsuppdraget omfattade följande frågor:

Kommittén skulle undersöka domstolarnas straffmätning och bedömning av straffvärdet i mål om sexualbrott och presentera de åtgärder den ansåg nödvändiga. Praxisundersökningen skulle också innefatta en undersökning om domstolarnas bevisvärdering, särskilt när det gäller mål om sexualbrott mot barn.

Vidare hade kommittén till uppdrag att utreda om det nuvarande kravet på våld eller hot för vissa sexualbrott borde tas bort. Om detta inte bedömdes som lämpligt skulle kommittén utreda vilken grad av tvång som borde krävas för olika sexualbrott. När det gäller allvarliga sexuella övergrepp mot små barn skulle kommittén dock finna en lösning som innebar att våldtäktsbegreppet omfattar sådana övergrepp även om något tvång inte använts.

När det gäller 1§ 6 kap. föreslår 1998 års sexualbrottskommitté bland annat följande:

- 1 Att brottet mindre allvarlig våldtäkt ska tas bort.<sup>47</sup>
- 2 Att användningsområdet för 1§ 6 kap. i BrB ska öka något genom att självald berusning hos offret innefattas.<sup>48</sup> Gällande rätt är för närvarande något oklar på den punkten. Tidigare har man ansett att en gärningsman som inte skapar, utan ”enbart” utnyttjar det faktum att offret är kraftigt berusat i princip inte ska dömas för våldtäkt utan för sexuellt utnyttjande enligt 3§ 6 kap. i BrB.<sup>49</sup> Men i NJA 1997 s. 538 fann HD att det faktum att en ung berusad kvinna befann sig på en främmande plats tillsammans med fyra okända män gjorde att hon befunnit sig i vanmakt i BrB 3§ 6 kapitlets mening. Domens prejudikatvärde har ifrågasatts av bl.a. Suzanne Wennberg i Juridisk tidskrift.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Dir. 1998:48.

<sup>47</sup> SOU 2001:14 s.178 f.

<sup>48</sup> SOU 2001:14 s. 174 f.

<sup>49</sup> Holmqvist red. (2000) s. 285.

<sup>50</sup> Wennberg, (1997/98) s. 511 f. Wennberg anser att det är viktigt att skilja på det fall där en gärningsman skapat en hotfull situation (våldtäkt) och fallet där han utnyttjat en hotfull

- 3 Att graden av våld som ska krävas för att paragrafen ska vara tillämplig ska sänkas från råntvång till olaga tvång.<sup>51</sup> Detta är närmast en kodifiering av praxis så som den uttryckts t.ex. i NJA 1988 s.40.<sup>52</sup>
- 4 Att våldtäkt mot vuxen ska skiljas från våldtäkt mot barn. Bestämmelsen om våldtäkt mot barn ska inte innehålla något krav på våld eller hot. Detta på grund av att rekvisitet våld/hot ofta inte är uppfyllt när det gäller övergrepp på barn, eftersom den vuxnes naturliga auktoritet över barnet gör att gärningsmannen inte behöver använda sig av våld eller hot.<sup>53</sup>

---

situation (sexuellt utnyttjande). Wennberg anser att gärningsmännen i detta fall skapade den hotfulla situationen och kunde ha dömts för våldtäkt om åtalet hade innefattat detta. Däremot anser hon inte att offret kan ha varit tillräckligt berusat för att uppfylla rekvisitet vanmakt i BrB 6:3 bl.a. för att hon kunde redogöra detaljerat för händelseförloppet. Wennberg anser att HD skapat en helt ny brottskonstruktion genom att slå fast att *kombinationen* av berusning och en hotfull situation kan utgöra vanmakt i 3§ 6 kap BrB:s mening.

<sup>51</sup> SOU 2001:14 s.138 f.

<sup>52</sup> Se vidare om detta rättsfall i kap. 6

<sup>53</sup> SOU 2001:14 s. 265 f.

# 5 Konstruktionen av våldtäktsbrottet i andra länder

## 5.1 Bakgrund

Historiskt ansågs våldtäkt, som nämnts tidigare, som ett egendomsbrott riktat mot offrets giftoman. Kränkningen kunde vara riktad mot offrets far, genom att han berövats den värdefulla tillgång som möjligheten till ett ”gott parti” för dottern utgjorde. Om det var en gift kvinna som blivit utsatt för våldtäkt ansågs hennes äkta man ha blivit skymfad genom att hans exklusiva sexuella rätt till hustrun hade kränkts.<sup>54</sup>

För att ett våldtäktsbrott skulle vara begånget krävdes i äldre tid att full penetration hade skett, och att mannen fått utlösning. Dessa krav togs bort i de flesta europeiska rättssystem under 1800-talet, men de flesta länder har haft kvar ett krav på penetration tills nyligen.<sup>55</sup>

## 5.2 Regleringen i EU-länderna

I åtta av de 14 EU-länderna består våldtäktsbrottet av ”att sexuellt penetrera en annan person med hjälp av våld eller tvång, eller annars utan dennas medgivande”.<sup>56</sup>

I de andra sex länderna finns ett spektrum av olika grader av sexuellt tvång (Tyskland), eller kränkning av den sexuella friheten (Spanien). I alla EU-länder utom Grekland erkänns numera våldtäkt inom äktenskapet. Det förekommer dock att man har särskilda processrättsliga regler för sådana mål.<sup>57</sup>

I del flesta europeiska länder skiljer man förfaranden som har innefattat penetration från sådana som inte gör det, men man har breddat begreppet penetration för att innefatta anal och vaginal penetration med ett föremål (t.ex. s.k. fistfucking).<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Bacic red. (1998) s. 165.

<sup>55</sup> Bacic red. (1998) s. 166.

<sup>56</sup> Bacic red (1998) s. 1.

<sup>57</sup> I Irland måste t.ex. överåklagaren ge sitt godkännande för att åtal för våldtäkt inom äktenskapet ska kunna väckas. (Bacic red. (1994) s.49).

<sup>58</sup> Bacic red. (1998) s. 167.



## 5.3 Den kontinuerliga skalan

I några rättssystem har man inordnat sexualbrotten under samma brottsbeteckning men under en serie av olika svårighetsgrader ("Continuum of harm- approach") Det rör sig om en teknik där man delar in brottet i olika svårighetsgrad utifrån t.ex. graden av våld, om penetration har skett, offrets ålder, om offret blivit skadat, om offret blivit försatt i vanmakt m.m. Lagstiftningen i staten Michigan i USA formades efter denna modell 1974. Undersökningar har visat att fler våldtäkter inte polisanmälts där efter lagändringen, men fler misstänkta gärningsmän har gripits och fler våldtäktsmän har blivit dömda.<sup>59</sup>

I Kanada har man ersatt våldtäktsbrottet med tre olika grader av sexuellt ofredande (*sexual assault*). Brottets svårighetsgrad bedöms utifrån hur mycket våld som använts, och inte utifrån huruvida penetration har skett. Straffskalan varierar mellan sex månaders fängelse och livstid.<sup>60</sup>

I Tyskland gör man heller ingen skillnad mellan våldtäkt och sexuellt ofredande, utan man har en graderad skada av försvårande omständigheter.<sup>61</sup>

## 5.4 Rekvisitet bristande samtycke

Våldtäkt ansågs historiskt inte kunna bevisas om det inte fanns tecken på att offret satt sig till motvärn. Offret skulle alltså ha gjort motstånd för att det skulle anses bevisat att hon inte samtyckt till samlaget. Några sådana krav finns inte kvar i något av de europeiska länderna, men åklagarsidan måste fortfarande visa att samtycke inte funnits.<sup>62</sup>

I England och Wales står kravet på bristande samtycke explicit i lagtexten, men är inte definierat. I andra europeiska länder bevisas frånvaron av samtycke med hjälp av närvaron av tvång, våld eller hot.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Bacic red. (1998) s. 167.

