



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karin Sverker

Ett nej är inte alltid ett nej?
Om betydelsen av offrets agerande och
frågan om en samtyckesbaserad
våldtäktslagstiftning

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Ämnesområde: Straffrätt

HT 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Vad är en samtyckesbaserad våldtäktsreglering?	5
1.2 Syfte & frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	8
2 ATT VARA ETT OFFER	10
2.1 Begreppet brottsoffer	10
2.2 Det ideala brottsoffret	11
2.3 Det passiva offret	12
3 VÅLDTÄKTSBESTÄMMELEN I SVENSK RÄTT	13
3.1 Våld eller hot om brottslig gärning	13
3.2 Utnyttjande av hjälplöst tillstånd	15
3.3 Mindre grovt och grovt brott	16
4 SAMTYCKESBASERAD VÅLDTÄKTSREGLERING UR ETT SVENSKT PERSPEKTIV	17
4.1 Bulgariendomen	17
4.1.1 Bakgrund	17
4.1.2 Europadomstolens bedömning	18
4.2 Inför 2005 års reform	18
4.2.1 Prop. 2004/05:45	20
4.3 Diskussion i doktrin	21

4.3.1	Leijonhufvud	21
4.3.2	Asp	23
4.3.3	Diesen	24
4.3.4	Wersäll och Rapp	25
5	EN FÖRÄNDRING AV DEN SVENSKA SEXUALBROTTLAGSTIFTNINGEN?	27
5.1	Bakgrund	27
5.2	Argument för och emot en samtyckesbaserad reglering	28
5.2.1	Argument för en samtyckesbaserad reglering	28
5.2.2	Argument mot en samtyckesbaserad reglering	29
5.3	Föreslagna förändringar och yttranden angående dessa	30
5.3.1	Advokatssamfundets remissyttrande	31
5.3.2	Domstolsverkets remissyttrande	32
5.3.3	Brottsoffermyndighetens remissyttrande	32
6	VÅLDTÄKTSBESTÄMMELEN I ENGELSK RÄTT	34
6.1	Samtyckespresumtioner	35
6.2	Brottsmålsprocessen i våldtäktsfall	37
6.3	Samtyckesbaserad våldtäktsreglering ur ett engelskt perspektiv	39
6.3.1	Innan Sexual Offences Act 2003	39
6.3.2	Sexual Offences Act 2003	40
6.3.3	Diskussion i doktrin	40
6.3.3.1	Cowan	40
6.3.3.2	Munro	41
7	BETYDELSEN AV OFFRETS AGERANDE I SVENSK PRAXIS⁴³	
7.1	"Stureplansdomen"	44
7.1.1	Bakgrund	44
7.1.2	Tingsrättens bedömning	45
7.1.3	Hovrättens bedömning	46
7.2	"Säpo-mannen"	46
7.2.1	Bakgrund	46
7.2.2	Tingsrättens bedömning	47
7.2.3	Hovrättens bedömning	48
7.3	NJA 2009 s.47 I och II	49
7.3.1	I	49
7.3.1.1	Bakgrund	49
7.3.1.2	Tingsrättens bedömning	49
7.3.1.3	Hovrättens bedömning	50
7.3.1.4	Högsta Domstolens bedömning	50
7.3.2	II	50
7.3.2.1	Bakgrund	50
7.3.2.2	Tingsrättens bedömning	51

7.3.2.3	Hovrättens bedömning	51
7.3.2.4	Högsta Domstolens bedömning	51
7.4	Hovrätten för nedre Norrlands dom 2011-03-28 i mål B 27-11	52
7.4.1	Bakgrund	52
7.4.2	Tingsrättens bedömning	52
7.4.3	Hovrättens bedömning	52
7.5	Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2009-11-03 i mål B 1083-0953	
7.5.1	Bakgrund	53
7.5.2	Tingsrättens bedömning	53
7.5.3	Hovrättens bedömning	54
7.6	Hovrätten för västra Sveriges dom 2008-03-07 i mål B 1462-08	54
7.6.1	Bakgrund	54
7.6.2	Tingsrättens bedömning	54
7.6.3	Hovrättens bedömning	55
7.7	Svea Hovrätts dom 2008-01-22 i mål nr B 8668-07	55
7.7.1	Bakgrund	55
7.7.2	Tingsrättens bedömning	55
7.7.3	Hovrättens bedömning	56
7.8	Vilken betydelse tillmäts offrets agerande i svensk praxis? En analys	56
8	BETYDELSEN AV OFFRETS AGERANDE I ENGELSK PRAXIS	64
8.1	R. v. Bree	64
8.1.1	Bakgrund	65
8.1.2	Court of Appeals bedömning	66
8.2	R.v. John Streeton	66
8.2.1	Bakgrund	66
8.2.2	Court of Appeals bedömning	67
8.3	R. v. S	68
8.3.1	Bakgrund	68
8.3.2	Court of Appeals bedömning	68
8.4	R. v. Nathan Wright	68
8.4.1	Bakgrund	68
8.4.2	Court of Appeals bedömning	69
8.5	R. v. H	69
8.5.1	Bakgrund	69
8.5.2	Court of Appeals bedömning	70
8.6	R. v. Farid Taran	71
8.6.1	Bakgrund	71
8.6.2	Court of Appeals bedömning	71

8.7	R. v. White	72
8.7.1	Bakgrund	72
8.7.2	Court of Appeals bedömning	73
8.8	Vilken betydelse tillmäts offrets agerande i engelsk praxis? En analys	74
9	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	77
9.1	Innebär en samtyckesbaserad våldtäktsreglering ett ökat fokus på brottsoffret?	77
9.2	Går det att relatera en samtyckesbaserad reglering i svensk lag till den engelska rätten?	79
9.3	Vilka effekter kan en samtyckesbaserad reglering få för brottsoffret?	80
9.4	En förändring av den svenska sexualbrottslagstiftningen?	81
9.4.1	Om åsikter i doktrinen	81
9.4.2	Om föreslagna förändringar i SOU 2010:71	83
9.5	Bör Sverige införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering?	84
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	86
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Summary

The Swedish rape legislation of today uses force as the delineator between non-criminal sex and criminal rape. It has been heavily disputed whether or not the force-based legislation ought to be replaced with the use of consent. In that case, consent or the lack of it would determine what is lawful or unlawful, regardless of any use of force.

Despite the fact that the Swedish regulations on sexual offences went through an extensive transformation in 2005, a new investigation whether or not consent should replace the use of force was appointed in 2008. The main conclusion, presented in SOU 2010:71, was to incorporate a supplementary provision of consent, *sexual assault*, into chapter 6 of the penal code that regulates sexual offences. The provision would be used in cases with a violation of sexual consent but without a use of force.

The rulings of the European Court of Human Rights in the case of M.C. v. Bulgaria were one of the reasons why a debate arose about the Swedish regulations on sexual offences. In its judgment, the court held out that every non-consensual act must be criminalized as well as effectively prosecuted. Whether or not the Swedish legislation needed to change because of the rulings has been subject for intense discussions. The investigators behind SOU 2010:71 held out that a supplementary provision like *sexual assault* would unquestionably guarantee fulfillment of the demands set out in M.C v. Bulgaria.

One of the arguments presented for a consent-based legislation is that it would extend the protection for sexual self-determination, which could be seen as a natural development of the criminal justice approach towards sexual offences. Furthermore, a consent-based legislation is said to possibly have a crime preventing effect as well as certain positive therapeutic effects for the victim. The main argument presented by the opponents towards a consent-based regulation is the possibility that the use of consent puts unwanted emphasize on the victim of the crime. According to the opponents, the experiences from the English legal system, which contains a consent-based rape provision, shows this unwanted effect.

The purpose of this thesis has been to investigate and discuss whether a consent-based rape provision puts more emphasize on the victim of the crime than a force-based regulation. This has been carried out through a comparison between the consent-based provision used in England and Wales and the current Swedish legislation. I have reached the conclusion that it can be questioned whether a consent-based regulation actually emphasizes more on the victim. It is therefore my opinion that whether or not sexual actions have been performed against the wishes and desires of another must be the delineator between non-criminal sex and criminal rape.

Sammanfattning

Dagens svenska våldtäktslagstiftning kräver att gärningsmannen använt sig av tvång eller utnyttjande för att straffansvar ska föreligga. Det har ifrågasatts om denna utformning av våldtäktslagstiftningen istället borde ersättas med en bestämmelse där samtycke ges en avgörande betydelse. Med en samtyckesbaserad våldtäktsreglering skulle den utslagsgivande faktorn för om ett brott har begåtts eller inte bli om det skett mot någons samtycke, oavsett om tvång har förekommit eller inte.

Trots att den svenska sexualbrottslagstiftningen genomgick en omfattande reformering 2005 tillsattes 2008 en utredning med uppdrag att utreda om det nuvarande kravet på tvång borde ersättas med ett krav på bristande samtycke. Utredningen presenterade i SOU 2010:71 ett förslag till en förändring av lagstiftningen i form av en kompletterande samtyckesbestämmelse. Detta skulle innebära att en bestämmelse om *sexuellt ofredande* skulle införas som en subsidiär bestämmelse till våldtäktsbestämmelsen i 6 kap 1 § BrB och aktualiseras i fall där tvång inte förekommit. En av anledningarna till att frågan om en samtyckesbaserad reglering ytterligare aktualiserats var Europadomstolens avgörande i Bulgariendomen. I domen uppställs en positiv skyldighet att effektivt bestraffa och lagföra sexuella handlingar som företas mot någons samtycke. Det har diskuterats huruvida detta medför att den svenska lagstiftningen måste ändras och en subsidiär samtyckesreglering skulle enligt utredarna säkerställa att förpliktelser enligt Bulgariendomen uppfylldes.

Argument som framförts för en samtyckesbaserad lagstiftning är att det skulle utöka skyddet för den sexuella självbestämmanderätten, vilket skulle kunna ses som en naturlig utveckling av den straffrättsliga synen på sexualbrott. Vidare anses en samtyckesbaserad våldtäktsreglering ha en önskvärd positiv normerande verkan och kunna innebära vissa terapeutiska effekter för brottsoffret. Det främsta argumentet mot en samtyckesbaserad reglering har ansetts vara att det kan antas medföra ett ökat fokus på brottsoffret. Detta menar kritiker att erfarenheter från den engelska rätten visar på.

Uppsatsen syfte har varit att utreda och diskutera huruvida en samtyckesbaserad reglering kan anses innebära ett ökat fokus på brottsoffret jämfört med en tvångsbaserad reglering. Detta har illustrerats genom en jämförelse med den samtyckesbaserade regleringen som finns i engelsk rätt. Min slutsats är att det kan ifrågasättas huruvida en samtyckesbaserad reglering skulle komma att innebära ett ökat fokus på brottsoffret jämfört med dagens tvångsbaserade reglering. Huruvida sexuella handlingar har företagits mot någons vilja eller inte bör därför ges avgörande betydelse i straffbestämmelsen.

Förord

Ett varmt tack till min handledare Ulrika Andersson vars utomordentliga handledning har hjälpt mig att nå ett djup i min uppsats. Ulrika har också tagit sig tiden att engagera sig i uppsatsens språk och form vilket jag är otroligt tacksam för.

Stort tack även till Erik som tålmodigt har lyssnat på mina oändliga tankar om detta ämne.

Lund i december 2011
Karin Sverker

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
BDSM	Bondage, disciplin, sadism och masochism
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
Dir.	Direktiv
ECHR	European Convention on Human Rights
EWCA	England and Wales Court of Appeal
F	Följande sida
Ff	Följande sidor
Jfr	Jämför
Kap.	Kapitel
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
M.fl.	Med flera
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk
SOU	Statens Offentliga Utredningar
UK	United Kingdom

1 Inledning

Utgångspunkten i den svenska sexualbrottslagstiftningen är den sexuella självbestämmanderätten och skyddet för den sexuella integriteten. Var och en äger rätten att bestämma över sin egen kropp och ingen ska tvingas till en sexuell handling.¹ Utifrån denna utgångspunkt kan det ifrågasättas varför våldet i våldtäkt fortfarande är det avgörande i gränsdragningen mellan frivilligt sex och brottslig handling i svensk lag.

Den svenska sexualbrottslagstiftningen genomgick omfattande förändringar 2005. Avgörande för straffansvar i dagens svenska våldtäktslagstiftning är att gärningsmannen har framtvingat den sexuella handlingen genom våld eller hot om brottslig gärning. Det har kraftigt ifrågasatts, både innan och efter 2005 års förändringar, om denna typ av tvångsbaserade reglering på ett tillräckligt sätt tillvaratar de grundläggande intentionerna bakom sexualbrottslagstiftningen. Frågan är om Sverige ska, eller till och med måste, införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. En sådan reglering skulle innebära att utgångspunkten för straffansvar är om en sexuell handling skett med någons samtycke eller inte.

Diskussionen om en samtyckesbaserad reglering är lämplig i svensk lag har tagit sin utgångspunkt i offret. Argument både för och emot en förändrad lagstiftning pekar på att en förändrad lagstiftning hade kunnat påverka offret i hög grad. Utifrån en jämförelse med den engelska rätten har motståndare mot en samtyckesbaserad reglering som främsta argument framfört att offrets agerande skulle ges en ökad betydelse, vilket är en oönskad utveckling. Förespråkarna å sin sida menar att de negativa effekterna för offret är faktorer som även aktualiseras med dagens tvångsbaserade reglering. Ett ökat fokus på offret anses inte möjligt eftersom offrets förehavanden redan idag är av central betydelse.

Utifrån dessa utgångspunkter presenterades under hösten 2011 i SOU 2010:71 ett förslag på en förändrad lagstiftning. Genom införandet av ett nytt samtyckesbaserad brott *sexuellt ofredande*, skulle enligt utredningen lagstiftarens intentioner uppfyllas samtidigt som de negativa effekterna begränsas. Diskussionen kvarstår dock även efter utredningens förslag om Sverige inte helt och hållet bör använda samtycke som utslagsgivande faktor för om brott har begåtts eller inte.

1.1 Vad är en samtyckesbaserad våldtäktsreglering?

En samtyckesbaserad våldtäktsreglering är en våldtäktsreglering där det avgörande grundrekvisitet i straffbestämmelsen är huruvida en handling har

¹ SOU 2010:71 s 17

skett med någons samtycke eller inte. Utslagsgivande för om ett brott har begåtts blir om handlingen har skett trots bristande samtycke. Detta har även omnämnts som en ”ren” samtyckesreglering. Dagens svenska reglering baseras på medel och omständigheter och har sitt grundläggande straffrekvisit i tvång.²

En samtyckesreglering kan även vara kompletterande. I sådana fall finns ett subsidiärt brott baserat på bristande samtycke som kompletterar en huvudsaklig straffbestämmelse där grundrekvisitet är tvång. Subsidiär samtyckesreglering finns till exempel i den norska våldtäktsregleringen och har föreslagits som en möjlig förändring av den svenska våldtäktsregleringen.³

1.2 Syfte & frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utifrån svensk och engelsk lagstiftning, praxis och doktrin undersöka och diskutera hur en samtyckesbaserad våldtäktsreglering påverkar betydelsen av offrets agerande.

Huvudfrågan som jag avser att upprätthålla mig kring är:

Innebär en samtyckesbaserad våldtäktsreglering ett ökat fokus på offrets agerande jämfört med en tvångsbaserad reglering?

Jag avser även utreda och diskutera vilka effekter en samtyckesbaserad våldtäktsreglering kan få för brottsoffret utifrån teorier kring brottsoffer. Frågeställningarna kommer att besvaras med hjälp av svensk och engelsk lagstiftning, praxis och doktrin. Anledningen till detta är att den engelska rättsens samtyckesbaserade våldtäktsreglering har använts i ett flertal svenska utredningar för att belysa vilka effekter en förändring kan få. Jag kommer även att diskutera huruvida det är lämpligt att dra slutsatser från den engelska rätten angående ett svenskt införande av en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. Detta med beaktande av olika aspekter såsom skilda rättssystem och rättstraditioner, skillnader i kulturella traditioner och samhällsstrukturer.

1.3 Metod och material

Uppsatsen kan delas in i tre huvudsakliga delar. Inledningsvis beskrivs svensk gällande rätt, förarbeten och doktrin. I samband med detta följer en deskriptiv redogörelse av för syftet relevant engelsk rätt, litteratur och viss praxis. Materialet har studerats utifrån en sedvanlig juridisk metod.⁴ Jag har valt att studera den engelska rätten för att illustrera aktuella utgångspunkter i en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. Den engelska rätten har även valts

² SOU 2010:71 s 205f

³ SOU 2010:71 s 137, s 495

⁴ Sandgren, 2006, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare-ämne, material, metod och argumentation*, s 36ff

ut eftersom den använts för att illustrera vilka effekter en samtyckesbaserad reglering kan få i Sverige i ett flertal statliga utredningar.

Därefter följer en studie av såväl svenska som engelska rättsfall. Respektive rättsfallsstudie avslutas med en analyserande del angående vilken betydelse som offrets agerande kan sägas ha i respektive reglering. Med offrets agerande avses framförallt offrets beteende, aktivt handlande innan och under själva händelseförloppet eller brist på sådant agerande. Analysen kommer i viss mån relatera till viktimologiska teorier som presenterats i uppsatsens andra kapitel.

Rättsfallen i den svenska delen har valts ut efter sökning i rättsfallsdatabaser utifrån när en samtyckesbaserad reglering hade kunnat ha betydelse för utgången i målet. Det är fall där samtycke inledningsvis funnits men sedan upphört eller där våldsanvändningen är begränsad eller fall där offret och förövaren har en tidigare relation till varandra. Dessa situationer har valts ut med beaktande av vad som anförts angående vilket tillämpningsområde som förväntas för en samtyckesbaserad reglering i SOU 2010:71. I vissa av rättsfallen existerar flera av dessa förhållanden men utgångspunkten i sökningen har varit att ett av kriterierna ska uppfyllas. Med beaktande av SOU 2010:71 och uppsatsens huvudsakliga avgränsningar har sökningen inte omfattat fall där målsägande är man, barn eller befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Rättsfallen är från tiden efter 2005 för att belysa vilka frågeställningar kring samtycke och offrets agerande som aktualiseras utifrån existerande samhällsideal i tillämpningen av dagens tvångsbaserade reglering.