<sup>60</sup> Bacic red. (1998) s. 167.

<sup>61</sup> Bacic red. (1998) s. 167.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

# 6 Idéhistoriska grunder för våldtäktsregleringen

## 6.1 Läran om samhällskontraktet

Läran om samhällskontraktet som uppstod under 16- och 1700- talet var ett nytt sätt att legitimera den politiska makten och förklara hur staterna uppstått. Denna lära har fått stor betydelse för hur man inom den politiska teorin ser på individens rättigheter, vilka aspekter av medborgarnas liv som staten bör reglera, samt på vilket sätt individen uttrycker sitt samtycke för att inordna sig i en auktoritär relation. Kontraktsteoretikernas åsikter har haft en enorm betydelse för den juridiska bedömningen av när en individ har kränkt en annans självbestämmande. Detta gäller även på det sexuella planet.

Enligt kontraktsteoretikerna hade människan inte alltid levt i samhällen, utan hade från början befunnit sig i ett statslöst tillstånd (naturtillståndet). I naturtillståndet fanns ingen positiv rätt. Däremot rådde de i förnuftet grundade rättsprinciperna som sammanfattades under beteckningen *naturrätten* eller *den naturliga lagen*. En grundläggande utgångspunkt i denna var att varje individ var suverän och inte underordnad någon annan.<sup>64</sup>

Men människan hade enligt den naturliga lagen även en förmåga att avstå från sin rätt till frihet, det vill säga att påta sig förpliktelser. En konsekvens av detta är att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*).<sup>65</sup>

Enligt kontraktsteoretikerna övergavs naturtillståndet så småningom till förmån för ett lagreglerat samhälle när invånarna ingick ett frivilligt kontrakt där de förband sig att underkasta sig staten. I gengäld åtog sig staten att skydda dem från angrepp, både från staten själv, och från andra invånare.<sup>66</sup>

Kontraktsteoretiker som Thomas Hobbes, John Locke och Jean- Jacques Rousseau formulerade alltså teorier om socialt och politiskt liv som vilade på uppfattningen om människorna som fria och jämlika av naturen. Detta antagande används än idag för att förklara och konstituera politisk teori.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Strömberg (1989) s. 24.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Lundström (1999) s.50.

<sup>67</sup> Ibid.

Kontraktsteoretikernas teori om att individerna var födda fria och jämlika var ett brott mot den rådande patriarkala teoribildningen. Där grundades kungens makt över folket på naturens ordning, och faderns makt över sönerna hade samma grund. Enligt kontraktsteoretikerna grundades den politiska makten på samhällskontraktet, medan familjefaderns makt i den privata sfären grundades på naturen. Detta leder till särskiljandet mellan det offentliga och det privata som blivit mycket kritiserat i feministisk teori.<sup>68</sup>

## 6.2 Vilka sluter samhällskontraktet?

Det har debatterats huruvida kvinnor över huvud taget var med om att sluta samhällskontraktet. Thomas Hobbes ansåg, radikalt nog, att kvinnorna i naturtillståndet var männens jämlikar. John Locke uttalar sig inte om kvinnors deltagande i samhällskontraktet eller om kvinnlig rösträtt, men han förutsätter att det folk som tillkännagav regeringen sin åsikt var män<sup>69</sup>. När det gällde den privata sfären (där kvinnor så gott som uteslutande vistades på den här tiden) ansåg John Locke utan tvekan att kvinnan skulle vara mannen underdanig:

... ”The power that every husband hath to order the things of private Concernement in his Family, as Proprietor of the Goods and land there, and to have his Will take place before that of his wife in all things of their common concernement”<sup>70</sup>.

Men John Locke understryker att förhållandet mellan mannen och kvinnan inte är politiskt utan är grundat på naturen. Carole Pateman har pekat på att detta innebär att Locke indirekt utesluter kvinnor som kontraktsslutande individer. Om kvinnans underordning under mannen är grundad i naturen kan hon inte samtidigt vara en naturligt fri och jämlik individ. Pateman menar alltså att Lockes resonemang inte skiljer sig från den patriarkala när det gäller kvinnas ställning.<sup>71</sup>

Jean- Jacques Rousseau uteslöt tveklöst kvinnor från slutandet av samhällskontraktet. Rousseau ansåg att politisk ordning förutsatte att kvinnor uteslöts från självständigt medborgarskap och rösträtt.<sup>72</sup>

Om kvinnan inte är med och sluter samhällskontraktet kan man tänka sig att hennes medborgarskap baseras på äktenskap med en man som är en

---

<sup>68</sup> Pateman, (1989) s. 36.

<sup>69</sup> Lundström (1999) s. 51.

<sup>70</sup> Locke (1960) s. 192.

<sup>71</sup> Pateman (1989) s. 74.

<sup>72</sup> Pateman (1989) s. 17 f.

kontraktsslutande part. För kvinnornas del är det alltså fråga om ett passivt eller indirekt medborgarskap.<sup>73</sup>

Männen blir jämställda med varandra genom samhällskontraktet och därför kan man kalla samhällskontraktet för ett broderligt kontrakt i motsats till den patriarkala ideologin som rått tidigare. Men synen på kvinnas underordning (och argumenten för den) var den samma som i den patriarkala teoribildningen.<sup>74</sup>

Kontraktsteoretikernas syn på kvinnans ställning var alltså inte ny. Vad som var nytt var att man i senare politisk teori uppträdde som om begreppet individ var könsneutralt. Om det antagandet inte stämmer, och om lagstiftningen är utformad efter denna felaktiga premiss blir den inte neutral vid tillämpningen.

### 6.3 Argument för kvinnans underordning

Antingen kan man tänka sig att kvinnas underordning i den privata sfären var grundat på naturen (som hos Locke). Eller också kan man tänka sig att kvinnan med ett annat sorts kontrakt som vi kan kalla för ett könskontrakt, hade accepterat att bli ett med mannen. Oavsett av vilken orsak vi anser att kvinnan inte är en (kontraktsslutande) individ, kan hennes *personliga* integritet inte kränkas. Våldtäkt blir då, som vi har sett i historien, ett brott mot mannens rättigheter i egenskap av man och familjeöverhuvud.<sup>75</sup>

### 6.4 Det offentliga och det privata

I den offentliga sfären finns abstrakta krav på moral och rättvisa. En individ får inte kränka en annans privata sfär. Men den offentliga sfärens moral och rättvisa kan inte tillämpas på den privata sfären. Det beror dels på att det är *just den* som ska skyddas mot kränkningar från andra individer, dels på grund av att förhållandena där är grundade på naturen och inte på samhällskontraktet.<sup>76</sup>

Det är alltså så att där kvinnan befinner sig, dvs. i den privata sfären, gäller inte samma regler som i den offentliga, där företrädesvis män befinner sig.