Domskälens redovisas i den omfattning det har ansetts vara relevant för det huvudsakliga syftet. Jag har valt att redogöra mer ingående för tingsrättens domskäl i de fall där det ansetts vara av betydelse för syftet, där jag ansett att tingsrättens resonemang kan sägas belysa eller illustrera vilka resonemang kring offrets agerande och samtycke som kan aktualiseras i en tvångsbaserad våldtäktsreglering. En mer omfattande redogörelse av tingsrättens bedömning har även skett i de fall där hovrätten inte delar tingsrättens bedömning eller helt och hållet instämmer i tingsrättens beslut.

Urvalet av de engelska rättsfallen har skett utifrån liknande kriterier genom sökning i databaser och litteratur. Bakgrund och domskäl har redovisats utifrån relevans för det huvudsakliga syftet. Eftersom uppbyggnaden av rättsfallsreferaten skiljer sig åt mellan de svenska och de engelska fallen kommer även presentationen av dem skilja sig något åt. Jag har valt redogöra för de processrättsliga frågor som aktualiseras i de engelska fallen i den mån det är nödvändigt för att förstå domstolens resonemang. De engelska rättsfallen är från tiden efter 2003 för att redogöra för rättstillämpningen utifrån rådande samhällsströmningar.

I uppsatsens avslutande del presenteras mina sammanfattande slutsatser utifrån uppsatsens deskriptiva och analyserande material. Detta görs utifrån det syftet och de frågeställningar som formulerats inledningsvis.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer att ha sin utgångspunkt i våldtäktsbrottet i 6 kap 1 § BrB och i Sexual Offences Act 2003 s. 1. Med beaktande av detta kommer inte andra sexualbrott att behandlas.

Rekvisitetet hjälplöst tillstånd kommer endast att behandlas kortfattat i beskrivningen av den befintliga svenska våldtäktslagstiftningen. Någon diskussion kring rekvisitetets förhållande till samtycke kommer inte att göras med beaktande av arbetets omfattning.

Uppsatsen kommer inte behandla sexualbrott som har begåtts mot barn. En av anledningarna till detta är att tvång inte krävs för att en sexuell handling mot barn ska anses som våldtäkt.⁵ Samtycke saknar därför betydelse i frågan.

Utgångspunkt i uppsatsen är ett kvinnligt offer eller målsägande och en manlig gärningsman eller tilltalad. Detta utan någon avsikt att göra värderingar om könsroller och sexualitet.

På grund av uppsatsens omfattning kommer jag inte diskutera eller utreda hur en samtyckesbaserad reglering hade kunnat utformas. Med anledning av detta kommer jag inte heller närmare att behandla bevisproblematik och bevisbörda, även om det är aspekter som är av vikt i frågan om en samtyckesbaserad reglering.

1.5 Disposition

Uppsatsen deskriptiva del inleds med teorier och diskussioner kring begreppet brottsoffer och vem som kan anses vara ett offer. Därefter följer ett kapitel där den gällande svenska våldtäktsbestämmelsen presenteras. I följande kapitel behandlas hur den svenska rätten förhåller sig till en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. Här redogörs för Bulgariendomen och för de frågeställningar och resonemang som aktualiserades inför 2005 års sexualbrottsreform. Vidare presenteras även den diskussion som förekommit i relevant doktrin. I uppsatsens femte kapitel behandlas sedan de argument som framförts för och emot en samtyckesbaserad reglering. De förslag på ytterligare förändringar av sexualbrottslagstiftningen som lades fram i SOU 2010:71 hösten 2010 och yttranden angående dessa behandlas också i detta kapitel. Den deskriptiva delen avslutas med en redogörelse för relevant engelsk rätt. I detta kapitel redogörs även för relevant processrätt och hur den samtyckesbaserade våldtäktsregleringen hanterats och diskuterats inom engelsk lag och doktrin.

⁵ BrB 6 kap. 4§

Efter uppsatsens deskriptiva del följer en rättsfallsstudie av svensk praxis. Först presenteras två uppmärksammade fall, Stureplansdomen och fallet med den så kallade Säpomannen. Vidare redogörs för Högsta Domstolens gällande praxis NJA 2009 s 47 I och II om bevisning i våldtäktsfall. Därefter följer ett antal hovrättsfall i kronologisk ordning. Avslutningsvis görs en analys av vilken betydelse som tillmäts offrets agerande i ovanstående fall.

I uppsatsen åttonde kapitel följer sedan en liknande studie av engelska rättsfall. Kapitlet inleds med det betydande fallet R. v Bree och därefter presenteras fallen i kronologisk ordning. Kapitlet avslutas likt föregående kapitel med en analys av de presenterade rättsfallen.

Avslutningsvis presenteras sammanfattande slutsatser som försöker besvara de frågeställningarna och det huvudsakliga syftet som presenterats i det inledande kapitlet.

2 Att vara ett offer

2.1 Begreppet brottsoffer

Det finns ingen enhetlig definition av begreppet brottsoffer, utan begreppet ges olika innebörd beroende på teoretisk utgångspunkt. Juridiskt sett saknar begreppet innehåll. Istället finns termen målsägande eller skadelidande som innebär en person som utsatts för en kränkning av något slag eller för en brottslig handling. Om begreppet brottsoffer avgränsas till den juridiska betydelsen avses alltså endast en person som blivit utsatt för brott. Utifrån en sociologisk utgångspunkt ges begreppet en vidare tolkning och omfattar förutom människor även exempelvis djur och samhällen som utsatts för brott.⁶ En psykologisk definition innebär i sin tur ett fokus på individens egen tolkning och upplevelse av brottet.⁷

FN antog 1985 en deklaration om grundläggande rättsprinciper för offer och maktmissbruk. Deklarationen blir juridiskt bindande för en medlemsstat först när den har inkorporerat bestämmelserna i den nationella lagstiftningen men innebär ändå en tydlig markering för medlemsstaternas syn på brottsoffer. Enligt deklarationens första artikel är ett brottsoffer en person eller grupp som lidit psykisk eller fysisk skada, känslomässigt lidande, ekonomisk förlust eller väsentlig försämring av sina grundläggande rättigheter genom handlingar som strider mot strafflagarna i medlemsländerna.⁸

Enligt Heinz Leymann finns det starka särintressen bakom definitionen av vem som är ett brottsoffer. En stat eller en specifik grupp kan exempelvis ha ett intresse av att vissa kategorier eller grupper av människor klassas som offer. Resultatet av detta är en under eller överskattning av konsekvenser, beroende på involverade parter syften. Leymann menar att en person endast kan få offerstatus om någon har ett intresse av detta eller om offret själv kan utöva politiska påtryckningar. Endast legitima brottsoffer kan få ekonomisk, medicinsk, psykologisk kompensation och assistans från samhället. Som exempel nämner Leymann före detta fångar från nazistiska koncentrationsläger under andra världskriget. Judiska fångar fick kompensation från tyska staten, något som Leymann menar kanske inte hade hänt om det inte hade funnits starka inflytelserika judiska grupper i USA. Leymann drar denna slutsats utifrån faktumet att inte alla grupper av ex-fångar från de nazistiska lägren, exempelvis Jehovas vittnen, romer och homosexuella, fick kompensation trots liknande behandling, eftersom de inte kunde mobilisera liknande påtryckningar.

⁶ *Brottsoffer- perspektiv på det brottsförebyggande arbetet*- BRÅ idéskrift nr 15, 2007, s 5, RB 20 kap. 8§

⁷ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 27

⁸ *Brottsoffer- perspektiv på det brottsförebyggande arbetet*- BRÅ idéskrift nr 15, 2007, s 10f

Ytterligare ett exempel på att det finns politiska intressen i vad och vem som ska inkluderas i en brottsofferdefinition är våldtäktsoffer. Denna grupp mottog inte offerstatus förrän påtryckningar skedde av utomstående aktörer, våld mot kvinnor ansågs innan det som ett privat problem. 1970-talets kvinnorörelser riktade uppmärksamhet mot mäns våld mot kvinnor vilket ledde till att denna grupp fick brottsofferstatus.⁹

Grupper som fortfarande inte har offerstatus på grund av detta är exempelvis vuxna som utsätts för mobbing, barn som omvitnar våld i hemmet och djur.¹⁰

2.2 Det ideala brottsoffret

Offerstatus påverkas även, utöver särintressen från specifika aktörer, av generella föreställningar om vem brottsoffret är. Detta innebär ofta att ett brottsoffer ska vara ett oskyldigt, försvarslöst offer som inte har någon delaktighet i brottet. Gällande våldtäkt är exempelvis det ideala offret en ung kvinna som blir överfallen på väg hem.¹¹ I en studie av Stina Jeffner där ungdomars attityd mot våldtäkt undersöktes var den allmänna uppfattningen att våldtäkt var fel. Studien (som utgår ifrån kvinnan som offer), visade dock att det finns ett antal omständigheter som öppnar upp för en annan bedömning. Exempel på dessa "förmildrande" omständigheter är om tjejen inte sa nej på ett korrekt sätt, om tjejen var kär i förövaren även efter händelsen, om tjejen kunde uppfattas som slampig, eller om tjejen inte mådde dåligt efteråt. I sådana fall uppfattades det inte som en våldtäkt och tjejen var inte att se som ett offer.¹²

Teorin om det ideala brottsoffret har utvecklats av kriminologen Nils Christie. Den beskriver sex egenskaper hos det ideala brottsoffret, vilka får betydelse ur ett kriminologiskt perspektiv för vem som uppfattas och får stöd som brottsoffer. Om en person stämmer in i någon av de sex egenskaperna uppfattas personen som ett brottsoffer och får också stöd och support av omgivningen. Personer som saknar egenskaperna kan ha svårare att nå status som brottsoffer och få liknande medhåll från omgivningen.¹³ Det ideala offret har enligt Christie åtminstone en av nedanstående egenskaper:

1. Offret är svagt
2. Offret är involverat i en respektabel aktivitet
3. Offret är på väg till en plats som han eller hon inte kan förebrås för
4. Gärningsmannen är i överläge och kan beskrivas i negativa termer

⁹ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 27ff

¹⁰ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 27f

¹¹ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 29

¹² Jeffner, 1998, *Liksom våldtäkt, typ... Om ungdomars förståelse av våldtäkt*

¹³ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 29

5. Gärningsmannen är okänd för offret och har ingen relation till offret
6. Offret har tillräckligt med status för att hävda sin offerstatus¹⁴

Motsatsen till det ideala brottsoffret har inte ovanstående egenskaper och kan exempelvis vara en ung berusad man som blir rånad i en sjuvig bar av de han umgicks med. Här finns möjlighet att avkräva ett visst moraliskt ansvar. Han skulle inte ha varit berusad, inte ha gått till en sjuvig bar, inte umgått med sådana typer. Liknade exempel kan appliceras på våldtäktsoffer. En berusad kvinna som blir våldtagen efter en kväll på ett skumt uteställe och som följer med ett gäng män hon känner sedan tidigare hem för efterfest motsvarar inte bilden av det ideala våldtäktsoffret. Prostituerade är ett annat exempel på motsatsen till ett idealt brottsoffer.

En individ som inte klassas som ett offer trots fysiska, psykiska eller ekonomiska skador riskerar följaktligen att bli utan stöd från samhället eftersom han eller hon inte passar in i den generella synen på vem som är ett offer.¹⁵

2.3 Det passiva offret

Viktimologen Magnus Lindgren beskriver hur många våldtäktsoffer upplever hur de får stå till svars för det inträffade, snarare än förövaren. En våldtagen person kan kritiseras för att vara för utmanande, för berusad, för passiv eller på fel plats vid fel tillfälle. Den dominerande upplevelsen vid våldtäkt är hotet om döden. Detta leder enligt Lindgren till ett mönster av reaktioner där det primära målet är överlevnad. Offret kan reagera på ett sådan sätt att våldtäkten förskjuts eller resulterar i minsta möjliga skada. En strategi är att respondera till händelsen med total passivitet och helt förtränga det inträffade. Det kan även uppfattas som om offret samtycker eller att det saknas fysiska tecken på händelsen.¹⁶I SOU 1995:60 om kvinnofrid kunde utredarna utifrån en studie av polisens attityder angående kvinnofrid dra slutsatsen att offret inte får vara för passiv i förhållande till förövaren, då riskerar hon att få sin trovärdighet ifrågasatt.¹⁷

¹⁴ Christie, Niels, 1986, *From Crime Policy to Victim Policy*, ur *The ideal victim*, s 17-30

¹⁵ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 29ff

¹⁶ Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 31

¹⁷ SOU 1995:60 *Kvinnofrid* s 132ff, Lindgren m.fl., 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, s 31

3 Våldtäktsbestämmelsen i svensk rätt

Sexualbrotten regleras i brottsbalkens 6 kapitel och våldtäktsbrottet återfinns i kapitlets 1 §. I sin nuvarande utformning utgör våldtäktsbrottet ett sammansatt brott, det krävs att både ett tvång och en sexuell gärning har förelegat. De uppsåtliga brott som konstituerar våldtäktstvånget konsumeras av det sammansatta brottet.¹⁸

2005 genomfördes omfattande förändringar i sexualbrottslagstiftningen vilket innebar ändringar såväl i 6 kapitlets innehåll som struktur.¹⁹ Gränsdragningen mellan vissa sexualbrott förändrades liksom en del brottsrubriceringar. Reformen genomfördes med det övergripande syftet att ytterligare förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten.²⁰

3.1 Våld eller hot om brottslig gärning

I och med 2005 års förändringar utvidgades tillämpningsområdet för våldtäkt. Detta innebär att kravet på tvång ändrades och att gärningar som tidigare bedömts som sexuellt utnyttjande idag utgör våldtäkt²¹

Inledningsvis stadgar paragrafen att den döms för våldtäkt som genom våld eller hot om brottslig gärning tvingar en annan person till samlag eller med hänsyn till omständigheterna annan sexuell handling som är att betrakta som samlag²² Några begränsningar finns inte vad det gäller kön, sexualitet, eller relation mellan gärningsman och offer. Det kan vara ett övergrepp inom eller utom äktenskapet, av en okänd gärningsman mot ett offer som helt saknar relation till förövaren och så vidare.²³

Vad begreppet samlag eller annan jämförlig sexuell handling omfattar anges inte i lagtexten. Ett samlag är med lagens nuvarande innebörd endast ett vaginalt samlag och det är således enbart heterosexuella samlag som idag omfattas av begreppet samlag i paragrafen. Det ställs inga krav på sädesutlösning eller inträngande, det är tillräckligt att mannen och kvinnans könsdelar har kommit i beröring med varandra. Något krav på hur länge detta ska ha skett finns inte heller.

¹⁸ Prop. 2004/05:45, s 43ff

¹⁹ Prop. 2004/05:45

²⁰ SOU 2001:14 Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor

²¹ Holmqvist, m.fl., Brottsbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

²² Brottsbalken 6 kap. 1§ 1st

²³ Holmqvist, m.fl., Brottsbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

Det framkommer av förarbetena att jämförlig sexuell handling inte tar sikte på själva handlingen i sig. Det som är av vikt är istället om det förekommer en sådan kränkning som är jämförlig med den som kan upplevas vid påtvingat samlag. Till begreppet jämförlig sexuell handling har orala och anala samlag, införande av föremål eller fingrar i vagina eller anus med mera ansetts tillhöra. För att handlingen ska vara att anse som en sexuell handling ska det ha förekommit en någorlunda varaktig beröring av tydlig sexuell karaktär av den andres kropp med det egna könsorganet eller tvärtom.²⁴ Handlingen ska tydligt ha avsikten att kränka offrets sexuella integritet, vilket innebär att de är av sådant slag att de karakteristiskt sett har som mål att tillfredsställa eller väcka bådars eller ena personens sexuella drift.²⁵

Av betydelse för bedömningen är varaktigheten av övergreppet och om det har inneburit smärta. I praxis har handlingen att föra in ett flertal fingrar i en kvinnas underliv ett antal gånger under övrigt kränkande former ansett vara en sådan handling som är jämförlig med samlag och därmed bedömts som våldtäkt enligt 1§.²⁶ Fall där gärningsmannen har använt sin hand till att onanera åt offret har däremot inte trots beroendeförhållande och offrets unga ålder ansetts vara ett sådant övergrepp som omfattas av 1§.²⁷

Angående det våld eller hot om brottslig gärning som ska ha använts för att tilltvinga samlaget eller den sexuella handlingen så anses det att om övriga förutsättningar föreligger så är den grad av våld som avses i 4 kap 4 § 1st 1 men BrB om olaga tvång tillräcklig. Det kan röra sig om misshandel eller annat fysiskt behärskande, så som att betvinga kroppsrörelser genom att exempelvis sära på någons ben men även om lättare våldsanvändning såsom att knuffa undan eller hålla fast någon, att rycka eller slita i en persons arm eller kläder. Likaså omfattas att genom den egna kroppstyngden hindra offrets rörelser

Det hot som krävs behöver inte utgöra ett hot om omedelbart förestående våld mot liv eller hälsa utan lättare former av hot är tillräckliga för ansvar. Hotet kan rikta sig mot en annan person, exempelvis offrets barn. Det uppställs inget krav på att hotet ska vara uttalat. I dessa situationer krävs dock att det ska vara frågan om ett hotfullt agerande i kombination med att övriga krav för ett straffbart hot är uppfyllda.²⁸

För straffansvar förutsätts inte motstånd från offrets sida. Högsta Domstolen konstaterade i NJA 1988 s.40 att det inte krävs motstånd om målsägande på annat sätt klagar att hon motsätter sig gärningsmannens önskan eller avsikt.²⁹

²⁴ Prop. 2004/05:45 s 135ff

²⁵ Prop. 2004/05:45 s 135ff, Holmqvist, m.fl., Brottsbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

²⁶ RH 1989:48, NJA 2008 s.482 I

²⁷ NJA 2008 s. 482 II

²⁸ Prop. 2004/05:45 s 134

²⁹ Prop. 2004/05:45 s 35, NJA 1988 s.40

3.2 Utnyttjande av hjälplöst tillstånd

I paragrafens andra stycke stadgas ansvar för våldtäkt för den som genomför ett samlag eller en annan sexuell handling, som enligt första stycket är jämförlig med samlag, genom att otillbörligt utnyttja att en person på grund av medvetlöshet, sömn, berusning, drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.³⁰

Syftet med bestämmelsen är att skydda individer som genom att befinna sig i ett på något sätt hjälplöst tillstånd saknar förmåga att skydda sin sexuella integritet. Så väl offret som gärningsmannen kan vara initiativtagare till handlingen och samtycke befriar därför inte från ansvar. De sexuella handlingar som omfattas av första stycket omfattas också av bestämmelsen i andra stycken.

Det hjälplösa tillståndet utmärks av att offret inte kan värja sig eller kontrollera sitt handlande. Detta omfattar inte enbart situationer då offret rent fysiskt inte kan värja sig utan även förhållanden när offret på grund av psykiska omständigheter upplever svårigheter att skydda sig. Situationen i sin helhet ska ligga till grund för bedömningen.

Förutom de situationer av hjälplöst tillstånd som omnämns i lagtexten har vägledning utarbetats genom praxis både före och efter 2005 års reform³¹ Högsta domstolen slog i NJA 2004 s 231 fast att en situation där offret saknar hämningar på grund av berusning eller drogpåverkan kan anses utgöra hjälplöst tillstånd. Det krävs i detta fall att det har varit fråga om en atypisk påverkan som gör att personen inte kan ställas till svars för sina handlingar.³²Eftersom situationen ska ses utifrån ett helhetsperspektiv kan flera omständigheter tillsammans skapa ett hjälplöst tillstånd, något som HD framförde i NJA 1997 s538. I fallet var offret berusad och befann sig samtidigt i en hotfull situation. Även om berusningen i sig inte var sådan att den konstituerade ett hjälplöst tillstånd konstaterade HD att situationen i sig var sådan att det får anses ha påverkat förmåga att värja sig.³³

Själva utnyttjandet ska ha skett otillbörligen och för straffansvar krävs att den sexuella handlingen är ägnad som ett angrepp på offrets sexuella integritet. Bedömningen ska göras utifrån en objektiv grund och det krävs att gärningsmannen har använt sig av offrets hjälplösa tillstånd för att uppnå sitt syfte. Ett orsakssamband mellan det hjälplösa tillståndet och deltagande i gärningen måste följaktligen finnas.³⁴

³⁰ BrB 6 kap. 1 § 2st

³¹ Prop. 2004/05:45 s 136f

³² NJA 2004 s 231

³³ NJA 1997 s 538

³⁴ Prop. 2004/05:45 s 137

3.3 Mindre grovt och grovt brott

Vid bedömning av brottets svårighetsgrad ska hänsyn tas till samtliga omständigheter av rättslig relevans.

Paragrafens tredje stycke angående mindre grovt brott är avsedd att användas endast i undantagsfall där omständigheterna klart avviker från normalfallet.³⁵ I NJA 2008 s 482 var händelseförloppet kortvarigt och gärningsmannen hade avbrutit handlingen när kvinnan klargjort att hon inte var intresserad av sexuell samvaro. Varken våld, hot eller några andra förödmjukande eller förnedrande inslag utöver kränkningen i sig. Våldtäkten bedömdes med hänsyn till detta som mindre grov.³⁶ Förhållandet att offret inledningsvis har samtyckt leder per automatik inte till en mildare bedömning.³⁷

Vid bedömning av om brottet är grovt ska faktorer som om våldet eller hotet varit särskilt allvarligt, om det har varit flera gärningsmän, eller om gärningsmannen på annat sätt visat särskild hänsynslöshet beaktas.³⁸ Övergrepp som varit förenade med långvarigt frihetsberövande, sadistiska inslag eller förnedrande handlingar är ytterligare exempel. Våld som inte är tillräckligt betydande för att kvalificera grov misshandel kan vara tillräckligt för att en våldtäkt ska anses som grov. Som tidigare ska en samlad bedömning göras och omständigheterna i lagtexten är inte uttömmande.³⁹

³⁵ Prop. 2004/05:45 s 138

³⁶ NJA 2008 s 482

³⁷ Holmqvist, m.fl., Brottbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

³⁸ Prop. 2004/05:45 s 138f

³⁹ Holmqvist, m.fl., Brottbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

4 Samtyckesbaserad våldtäktsreglering ur ett svenskt perspektiv

Införandet av en samtyckesbaserad våldtäktreglering i Sverige är en fråga som har diskuterats inför de senaste förändringarna av sexualbrottslagstiftningen. Frågan aktualiserades ytterligare efter Europadomstolens avgörande i fallet M.C. v Bulgaria, där domstolen förtydligade vilket legalt skydd som kan krävas från en konventionsstat angående sexuella övergrepp och våldtäkt.⁴⁰ Efter domen har det diskuterats om den svenska våldtäktsregleringens utformning och tillämpning uppfyller Sveriges åtaganden enligt konventionen.

4.1 Bulgariendomen

4.1.1 Bakgrund

I målet anmälde en bulgarisk flicka att hon hade blivit våldtagen av två män. Flickan var vid tillfället för övergreppen 14 år och 10 månader.

De involverade personerna kände till varandra sedan tidigare och efter en utekväll följde flickan med männen till ett diskotek i en angränsande stad under förutsättning att männen senare skulle köra henne hem. På vägen hem till flickan stannade männen trots hennes protester till för att bada. En av männen tvingade då flickan till samlag genom pressa sin kropp mot henne, hålla fast henne och sedan klä av henne. Hon bad honom att gå och försökte putta bort honom, något som inte gick då mannen var mycket starkare. Flickan var rädd och varken vågade eller kunde göra fortsatt motstånd eller skrika, hon skämdes samtidigt för att hon försatt sig i en sådan situation. Den tilltalade hävdade att flickan hade samtyckt till samlag och självmant klätt av sig sina kläder.

Efter detta körde männen till en närbelägen stad och hem till en av männens släktingar. Flickan kände sig utsatt, hjälplös och i behov av skydd, hon följde med männen in i huset eftersom hon trodde att mannen som inte förgripit sig på henne skulle kunna skydda henne. Denna man tvingade sedan flickan till att ha sex med honom i ett av husets rum, genom att pressa ner henne i en säng och klä av henne. Flickan hade inte styrka att göra motstånd och bad mannen att sluta. Mannen menade efteråt att samlaget hade skett med flickans fulla samtycke.⁴¹

⁴⁰ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 44-71.

⁴¹ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 1-43

I den efterföljande utredningen ansågs det inte bevisat att männen använt hot eller våld. Det gick heller inte att bevisa att flickan inte samtyckt till samlag och att männen förstått detta. Efter att ha uttömt alla inhemska rättsmedel väckte flickan väckte talan vid Europadomstolen och anförde att hennes rättigheter under artikel 3,8,13 och 14 hade blivit kränka samt att det bulgariska rättsystemet inte iakttog sin positiva skyldighet att garantera ett effektivt skydd mot våldtäkt och sexuella övergrepp.⁴²

4.1.2 Europadomstolens bedömning

Europadomstolen anförde att allt fler europeiska länder har börjat utgå ifrån frågan om offrets bristande samtycke, och i och med det övergett kraven på tvång eller fysiskt motstånd från offret. En alltför strikt attityd till åtal gällande sexuella övergrepp riskerar enligt domstolen att medföra att vissa straffbara beteende förblir ostraffade och att den sexuella integriteten inte ges ett effektivt skydd.⁴³ Det tillkommer varje konventionsstat en positiv skyldighet att bestraffa och effektivt lagföra alla sexuella handlingar som sker utan samtycke även i situationer där fysiskt motstånd från offrets sida saknas.

Europadomstolen framförde att:

“ In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalization and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim ”⁴⁴

Utan uttalande i skuldfrågan ansågs den bulgariska utredningen och lagföringen i fallet inte tillräcklig. De positiva skyldigheter som tillkommer den bulgariska staten gällande att upprätthålla och effektivt lagföra alla former av våldtäkt och sexuella övergrepp ansågs åsidosatta.⁴⁵ Brott mot flickans rättigheter enligt artikel 3 och 8 bedömdes föreligga.⁴⁶

4.2 Inför 2005 års reform

I SOU 2001:14 presenterade 1998 års sexualbrottskommitté den översyn av sexualbrottslagstiftningen som gjorts i syfte att ge ett ökat skydd åt den

⁴² Artikel 3 behandlar skyddet mot tortyr, Artikel 4 förbud mot slaveri och tvångsarbete, Artikel 13 rätt till ett effektivt rättsmedel och Artikel 14 förbud mot diskriminering, M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 44-71.

⁴³ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 155-166

⁴⁴ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 166

⁴⁵ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 185

⁴⁶ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 173, 185 och 187

sexuella integriteten.⁴⁷ Kommittén hade som en del av sitt uppdrag att analysera och redogöra för om samtycke skulle vara avgörande för straffansvar. Det som avsågs var en ren samtyckesbaserad reglering, där ansvar för våldtäkt baseras endast på förekomsten av samtycke.

Som argument för en förändring framfördes att skulle vara i enlighet med straffrättens utveckling, där det är själva kränkningen av den sexuella integriteten som står i fokus. Det ansågs även kunna medföra en förstärkning av offrets ställning och på så sätt även bidra till kvinnofriden då offren för sexuellt våld nästan uteslutande är kvinnor. Detta skulle enligt kommittén kunna bidra till ökad jämställdhet mellan kvinnor och män. Ytterligare argument för en ändring var att kravet på tvång redan är uttunnat och att frågan om offret har lämnat sitt samtycke skulle komma att bli central i processen.⁴⁸

Ett av de argument som ansågs tala emot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering var att det bedömdes finnas risk för en tillbakagång i utvecklingen gällande fokus på offret i utredningen. Om det är avgörande med samtycke måste brottsutredningen inriktas på offret. Frågor som hur kvinnan visade sitt ointresse, vilket förhållande parterna har haft, kvinnans berusning och uppträdande före det sexuella umgänget eller vad hon hade på sig skulle kunna komma att tillmätas betydelse i högre grad vid en reglering med bristande samtycke. Det ansågs inte heller att kvinnor i realiteten skulle få en starkare rättsställning av en förändring, att stark tilltro inte kunde fästas på lagens normerande verkan. Steget ansågs, enligt kommittén, inte vara långt till att diskutera att offret får skylla sig själv. Det skulle även innebära betydande tillämpningssvårigheter, problem med brottsbalkens systematik, definitionssvårigheter och ett avsteg från den gemensamma nordiska rättstraditionen.⁴⁹

Utredningen tar även upp det engelska exemplet som ett argument emot en samtyckesreglering. Det konstaterades att statistiken gällande polisanmälningar och åtal som avser misstanke om våldtäkt inte gav uttryck för ett mindre antal fall i England än i Sverige. Även om orsakerna till detta inte besvarades genom kommitténs studier kan enligt kommittén slutsatsen ändå dras, utifrån de engelska erfarenheterna, att fler våldtäktsmän inte kommer att dömas. Snarare ansågs det engelska exemplet ge stöd för de farhågor som uttryckts i utredningen angående en samtyckesreglerings negativa konsekvenser. Avslutningsvis konstaterades att målsäganden hamnat i centrum för brottsutredningen.

Efter en avvägning av för och nackdelar kom kommittén fram till att kravet på tvång bör behållas.⁵⁰

⁴⁷ SOU 2001:14 s 15ff

⁴⁸ SOU 2001:14 s 123ff

⁴⁹ SOU 2001:14 s 128ff

⁵⁰ SOU 2001:14 s 137f

4.2.1 Prop. 2004/05:45

Med anledning av Bulgariendomen blev frågan om samtycke ytterst aktuell under ärendets fortsatta beredning. Regeringen delade kommitténs bedömning att tvånget borde behållas i den svenska lagstiftningen. Detta gjorde även majoriteten av remissinstanserna, förutom Brottsoffermyndigheten som ansåg att en reglering baserad på offrets samtycke borde införas.

Den främsta anledning enligt Regeringen till att inte införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering var det förväntade fokus på offret som framförts av kommittén. Regeringen ansåg inte heller att utgången i Bulgariendomen innebar ett krav på varje medlemsstat att införa samtyckesbaserad våldtäktsreglering.⁵¹ Denna uppfattning delades inte till fullo av Lagrådet som ansåg att den frågan borde utredas ytterligare.⁵²

Brottsoffermyndigheten var som enda remissinstans positiv till införande av en samtyckesbaserad reglering. Myndigheten framförde att en samtyckesbaserad våldtäktsreglering var en naturlig följd om man ville markera vikten av sexuell självbestämmanderätt och integritet, och att en sådan reglering borde ses som ett steg framåt snarare än bakåt.

Kommitténs främsta argument mot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering var att ett ovälkommet fokus skulle kunna komma att riktas mot offret. Detta ansåg Brottsoffermyndigheten inte vara ett bärande argument. I sitt yttrande framförde myndigheten att offrets berättelse oavsett kriminaliseringens gränsdragning är centralt ur bevisningssynpunkt. Detta då det sällan finns andra direkta bevis i form av vittnen, utan utredningen vilar i bästa fall på ett antal stödbevis som rättsintyg, skadade kläder, personer som i efterhand fått förtroende eller gjort egna iakttagelser. Enligt myndigheten var det ologiskt att en samtyckesbaserad reglering skulle leda till ett ökat fokus på kvinnans beteende och klädsel. Sådana inslag ansågs enligt myndigheten förekomma även i dagens tvångsbaserade reglering och istället borde domstolen ta ansvar för att sådana ovidkommande eller kränkande frågor inte tillåts.

Ytterligare en av aspekterna som kritiserades i remissyttrandet var den historiska aspekten som kommittén framfört. Enligt utredningen har våld mot person historiskt sett bedömts som ett av de allvarligaste angreppen inom straffrätten.⁵³ Detta framfördes av kommittén som ett av argumenten för att själva våldet i våldtäkt utgör del av en central funktion i brottsbalkens systematik.⁵⁴ Brottsoffermyndigheten pekade på att den värderingen har sitt ursprung i en tid när endast män hade inflytande över lagstiftning och praxis. Argumentet kunde därför ifrågasättas ur ett jämställdhets och könsperspektiv, och hänsyn borde enligt myndigheten tas till senare

⁵¹ Prop. 2004/05:45 s 36f

⁵² Prop. 2004/05:45 s 38

⁵³ Brottsoffermyndighetens remissvar angående SOU 2001:14, s 10f

⁵⁴ SOU 2001:14 s 132

viktimologisk forskning angående vilka konsekvenser sexuella övergrepp har för brottsoffret.

Brottsoffermyndigheten ansåg att kommitténs jämförelse med ”det engelska exemplet” kunde jämföras med resultaten av en publicerad studie på området. Studien påvisade att oavsett om tvång eller samtycke varit avgörande för straffansvar påverkas domstolarna i hög grad av bekönade uppfattningar gällande sexualitet, tvång och subjektivitet vid sin tolkning av våldtäkt. Konsekvensen av detta var oavsett system en negativ fokusering på offret.⁵⁵

4.3 Diskussion i doktrin

Det råder delade meningar även inom doktrinen huruvida en samtyckesbaserad våldtäktsreglering bör införas i svensk lagstiftning. Debatten har pågått under en längre tid och har återigen aktualiserats sedan förslaget till en ny sexualbrottsreglering presenterades i SOU 2010:71. Motsättningarna handlar såväl om Bulgariendomens betydelse för svensk del, begreppsdefinitioner, hur långt en samtyckesreglering ska sträcka sig som om införande av samtyckesbaserad lagstiftning i sig.

4.3.1 Leijonhufvud

Professor emerita vid Stockholm universitet Madeleine Leijonhufvud har varit en aktiv förespråkare för en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. På uppdrag av Miljöpartiet genomförde Leijonhufvud 2008 en skuggutredning för att se över kravet på våld och hot i förhållande till en samtyckesbaserad reglering.

I utredningen presenterar Leijonhufvud ett förslag där bestämmelserna i 6 kap. 1-3 §§ brottsbalken ersätts av en bestämmelse som gör det straffbart att utföra en sexuell handling på eller utverka en sexuell handling från någon som inte frivilligt deltar.⁵⁶ Bestämmelsen har getts följande lydelse.

”Den som företar en sexuell handling mot eller utverkar en sådan handling av en person som inte frivilligt deltar däri döms för sexuellt utnyttjande till fängelse i högst fyra år

Är brottet grovt döms för grovt sexuellt utnyttjande till fängelse i lägst två och högst åtta år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska särskilt beaktas om handlingen varit av särskilt allvarlig art, om den riktats mot en person som befunnit sig i beroendeställning till gärningsmannen, varit ur stånd att värja sig eller annars befunnit sig i en särskilt utsatt situation, om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet

⁵⁵ Brottsoffermyndighetens remissvar angående SOU 2001:14, s 10f

⁵⁶ Leijonhufvud, 2008, *Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten*, s 9ff

eller om gärningen lett till graviditet eller överföring av allvarlig smitta eller sjukdom.

| Om ansvar ådöms också för brott enligt 3 eller 4 kap. som medel för eller effekt av *sexuellt utnyttjande* ska den samlade brottsligheten betecknas *våldtäkt*.⁵⁷

Avgörande för om ett sexualbrott har begåtts eller inte ska enligt Leijonhufvud vara om personen frivilligt har deltagit. Fall där offret själv utfört den sexuella handlingen omfattas genom formulering *utverkats av*. Bestämmelsen innehåller inget krav på våld, hot eller hjälplöst tillstånd utan utpräthåller sig enbart kring frivilligheten.