### 6.5 Samtyckets betydelse

Samtycke är något centralt hos kontraktsteoretikerna. Eftersom individerna är jämlika av naturen är att måste alla auktoritära förhållanden ingås med samtycke. Men detta gäller inte i den privata sfären hos t.ex. Locke och Rousseau eftersom relationen mellan mannen och kvinnan inte är politisk utan grundas på naturen.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Lundström (1999) s. 55.

<sup>74</sup> Pateman (1989) s. 33 f.

<sup>75</sup> Lundström (1999) s. 55.

<sup>76</sup> Lundström (1999) s. 54.

<sup>77</sup> Pateman (1989) s. 72.

Dessutom har begreppet samtycke i det här sammanhanget en mycket bred betydelse.

Samtycket behöver t.ex. inte uttryckas, utan kan hos John Locke vara s.k. tyst samtycke (tacit consent). Efterföljande generationer binds t.ex. av förfädernas samhällskontrakt genom att helt enkelt ta del av samhällets skydd.<sup>78</sup>

Det finns heller ingen självklar skillnad mellan samtycke och underkastelse hos kontraktsteoretikerna. Thomas Hobbes drar det hela till sin spets när han hävdar att alla auktoritära förhållanden är baserade på samtycke, även t.ex. mellan spädbarn och förälder. Övermäktig styrka är alltså tillräcklig för att konstituera samtycke i den här meningen. Samtycke kan alltså uppstå genom makt och underkastelse, rädsla för att bli ertappad av en förälder eller genom (det hypotetiska) samhällskontraktet.<sup>79</sup>

## 6.6 Kontraktsteoriernas betydelse för våldtäktsregleringen

Utgångspunkten är att alla individer är fria och autonoma. På ytan verkar det då som om hans eller hennes självbestämmande, även i sexuellt hänseende ska respekteras i alla lägen. Men i praktiken finns ett antal skuggförutsättningar som ska vara uppfyllda för att man ska anse att det rör sig om en kränkning av en kvinnas sexuella självbestämmande. Man skiljer inte heller på samtycke och underkastelse. Till exempel ifrågasätts rätten till sexuellt självbestämmande för kvinnor som lever i parförhållanden, eller resonerar åtminstone på ett helt annorlunda sätt.

Ett exempel på denna tendens att vilja särskilja parvåldtäkter från andra våldtäkter framkommer hos Suzanne Wennberg:

”Anledningen till att tillämpningen av våldtäktskonstruktionen börjar knaka i fogarna är att den från och med brottsbalkens införande är tillämplig även inom äktenskapet och naturligtvis även inom stadgade parrelationer. Vad skulle hända om man i konsekvensens namn tillämpade samma våldsbegrepp och samma tvångsbegrepp, som nyss berörts, inom dessa relationer? Om en normal samlagsställning, som förhindrar kvinnas rörelsefrihet, innefattar ett tillräckligt våldsmoment och kravet på tvång är uppfyllt, när mannen handlar i strid med kvinnans vilja (”inte i kväll”) består borgerligheten av ganska många våldtäktsmän.”<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Lundström (1999) s. 50.

<sup>79</sup> Pateman (1989) s. 73.

<sup>80</sup> Wennberg, 1997/98 s. 509.

Wennberg anser alltså att det som skulle vara våldtäkt om det skedde i den offentliga sfären inte ska bedömas likadant om det sker inom äktenskapet. Det är symptomatiskt att Wennberg inte seriöst redogör för varför hon har denna uppfattning utan uttrycker sig närmast raljerande. Läsaren förväntas självmant förstå hur absurt det skulle vara att döma en äkta man för våldtäkt om han genomförde ett samlag med sin fru mot hennes uttryckliga vilja. Det behöver inte förklaras därför att det anses som något *naturligt* att andra regler ska gälla inom äktenskapet.

Professor Suzanne Wennberg är inte den enda som ser annorlunda på övergrepp som inte är av överfallskaraktär. Sociologen Stina Jeffner har gjort en undersökning där hon frågat ett antal gymnasieungdomar (pojkar och flickor) om deras inställning till vad våldtäkt är. Resultatet blev att de i princip tyckte att allt efter att flickan sagt nej princip var att betrakta som våldtäkt. Men i praktiken var det ett antal andra förutsättningar som skulle vara uppfyllda för att ungdomarna ansåg att det skulle vara fråga om våldtäkt. Förutsättningarna var följande:

- Att kvinnan sagt nej på rätt sätt
- Att kvinnan inte är kär i mannen även efteråt
- Att varken mannen eller kvinnan varit alltför berusade
- Att kvinnan inte kan ses som en "hora"
- Att inte mannen kan tolkas som "normal"
- Att kvinnan mår väldigt dåligt efteråt<sup>81</sup>

Detta bekräftar alltså att det finns ett antal "skuggförutsättningar" som ska vara uppfyllda för att det ska vara fråga om våldtäkt. Detta kan tolkas som att kvinnas bristande samtycke inte är giltigt i alla situationer, eller att bristande samtycket tolkas som ett samtycke.

En annan följd av synen på individerna som fria och jämställda är föreställningen om att den enskilde alltid kan tacka nej till sexuellt umgänge. Om man ställer upp på det, är det av egen fri vilja så vida inte man utsätts för kraftigt våld eller allvarliga hotelser. Det finns inget annat skäl att foga sig i sexuellt umgänge man inte önskar. Enligt feministisk teori är detta en förenkling av sakernas tillstånd. I bedömningen av huruvida ett samlag har varit frivilligt eller inte måste man ta med i beräkningen att maktförhållandet mellan män och kvinnor inte är jämlikt.

Det är överfallsvåldtäkten som anses som det mesta straffvärda, eftersom den sker i den offentliga sfären. När det gäller övergrepp inom äktenskapet är resonemanget annorlunda. Det beror på att den gifta kvinnan inte antas ha någon integritet att kränka. Den som däremot har någon integritet att kränka är ju den äkta mannen eller familjefadern, eftersom han är en individ i den här meningen.

---

<sup>81</sup> Jeffner (1998) s. 224.

Om han inte känner sig kränkt när hans hustru blir våldtagen anses ingen skada vara skedd.

Denna inställning från domstolens sida tycker jag mig ha hittat i två rättsfall som jag ska referera i det följande.