Brottet betecknas enligt Leijonhufvud som *sexuellt utnyttjande*.⁵⁸ Om våld eller hot har förekommit ska domstolen även döma för de våldsbrott som kan aktualiseras i enlighet med regler för brottskonkurrens.⁵⁹

Leijonhufvud framför i sin utredning att en förändring måste ske för att uppfylla krav enligt Bulgariendomen och andra internationella åtaganden, något som inte nuvarande lagstiftning tillgodoser. En samtyckesbaserad reglering enligt den som föreslås i utredningen anför Leijonhufvud innebära att lagen även anpassas till uppfattningen att frivilligheten är ett nödvändigt och central element för att sexuella handlingar ska anses tillåtna. Detta leder även till en viktig normbildning och till att fokus vid lagföring skiftas ifrån målsägandes agerande den tilltalades agerande i gärningsögonblicket. Det blir nödvändigt att klarlägga hur och vad den tilltalade gjorde för att försäkra sig om att samtycke förelåg för den sexuella handlingen.⁶⁰

Utformningen av Leijonhufvuds förslag innehåller inte uttrycket *bristande samtycke*, istället formuleras brottsrekvisitet som *bristande frivilligt deltagande*. Detta för att dels markera straffansvaret till gärningsögonblicket, dels för att markera att sex normalt sett är ett handlande i vilket två parter är delaktiga, inte en person som har sex med en annans kropp. Genom detta hoppas Leijonhufvud att fokus hamnar på viljeinriktningen snarare än om hur samtycket ska utkrävas.⁶¹

Leijonhufvud menar att en förändring likt den föreslagna gör att sexualbrottet renodlas till angrepp på den sexuella integriteten och på så sätt kan medverka till en förstärkt normbildning. Oron över ökade förväntningar på fällande domar eller måltillströmning till domstolarna kan inte rimligen få hindra en reformering av skyddet för den sexuella integriteten.⁶² Dagens lagstiftning förstärker snarare könsstereotypa uppfattningar kring män och kvinnor. Den skuldbelägger kvinnor och omyndigförklarar män på ett sätt

⁵⁷ Leijonhufvud, 2008, s 15

⁵⁸ Leijonhufvud, 2008, s 9ff

⁵⁹ Se kapitel 3 ovan och prop. 2004/05:45, s 43ff

⁶⁰ Leijonhufvud, 2008, s 11ff

⁶¹ Leijonhufvud, 2008, s 87

⁶² Leijonhufvud, 2008, s 11ff

som inte är förenligt med 2000-talets syn på sexualitet.⁶³ En förändring skulle förtydliga vad som är skyddsvärt, något som inte är tydligt i dagens reglering. Det är av vikt att betona att integritetsskadan har skett även om inga fysiska skador uppkommit. Därför bör förekomsten av våld, hot eller tvång dömas enligt de därför avsedda lagrummen istället för som ett sammansatt brott.⁶⁴

Leijonhufvud har välkomnat utredningens förslag i SOU 2010:71 och även riktat brännande kritik mot vissa av de remissyttranden som inkommit.

4.3.2 Asp

Petter Asp är professor i straffrätt vid Stockholms universitet. Som ett resultat av forskningsprojektet ”Sexualbrotten i dogmatik, debatt och feministisk teori” publicerades boken ”Sex och samtycke” 2010. Boken är en analys av samtyckesbegreppet och dess relation till tvång och utnyttjande.⁶⁵

Asp menar att frågan bör flyttas från hur lagstiftningen ska och bör utformas till vad som ska godtas som ett giltigt eller rättsligt relevant samtycke.⁶⁶

Den kritik som riktats mot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering anser Asp inte är tillräcklig för att frånga definitionen av ett sexuellt övergrepp som sex med någon som inte samtycker.⁶⁷ Asp menar att samtycket bör ges grundläggande betydelse eftersom skyddsintresset bakom sexuella övergrepp i första hand bör anses vara den sexuella självbestämmanderätten.

Enligt Asp är samtyckesbegreppet ett normativt men innehållslöst begrepp. Det är därför nödvändigt att definiera vad som bör godtas som ett särskiljande samtycke eftersom begreppet i sig inte klargör vad som är eller inte är tillåtet. Detta framförallt i ljuset av den engelska lagstiftningen. Att en samtyckesbaserad våldtäktsreglering skulle vara vidare av sin natur håller inte Asp med om, han anser att själva extensionen är en fråga om regleringens innehåll snarare än form.⁶⁸

Bulgariendomen kan inte rimligtvis anses vara ett krav på en ren samtyckesbaserad reglering enligt Asp. Han delar utredarnas uppfattning i SOU 2010:71 att domen i sin helhet betonar på rättstillämpningen i en stat som det essentiella även om enskilda delar av utlåtandet kan tyda på att en samtyckesbaserad reglering bör införas.⁶⁹

⁶³ Leijonhufvud, 2008, s 62ff

⁶⁴ Leijonhufvud, 2008, s 77ff

⁶⁵ Asp, 2010, *Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande*, publicerad på Info Torg Juridik 8 november 2010, hämtad den 23 oktober 2011 (Härefter Asp, *Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande*)

⁶⁶ Asp, 2010, *Sex och samtycke*, s 206ff

⁶⁷ Asp, 2010, *Sex och samtycke*, s 195ff

⁶⁸ Asp, 2010, *Sex och samtycke*, s 205ff

⁶⁹ Asp, 2010, *Sex och samtycke* s. 215ff, Asp, 2010, *Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande*

Asp anser att utredningens förslag utgör en smart lösning som på ett genomtänkt sätt balanserar mellan intresset av att vara precis och att ha en reglering som täcker fall som av normativa skäl och med hänsyn till internationella förpliktelser bör vara kriminaliserade. Han välkomnar att ett tydligt avgränsande har skett och anför att förändringens utformning gör att förslaget i mycket begränsad omfattning träffas av de invändningar som normalt anförs mot en samtyckesbaserad reglering.⁷⁰

4.3.3 Diesen

Professor i processrätt vid Stockholms universitet Christian Diesen menar att den nuvarande svenska synen på våldtäktsbrottet är medeltida och att det är obegripligt ur ett komparativt perspektiv. Även om Sverige sedan länge hävdar att självbestämmanderätten är central, att ett nej alltid är ett nej motverkas detta av lagens utformning. Utan våld ingen våldtäkt.⁷¹

Utgångspunkten borde enligt Diesen vara att det krävs ett ja istället för som i dagens Sverige där det krävs ett nej. Detta för att ge en bättre bild av våldtäktsbrottet och för att förbättra utredning och lagföring. Detta är inte att förväxla med en önskan om att fler personer ska fällas, något som en jämförelse med England, där färre brott lagförs, visar. Jämförelsen med England har enligt Diesen vissa tydliga brister och kan därför inte användas för att på förhand döma ut en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning i Sverige.

Det viktigaste skälet enligt Diesen till att samtyckesbaserad reglering bör införas i Sverige är att det skulle främja jämställdhet mellan könen såväl som kvinnans rätt till sexuellt självbestämmande. Lagen skulle ge en viktig signal till alla män om att alltid försäkra sig om att det föreligger ett samtycke till sexuella handlingar. Här kommenterar Diesen att denna signal uppenbarligen inte har gått fram till brittiska män trots att landet sedan lång tid haft en samtyckesbaserad reglering. Detta menar Diesen även påverkas av det engelska samhällets och det dömande engelska väsendets konservativa inställning och natur. Ett svenskt exempel på att lagstiftning kan ha en positiv normerande effekt på attityder är exempelvis lagstiftning kring barnaga och sexköp. Dessa lagar har haft en inverkan på folks attityder och minskat den faktiska förekomsten av dessa företeelser.

Samtyckesregleringen är av stor vikt gällande skyddet för unga flickor. En våldtäktsreglering baserad på vålds och tvångsrekvisit menar Diesen inte ger unga flickor en chans i världen att få rättvisa och upprättelse. Det sänder signalen att de får skylla sig själva som tog risken att vara ensamma med en man. Med en samtyckesbaserad reglering finns åtminstone en teoretisk möjlighet att lagföra män som utnyttjat på detta sätt. Mannen måste i sådana

⁷⁰ Asp, 2010, *Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande*

⁷¹ Diesen, 2007, *Tagande med våld*, ur Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, 2007, s 57f

fall försäkra ett samtycke. Även om det enligt Diesen krävs mer än en lagändring för att komma åt ”tjatsex” ger det åtminstone en tydlig juridisk och moralisk rätt till det egna självbestämmandet.⁷²

Diesen menar att om antalet våldtäkter ska minska krävs förändrade attityder men också en ändrad lagstiftning. En progressiv lag kan i kombination med utbildning och information successivt leda till förändrade attityder. Även om en samtyckesbaserad våldtäktsreglering inte leder till total jämställdhet mellan könen är den nödvändig för att bryta med den historiska grunden för våldtäktsbrottet, närmare bestämt våldsrekvisitet. Diesen anför att våld företrädesvis brukar bevisas genom skada. Om ingen skada finns blir utgångspunkten i utredningen misstroende och den kvinna som inte kan visa skador blir i praktiken rättslös.⁷³

4.3.4 Wersäll och Rapp

Riksåklagare Fredrik Wersäll och kammaråklagare vid utvecklingscentrum i Göteborg Kajsa Rapp har också gett sig in i debatten angående våldtäktsbrottets konstruktion.

Som utgångspunkt menar Wersäll och Rapp att den sexuella självbestämmanderätten är självklar. Alla har rätt till sin sexuella integritet och sexuella handlingar som inte är frivilliga ska av princip vara straffbara.⁷⁴

Trots att det har bedrivits ett omfattande utredningsarbete inom området kan det konstateras att skyddet för den sexuella självbestämmanderätten inte är heltäckande. En av luckorna kan anses utgöra fall där en sexuell handling utförts mot någons vilja men där inget våld, hot eller tvång förekommit. En annan lucka är situationer där någon utnyttjar en annan persons utsatta situation men att det inte är fråga om ett hjälplöst tillstånd eller annat som skyddas i sexualbrottskapitlet. En samtyckesreglering skulle enligt Wersäll och Rapp täcka flertalet av de förstnämnda fallen och eventuellt flertalet om än inte alla de senare situationerna. Det skulle även vara lagteknisk relativt okomplicerat att åstadkomma en samtyckesbaserad reglering.

Wersäll och Rapp anför att det inte finns anledning att tro att Europadomstolen vid en prövning skulle finna annat än att den svenska rätten lever upp till konventionens krav inom sexualbrottsområdet.

Domstolens avgörande måste läsas i sitt sammanhang.

En samtyckesbaserad våldtäktsreglering ligger i enlighet med utgångspunkten om det sexuella självbestämmandet som av central betydelse. Det kan, enligt Wersäll och Rapp finnas ett viktigt principiellt

⁷² Diesen, 2007, s 63ff

⁷³ Diesen, 2007, s 70ff

⁷⁴ Wersäll och Rapp, 2007, *Utan samtycke – om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt*, ur Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, 2007, s 429

värde i att tydligare slå fast att principen om samtycke är den som ska ligga till grund för lagstiftning inom sexualbrottens område.⁷⁵ Angående det huvudsakliga skäl som framfördes av regeringen inför 2005 års reform om en ökad fokusering på brottsoffret så anser Wersäll och Rapp att detta starkt kan ifrågasättas.⁷⁶ En större fokusering på offret än i dagens rättstillämpning menar de knappast är möjlig.

Wersäll och Rapp anför att det är av vikt att försiktighet iakttas gällande hur själva samtycket ska uttryckas för att undvika moraliserande resonemang som inte hör hemma i en straffrättslig bedömning. De anför att en samtyckesbaserad reglering endast skenbart skulle ge ett större straffrättsligt skydd än dagens lagstiftning, och att den låga andel brott som leder till åtal skulle sjunka ytterligare. Kravet på tvång är redan så uttunnat att det kan ifrågasättas huruvida ett slopat krav på tvång skulle medföra någon praktisk skillnad.

Wersäll och Rapp menar att det är en balansgång mellan vad som är teoretiskt önskvärt och praktiskt genomförbart. De har svårt att se hur en uttrycklig samtyckesbaserad reglering som grund för våldtäkt sammantaget skulle vara positiv för brottsoffren eller för förtroendet för rättsväsendet.⁷⁷

⁷⁵ Wersäll och Rapp, 2007, s 436ff

⁷⁶ Prop. 2004/05:45 s 38

⁷⁷ Wersäll och Rapp, 2007, s 438ff

5 En förändring av den svenska sexualbrottslagstiftningen?

Trots att omfattande förändring genomfördes 2005 så kom redan 2008 ett direktiv om att utvärdering och utredning skulle ske på nytt gällande bland annat frågan om samtycke.⁷⁸ Bakgrunden till detta var framförallt Bulgariendomen. I utredningen behandlas argument för och emot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering och jämförelse görs återigen med den engelska rätten. Utifrån detta har sedan ett förslag till en förändring av den svenska sexualbrottslagstiftningen presenterats.

5.1 Bakgrund

Utredningen, som fick namnet 2008 års sexualbrottsutredning, hade som främsta ändamål att utreda om det nuvarande kravet på tvång bör ersättas med en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. I utredningens uppdrag ingick även att ta ställning till hur en sådan bestämmelse i sådana fall skulle utformas.

Materialet presenterades i betänkandet *Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag* (SOU 2010:71) i oktober 2010.⁷⁹

Vid en granskning av 2005 års reform kunde utredarna påvisa vissa brister gällande nuvarande reglering och tillämpning rörande våldtäktsbrottet. Detta lyfts fram som en av anledningarna till att diskussionen om en samtyckesbaserad våldtäktsreglering aktualiserats på nytt. Det konstateras att situationer då en sexuell handling genomförts mot målsägandes vilja men utan tvång och utnyttjande faller utanför regleringen för allvarigare sexualbrott. Fall där offret möter övergreppet med total passivitet kan därför inte lagföras som annat än sexuellt ofredande.⁸⁰ Med utgångspunkt i Bulgariendomen ifrågasätter även utredningen om Sverige i och med nuvarande lagstiftning och aktuell praxis har ett tillräckligt skydd för att bestraffa handlingar som skett utan samtycke.⁸¹

⁷⁸ Dir. 2008:94

⁷⁹ SOU 2010:71 s 2, s 15

⁸⁰ SOU 2010:71 s 16

⁸¹ SOU 2010:71 s 17

5.2 Argument för och emot en samtyckesbaserad reglering

I utredningen presenteras argument för och emot en samtyckesbaserad reglering. Viss utgångspunkt finns i de avväganden som gjordes av 1998 års sexualbrottskommitté och som bedömde för- och nackdelar med en ren samtyckesbaserad reglering.

5.2.1 Argument för en samtyckesbaserad reglering

Inledningsvis anförs att med en reglering som baseras på frågan om samtycke flyttas utgångspunkten till den bristande frivilligheten vilket utökar skyddet för den sexuella självbestämmanderätten. Detta leder till att presumptionen om offrets tillgänglighet ändras och den kroppsliga och sexuella integriteten förstärks, vilket kan sägas vara en naturlig utveckling av den straffrättsliga synen på sexualbrott.⁸² Kritik har riktats mot nuvarande reglering för att den konstruerar synen på kvinnan som tillgänglig så länge inte motstånd görs. Följden av en ändring leder till att en person och dess kropp inte ses som tillgänglig innan tydligt samtycke har förmedlats. Detta anses även vara i enlighet med studerade passiva reaktioner hos personer som utsatts för sexuella övergrepp.

En samtyckesbaserad våldtäktsreglering anses för det andra kunna fylla luckor i den nuvarande lagstiftningen, och på så sätt kunna täcka de straffvärda beteenden som inte täcks av dagens tvångsbaserade kriminalisering. Det hade även säkrat uppfyllelse av de förpliktelser som fastställts enligt Bulgariendomen.⁸³

Vidare anses samtyckesbaserad våldtäktsreglering kunna ha en positiv normerande verkan. Statistiken visar att flertalet våldtäkter sker i någons hem, att det är vanligt att offer och förövare känner varandra och att alkohol ofta är inblandat. Det är även vanligt att offret saknar synliga skador från övergreppet. Att införa samtyckesbaserad våldtäktsreglering kan enligt utredningen, i kombination med utbildning och upplysning, tänkas förmedla ett budskap från samhället om att sex med en person som inte samtyckt till det inte accepteras. Det kan ge signaler om att offrets beteende före och efter övergreppet inte är det som är avgörande för om det har varit ett övergrepp eller inte. Vidare kan det även tänkas innebära ett stöd för en person som utsatts för övertalningsförsök eller påtryckningar.⁸⁴

⁸² Ulrika Andersson har tidigare behandlat synen på offrets tillgänglighet i *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004

⁸³ SOU 2010:71 s 207

⁸⁴ SOU 2010:71 s 208, Josefine Grände, 2005, ” *Jag kallade det aldrig för våldtäkt*”: att möta våldtagna kvinnor

Den teoretiska utgångspunkten i en brottsutredning om avancerade sexuella övergrepp kommer, om samtyckesbaserad våldtäktsreglering införs, att bli den tilltalades agerande i själva gärningsögonblicket och om och hur denna person tillförsäkrade sig att samtycke förelåg. Detta leder till att fokus, i högre grad än tidigare i alla fall teoretiskt, kommer att riktas mot den tilltalade.⁸⁵

Enligt teorier om terapeutisk juridik, som i svensk doktrin bland annat studerats av Christian Diesen, har lagstiftning vissa terapeutiska följder för offer respektive förövare. Diesen menar att en samtyckesbaserad våldtäktsreglering skulle innebära att målsägandes upplevelse av integritetskränkningen blir utgångspunkten. Ifrågasättandet av offrets berättelse blir mindre, även i fall där våldtäkten inte går att lagföra. Detta menar Diesen är av stor betydelse för offrets rehabilitering och självaktning. Det viktigaste är att bli trodd. Liknande rehabiliterande effekter finns även ur ett förövarperspektiv, vilket är ännu ett betydande argument för en samtyckesbaserad våldtäktsreglering.⁸⁶

5.2.2 Argument mot en samtyckesbaserad reglering

Ett tungt skäl mot samtyckesbaserad våldtäktsreglering är enligt utredningen att den kan antas medföra ett ökat fokus på brottsoffret i den praktiska processen. Enligt utredarna pekar erfarenheter från England på att offrets beteende har blivit centralt i processen och att en hotfull situation eller fråga om tvång kan komma i bakgrunden om samtycke lyfts fram som det primära. Hur offret har agerat kan därför på ett oproportionerligt sätt hamna i fokus, även i situationer där frågan om samtycke saknar större betydelse. Dock konstateras att offrets agerande och berättelse redan idag spelar en stor roll, samt att detta i många fall är oundvikligt. Frågan om samtycke aktualiseras även idag i många mål, även om ett explicit samtyckesrekvisit saknas.⁸⁷

Ytterligare en nackdel med en samtyckesbaserad våldtäktsreglering är själva begreppsdefinitionen i sig. Begreppet samtycke har i sig inget innehåll och är beroende av filosofiska och etiska värderingar.⁸⁸ Det kan speciellt vara svårt att definiera fri vilja eller frivillighet angående ställningstagande till sex. Ur denna synvinkel kan en ren samtyckesbaserad våldtäktsreglering riskera att bli allt för generell. För att kunna införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering behöver själva begreppet i sig definieras tydligt. Definitionen behöver även kunna användas för att bedöma samtyckets

⁸⁵ SOU 2010:71 s 209

⁸⁶ Utredningen behandlar inte mer ingående vilka de positiva effekterna är ur ett förövarperspektiv. SOU 2010:71 s 210, Diesen, *Sex Crime Legislation Proactive and Anti Therapeutic Effects*

⁸⁷ SOU 2010:71 s 212

⁸⁸ Se även Asp, 2010, *Sex & samtycke*

giltighet, så att en säker och förutsägbar tillämpning av regleringen kan garanteras.⁸⁹

Frågan om hur ett giltigt samtycke kommer till uttryck har i detta sammanhang inget givet svar vilket även talar emot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering. Detta kan leda till att domstolarna skönmässigt måste värdera de inbladades agerande samt omständigheterna i övrigt för att kunna utreda om samtycke har förelegat. Avgörande i frågan är om samtycke ska ses som en gärning eller inställning. Formkrav anses enligt utredningen inte lämpligt, dels med beaktande av vad som generellt gäller i straffrätten angående samtycke som ansvarsfrihetsgrund⁹⁰ dels med beaktande av sakens natur.