## 6.7 Rättsfallet NJA 1988 s.40

Agneta G hävdade att hon blivit våldtagen av Nabil K när hon besökte det träningsinstitut som han ägde. Nabil K hade enligt Agneta G:s uppgifter lockat in henne i ett bakre rum under förespeglning att han skulle visa henne ett solarium. Därpå hade han föreslagit att han skulle ge Agneta G massage, vilket hon hade gått med på. Efter att ha masserat henne en kort stund drog han av henne kläderna och genomförde ett samlag trots att hon protesterade. Våldet bestod i att han hävde sig över Agneta G på ett sådant sätt att hon inte kunde komma loss. Nabil K hävdade att något samlag med Agneta G inte hade förekommit.

Nabil K frikändes i första instans. I sina domskäl räknar tingsrätten först upp de fakta som talar för att Agneta G:s berättelse är sann: att Agneta G inte har någon anledning att ljuga om Nabil K och att hon knappast skulle utsätta sig för de påfrestningar som den rättsliga behandlingen innebär utan anledning. För Agneta G:s berättelse talade också ett vittnesmål från en väninna till Agneta G som skildrat hennes omedelbara reaktion på händelsen.<sup>82</sup>

Sedan kommer passagen som jag finner intressantast. Man skriver nämligen:

”Mer svårbedömt är vittnesmålet av Eddine M [som var Agneta G:s pojkvän, min anm.] Det bekräftar visserligen att Agneta G varit ledsn över en obehaglig händelse på träningsinstitutet men det visar också att Eddine M ställt sig kallsinnig och oberörd på ett sätt som ger intryck av att han ifrågasatt hennes trovärdighet. Rätten finner också förhållandevis svag den förklaring Agneta G lämnat till att hon inte genom skrik eller annorledes påkallat hjälp i sin trängda situation, nämligen att detta skulle varit alltför pinsamt för henne. Nabil K:s uppgifter vinner stöd av framförallt en omständighet: Nabil K, som träffade Agneta G för första gången och ej kände hennes personlighet, kunde ej förlita sig på att hon skulle förhålla sig tyst vid en våldtäkt av henne. Tvärtom, för det fall Agneta G:s berättelse är sann, måste ha funnits en risk för Nabil K att hon skulle börja skrika och därmed skandalisera både hans person och hans träningsinstitut inför närvarande kunder.”<sup>83</sup>

Att rätten tillmäter Eddine M:s vittnesmål stor betydelse framstår som märkligt, särskilt som att han bekräftat Agneta G:s uppgifter om att hon berättat för honom om händelsen på träningsinstitutet. Att han inte blev särskilt upprörd över det som

---

<sup>82</sup> NJA 1988 s.40 s. 44.

<sup>83</sup> Ibid.

hänt, är ju ingenting som bevisar någonting den ena eller den andra riktningen. En tolkning är att domstolen på något plan ansåg att en våldtäkt, i vart fall delvis, var riktad mot Eddine M, såsom varande Agneta G:s fästman. Om Eddine M inte upplever att han blivit kränkt är ingen skada skedd. Om man betraktar Agneta G som en ”sak” som tillhör Eddine M, som Nabil K har använt utan lov, är ju ingen skada skedd såvida Eddine M inte misstycker, eller ”saken” inte blivit skadad.

Dessutom resonerar domstolen kring varför Agneta G inte slagit larm fast det funnits möjlighet att göra detta. Det kan man tolka som att domstolen inte utesluter att Agneta G på något plan samtyckt, eller att hennes bristande samtycke inte varit tillräckligt intensivt.

## 6.8 Rättsfallet DPP mot Morgan

När det gäller vem som egentligen råder över en gift kvinnas sexuella integritet kan man jämföra med det brittiska rättsfallet DPP mot Morgan från 1976. Fallet Morgan är ett klassiskt avgörande inom Common law- kulturen när det gäller att slå fast huruvida en misstänkt våldtäktsmans villfarelse om samtycke från offrets sida måste vara rimlig eller om det räcker att den är uppriktig.

Morgan hade uppmanat tre okända män att följa med honom hem och ha samlag med hans hustru. Morgan påstod inför männen att hustrun tyckte om hårdhänt sex, och sade till dem att inte bry sig om ifall hon protesterade. De tre männen följde med Morgan hem och fann hans hustru sovande i samma rum som parets barn. Männen halvt bar, halvt släpade in hustrun i ett annat rum och genomförde flera samlag med henne, trots att hon gjorde motstånd och ropade på hjälp. Hustrun, som i verkligheten inte hade samtyckt, polisanmälde händelsen.

De tre männen åtalades för våldtäkt, och Morgan åtalades för medhjälp till våldtäkt.<sup>84</sup>

Frågan var om männen under de här omständigheterna kunde dömas för våldtäkt. Krävdes det att deras villfarelse om kvinnans samtycke var rimlig, eller bara att villfarelsen var uppriktig? Den engelska högsta domstolen kom fram till att det räckte med att männen faktiskt trodde att kvinnan samtycke.

Men det finns en annan intressant aspekt på rättsfallet. Utfallet hade varit logiskt om det hade varit så att Morgan hade haft rätt att ge samtycke *för sin hustrus räkning*. Det fanns ingen grund och ännu mindre än rimlig grund för männen att tro att kvinnan samtyckte eftersom Morgan inte var den som förfogade över intresset. Det var alltså inte så att Morgan kunde erbjuda männen att använda hans sak, för saken var inte hans att råda över.

---

<sup>84</sup> I Storbritannien var det vid denna tidpunkt inte straffbart för en man att våldta sin hustru.



I princip har alla människor rätt till sexuell självbestämmanderätt. Den principen är abstrakt och gäller i den offentliga sfären. Men när en kvinnas rätt till sexuellt självbestämmande kränks och detta sker i den privata sfären gäller inte samma regler i det konkreta fallet. Spår av detta tycker jag mig ha hittat i följande rättsfall.

## 6.9 Rättsfallet RH 1989:161

Ett exempel på när den abstrakta principen om sexuell självbestämmande möter verkligheten är rättsfallet RH 1989:161. De faktiska omständigheterna var följande:

Annelen H träffade Bruno J på en restaurang. De kände inte varandra sedan tidigare. När restaurangen stängde följde Annelen med Bruno hem till hans bostad. Där tvingade Bruno J Annelen H till samlag. Våldet bestod av att Bruno suttit på Annelen och hållit fast henne i armar och axlar, slitit av henne kläderna, med sina ben tvingat isär hennes ben, hållit handen över hennes mun, dragit henne från badrummet till sängkammaren, och där tvingat över henne från sidan till ryggläge, slitit loss hennes hand från den sängstolpe hon hållit sig fast i, samt lyft upp och kastat henne på sängen.

Hotet bestod av att Bruno J yttrade: ”Skriker du en gång till så blir det värst för dig själv” och ”Gör som jag vill, annars får du skylla dig själv”.