Ett formellt ställningstagande som behöver göras är om inre eller så kallade tysta samtycken ska accepteras. Konsekvensen kan bli att kriminaliseringens räckvidd blir alltför vid, och att alla straffbara gärningar som täcks av bestämmelsen därför inte kommer gå att lagföra.⁹¹ Med en bred definition av våldtäkt förväntas fler anmälningar. En del av dessa förväntas aktualisera bedömningar i gränslandet mellan vad som är juridiskt och moraliskt tåligt och föranleda svårigheter i bevisavseende. Eftersom samtyckesbaserad våldtäktsreglering även förväntas ha en normativ verkan kan det skapas orimliga förväntningar på fler fällande domar. Vid en ren samtyckesbaserad våldtäktsreglering är risken för detta enligt utredningen beaktansvärd.⁹²

Kärnfrågan vid en samtyckesbaserad våldtäktsreglering kommer att bli huruvida målsägande samtyckte eller inte. Det finns en fara för att bedömningar av vad som är normalt beteende, normal sexualitet och vad som normalt går att samtycka till kommer att ske. Frågan om samtycke kommer att bli central i samtliga fall och risken är att detta kommer leda till en ökad sexualmoralism vilket ses som ytterligare en nackdel med en samtyckesbaserad våldtäktsreglering.⁹³

5.3 Föreslagna förändringar och yttranden angående dessa

Utredningen kommer, efter övervägande av ovanstående för- och nackdelar, fram till slutsatsen att den svenska regleringen behöver förändras för att Sveriges åtaganden enligt bland annat Bulgariendomen säkert ska anses uppfyllda. Det anses även nödvändigt för att åtgärda de brister som finns i den nuvarande regleringen och som ett naturligt steg i utvecklingen av den svenska sexualbrottslagstiftningen.⁹⁴

⁸⁹ SOU 2010:71 s 212,

⁹⁰ 24 kap 7§ BrB

⁹¹ SOU 2010:71 s 216

⁹² SOU 2010:71 s 216f

⁹³ SOU 2010:71 s 217

⁹⁴ SOU 2010:71 s 18

Kontentan av förslaget är att en samtyckebaserad reglering bör införas som ett komplement till nuvarande våldtäktsreglering om hot och utnyttjande och inte i form av en ren samtyckesbaserad våldtäktsreglering.⁹⁵ Detta leder till att lagstiftningen snarare omstruktureras än förändras i sin helhet, vilket innebär att bestämmelsen enligt utredarna är i enlighet med såväl nordisk rättstradition som mest lämpligt utifrån lagtekniska skäl.

Förutom en viss utvidgning av 6 kap 1 § BrB föreslås införandet av en ny och helt samtyckesbaserad bestämmelse, *sexuellt övergrepp*, att ersätta kapitlets 3 §. Denna bestämmelse ska tillämpas subsidiärt i förhållande till våldtäkt och sexuellt tvång, och har som syfte att säkra att sexuella handlingar som genomförs utan samtycke kan bestraffas på ett lämpligt sätt.⁹⁶

Paragrafen föreslås få följande lydelse:

”3§ Den som i annat fall än som avses i 1 och 2 §§ genomför en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse, döms för sexuellt övergrepp till fängelse i högst fyra år. ”

Detta innebär därför att samtycke inte inkluderas i själva våldtäktsparagrafen utan att den som genomför en sexuell handling med en person som inte samtycker till detta, och vars agerande inte ryms inom ramarna för 1 och 2 §§ gör sig skyldig till det specifika brottet *sexuellt övergrepp*.⁹⁷

Utredningens förslag gick därefter ut på remiss till 64 instanser varav 51 hade avgivit svar vid remisstidens utgång i mars 2011.

5.3.1 Advokatssamfundets remissyttrande

Advokatsamfundet har genom sitt remissvar avstyrkt utredningens förslag om införandet av ett samtyckesbaserat brott. Samfundet anser, precis som vid yttrande över nuvarande sexualbrottsreglering, fortfarande att tungt vägande skäl talar emot en samtyckesbaserad reglering. I utredningen anfördes att bestämmelsen torde få ett begränsat praktiskt tillämpningsområde och samfundet anser att förslaget kan ifrågasättas redan på den grunden.

Enligt Advokatsamfundet kan förslaget riskera att urholka bevisbördans placering. Det kan leda till uppfattningen om att den misstänkte har att bevisa att samtycke förelåg. Vidare anses det även medföra ett orimligt

⁹⁵ SOU 2010:71 s 206, Med ren samtyckesbaserad våldtäktsreglering avses enligt utredningen en reglering som helt ersätter dagens tvångsbaserad våldtäktsreglering.

⁹⁶ SOU 2010:71 s 18

⁹⁷ SOU 2010:71 s 35

krav på målsägande att på ett tydligt sätt kunna redogöra för avsaknaden av samtycke.

En annan problematisk aspekt enligt samfundet är bevissvårigheter kring om samtycke har lämnats eller inte. Med beaktande av dessa betydande svårigheter anses samtycke inte som lämplig utgångspunkt för att avgöra vart gränsen går mellan straffbart och icke straffbart. Det finns en även stor risk för ett ökat integritetsintrång för båda parter. Eftersom det kommer krävas utredning huruvida ett samtycke förelåg eller inte finns det risk att frågor till framförallt målsägande men även den tilltalade kommer bli mer ingående än i dagsläget och att detaljredogörelse för den sexuella handlingen kan komma att krävas.⁹⁸

5.3.2 Domstolsverkets remissyttrande

Domstolsverket har i sitt yttrande över förslaget anfört att gällande en ren samtyckesbaserad reglering överväger nackdelarna fördelarna. Ett tungt vägande skäl är det ökade fokus på målsägande som förväntas följa av en ren samtyckesbaserad reglering, något som enligt verket är en olycklig utveckling.

Gällande brottet sexuellt övergrepp anser Domstolsverket att det finns anledning att pröva om de gärningar som avses träffas av regleringen, inte redan nu är straffbara genom befintliga bestämmelser. Domstolsverket anser att det bör prövas om inte Sverige redan i dagsläget, genom nuvarande lagstiftning och rättstillämpning, uppfyller sina internationella åtaganden. Vidare anser domstolsverket att risken för ett ökat fokus på målsägande i processen bör framhållas. Även om det redan idag kan sägas vara ett stort fokus på målsägande menar verket att det är olyckligt att än mer förstärka en sådan utveckling. Det finns även en risk för ökade förväntningar från offrens sida vad det gäller fällande domar, denna risk gäller så väl vid en ren samtyckesreglering som vid en subsidiär bestämmelse.⁹⁹

5.3.3 Brottsoffermyndighetens remissyttrande

Brottsoffermyndigheten tydliggör i sitt yttrande över förslaget att det är av vikt att betona att endast ömsesidiga frivilliga handlingar ska vara tillåtna. Detta för att värna om den sexuella integriteten och personliga självbestämmandet, och för att lagstiftningen ska gå i linje med samhällets övriga strävan mot jämlikhet och tolerans.

Vidare framför myndigheten att det ofta är svårt för brottsoffer att berätta om den kränkning de utsatts för, likaså är det en utmaning för rättsväsendets företrädare att kunna hantera och värdera dessa berättelser och beteenden. Det är av vikt för de som upplever sig ha blivit utsatt för ett sexuellt

⁹⁸ Advokatsamfundets remissyttrande (R-2010/1729) över SOU 2010:71, 2011-03-01

⁹⁹ Domstolsverkets remissyttrande (D-nr 2176-2010) över SOU 2010:71, 2011-02-28

övergrepp att bli tagen på allvar, bemött på ett korrekt sätt och få utrymme i processen. Endast om rättsväsendet kan förmedla att det har gjort allt det kan göra skapas förutsättningar där offret kan acceptera situationen och gå vidare i livet trots att förövaren eventuellt inte kunnat lagföras. Oavsett lagstiftningens utformning bör utbildningsinsatser ske inom rättsväsendets olika delar gällande offrets reaktioner, ungas sexualitet och andra bemötandefrågor.

Brottsoffermyndigheten delar utredningens uppfattning att samtyckets betydelse bör framgå direkt av lagtexten. Dock anser myndigheten att bristande samtycke ska vara det enda och grundläggande brottsrequisitet, det vill säga att en ren samtyckesbaserad reglering bör införas istället för den subsidiära bestämmelse som föreslås. Fördelarna med detta överväger klart nackdelarna.

Angående utredningens främsta argument att en samtyckesbaserad reglering kommer innebära ett ökat fokus på målsägande i processen anser Brottsoffermyndigheten att oavsett hur lagen formuleras är offrets berättelse den centrala bevisningen. En ren samtyckesbaserad bestämmelse kommer dock även att rikta fokus i högre utsträckning på den tilltalades agerande. En sådan bestämmelse kan utgöra ett betydande stöd för den som vill avvisa ovälkomna sexuella handlingar genom att markera att samhället inte accepterar sex utan samtycke. Detta kan få stor betydelse framförallt för ungdomar och på så sätt ges en ren samtyckesbaserad reglering en normerande verkan.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Brottsoffermyndighetens remissyttrande (D-nr 11581/2010) över SOU 2010:71, 2011-02-28

6 Våldtäktsbestämmelsen i engelsk rätt

Det engelska rättssystemet är ett *common law* system där lag även kan uppkomma genom domstolsavgörande. Därför är prejudikat av största betydelse.¹⁰¹

Våldtäktsbestämmelsen återfinns i Sexual Offences Act 2003 och dess första sektion.

”(1) *A person (A) commits an offence if -*
(a) *he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,*
(b) *B does not consent to the penetration, and*
(c) *A does not reasonably believe that B consents.*

(2) *Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.*”¹⁰²

2003 genomfördes omfattande förändringar i den engelska sexualbrottslagstiftningen. Tidigare lagstiftning var brokig och föråldrad, och kritiserades för att vara både diskriminerande och moraliserande.¹⁰³ Den ansågs även ur vissa aspekter vara oförenlig med Europakonventionen.¹⁰⁴ Genom 2003 års förändringar förtydligades regleringen av våldtäkt och en mängd nya brott introducerades. Samtycke som grund för straffansvar har dock sedan länge funnits i den engelska rätten genom *common law*.¹⁰⁵

I begreppet våldtäkt ingår avsiktlig penetration av både vagina, anus eller mun med penis. Penetration av andra objekt än penis ingår istället i lagens sektion 2 angående övergrepp genom penetration. Våldtäkt definieras genom själva penetrationen snarare än det sexuella umgänget som helhet.¹⁰⁶ Detta kan jämföras med den svenska våldtäktsbestämmelsen där samlag

¹⁰¹ Termen *common law* användes historiskt sett för att särskilja på lag som stiftats av the Royal Courts i London, kyrkans lag och lokal sedvänja. Även om det idag är ovanligare att domstolarna skapar en ny juridisk princip eller lag finns det en ansevärd mängd författningar och juridiska principer som existerar utan stadgad definition. Ett exempel på detta är lagstiftningen kring mord. Själva definitionen av mord är inte reglerad genom lag stiftad av parlamentet, även om straffet för mord är det. Definitionen har utvecklats genom *common law* och myntades på 1700-talet. Se Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965 (1965 c.71) och Gillespie, 2007, *The English Legal System*, s 12f

¹⁰² Sexual Offences Act 2003 (2003 c. 42)

¹⁰³ Ormerod, 2006, *Smith & Hogan Criminal Law*, s 719

¹⁰⁴ A.D.T v UK (2001) 31 E.H.R.R. 803

¹⁰⁵ SOU 2010:71 s143

¹⁰⁶ Ormerod, 2006, s 720ff

endast omfattar vaginalt samlag, det vill säga penetration av vagina med penis.¹⁰⁷

I sektion 74 presenteras en definition av samtycke.

”For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice”¹⁰⁸

Bestämmelsen har som syfte att tydligt signalera att samtycke inte föreligger bara för att den målsägande inte protesterar eller gör motstånd på annat sätt. Utgångspunkten är tanken om *free agreement*.¹⁰⁹

Samtycket delas upp i en objektiv del, *actus reus* och en subjektiv del, *mens rea*. I den objektiva delen måste det visas att målsägande inte samtyckte till penetrationen. I den subjektiva delen krävs det att den tilltalade inte rimligtvis kunde anta att målsägande samtyckte. Båda delarna måste besvaras oberoende av varandra.¹¹⁰

6.1 Samtyckespresumtioner

Det finns tre olika sätt att påvisa att samtycke inte föreligger. Dessa sätt framgår av lagens sektion 75 och 76.¹¹¹ I sektion 76 anges de obestridliga presumtionerna, *conclusive (irrebuttable) presumptions*. I dessa situationer presumeras det obestridligt att samtycke inte förelåg till handlingen och att förövaren inte trodde att samtycke förelåg.

”If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed -

*(a) that the complainant did not consent to the relevant act, and
(b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.”¹¹²*

Omständigheter som aktualiserar denna obrytbara presumtion är dels om den tilltalade avsiktligt vilseledde målsäganden angående karaktären eller syftet med den relevanta handlingen. Ytterligare en sådan omständighet är om den tilltalade avsiktligt förmått målsäganden att samtycka till handlingen genom att utge sig för att vara en person som målsäganden känner.

”The circumstances are that -

¹⁰⁷ Se även ovanstående kapitel 3 om våldtäktsbestämmelsen i svensk rätt.

Prop. 2004/05:45 s 135ff, Holmqvist, m.fl., Brottsbalken En kommentar, Del 1 (1- 12 kap.) 6 kap., 6:1ff

¹⁰⁸ Sexual Offences Act 2003 s 74

¹⁰⁹ Ormerod, 2006, s 728, jfr NJA 1988 s 40

¹¹⁰ Herring, 2008, *Criminal Law*, s 414

¹¹¹ Ormerod, 2006 s 728

¹¹² Sexual Offences Act 2003 s 76.1

(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;
(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.”¹¹³

Sektion 75 reglerar de presumtioner som kan motbevisas, *evidential presumptions*. Om handling som omfattas av sektion 75 har utförts och omständigheter som anförts i sektionens andra del föreligger, presumeras att målsäganden inte har samtyckt och att den tilltalade inte har anledning att anta att målsäganden samtyckte. Presumtionen kan brytas om tillräckliga bevis presenterats för att frågan ska aktualiseras.

”If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved -
(a) that the defendant did the relevant act,
(b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and
(c) that the defendant knew that those circumstances existed,

The complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.”¹¹⁴

Omständigheter som aktualiserar presumtionen är dels fall där en person, vid tidpunkt som är relevant för övergreppet eller precis före, använder våld mot målsäganden eller får målsäganden att frukta att omedelbart våld kan användas mot honom eller henne. Det omfattas även när en person använder våld eller får målsäganden att frukta att omedelbart våld kan användas mot en annan person. Ytterligare situationer som omfattas är om målsäganden är olagligt fängslad på något sätt, om målsäganden sover eller på annat sätt inte är vid medvetande, eller om målsäganden på grund av handikapp inte kan förmedla samtycke. Om målsäganden har fått i sig substans som har bedövande eller bemästrande effekt utan eget godkännande genom eller av den tilltalade är presumtionen också tillämplig.

”The circumstances are that -
(a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;
(b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;
(c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

¹¹³ Sexual Offences Act 2003 s 76.2

¹¹⁴ Sexual Offences Act 2003 s 75.1

(d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;

(e) because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;

(f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

(3) In subsection (2)(a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began. ”¹¹⁵

När presumptionerna i sektion 75 och 76 är tillämpliga är både *mens rea* och *actus reus*, det subjektiva och objektiva rekvisitet uppfyllda.¹¹⁶

6.2 Brottsmålsprocessen i våldtäktsfall

Brottsmålsprocessen regleras delvis i The Criminal Procedure and Investigations Act 1996. Åtal kan väckas av *Crown Prosecution Service* och en traditionell åklagare men även av privatpersoner.¹¹⁷

Våldtäkt är ett *indictable-only offence* vilket innebär att det enbart kan prövas av domare och jury förutom i vissa undantagsfall gällande unga lagöverträdare¹¹⁸.

Processen inleds med att en skriftlig anklagelse över brottet ges in till domstolen. När domstolen anser att de formella lagkraven uppfylls blir dokumentet en *indictment*. Den tilltalade åtalas och frågas huruvida han erkänner eller förnekar brott, *guilty plea* eller *non guilty plea*. I fall där den tilltalade förnekar brott gör åklagaren en kortare redogörelse inför rätten innan försvararen har möjlighet att anföra förmildrande omständigheter som kan påverka valet av påföljd. Efter enskild överläggning meddelar domaren dom.