Domstolen bedömde händelsen som mindre allvarlig våldtäkt med motiveringen: ”Våldet har inte föranlett skador av betydelse. Det kan heller inte bortses från att Bruno J- i vart fall i ett inledande skede- uppenbarligen erhållit uppfattningen att Annelen H önskade ha samlag”.<sup>85</sup>

Om domstolen hade trott att Bruno J inte hade uppsåt till Annelen H:s bristande samtycke borde man ha frikänt honom. Vad man i stället gjorde var att bedöma skadorna (i stället för våldet), och bedömde att Bruno J visserligen förstod att inget samtycke fanns, men att Annelen H på ett djupare plan hade samtyckt till samlag genom att följa med Bruno J hem. Det handlar alltså inte om att bedöma Annelens inre känsla av samtycke eller bristande samtycke utan snarast om en tolkning av *situationens* innebörd.

## 7 Att ta bort rekvisitet våld/hot

---

<sup>85</sup> Ref. RH 1989:161 (Mål B 253/783DB 322)

## 7.1 Skäl för att ta bort rekvisitet våld/hot

### 7.1.1 Principen om sexuellt självbestämmande

I betänkandet från 1998 års sexualbrottskommitté påpekar man att en vanlig reaktion hos personer som blir utsatta för sexuella övergrepp är en känsla av att vara förlamad eller paralyserad. Detta gör ibland att gärningsmannen inte behöver använda sig av något grovt våld för att få sin vilja igenom. Därmed behöver inte kravet på våld/hot vara uppfyllt fastän kvinnan utsätts för ett övergrepp.<sup>86</sup>

Att ta bort kravet på våld/hot som ett brottsrekvisit kan ses som ett steg i rätt riktning mot att erkänna att kvinnors ställning inför män inte alltid är jämlik även om våld eller hot inte förekommer. Detta är inte att påstå att kvinnor på individnivå är svagare än män, utan att kvinnor som grupp på ett strukturellt plan har mindre makt än män. Därför kan en situation som hade varit jämlik om kvinnor och män varit jämställda i själva verket vara djupt ojämlik

## 7.2 Skäl emot att ta bort rekvisitet våld/hot

### 7.2.1 Ökad fokusering på bristande samtycke

Om man tar bort kravet på våld/hot och behåller kravet på bristande samtycke kommer fokus att hamna ännu mer på detta rekvisit. På så sätt kommer det vara ännu viktigare att genom offrets beteende före och under övergreppet utröna om bristande samtycke har förelegat respektive om gärningsmannens uppsåt omfattat detta.

Utredarna hänvisar till situationen i England och Wales, där det inte finns något krav på våld/hot, och där det finns en fokusering på kvinnans beteende i rättstillämpningen. Men den diskussionen utgår inte från rekvisitet våld/hot utan från rekvisitet bristande samtycke. Diskussion om offrets beteende förs i svenska domstolar också. Det kanske är mer tillspetsat i England och Wales, men det hindrar inte att det är rekvisitet bristande samtycket som föranleder diskussionen. Dessutom finns andra bevisförings- och bevisvärderingsregler i England och Wales, så det är svårt att jämföra rakt av med det svenska rättssystemet. Det är även vanligare i Common law- kulturen att den tilltalade sköter sitt eget försvar, och därmed har rätt att korsförhöra målsäganden.

---

<sup>86</sup> SOU 2001:14 s. 131.

## 7.2.2 Rättssystemets effektivitet

Ett annat argumentet som framförs i SOU 2001:14 är att det straffbara området skulle bli för stort om rekvisitet våld/hot togs bort. Detta skulle leda till ineffektivitet i rättstillämpningen. Klart är att det straffbara området inte skulle kunna vara så stort att man tog bort både rekvisitet våld/hot och rekvisitet bristande samtycke. Men skulle man i något annat sammanhang acceptera argument som går ut på att ett visst, icke önskvärt, beteende är så vanligt att det inte är någon idé att försöka bekämpa det? Man kan jämföra med sexuella övergrepp mot barn. Skulle man göra vissa sexuella övergrepp mot barn straffria för att de är ganska vanliga? Det skulle man antagligen inte göra därför att det råder konsensus om att barn har rätt att skyddas mot sexuella övergrepp i alla lägen. Varför tycker man då inte att kvinnor i alla lägen ska skyddas mot oönskat sex (sexuella övergrepp) i alla lägen? Jo, därför att man har överfallsvåldtäkten som norm, därför att andra typer av övergrepp sker i vad som anses vara den privata sfären som inte bör regleras enligt den kontraktsteoretiska ideologin.

## 7.2.3 Den mångfacetterade sexualiteten

Under rubriken *tillämpningssvårigheter* skriver utredarna att det är lätt att ta överfallsvåldtäkten som utgångspunkt vid bedömningen av om rekvisitet våld/hot bör tas bort. Man fortsätter:

”Bestämmelsen om våldtäkt ska emellertid tillämpas, förutom på överfallsvåldtäkt, såväl på övergrepp som begås inom relationer där parterna känner varandra väl sedan länge och där ett sexuellt samliv är ett naturligt inslag, som på situationer där parterna är endast tillfälligt bekanta. bestämmelsen skall vidare tillämpas på både homo- och bisexuella relationer.”<sup>87</sup>

Det är oklart vad man menar med detta. Det verkar i vart fall som om man anser att överfallsvåldtäkt är normen. För övrigt är ju så att ett bristande samtycke måste uttryckas för att anses konstituera uppsåt. Detta gäller oavsett i vilket förhållande parterna står till varandra. Om man tog bort rekvisitet våld/hot skulle det alltså innebära att den som genomför ett samlag med annan person mot dennes uttryckliga vilja är skyldig till våldtäkt:

- 1 Om han är närstående till offret
- 2 Om han känner offret något lite
- 3 Om han inte känner offret alls

Ovanstående gäller om

- 1) Både offret och gärningspersonen är kvinnor
- 2) Både offret och gärningspersonen är män

---

<sup>87</sup> SOU 2001:14 s.129.

Vari tillämpningssvårigheterna skulle ligga har jag svårt att förstå. Om det inte är så att man tycker att det är mindre allvarligt att ignorera en persons uttryckliga vilja för att man känner honom eller henne. I homosexuella relationer finns det ingen anledning att anta att det fungerar på något annat sätt.

En annan sak är att sexualbrott i allmänhet är svåra att bevisa. Ord står oftast mot ord. Men det är förstås inte svårare att bevisa en våldtäkt där offer och gärningsperson är närstående.

I betänkandet hänvisar man till en rapport från Folkhälsoinstitutet<sup>88</sup> som visar att många kvinnor och män ställt upp och deltagit i sex mot sin vilja. Detta skulle bevisa att sexualiteten är för mångfacetterad för att enbart kvinnans bristande samtycke skulle kunna vara grunden för regleringen.<sup>89</sup> Men kravet på uppsåt anses ju inte heller idag vara uppfyllt om inte offret har *uttryckt* sin brist på samtycke. Även om kravet på våld/hot skulle slopas skulle de fallen där kvinnan ”ställer upp” utan att uttrycka att hon inte samtycker inte kunna klassificeras som våldtäkt.

#### 7.2.4 Semantiska skäl

Ett argument för att behålla rekvisitet bristande samtycke som framförs i SOU 2001:14 är rent språkligt. Därför att det heter våldtäkt måste rekvisitet våld finnas kvar.<sup>90</sup> Men man kan ju tänka sig att det heter våldtäkt för att den ursprungliga konstruktionen innehöll ett krav på våld. Resonemanget kring detta kan tyda på att utredarna anser att utformningen av våldtäktsregleringen såsom varande en aspekt på relationen mellan män och kvinnor, är grundad *på naturen*. Med det följer dels att regleringen inte behöver problematiseras, dels att den uppfattas som självklar. Det enda argumentet mot att ta bort våld/hot som håller för en granskning är att det skulle ge en ökad fokusering på offrets beteende. Men det beror inte på rekvisitet våld/hot i sig, utan på rekvisitet bristande samtycke.

## 8 Att ta bort rekvisitet bristande samtycke

---

<sup>88</sup> Lewin red. (1998).

<sup>89</sup> SOU 2001:14 s. 189.

<sup>90</sup> SOU 2001:14 s. 134.

## 8.1 Skäl för att ta bort rekvisitet bristande samtycke

### 8.1.1 Synen på kvinnas ställning

Catharine A MacKinnon, som är juridikprofessor vid universitetet Michigan i USA och tillika radikal feminist, är en av dem som inte bara kritiserat tillämpningen av våldtäktslagstiftningen utan även konstruktionen av den. MacKinnon hävdar konstruktionen med våld/hot i kombination med bristande samtycke är en spegling av en patriarkalisk syn på sex. Där är det logiskt att samlag som uppnås med hjälp av våld/hot är eller kan bli frivilliga. Hon kopplar detta till den bild av sexualitet som vi får pornografin där dominans/underkastelse kan översättas med våld och hot och samtycke. Men här är det fråga om sex, inte om våldtäkt. Om man har denna syn på sexualitet är den enda skillnaden mellan ”normalt” sex och våldtäkt den manliga partens inställning.<sup>91</sup>

Sexuellt samtycke blir alltså mer en egenskap i kvinnas natur, än en beskrivning av hennes sinnestillstånd i den konkreta situationen. MacKinnon menar att kvinnor delas upp i olika kategorier med ledning av sin relation till män. Utifrån detta finns föreställningar om vilka kvinnor som samtycker eller bör samtycka till samlag. Dygdiga kvinnor, som unga flickor får inte ge samtycke. Det är därför möjligt för dem att bli våldtagna.<sup>92</sup> Giftna kvinnor kan inte ickesamtycka till sex med sin man. Hon kan därför inte bli våldtagen av honom. Prostituerade kvinnor antas samtycka till sex med alla män, och kan inte heller bli våldtagna.<sup>93</sup>

Detta kan direkt kopplas till föreställningen om tyst samtycke hos t.ex. Locke. Genom äktenskapet har kvinnan tyst avstått från sin rätt att inte samtycka till samlag med sin man. Den prostituerade kvinnan har genom att välja livsstil konkludent samtyckt till sex med alla män. Det handlar alltså inte om vad kvinnorna velat i det enskilda fallet utan om olika föreställningar om kvinnor som finns i samhället.

Man kan heller inte skilja frågan om samtycke från frågan om uppsåt. Offrets skada ligger i hur hon uppfattar situationen, medan den rättsliga regleringen fäster avseende vid hur gärningsmannen uppfattar situationen.

---

<sup>91</sup> MacKinnon (1989) s. 172.

<sup>92</sup> Man kan jämföra med begreppet statutory rape i amerikansk rätt. Där är det i vissa stater kriminellt för en man att ha samlag med en kvinna under 18 år, även om han inte använt sig av våld eller hot, och även om kvinnan har samtyckt. Men motsatsen gäller inte. En kvinna som har samlag med en minderårig man kan inte dömas för statutory rape. (Becker red. (1994) s. 257.)

<sup>93</sup> MacKinnon (1989) s. 175.

Om det inte kan bevisas att mannen uppfattade kvinnas bristande samtycke anses kvinnan i lagens mening inte ens ha blivit utsatt för en skada eller kränkning. MacKinnon gör en jämförelse med en person som blivit rånad. Om man inte kan bevisa att rånoffret inte självmant gav bort pengarna, skulle man hävda att han fortfarande hade dem kvar. Mannens uppfattning om kvinnas sinnesstämning avgör alltså huruvida hon ska anses ha lidit skada eller inte.<sup>94</sup>

### **8.1.2 Fokuseringen på offrets beteende**

Med bristande samtycke som ett objektivet rekvisit följer ett krav på att gärningsmannens uppsåt ska omfatta detta. Man måste utreda dels om det verkligen inte fanns något samtycke, dels om den misstänkte gärningsmannen förstod det. Man måste alltså från domstolens sida göra en bedömning om huruvida situationen var sådan så att gärningsmannen förstod att samtycke inte fanns.

Konsekvensen av att ta bort rekvisitet bristande samtycke blir att fokuseringen på kvinnas beteende före och under övergreppet försvinner.

## **8.2 Skäl *emot* att ta bort rekvisitet bristande samtycke**

### **8.2.1 Kravet på ”fair warning”**

Men gör då inte borttagandet av kravet på bristande samtycke att män kan komma att dömas för gärningar som de inte förstått vara brottsliga? Inte om man ser det som att de har tagit en o tillåten risk när de har slagit eller hotat kvinnan. Är personer som betar sig så värda att lagstiftaren tar särskild hänsyn till dem?

### **8.2.2 Masochism**

Nu finns det ju faktiskt kvinnor (och män) som blir sexuellt stimulerade av att bli utsatta för våld, hot eller förnedrande behandling. Men detta rör sig om en liten del av befolkningen. Ska man då anpassa den rättsliga regleringen efter denna lilla minoritet, eller efter majoriteten av de kvinnor som inte njuter av att bli slagna eller hotade?

Men om det nu är så att en kvinna njuter av att bli slagen till exempel. Säg att hon träffar en man som hon ägnar sig åt våldsamt sex med. Då skulle hon ju kunna anmäla honom för våldtäkt, om det inte finns något krav på bristande samtycke. Jodå, men varför skulle hon göra det? Om man utgår från att de flesta människor

---

<sup>94</sup> MacKinnon (1989) s. 180.

handlar rationellt, skulle de inte polisanmäla en person för att han gjort vad de önskat.

Visst finns det människor som inte handlar rationellt- men man kan inte utgå från att kvinnor som grupp inte gör det!

Dessutom är Sadosochistiska lekar oftast en aktivitet där båda parter på förhand noga kommer överens om hur det hela ska gå till och vilka regler som ska gälla. Man har ofta ”säkra” ord och det hela bygger på tillit mellan parterna. Det handlar inte om att någon ska bli skadad på riktigt, utan ett rollspel på temat dominans/underkastelse.<sup>95</sup>

Att någon skulle träffa en helt okänd person och på någon slags telepatisk väg uppfatta att han eller hon tänker på att bli slagen eller hotad är lika otroligt som att man skulle slå ner någon på öppen gata och sedan hävda: men han ville ju att jag skulle slå honom, det såg jag ju på honom!