I fall där den tilltalade förnekar tillsätts en jury. Jury som dömande enhet ensam eller tillsammans med en domare har länge varit en av grundstenarna i det engelska rättssystemet. I allvarigare brottmål som våldtäkt är det som huvudregel en jury som tar beslut i skuldfrågan. Juryn består av 12 personer

¹¹⁵ Sexual Offences Act 2003 s 75.2

¹¹⁶ Herring, 2008, *Criminal Law*, s 415

¹¹⁷ Barker, Padfield, 2007, *Law Made Simple*, s 298

¹¹⁸ Ward, Akhtar, 2010, *Walker & Walker's English Legal System*, s 7f s 230f, Magistrates' Court Act 1980 s 24

i varierande åldrar mellan 12-70 år som väljs ut slumpvis bland röstningslängder.¹¹⁹

Efter det att juryn avlagt ed gör åklagaren sin sakframställning, presenterar vilka vittnen som är kallade och övrig bevisning som åberopas från åklagarsidan. Den bevisning som presenteras av parterna godkänns enligt gällande processregler av domstolen och får annars inte läggas fram. Åklagaren kallar därefter sina vittnen, som kan korsförhöras av försvaret efter inledning från åklagarsidan om godkännande sker. Vittnet hörs slutligen av åklagaren igen. Därefter sker utveckling av försvaret. Försvaret kan yrka att det inte föreligger något giltigt fall och att den tilltalade därför ska gå fri. Domstolen kan då välja att släppa den tilltalade. Efter utveckling av försvaret kallas försvarets vittnen. Dessa hörs inledningsvis av försvaret, för att sedan eventuellt korsförhöras av åklagarsidan och sedan åter höras av försvaret. Den tilltalade kan vittna under ed och förhör sker då på liknande sätt som för vittnena. Om den tilltalade väljer att inte vittna under ed kan yttrande ske ändå, men med försämrat bevisvärde.

Avslutningsvis slutför parterna sin talan. Domaren upplyser juryn om gällande rätt varefter juryn under enskild överläggning tar beslut i skuldfrågan. Om enighet inte kan uppnås kan beslut tas om ny rättegång med annan jury. Anses den tilltalade skyldig presenterar försvaret personalia och eventuella förmildrande omständigheter innan domaren slutligen tar ställning i påföljdsfrågan.¹²⁰

Utmärkande för *common law* systemen är den kontradiktoriska processen. Prövning av två eller flera sidor sker framför en neutral dömande enhet. Den dömande enheten ska själv inte utreda några frågor och ska särskilt bevaka efterlevnad av de processuella reglerna.¹²¹ Bevisframställningen är en central del i processen och parterna kallar samtliga vittnen. En motpart kan bemöta vittnesbevisning framlagd av den andra parten genom att antingen kalla ett eget vittne eller genom att korsförhöra motpartens vittne, om detta tillåts. I korsförhöret utfrågas vittnet och bevistemat ifrågasätts direkt av motparten. Betydelsen av muntlighet är även styrande. Det föreligger en presumtion i såväl brottmål som tvistemål att muntliga bevis har högst värde.

¹¹⁹ Ward, Akhtar, 2010, s 348ff

¹²⁰ Barker, Padfield, 2007, s 351

¹²¹ Jones v National Coal Board (1957) 2 QB 55, Gilliespie, 2007 s 13

6.3 Samtyckesbaserad våldtäktsreglering ur ett engelskt perspektiv

6.3.1 Innan Sexual Offences Act 2003

DPP v Morgan 1975 var av avgörande betydelse innan införandet av Sexual Offences Act 2003. Fallet behandlar möjligheten att försvara sig mot en anklagelse om våldtäkt genom att hävda tro på att samtycke förelåg. En militär hade efter en kväll ute bjudit hem ett antal kollegor för att ha sex med hans fru medan han tittade på. Mannen uppgav till kollegorna att om frun protesterade skulle de fortsätta eftersom hon gjorde det för att förhöja sin sexuella njutning. Kvinnan hade under övergreppen gjort tydligt att hon inte samtyckte och fick dessutom betydande fysiska skador, så allvarliga att hon var tvungen att uppsöka medicinsk hjälp. Domstolen konstaterade att så länge det kunde bevisas att förövaren genuint trodde att samtycke förelåg, även om så inte var fallet, så förelåg inte straffansvar för våldtäkt.

Straffansvar kunde alltså endast anses föreligga om förövaren insåg att samtycke inte fanns eller om det kunde antas att samtycke inte förelåg eller om förövaren var likgiltig inför risken att samtycke kanske inte förelåg. Förövarens tro att samtycke förelåg behövde inte grunda sig på rimliga omständigheter, även om detta ansågs ge skälen mindre trovärdighet.¹²²

Ett annat fall som haft stor betydelse för synen på samtycke och begreppets definition är *R v Olugboja 1982*. I fallet mötte den tilltalade och hans vän målsäganden och hennes väninna på ett uteställe. Därefter utlovade den tilltalade och hans vän att köra målsäganden och hennes väninna hem men istället körde de hem till en av de tilltalade där övergrepp skedde. Den tilltalade beordrade målsäganden att ta av sig sina trosor och genomförde därefter ett samlag. Inget våld eller verbalt hot förekom, och målsägande gjorde ingen form av motstånd. Domaren framhöll för juryn att flickan snarare hade gett efter på grund av rädsla än samtyckt till samlag. Det ansågs inte nödvändigt att fastställa hot eller svek för att kunna avgöra huruvida samtycke förelåg eller inte. Enligt domaren skulle uttrycket ges en vardaglig betydelse och att underkasta sig ett samlag innebär inte samtycke. De tilltalade ansågs skyldiga.¹²³

Fallet tydliggjorde att vad som verkar vara ett samtycke kan negeras av ett hot som inte behöver gälla död eller allvarlig skada.¹²⁴ I efterföljande diskussioner har det av många ansetts att fallet tydligt betonar den sexuella självbestämmanderätten och vikten av offrets vilja.¹²⁵

Även om Sexual Offences Act 2003 har inneburit väsentliga ändringar gällande de bestämmelser som fallen omfattar så är *DPP v Morgan* och *R v*

¹²² Director of Public Prosecutions v Morgan (1975) 2 All ER 347, House of Lords

¹²³ R v Olugboja (1981) 3 All ER 443, Herring, 2008, s 430ff

¹²⁴ Herring, 2008, s 432f

¹²⁵ Stevenson, Davies, Gunn, 2004, *Blackstone's Guide To The Sexual Offences Act 2003*

Olugboja fortfarande av betydelse. Detta framförallt gällande bedömningen av *mens rea*, gärningsmannens uppsåt.¹²⁶

6.3.2 Sexual Offences Act 2003

I förarbetena och diskussionerna bakom Sexual Offences Act 2003 var frågan inte om lagstiftningen skulle vara samtyckesbaserad utan snarare hur samtycke skulle definieras och avgränsas.¹²⁷

Lagens förarbeten förtydligar att samtycke är avgörande för om ett övergrepp har ägt rum eller inte.¹²⁸ Frånvaron av samtycke konstateras vara själva kärnan i kriminellt beteende överlag.¹²⁹ Av den anledningen ansågs en tydlig definition av samtycket som ytterst väsentligt för att kunna tillförsäkra rättsäkerhet och förhindra oskyldigt dömda. Det påpekades även att det för juryn måste vara ställt bortom rimligt tvivel om den målsägande samtyckt eller inte.

Ett av lagens huvudsakliga syften anses vara att entydigt klargöra att sexuella handlingar endast ska ske om både parterna går med på det.¹³⁰ Att göra något mot någons samtycke är en kränkning av offrets självbestämmanderätt och frihet att själv bestämma med vem sexuellt umgänge sker. För att värna om brottsoffrets utsatta ställning i processen genomfördes en mängd förändringar. Det förtydligades hur korsförhör får ske, bevisning om målsägandes tidigare sexuella historia begränsades ytterligare, möjligheterna till förhandling inom stängda dörrar utökades, mediala restriktioner infördes, samt att möjligheterna till att genomföra förhöret via videolänk eller avskärmad från förövaren med mera utvidgades.¹³¹

6.3.3 Diskussion i doktrin

Diskussion pågår kontinuerligt såväl juridiskt som medialt rörande hur samtycket ska avgränsas och negeras. Debatten intensifierades i och med att lagstiftningen förtydligades i Sexual Offences Act 2003. Det finns ett starkt ifrågasättande utifrån ett feministiskt forskningsperspektiv av termen *consent* och vilka krav som ställs på förövarens insikt om samtycke.

6.3.3.1 Cowan

Sharon Cowan är *senior director of studies* och *senior lecturer in criminal law and medical jurisprudence* vid University of Edinburgh. Cowan har

¹²⁶ Molan, 2005, *Cases & materials on criminal law*, s 77ff

¹²⁷ Ashworth, 2009, *Principles of criminal law*, s 327ff

¹²⁸ Home Office, 2002, *Protecting the public*, Cm 5668 s 17ff

¹²⁹ Home Office, 2000, *Setting the Boundaries- reforming the law on sexual offences*, s 7ff

¹³⁰ Home Office, 2002, *Protecting the public*, Cm 5668 s 17ff

¹³¹ Home Office, 2000, *Setting the Boundaries- reforming the law on sexual offences*, s 7ff

varit aktiv i flera feministiska analyser av samtycke i den engelska lagstiftningen och även i den internationella debatten av synen på våldtäkt.¹³²

Cowan menar att genom att fokusera på samtycket som den avgörande faktorn mellan önskat och oönskat umgänge ges ett riktigt fokus på respekten för självbestämmandet. Enligt Cowan präglas synen på samtycke, som dominerar den engelska så väl som den skotska rätten, av tanken att det inte går att särskilja mellan samtycke och självbestämmanderätt. Detta eftersom själva samtycket är grundläggande för det sexuella oberoendet. Enligt Cowan har detta sina tydliga rötter i liberala tankegångar och bilden av samtycke måste revideras för att ge rättvisa åt den mänskliga interaktion som sker vid sexuella handlingar för att samtycke ska vara ett funktionellt koncept inom våldtäktslagstiftning.

Samtycket existerar inte i ett eget vakuum, det är relativt och beroende av social interaktion snarare än individuella val. Därför kan en formell modell över samtycke inte på ett korrekt sätt avspegla de underliggande maktbalanser som kan föreligga före själva "förhandlingen" sker, och varje val kan framställas som isolerat snarare än att avspegla den naturliga sammankopplingen mellan valen.

Ett centralt problem är enligt Cowan huruvida begreppet samtycke är försett med adekvat innebörd för att angripa frågan om makt och myndighet som ärvs med begreppet sexuella val, och om det har rätt förutsättningar för att materiellt kunna särskilja önskad och oönskad (det vill säga laglig och olaglig) mellanmänsklig kontakt. Cowan menar att även om Sexual Offences Act 2003 innebär en viss positiv reformering gällande sexualbrottslagstiftningen så fortsätter lagstiftningen att godkänna samtycke i situationer där det utifrån en samlad bedömning är tydligt att något sådant inte existerar. Problemet här är lagens hantering av förövarens uppfattning av samtyckets vara eller inte vara. Cowan anser att ett problem är att begreppet och fenomenet samtycke tillskrivs vissa problematiska egenskaper som gör att det i slutändan inte får önskade effekter.¹³³

6.3.3.2 Munro

Professor of Socio-Legal Studies vid University of Nottingham Vanessa E. Munro har varit en av de främsta förespråkarna inom England såväl som internationellt för en revision av samtyckesbegreppet.¹³⁴

Lagen har enligt Munro begränsad förmåga att på ett riktigt sätt tillvara ta alla de aspekter av samtycke som finns, något som ytterligare försvåras av

¹³² se även University of Edinburgh, http://www.law.ed.ac.uk/staff/sharoncowan_85.aspx, hämtad 2011-11-05

¹³³ Cowan, 2007, "Freedom and capacity to make a choice - a feminist analysis of consent in the criminal law of rape" ur *Sexuality and the law - feminist engagements*, 2007, s 52f

¹³⁴ För vidare information se University of Nottingham, <http://www.nottingham.ac.uk/law/staff-lookup/vanessa.munro>, hämtad 2011-11-08

att den sedan ska tillämpas av rättsväsendet. Lagen som instrument förmedlar enligt Munro om kvinnan tillät de sexuella handlingarna, snarare än om hon önskade, planerade och efterfrågade dem. Vikten av "viljan" kan betonas genom att kräva att tecken på samtycke finns, även om detta synsätt inte heller är problemfritt ur en praktisk tillämpning.

Munro menar att samtycke som grundläggande förutsättning är en viktig utgångspunkt varifrån ytterligare diskussion kan föras. Även om samtyckesbaserade regleringar enligt henne innebär flera tillämpningssvårigheter innebär det samtidigt ett symboliskt egenvärde som är värdefullt. Genom att kräva mer av själva begreppet samtycke kan en attityd gentemot sexualitet som betonar vikten av respekt och ömsesidighet förmedlas och på så sätt kan även fler personer, inom tid, ställas till ansvar för sina sexuella strategier. Munro betonar dock på att även om betydelsen av fler fällande domar inte ska förringas, är den inte heller avgörande eller det huvudsakliga syftet.¹³⁵

Munro förespråkar vad hon kallar "consent-plus", en utvidgad syn på samtycke som enligt Munro tillskillnad från den rådande "samförståndsminimalismen" kräver mer än mindre tecken på samtycke eller bekräftelse i frånvaro av våld eller bedrägeri.¹³⁶ Enligt denna synvinkel måste ett tecken på samförstånd följas av ett avgörande stöd för en ömsesidig nytta, oavsett om nyttan är emotionell, relationell, fysisk eller till och med materiell, som tillkommer som en följd av det sexuella umgänget. Äkta och genuin maktbefogenhet uttrycks inte när individer är i stånd att formulera och genomföra sina önskningar utan snarare när de har tagit kontroll över dessa önskningar på ett specifikt sätt. Munro menar att "consent-plus" modellen förvisso huvudsakligen fokuserar på det individuella psyket hos målsägande men att det samtidigt beaktar samhälleliga och kontextuella aspekter av ojämlikhet och makt.¹³⁷

¹³⁵ Munro, 2010, *From consent to coercion. Evaluating international and domestic frameworks for the criminalization of rape*, ur *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, 2010, s 25ff

¹³⁶ Munro, 2005, *Concerning consent: standards of permissibility in sexual relations*

¹³⁷ Munro, 2010, s 22ff

7 Betydelsen av offrets agerande i svensk praxis

Detta kapitel avser att redogöra för relevanta domar på området inom svensk rätt. Syftet med kapitlet är att få en inblick i vilket fokus som läggs på offret i domen. Med offrets agerande avses offrets beteende, reaktioner, aktivt handlande eller brist på sådant och andra liknande förhållanden som hänför sig till offret. Fallen avser även att ge en inblick i vilka resonemang kring samtycke som aktualiseras i relation till en tvångsbaserad våldtäktsreglering.

Rättsfallen har valts ut med beaktande av när en samtyckesbaserad reglering hade kunnat inverka på utgången i målet.¹³⁸ Det är fall där samtycke till en början förekommit men sedan upphört eller där våldsanvändningen är begränsad eller där offret och förövaren har en tidigare relation till varandra. Utifrån dessa kriterier har sökning gjorts i databaser och doktrin. Jag har även med utgångspunkt i uppsatsens avgränsningar i sökningen uteslutit fall där målsägande är barn, man eller kunnat anses befinna sig i ett hjälplöst tillstånd. Fall som behandlar samtycke i andra sexualbrott än våldtäkt omfattas inte heller. Samtliga rättsfall är från tiden efter 2005 års förändringar för att ge inblick i den aktuella rättstillämpningen utifrån befintliga samhällsideal.¹³⁹

Avsikten är att redogöra för domskälen i den omfattning som bedömts vara relevant för det huvudsakliga syftet. I de fall där jag har bedömt att tingsrättens domskäl är av väsentlig relevans och kan sägas belysa vilka resonemang som kan aktualiseras kring offrets agerande och kring samtycke i en tvångsbaserad reglering har jag valt att mer omfattande återge dessa. Även i de fall där hovrätten inte delat tingsrättens bedömning har tingsrättens domskäl återgetts i högre utsträckning, likaså om hovrätten helt instämmer i tingsrättens bedömning. Detta för att belysa de olika resonemangen som kan aktualiseras kring offrets agerande, samtyckets betydelse i relation till gärningsmannens uppsåt och andra för syftet relevanta aspekter.

Avslutningsvis görs utifrån rättsfallen en analys angående betydelsen av offrets agerande.

¹³⁸ Se SOU 2010:71 s 251ff angående vilka situationer som kan komma att omfattas av en eventuell samtyckesbaserad reglering.

¹³⁹ I *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004, s 242, behandlar Ulrika Andersson i sin analys av hovrättsavgörande från 1999 den centrala och avgörande plats som den utsatta personens agerande på förövarens beteende har i domstolarnas diskurser kring offrets vilja.

7.1 ”Stureplansdomen”

Målet väckte stor massmedial uppmärksamhet och kom på grund av de tilltalades bakgrund inom Stockholms nöjesliv att kallas för Stureplansfallet eller Stureplansdomen¹⁴⁰. Fallet ledde till en häftig diskussion om den svenska sexualbrottslagstiftningen, framförallt om Sverige borde införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering eller inte.¹⁴¹

7.1.1 Bakgrund

De tilltalade och målsägande var sedan tidigare bekanta med varandra och båda de tilltalade hade vid upprepade tillfällen haft sex med målsäganden med vissa våldsinslag, varav vid ett tillfälle alla tre samtidigt. Efter en utekväll på Stureplan gick målsäganden och de tilltalade hem till en av de tilltalade där det påstådda brottet ägde rum.

Gärningen beskrevs sammanfattningsvis i stämningsansökan på följande sätt.

”X har fört in sin penis i Ys slida och analöppning samt fört in en fjärrkontroll i hennes slida och analöppning. Z har fört in sin penis i Ys slida, analöppning och mun, delvis samtidigt som X har uppmanat Z att våldta henne. Våldet har bestått i att X och Z hållit i och tryckt ner Y i sängen, pressat hennes ansikte ner i kudden, hållit fast henne och i att X dragit henne i håret och tilldelat henne ett flertal slag i ansiktet och på skinkorna”

Målsägande angav att hon inledningsvis ville ha sex men att samtycket upphörde vid det första anala samlaget och att hon efter det bad de tilltalade att sluta, att hon grät och skrek och var mycket rädd. De tilltalade uppgav att det inte förekom något tvång och att målsägande inte visade något tecken på att hon inte ville ha sex.