Man kan naturligtvis hävda att alla kvinnor, utan att veta det själva, är masochister. Men för denna uppfattning finns det inga som helst vetenskapliga belägg.

### **8.2.3 Det allmänna rättsmedvetandet**

Man kan ändra en rättslig reglering hur mycket man vill, men det som till sist avgör hur rättstillämpningen kommer att se ut är vilka föreställningar och premisser man arbetar efter i domstolarna. Och det beror i sin tur på vilka medvetna och omedvetna föreställningar som de som agerar där har. Om det finns en föreställning om att resonemang om offrets samtycke är relevant, kommer sådana försvar från våldtäktsanklagade män att accepteras.

I staten Michigan där man prövat att ta bort rekvisitet bristande samtycke har män som åtalats för våldtäkt ändå framgångsrikt kunnat hävda att samtycke från offrets sida förelegat.<sup>96</sup> Det innebär att så länge det i det i det allmänna rättsmedvetandet finns en bild av att bristande samtycke måste bevisas för att det ska vara fråga om våldtäkt, så är det tveksamt om det skulle vara effektivt att ta bort detta rekvisit. Rent principiellt anser jag däremot att det är helt klart att rekvisitet bör tas bort.

---

<sup>95</sup> Jfr. Nussdorfer (1999) under uppslagsordet sadosochism.

<sup>96</sup> MacKinnon (1989) s. 177. MacKinnon hänvisar i sin tur till ett antal rättsfall från Michigan.





## 9 Bevisfrågor

Med beviskrav menar man den styrka bevisningen måste ha för att ett visst rättsförhållande ska anses fastställt. Detta krav uttrycks i lagtexten som att den rättsligt relevanta omständigheten ska vara *bevisad* (1 § 35 kap RB). I lagtexten anges emellertid inte hur stark bevisningen måste vara för att räcka för en fällande dom. Denna fråga har alltså överlämnats till rättspraxis, det vill säga främst HD: s domar.<sup>97</sup>

Beviskravet i brottmål uttrycker HD sedan våldtäktsmålet NJA 1980 s.725 med hjälp av frasen *utom rimligt tvivel*. Denna formulering visar dels på den objektiva karaktär som prövningen bör ha genom adjektivet *rimligt*. Med rimligt tvivel menas dels att tvivlet ska vara rationellt (i motsats till emotionellt), samt att det ska vara fråga om ett konkret tvivel som bygger på fakta i målet. Men sammansättningen visar också på en metod för bevisprövning; det är genom eliminerande av tvivel (alternativa hypoteser), som skulden ska fastställas.<sup>98</sup>

När det gäller sexualbrott har domstolen ofta att bedöma en ord- mot- ord- situation. Det finns ofta inga andra bevis än målsägandens berättelse. Det är viktigt att påpeka att det inte finns något generellt krav på någon s.k. stödbevisning för att en åtalad person ska kunna fällas. Det framgår av flera rättsfall<sup>99</sup> att det räcker att målsägandens uppgifter är fullt tillförlitliga för att beviskravet ska anses uppfyllt.<sup>100</sup>

Det som är specifikt för våldtäktsmål är att åklagaren har att bevisa inte bara att samlag förelegat och att våld eller hot förekommit, utan också att samlaget inte varit frivilligt från kvinnas sida och att mannens uppsåt omfattar detta. Då hamnar man ohjälpligt i en diskussion om situationen var sådan att mannen förstått (och inte bara borde ha förstått) att kvinnan inte samtyckte. Resonemanget i domstolen handlar ofta om kvinnas uppträdande i stället för den misstänkte gärningsmannens uppträdande. Men ingen kan säkert veta vad som tyder på att en person inte vill ha samlag. Ett sätt att lösa det hela är att hävda att det inte *finns* någon situation när det framstår som uteslutet att en kvinna skulle samtycka till samlag.

Denna inställning finner man exempel på i det s.k. Södertäljemålet.<sup>101</sup> Där hade en ung, höggradigt berusad kvinna av fyra okända män förmåtts till orala och vaginala samlag. Våldet bestod av att männen tvingade isär kvinnans ben samt att de pressade hennes huvud mot sina underliv till utlösning. Kvinnan har upprepat att hon inte ville, samt försökt knipa samman benen. Vid ett tillfälle gjorde hon

---

<sup>97</sup> Diesen red (2000) s. 76.

<sup>98</sup> Diesen red. (2000) s. 77.

<sup>99</sup> Se särskilt NJA 1988 s.40.

<sup>100</sup> Diesen red. (2000) s. 228.

<sup>101</sup> NJA 1997 s. 538.

våldsamt motstånd, varpå gärningsmannen i fråga genomförde samlaget samtidigt som han drog henne i håret och pressade ner hennes huvud med handen.

Dessa omständigheter ansågs emellertid inte tillräckliga för att det skulle vara självklart att männen hade förstått att kvinnan inte ville ha samlag med dem. En av de åtalades advokat, Peter W Nilsson uttryckte sig uppseendeväckande om detta i en debattartikel i Dagens Nyheter.<sup>102</sup> Han ansåg att hans klient inte borde ha befunnits skyldig till våldtäkt ens om åtalet hade gällt detta. Det var nämligen inte, och borde enligt hans åsikt inte heller vara förbjudet ”att förföra fulla flickor.” Vari förförandet skulle bestå framgår inte. Kanske handlar det om att dra någon i håret. Att ge någon örfilar. Eller att tvinga in sin penis i någons mun. Jag vänder mig inte mot att advokaten för fram sin klients sida av saken. Det skulle vara tjänstefel om han inte gjorde det. Men hans ordval pekar på något viktigare. Att det kan vara acceptabelt för en man att använda våld när han försöker få en kvinna att ha samlag med honom - bara han inte går för långt. Och frågan är vad som skulle vara att gå för långt. Att till exempel hota någon med pistol kan kanske ses som en del av ”förförelsen”.

Slutsatsen är att det inte finns några bevisfakta som pekar på att en kvinna inte vill ha samlag, om man anser att det är naturligt för kvinnor att samtycka till sex under våld eller hot. Citatet är också viktigt på ett annat sätt; det är den manliga partens uppfattning som bestämmer händelsens karaktär. Om man anser att det är fråga om förförelse och inte våldtäkt saknar man uppsåt och ska således frikännas.

Vad jag vill visa med detta är att man inte under några omständigheter kan utesluta att en kvinna har samtyckt till samlag, om man ser kvinnor som fullständigt irrationella eller sexuellt ambivalenta.

---

<sup>102</sup> Nilsson (1997).

# 10 Slutsats

Det som man genast slås av när man studerar förarbetena till den svenska våldtäktsregleringen är att man har haft väldigt få principiella diskussioner om vad regleringen är tänkt att skydda, och vilka empiriska erfarenheter man grundar regleringen på.