¹⁴⁰ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07

¹⁴¹ Se bland annat Peter Eriksson och Esabelle Reshdouns debattartikel angående krav på samtyckesbaserad reglering i samband med domen, *”Stureplansprofilerna ska fällas för våldtäkt”*, Expressen, <http://www.expressen.se/debatt/1.821883/stureplansprofilerna-ska-fallas-for-valdtakt>, publicerad 2007-09-01, hämtad 2011-12-14, Madeleine Leijonhufvuds artikel *”Krav på samtycke före samlag”*, Svenska Dagbladet, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/krav-pa-samtycke-fore-samlag_17449.svd, publicerad 2007-09-07, hämtad 2011-12-14, Annie Johansson angående samtycke på sin blogg i samband med häktningen av de tilltalade, *”Inför samtyckeslagstiftning!”*, <http://anniejohansson.blogspot.com/2007/08/infr-samtyckeslagstiftning.html>, publicerad 2007-08-09, hämtad 2011-12-14

7.1.2 Tingsrättens bedömning

Inledningsvis anför tingsrätten att målsägande har gjort intryck av att sanningsenligt vilja berätta vad hon minns av händelsen samt att det som framkommit om hennes upprivna tillstånd efter övergreppen ligger väl i linje med att hon tvingats till sexuella handlingar.¹⁴²

Vidare konstaterar tingsrätten att:

*”En ytterligare omständighet som det inte går att bortse ifrån är att parterna tidigare haft sex med varandra med vålds-och förnedringsinslag”*¹⁴³

Enligt tingsrätten kan det utifrån detta vara tänkbart att de tilltalade uppfattade situationen så att våldet var ett led i den sexuella samvaron.

*” ... det är tänkbart att våld vid det aktuella tillfället kan ha använts som ett led i den sexuella samvaron och inte för att tvinga målsäganden till samlag eller andra sexuella handlingar. I vart fall kan de tilltalade ha uppfattat situationen på detta sätt”*¹⁴⁴

Det bör enligt tingsrätten även nämnas att målsägande sett upp till de tilltalade med anledning av deras ställning i nattlivet kring Stureplan, att målsägande i alla fall inledningsvis haft känslor för de tilltalade samt att målsägande genom sin sexuella relation med de båda tilltalade kommit in i nämnda kretsar kring Stureplan. Tingsrätten menar att utredningen visar på att målsägandes sociala ställning i någon mån varit beroende av hennes relation till de tilltalade och att det kan vara så att målsägande varit angelägen om att hålla sig väl med de tilltalade.¹⁴⁵

Enligt tingsrätten går det inte att bortse från möjligheten att målsägande i sitt mycket berusade tillstånd inte gett uttryck för sitt ogillande. Att målsägande efteråt då upplevt sig våldtagen är därför inte förvånande. Hon kan först i efterhand kommit på att hon upplevde sig utnyttjad, förnedrad och sviken av sina vänner.¹⁴⁶

Tingsrätten anför avslutningsvis att det inte går att bortse från att de tilltalade uppfattat att målsägande inte tvingades till fortsatta sexuella aktiviteter. Därför kan uppsåt inte ställas bortom rimligt tvivel och åtalet ogillades.

¹⁴² Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 13f i tingsrättsdomen

¹⁴³ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 17 i tingsrättsdomen

¹⁴⁴ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 18 i tingsrättsdomen

¹⁴⁵ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 18 i tingsrättsdomen

¹⁴⁶ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 19 i tingsrättsdomen

7.1.3 Hovrättens bedömning

Det anses enligt hovrätten styrkt att de tilltalade genom målsägandens berättelse förgripit sig på målsäganden på det sätt som målsäganden beskrivit. Hovrätten anser att det genom målsägandens uppgift får anses styrkt att

”Y gjort klart för X och Z att hon denna gång inte accepterade de sexuella handlingarna och att hon protesterat såväl med ord som genom att försöka komma loss”¹⁴⁷

Med beaktande av detta anser hovrätten att det är uteslutet att de tilltalade inte insett att samlaget inte varit frivilligt från målsägandes sida. Därför ansåg hovrätten att de haft uppsåt till gärningarna och åtalet ansågs styrkt. Hovrätten ändrade tingsrättens dom och de tilltalade dömdes till ansvar för grov våldtäkt.

7.2 ”Säpo-mannen”

Även detta fallväckte stor massmedial uppmärksamhet på grund av att den tilltalade tidigare arbetat som kronprinsessan Victorias livvakt.¹⁴⁸ Målet aktualiserade frågor rörande samtycke och så kallat ”dominanssex”.

7.2.1 Bakgrund

Målsägande och den tilltalade fick kontakt med varandra via internet och efter viss kontakt inledde de en relation. I deras sexuella samliv hade det med bådars samtycke tidigare förekommit sex med lättare våldsinslag och så kallad dominans. De påstådda händelserna i åtalet utspelade sig när målsäganden och den tilltalade tillbringade en helg tillsammans på ett lantställe som den tilltalade hade tillgång till.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för grov våldtäkt med följande gärningsbeskrivning.

”XX har i trädgården till ett av honom disponerat sommarhus, mot målsägandens vilja, när hon legat i en solstol, slitit tag i henne och vänt henne på mage, varefter han fäst samman hennes händer med handbojor på ryggen. Härigenom har hon berövats sin frihet samt orsakats kraftig smärta. Han har därefter medelst våld och hot om våld genomfört upprepade anala och vaginala samlag samt fört in fingrar, hand och penisattrapp i hennes vagina och anus. Händelseförloppet har pågått från tidig eftermiddag till mörkrets inbrott och hon har under hela tiden varit belagd med handfängsel.”

¹⁴⁷ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07 s 9

¹⁴⁸ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10

Den tilltalade, som nekade till brott, gjorde gällande att han frihetsberövat målsägande, tilldelat henne lättare våld och genomfört analt samlag, allt med målsägandes samtycke.

7.2.2 Tingsrättens bedömning

Det finns uppgifter i målsägandes berättelse som enligt tingsrätten påverkar hennes trovärdighet negativt. Målsäganden har vid upprepade tillfällen skickat sms med sadomasochistiska inslag till den tilltalade, vilka redovisas i domskälen. Målsägande har uppgett att hon endast svarade på sms från den tilltalade och att det var i syfte att öka hans upphetsning men på grund av brister i förundersökningen kunde inte detta kontrolleras.¹⁴⁹

Tingsrätten konstaterar jämväl att det av formulering i sms skickat till den tilltalade framstod som att målsägande inte fått kännedom om ”dominanssex” från den tilltalade utan själv uppsökt sådan kunskap. Målsägandes förklaring att bilder på lättklädda bundna kvinnor i målsägandes dator skulle skickats från en personlig coach i syfte att illustrera målsägandes kontrollbehov ansågs även av tingsrätten som besynnerlig.¹⁵⁰

I sina sammanfattande slutsatser konstaterar tingsrätten att målsäganden efter händelsen i upprört tillstånd kontaktat sin före detta man samt berättat om övergreppen för ett flertal personer. Detta ansågs ge starkt stöd åt hennes trovärdighet.¹⁵¹ Tingsrätten ansåg dock att det kunde anses tänkbart att den tilltalade på grund av parternas tidigare sms konversationer inledningsvis trodde att det han gjorde skedde med målsägandes samtycke.

*”Med hänsyn till de SMS som målsäganden skickat till xx i vilka hon uttrycker en önskan om att i sexuella sammanhang vara fastbojad eller fastspänd är det tänkbart att xx i ett inledningsskede trodde att det han gjorde skedde med målsägandens samtycke”*¹⁵²

Med beaktande av målsägandes utsatta läge har det emellertid enligt tingsrätten ankommit på den tilltalade att förvissa sig om hennes samtycke, vilket han inte gjort.¹⁵³ Utifrån en samlad bedömning ansågs därför åtalet för grov våldtäkt styrkt.

¹⁴⁹ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s15f i tingsrättsdomen

¹⁵⁰ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 17 i tingsrättsdomen

¹⁵¹ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 35 i tingsrättsdomen

¹⁵² Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 37 i tingsrättsdomen

¹⁵³ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 37 i tingsrättsdomen

7.2.3 Hovrättens bedömning

Det fanns enligt hovrätten inget motiv för målsäganden att falskeligen anmäla den tilltalade för allvarliga brott. Det hade också framkommit att målsägande initialt motsatt sig att medverka i utredningen samt att hennes deltagande sedan krävt omfattande åtgärder. Detta kunde dock enligt hovrätten inge vissa betänkligheter vid bedömningen av hennes trovärdighet och tillförlitlighet.

Hovrätten konstaterar att sammantaget talar målsägandes medicinska symtom efter händelsen för att hon utsatts för sexuella övergrepp eller som hovrätten konstaterar

”... i vart fall något som hon upplevt som ett sådant.”¹⁵⁴

Målsägandes intresse för BDSM behandlas även i hovrättens bedömning. Hennes påstående om att detta skett för att stimulera den tilltalades upphetsning framstod enligt hovrätten inte som trovärdigt. Hovrätten menade att utredningen visar att målsägande varit mer intresserad av denna typ av sex än vad hon velat tillstå även om detta saknar betydelse för prövningen om hon tvingats till sex mot sin vilja. Omständigheten att målsägande inte varit helt sanningsenlig gällande sitt intresse för BDSM ansåg hovrätten minskar trovärdigheten och tillförlitligheten i hennes berättelse.¹⁵⁵

Vid en samlad bedömning fann hovrätten att det fanns befogad anledning till tvivel gällande om målsägandes berättelse var riktig och tillförlitlig. Det ansågs finnas flera omständigheter som talar emot målsägandes utsaga. Målsägandes egna upplevelser och agerande och vad som andra iakttagit av hennes tillstånd anser hovrätten inte stödjer hennes uppgifter om händelseförloppet. Detta även om det sätt på vilket målsäganden har berättat om händelserna, under stor vända och med starka sinnesrörelser, i sig ger intrycket av något självupplevt. Hennes uppgifter om övergreppen stöds inte heller av annan utredning.¹⁵⁶

Det fanns därför enligt hovrätten inte en alltigenom trovärdig och tillförlitlig målsägandeberättelse. Det kunde också ifrågasättas om utredningen i målet uppfyller Högsta domstolens krav på att målsägandens uppgifter i den mån det är möjligt blivit kontrollerade under förundersökningen. Mot bakgrund av detta ogillades åtalet för grov våldtäkt.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 24

¹⁵⁵ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 24

¹⁵⁶ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 24

¹⁵⁷ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 24

7.3 NJA 2009 s.47 I och II

Högsta Domstolens bedömning i dessa två fall fick avgörande betydelse för vilken betydelse som kan tillmätas målsägandes utsaga i våldtäktsmål. Högsta Domstolen uttalade att det är av vikt att målsägandes utsaga i den mån det är praktiskt möjligt, kontrolleras genom utredningen i målet i övrigt.

7.3.1 I

7.3.1.1 Bakgrund

Målsägande och den tilltalade kände inte varandra sedan tidigare. De träffades efter en kväll ute och gick tillsammans till en lägenhet. Enligt målsäganden tvingade den tilltalade henne till först ett oralt samlag i badrummet och sedan vaginalt och analt samlag i ett av sovrummen och vardagsrummet med en kniv mot hennes hals. Den tilltalade menade att de kommit överens om att ha sex med varandra.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för våldtäkt enligt följande gärningsbeskrivning.

”XX har i en lägenhet genom våld och hot om våld tvingat A till samlag. Våldet och hotet har bestått däri att XX knuffat in A i lägenhetens toalett, låst dörren och därefter tagit ett tag med sin ena hand om hennes mun, hållit en kniv mot hennes hals samtidigt som han tagit av hennes kläder och tvingat henne att klä av sig. Samlag har skett genom att A tvingats suga på XX:s penis, genom att XX genomfört ett vaginalt samlag med henne och genom att han försökt eller trängt in med sin penis i A:s analöppning. XX har därefter i vardagsrummet genomfört ett vaginalt samlag med A”

7.3.1.2 Tingsrättens bedömning

Av vad som framkommit av utredningen ansågs målsägande inte ha haft någon anledning att beljuga den tilltalade. Hon har även enligt tingsrätten i målet lämnat uppgifter som synes oförenliga med en vilja hos henne att oriktigt anklaga den tilltalade. Målsägande ansågs sammantaget ha gjort ett starkt och trovärdigt intryck. Enligt tingsrätten stärker målsägandes beteende efter händelsen hennes uppgifter. Hon var mycket upprörd och rädd då hon kontaktade SOS-alarm och även polisen uppfattade henne som mycket ledsen och upprörd.

Tingsrätten fann vid en samlad bedömning av samtliga omständigheter att målsägandes uppgifter var tillförlitliga och att den tilltalades uppgifter därför var vederlagda. Åtalet ansågs därför styrkt och ansvar för våldtäkt utdömdes.

7.3.1.3 Hovrättens bedömning

Hovrätten ansåg att det inte fanns skäl till annan bedömning än den tingsrätten gjort och fastställde tingsrättens dom.

7.3.1.4 Högsta Domstolens bedömning

Högsta Domstolen ansåg att den avgörande frågan i målet om det sexuella umgänget var huruvida det framtvings under knivhot. Högsta Domstolen konstaterade att målsägandes berättelse framstår som sammanhängande och följdriktigt med undantag för uppgifterna gällande knivhotet. Den delen av händelseförloppet ansåg Högsta Domstolen vara svårförenlig med vad hon i övrigt har berättat om händelseförloppet. Berättelsen innehåller även, enligt Högsta Domstolen, andra omständigheter som är mindre väl förenliga med uppgiften att det sexuella umgänget ägde rum under knivhot, exv. det att den tilltalade under samlaget närmast bad om ursäkt liksom att han kramade och kysste målsägande när hon skulle lämna lägenheten. Vittnesmål om målsägandes upprörda tillstånd och reaktioner ger dock enligt Högsta Domstolen stöd för att hon utsatts för knivhot. Det är enligt Högsta Domstolen avgörande att målsägandes berättelse till den del det är praktiskt möjligt, blivit kontrollerad under förundersökningen, även om brister i det inte utan vidare behöver leda till bedömningen att åtalet inte har blivit styrkt.

Dock vinner uppgiften om knivhotet inte något övrigt stöd av utredningen enligt Högsta Domstolen. Målsägande har inte heller påkallat hjälp från den andra person som befann sig i lägenheten trots att hon inte betraktade honom som medverkande.¹⁵⁸ I en samlad bedömning anser Högsta Domstolen att det finns starka skäl som talar för att målsägande blivit utsatt för ett sexuellt övergrepp men att det med beaktande av den tekniska bevisningen, oklarheter kring knivhotet och försvarets åberopade vittnesuppgifter får anses så oklart vad som inträffat i lägenheten att det inte kan bilda underlag för en fällande dom. Åtalet ogillades.

7.3.2 II

7.3.2.1 Bakgrund

Den tilltalade, 16 år gammal och målsägande, 15 år gammal, var bekanta med varandra sedan tidigare. De hade stämt träff hemma hos den tilltalade för att den tilltalade skulle hjälpa målsägande med att plugga inför ett prov.

Båda lämnade samstämmiga uppgifter beträffande det yttre händelseförloppet, och det var i målet ostridigt att samlag förekommit. Den tilltalade hävdade att detta skedde med målsägandes samtycke, målsägande att samlaget var påtvingat.

¹⁵⁸ NJA 2009 s. 47 I s 7

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för våldtäkt med följande gärningsbeskrivning.

”XX har tvingat YY till samlag genom att putta ned henne på en säng, lägga sig över henne med hela sin kroppstyngd och dra av hennes byxor och underbyxor”

7.3.2.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten menade att det framstod som osannolikt att målsägande valt att oriktigt påstå att en yttlig bekant begått ett allvarligt brott mot henne.

Att målsägande berättat för sina vänner om övergreppet samt hennes efterföljande reaktioner ansågs ge stöd för att hon varit med om något mycket allvarligt. Målsägande ansågs även ha gett en fullt godtagbar förklaring till varför hon dröjde med att berätta om övergreppet för sin mamma.

Tingsrätten ansåg vid en sammanvägd bedömning att det genom målsägandes uppgifter är klarlagt att den tilltalade tvingat målsägande till samlag och fällde därför till ansvar för våldtäkt.

7.3.2.3 Hovrättens bedömning

Hovrätten gjorde ingen annan bedömning än den som tingsrätten gjort gällande vilken tilltro som ska läggas vid målsägandes uppgifter och fann med utgångspunkt i detta samt utredningen i övrigt att åtalet var styrkt. Tingsrättens dom fastställdes.

7.3.2.4 Högsta Domstolens bedömning

Högsta Domstolen konstaterade att målsägandes redogörelse präglats av tvekan men att detta i och för sig var förklarligt när en ung flicka har haft att yttra sig om mycket känsliga förhållanden. Det gick dock inte enligt Högsta Domstolen att komma ifrån att vissa inslag av hennes berättelse väckte vissa tvivel ifråga om den tilltalade verkligen tilltvingat sig samlaget med våld på sätt som åklagaren gjort gällande. Högsta Domstolen noterade att det av hennes egna uppgifter framgick att hon till en början inte betecknade händelsen som en våldtäkt.

Det är enligt Högsta Domstolen avgörande att målsägandes berättelse till den del det är praktiskt möjligt, blivit kontrollerad under förundersökningen, även om brister i det inte utan vidare behöver leda till bedömningen att åtalet inte har blivit styrkt.

Målsägandes efterföljande reaktion talade enligt Högsta Domstolen för att målsägande varit med om något hon uppfattat som obehagligt men kunde inte tas som intäkt för att hon tvingats till samlag. Det kunde inte heller, enligt Högsta Domstolen, anses ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade

tvingat målsägande till samlag på det sätt som åklagaren påstått. Åtalet ogillades därför.