Jag vill hävda att våldtäktsregleringen är starkt kopplad till de kontraktsteoretiska föreställningarna om individen, om samtyckets betydelse och form och distinktionen mellan det offentliga och det privata. Dessa föreställningar kan i sin tur direkt kopplas till det jag kallar för skuggförutsättningar- faktorer som inte ingår i den rättsliga regleringen, men som ska finnas där för att oönskade samlag ska kallas för våldtäkt.

Ett exempel på en sådan skuggförutsättning är att kvinnan inte får ha haft frivilliga samlag med mannen efter våldtäkten.

Hur våldtäktsregleringen bör ser ut, beror förstås på vad man har för syfte med den. Om syftet främst är att reglera de s.k. överfallsvåldtäkterna finns det ingen anledning att ändra på något. Men om syftet är att på allvar reglera den vanligaste våldtäkten, där offret och gärningsmannen känner varandra finns en hel del att göra. För det första måste man medvetandegöra antagandena som finns bakom den rättsliga regleringen. Man måste vidare undersöka antagandet att kvinnor och män i samma mån är fria och jämlika. Att inse att för att en reglering ser könsneutral ut, behöver dess verkningar inte vara det. Att tillämpa samma resonemang på övergrepp inom och utanför äktenskapet. Att inte använda sig av våldtäktsmyter och skuggförutsättningar vid den rättsliga bedömningen.

Föreställningen om samtycke är en förutsättning för den liberala demokratin eftersom att samtycke är en villkor för att bibehålla individuell frihet och jämlikhet. Men inbyggt i detta finns ett problem; nämligen att frihet och jämlikhet också är en förutsättning för att använda sig om föreställningen om samtycke.<sup>103</sup>

Om det är så att lagstiftningen är utformad efter fria, jämlika individer så måste individer som inte är fria vara ett absolut undantag, ett enstaka övertramp. Och om det vore så skulle ingen någonsin behöva tåla att hans eller hennes sexuella integritet kränktes. Men kvinnor utsätts för sexuella övergrepp varje dag. Om inte bilden av alla individer som jämlika ska spricka innebär det att de på något plan måste ha samtyckt till det, eller åtminstone provocerat fram det på något sätt. På detta sätt bidrar kontraktsteorierna till att legitimera den rådande ordningen.

---

<sup>103</sup> Pateman (1989) s. 83.

Ett annat sätt att legitimera denna är att utesluta vissa individer från rätten att inte samtycka t.ex. genom att föra ett annat resonemang när det gäller våldtäkter förövade inom äktenskapet.

Det är också viktigt att komma ihåg att premissen att alla människor är födda fria och jämlika är ett *påstående* och inte någon slags objektiv sanning. Precis som det naturligtvis är ett påstående att de inte är det.

Ett argument för att ta bort rekvisitet våld/hot ur våldtäktsregleringen är att detta skulle vara att erkänna att kvinnor har mindre makt i samhället än män och att kvinnors sexuella självbestämmande kan kränkas på andra sätt än genom våld eller hot. Men tyvärr skulle det antagligen leda till en ökad fokusering på bristande samtycke och därmed på offrets beteende.

Det enda sättet att få bort fokuseringen på offrets beteende i våldtäktsmål är att ta bort rekvisitet bristande samtycke. Detta är logiskt om man antar att den genomsnittliga kvinnan inte skulle samtycka till samlag under våld eller hot.

# Källförteckning

## Offentligt tryck

### Lagtext

Magnus Erikssons landslag  
1734 års lag  
1864 års strafflag  
SFS 1984:399

### Kommittédirektiv

Dir. 1998:48

### Betänkanden

SOU 1953:14  
SOU 1982:61  
SOU 1996:185  
SOU 2001: 14

JuU 1983/84:25

### Propositioner

Prop.1962:10 del B s. 152 ff., 351 ff., 431 ff.,  
Prop. 1962:10 del C s. 189 ff., 459 ff., 545 f., 597.

### Förarbeten

NJA II 1962 s.166.

# Litteraturförteckning

## Litteratur

- Bacic Ivana red. (1998) **The legal process and victims of rape. A comparative analysis of the laws and legal procedures relating to rape, and their impact upon victims of rape, in the fifteen member states of the European Union**, Dublin, Dublin rape crisis centre.
- Diesen Christian red. (2000) **Bevis 5. Bevispraxis : svensk bevispraxis 1948-1999**, Stockholm, Norstedts.
- Inger Göran (1978) **Kompendium i svensk rättshistoria : rättsutvecklingen i Sverige från medeltid till nutid**, Uppsala.
- Jareborg Nils (1994) **Straffrättens ansvarslära**, Uppsala, Iustus förlag.
- Jeffner Stina (1998) **Liksom våldtäkt, typ... Om ungdomars förståelse av våldtäkt**, Stockholm, Utbildningsförlaget Brevskolan.
- Granström Görel m.fl. red. (1996) **Kvinnorna och rätten. Från stormaktstid till rösträttsstrid**, Uppsala, Hallgren & Fallgren
- Holmqvist Lena m.fl. red. (2000) **Brottsbalken: en kommentar**, Stockholm, Norstedts juridik.
- Locke John, (1960) **Two treatises of Government**, Cambridge, University press.
- Lundström Karin (1999) **Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG - rätten. En feministisk analys**, Uppsala, Iustus förlag.
- MacKinnon Catharine A (1989) **Toward a feminist theory of the state**, Cambridge, Harvard University Press.
- Nussdorfer Angelo (1999), **Sexologiskt lexikon**, Stockholm, Natur och kultur.
- Pateman Carole (1989), **The disorder of Women : democracy, feminism, and political theory**, Cambridge, Polity press.
- Strömberg, Tore (1989) **Rättsfilosofins historia i huvuddrag**, Lund, Studentlitteratur.
- Thunander, Rudolf (1992) **Förbjuden kärlek. Sexualbrott, kärleksmagi och kärleksbrev i 1600-talets Sverige**, Stockholm, Atlantis.
- Winroth Alfred Ossian (1888) **Anteckningar efter professor Winroths rätthistoriska föreläsningar i straffrätt**, Lund.

## Artiklar

- Nilsson, Peter W (1997) **Inte brottsligt förföra fulla flickor**, Dagens Nyheters debattsida, 1997-05-16.
- Wennberg Suzanne (1997/98) **Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjade**, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 506-512 [Cit. Wennberg (1997/98) ].
- Wennberg Suzanne (1998/99) **Att välja och att vilja- några synpunkter på tvångsbegreppet enligt våldtäktsbrottet**, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet s. 523- 525) [Cit. Wennberg (1998/99)].

## Övrigt material

Lewin Bo red. Sex i Sverige: om sexuallivet i Sverige 1996, Stockholm, Folkhälsoinstitutet, Rapport 1998:11.

# Rättsfallsförteckning

## Utländska rättsfall

DPP v. Morgan 1976 182 House of lords

## Rättsfall från Hovrätterna

RH ref. 1989:161 (Mål B 253/783 DB 322).

RH 1991:120

## Rättsfall från Högsta Domstolen

NJA 1980 s. 725

NJA 1989 s.102

NJA 1991 s.83

NJA 1991 s.310

NJA 1997 s.538

NJA 1998 s.40