7.4 Hovrätten för nedre Norrlands dom 2011-03-28 i mål B 27-11¹⁵⁹

7.4.1 Bakgrund

Målsäganden och den tilltalade träffades på ett uteställe. De dansade tillsammans på uteställets dansgolv och kramade och kysste varandra. Den tilltalade smekte målsägande och förde slutligen in sin hand innanför målsägandes trosor och ett finger i hennes slida. Målsägande stötte då bort den tilltalade som drog henne tillbaka. Målsägande stötte då återigen bort den tilltalade som då släppte henne. Den tilltalade förnekade att gärningen skett medelst våld och att han tvingat målsägande till den sexuella handlingen. Han anförde att han fastnat i hennes kläder.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för våldtäkt enligt följande gärningsbeskrivning.

”XX har med våld tvingat Kvinnan A att tåla en med samlag jämförlig sexuell handling. Våldet har bestått i att den tilltalade hållit fast Kvinnan A och den sexuella handlingen har bestått i att han fört in ett eller flera av sina fingrar i hennes slida”

7.4.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten konstaterar att utredningen inte motsätter sig den tilltalades upplevelse av att målsägande varit positivt inställd ända tills hon slutligen stötte bort honom.

Det är enligt tingsrätten inte visat att han innan han vidrörde hennes slida på dansgolvet förstod att hon motsatte sig en sådan beröring.

Sammanfattningsvis anser inte tingsrätten att det är styrkt att den tilltalade med våld tvingat målsägande att tåla en med samlag jämförlig sexuell handling eller att den tilltalade haft uppsåt att handla i strid med målsägandes vilja. Åtalet ogillades.

7.4.3 Hovrättens bedömning

Hovrätten anförde i sin bedömning att det framstår *”som fullt rimligt”* att den tilltalade trodde att han hade målsägandes samtycke när han berörde hennes underliv på dansgolvet och att han uppfattade hennes motstånd först

¹⁵⁹ Förkortas i texten fortsättningsvis HN 27-11

när hon stötte honom ifrån sig.¹⁶⁰ Det faktum att den tilltalade vid de inledande polisförhören helt förnekat att han vidrört kvinnans kön ger enligt hovrätten inte anledning till att ifrågasätta hans trovärdighet eftersom det framstår som förståeligt när en artonåring ställs inför våldtäktsanklagelse. Tingsrättens dom fastställdes.

7.5 Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2009-11-03 i mål B 1083-09¹⁶¹

7.5.1 Bakgrund

Målsägande och den tilltalade kände varandra via arbetet och umgicks även privat. Den aktuella kvällen hade målsägande fest i sin lägenhet tillsammans med den tilltalade, sin bror och dennes flickvän. Målsäganden uppgav att den tilltalade fögrep sig på henne efter det att alla utom målsägande och den tilltalade lämnat lägenheten. Den tilltalade menade att han inledningsvis uppfattade det som att målsägande samtyckte till de sexuella aktiviteterna och när han förstod att hon inte gjorde det så avbröt han genast.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för försök till våldtäkt enligt följande gärningsbeskrivning.

“XX har i målsägandens lägenhet försökt att våldta henne genom att föra in henne i sovrummet, trycka ner henne på sängen. Han har sedan klätt av hennes alla sina kläder på underkroppen och försökt genomföra ett samlag medan han betvingade henne med sin kroppstyngd. Fara för brottets fullbordan har förelegat”

7.5.2 Tingsrättens bedömning

Målsägande har enligt tingsrätten lämnat en berättelse som framstår som trovärdig och det ligger enligt tingsrätten nära till hands att utifrån denna att dra slutsatsen att den tilltalade långt tidigare än som skedde borde ha insett att samlag stred mot hennes vilja. Tingsrätten menar dock att det i denna bedömning bör beaktas att målsägandes vän som vittnat i målet inte direkt efter händelsen märkte någon reaktion hos henne. Tingsrätten noterar att målsägande berättade om händelsen först en vecka efter det inträffade.

Tingsrätten anför även att målsägande själv har uppgivit att hon var apatisk, förhöll sig passivt och var handlingsförlamad. Det kan därför enligt tingsrätten inte anses vara ställt bortom rimligt tvivel att den tilltalade insåg målsägandes motstånd. Eftersom han avbröt sitt agerande kan han inte heller ses som likgiltig. Med beaktande av detta ogillades åtalet.

¹⁶⁰ Hovrätten för nedre Norrlands dom 2011-03-28 i mål B 27-11 s 3

¹⁶¹ Förkortas i texten fortsättningsvis HSB 1083-09

7.5.3 Hovrättens bedömning

Hovrätten anslöt sig till tingsrättens bedömning och fastställde tingsrättens dom.

7.6 Hovrätten för västra Sveriges dom 2008-03-07 i mål B 1462-08¹⁶²

7.6.1 Bakgrund

Målsägande var efter en kväll ute tillsammans med sina vänner på Burger King för att äta innan hemfärd. Då hon skulle gå på toaletten blev målsägande enligt egen utsago utsatt för övergrepp av ett flertal Burger King anställda inne på toaletten. Den tilltalade som enligt målsägande varit den mest aktiva i övergreppen menade att det varit fråga om ett frivilligt samlag som båda aktivt deltagit i.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för grov våldtäkt enligt följande gärningsbeskrivning.

”XX har i en lokal med våld tvingat målsäganden till samlag. Våldet har bestått i att han hållit fast hennes armar och hållit för hennes mun. Brottet är grovt med hänsyn till att två ytterligare okända personer deltagit i övergreppet genom att hålla fast målsäganden i dennes ben och armar”

7.6.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten konstaterar att målsäganden i nära anslutning till händelsen hade uppträtt på ett sätt som visar att något inträffat som satt djupa spår i henne och anför även att hon hade berättat för sina väninnor att hon hade blivit våldtagen av tre personer.

Att målsägande varit alkoholpåverkad vid tillfället ändrar enligt tingsrätten inte bedömningen att hennes utsaga som ansågs trovärdig i kombination med de medicinska bevisuppgifterna kan läggas till grund för bedömningen. Genom dessa uppgifter fann tingsrätten att åtalet var styrkt och gärningen bedömdes som grov våldtäkt.

¹⁶² Förkortas i texten fortsättningsvis HVS 1462-08

7.6.3 Hovrättens bedömning

Hovrätten konstaterar att målsägandes uppgifter vinner starkt stöd av den övriga bevisningen i målet och att detta med styrka talar för att hennes uppgifter ska läggas till grund för bedömningen av om samlagen gått till som hon berättat. Den tilltalades uppgift att samlag skett med samtycke framstår enligt hovrätten som osannolik. Att målsägande skulle ha fått skadorna genom tidigare samlag under kvällen och trots detta önskat genomföra ytterligare samlag med en för henne obekant person framstår enligt hovrätten som närmast uteslutet.

Vid en samlad bedömning anser hovrätten att målsägandes uppgifter ska läggas till grund för bedömningen och att det är ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade gjort sig skyldig till grov våldtäkt. Tingsrättens dom fastställdes.

7.7 Svea Hovrätts dom 2008-01-22 i mål nr B 8668-07¹⁶³

7.7.1 Bakgrund

Målsägande och den tilltalade hamnade efter en utekväll tillsammans på efterfest i målsägandes bostad. När de blev ensamma i lägenheten ägde samlag rum. Målsägande uppgav att den tilltalade förgripit sig på henne och att hon under övergreppet grät, upprepade gånger bad honom att sluta samt gjorde fysiskt motstånd. Angående den tilltalades våld uppgav målsägande att hon försökt förtränga vad som hände och inte längre har något minne av det.

Den tilltalade menade att samlag skedde med samtyckte och att målsäganden uppmuntrade honom till så kallat ”hårdsex”.

Åklagaren yrkade sammanfattningsvis på ansvar för våldtäkt med följande gärningsbeskrivning.

”XX har i målsägandens bostad genom misshandel och våld tvingat målsäganden till samlag mot hennes vilja. Misshandeln och våldet har bestått i att XX hållit fast målsäganden, slagit målsäganden samt rivit henne på kroppen och i håret vilket orsakat smärta och blåmärken. Genom samlaget fick målsäganden även smärta i underlivet”

7.7.2 Tingsrättens bedömning

Det anses enligt tingsrätten framgå av vittnesmålen att målsägande efter det inträffade varit ledsen, panikslagen, och upprörd. Det framstår enligt

¹⁶³ Förkortas i texten fortsättningsvis SH 8668-07

tingsrätten som helt osannolikt att en kvinna som först skulle ha eggat sin sexualpartner till samlag med våldsinslag omedelbart därpå skulle ha reagerat på detta sätt. Då målsägandes uppgifter enligt tingsrättens bedömning vinner starkt stöd i vittnesmålen ska hennes uppgifter läggas till grund för bedömningen.

Efter vad målsägande berättat om sin gråt och sitt motstånd, sina vädjanden och protester under sexualakten kan det enligt tingsrätten inte ha undgått den tilltalade att målsägande inte ville ha sex med honom. Åtalet ansågs styrkt.

7.7.3 Hovrättens bedömning

Målsägandes mycket kraftiga reaktion omedelbart efter det genomförda samlaget talar enligt hovrätten med styrka för att det inte endast rör sig om att ångra något hon gjort och inte sedan kan stå för. Hovrätten konstaterar att händelsen har utspelat sig i ett flerfamiljshus med grannar. Man kan därför enligt hovrätten fråga sig *”om inte målsägande borde ha ropat på hjälp”*.¹⁶⁴ Men enligt hovrätten är hennes förklaring till detta, att hon kände dödsångest och inte vågade skrika eller göra något som ledde till att den tilltalade blev mer våldsam, i denna del förståelig.

Sammantaget finner hovrätten att målsägandes uppgifter får stöd av övrig bevisning. Hovrätten fastställer därför tingsrättens dom.

7.8 Vilken betydelse tillmäts offrets agerande i svensk praxis? En analys

Inledningsvis kan det diskuteras vilken inverkan förutfattade föreställningar om vem som är ett offer har på bedömningen i fall där målsägande involverat sig i vissa typer av aktiviteter.¹⁶⁵ Såväl i **”Stureplansdomen”** som i fallet med **”Säpomannen”** gör domstolen en viss bedömning av målsägande utifrån tidigare sexuella aktiviteter. I **”Stureplansdomen”** hade målsägande sedan tidigare haft sexuellt umgänge med båda de tilltalade, dessutom med lättare inslag av våld. Tingsrätten konstaterade i sin bedömning i **”Stureplansdomen”** att;

”... det går inte att bortse från att parterna tidigare haft sex med vålds-och förnedringsinslag ”

¹⁶⁴ Svea Hovrätts dom 2008-01-22 i mål nr B 8668-07 s 6

¹⁶⁵ Se Nils Christies teorier om det ideala brottsoffret kapitel 2.2 eller Christie, 1986, s 17-30

I **”Säpomannen”** behandlas målsägandens eventuella intresse för BDSM ingående. Det faktum att målsägande inte varit helt sanningsenligt kring detta påverkar bedömningen av hennes trovärdighet. Omständigheter som påverkar målsägandes trovärdighet negativt är bland annat enligt tingsrätten att målsägande skickat sms med sadomasochistiska inslag till den tilltalade samt att hon haft egen kunskap om och intresse av så kallat **”dominanssex”**.¹⁶⁶ Det kan utifrån Nils Christies teori om det ideala brottsoffret ifrågasättas i vilken mån involvering i denna typ av aktiviteter påverkar bedömningen av målsägandes trovärdighet och agerande, utifrån förutfattade meningar om vem som är ett offer. Bedömningen och värderingen av ett visst agerande kan på det sättet påverkas av i vilken utsträckning målsäganden kan sägas passa in i föreställningen om vem som är ett våldtäktsoffer.

Tingsrätt beaktar i **”Stureplansdomen”** det förhållande att parterna sedan tidigare haft sex med våldsinslag med varandra i relation till om samtycke kunde anses föreligga. Det kan enligt tingsrätten konstateras att det utifrån detta inte kan utesluta att de tilltalade uppfattade det som att samtycke förelåg även vid detta tillfälle.

*” ... det är tänkbart att våld vid det aktuella tillfället kan ha använts som ett led i den sexuella samvaron och inte för att tvinga målsäganden till samlag eller andra sexuella handlingar. I vart fall kan de tilltalade ha uppfattat situationen på detta sätt”*¹⁶⁷

De resonemang som förs av tingsrätten i **”Stureplansdomen”** och av domstolarna i **”Säpomannen”** gällande parternas tidigare sexuella beteenden blir ur en aspekt en presumtion för samtycke.

*”Med hänsyn till de SMS som målsäganden skickat till XX i vilka hon uttrycker en önskan om att i sexuella sammanhang vara fastbojad eller fastspänd är det tänkbart att XX i ett inledningsskede trodde att det han gjorde skedde med målsägandens samtycke”*¹⁶⁸

Har parterna sedan tidigare haft sex av ett visst slag med varandra kan följaktligen ett visst samtycke anses föreligga även i fortsättningen för liknande aktiviteter. Har målsäganden en gång samtyckt till en viss typ av sexuella aktiviteter tillkommer det inte gärningsmannen en lika hög skyldighet att förvissa sig om att samtycke föreligger även vid nästa tillfälle. Innebär detta således att samtycket inte behöver ske i samma utsträckning från tillfälle till tillfälle? Kan samtycke ”sparas” och förutsättas? Offrets tidigare agerande i förhållande till gärningsmannen ges ur denna aspekt väsentlig betydelse.

Angående förhållandet mellan sexuella handlingar och våld så behandlar tingsrätten i **”Stureplansdomen”** på inget sätt en ökad skyldighet för de

¹⁶⁶ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 24

¹⁶⁷ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07 s 18 i tingsrättsdomen

¹⁶⁸ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 37f i tingsrättsdomen

tilltalade att vid sex med inslag av lättare våld förvissa sig om att målsäganden samtycker. Det faktum att sexuella aktiviteter involverar lättare våld kan utifrån detta inte heller sägas innebära en ökad skyldighet för gärningsmannen att förvissa sig om att samtycke föreligger, om parterna tidigare haft liknande sexuellt umgänge.¹⁶⁹ Detta kan dock jämföras med den ökade skyldighet angående samtycke som tingsrätten ansåg föreligga i fallet med **”Säpomannen”** med beaktande av målsägandes utsatta ställning.¹⁷⁰ Huruvida en sådan skyldighet finns kan framförallt diskuteras utifrån det faktum att våldshandlingen i sig i vissa fall kan anses utgöra en brottslig handling om den företas utan samtycke.¹⁷¹ Det kan därför diskuteras varför gärningsmannen inte åläggs en tydlig skyldighet att vid varje tillfälle förvissa sig om samtycke, både till det lättare våldet och de sexuella handlingarna.

Något resonemang förs vidare inte i **”Stureplansdomen”** eller **”Säpomannen”** huruvida de tilltalade, utifrån det förhållandet att parterna tidigare haft sexuellt umgänge med varandra, skulle kunna förväntas ha en ökad kännedom om målsägandes sexuella beteenden.¹⁷² Gärningsmannens förmåga att inse när målsägande inte samtycker till handlingarna anses således inte öka om parterna sedan tidigare haft sex med varandra. Detta trots att parterna skulle kunna förväntas ha en ökad kännedom om varandras sexuella beteende jämfört med om de inte haft sexuellt umgänge tidigare. Förhållandet att parterna sedan tidigare har haft en sexuell relation med varandra innebär, utifrån tingsrättens resonemang, i princip enbart en negativ omständighet för offret. Utifrån sådana förhållanden kan offrets handlingsskyldighet sägas öka medan gärningsmannen utifrån samma förhållanden får en minskad handlingsskyldighet. En tidigare sexuell relation blir på det sättet en förmildrande omständighet i förhållande till gärningsmannens uppsåt. Parallell kan här dras till den tidigare synen på våldtäkt som ett privat problem och hur det kan tänkas påverka vilken betydelse en tidigare relation mellan parterna får idag.¹⁷³

Tingsrätten anför i **”Stureplansdomen”** att det bör beaktas att målsägande sett upp till de tilltalade, att hon i alla fall inledningsvis haft känslor för de tilltalade och att målsägande genom sin sexuella relation med de tilltalade **”kommit in”** i vissa kretsar kring Stureplan. Målsägandes sociala ställning har enligt tingsrätten varit beroende av de tilltalade och det kan vara så att hon haft ett intresse av att hålla sig väl med de tilltalade.¹⁷⁴ Vilken relevans detta har för målsägandes förmåga att tydliggöra för de tilltalade att hon inte samtyckte till de sexuella aktiviteterna framkommer inte av domskälen. Tingsrätten för här ett spekulativt resonemang kring målsägandes sociala ställning i förhållande till de tilltalade och det framgår inte vilken betydelse

¹⁶⁹ Se resonemang i Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 17 i tingsrättsdomen

¹⁷⁰ Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 37 i tingsrättsdomen

¹⁷¹ Se exempelvis ett slag med öppen handflata som klassas som ringa misshandel enligt 3 kap 5 § BrB i relation till allmänna grunder för ansvarsfrihet i 24 kap 7§ BrB.

¹⁷² Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 17ff i tingsrättsdomen

¹⁷³ Se Leymanns teori om särintressen bakom brottsofferdefinitionen, Lindgren m.fl., 2003, s 27ff

¹⁷⁴ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 18 i tingsrättsdomen

detta har för bedömningen av parternas agerande. Det förs i sammanhanget ingen diskussion huruvida de tilltalade i sådana fall utnyttjat sin sociala ställning i förhållande till målsägande, och det är oklart huruvida domstolen spekulerar i huruvida målsägande av den anledningen samtyckt till de sexuella handlingarna.¹⁷⁵ Målsägandes sociala ställning och hennes agerande, utanför den konkreta situationen, tillmäts här betydelse. Samma omständigheter innebär samtidigt ingen utökad skyldighet för de tilltalade i förhållande till målsäganden.

Tingsrätten noterar avslutningsvis i ”**Stureplansdomen**” att det inte är säkert att målsägande gett uttryck för sitt ogillande och att hon i efterhand kan ha upplevt sig utnyttjad och sviken av sina vänner.¹⁷⁶ Detta även om det med beaktande av målsägandes efterföljande reaktioner i viss mån kan anses utrett att hon genom våld tvingats till samlag. Det föreligger följaktligen återigen, enligt tingsrättens resonemang, en handlingsskyldighet från målsägandes sida. Hon måste ge uttryck för sitt ogillande. Hon måste agera. Detta kan jämföras med det resonemang som förs av Malmö tingsrätt i **HSB 1083-09**. Tingsrätten framför att målsägande själv uppgett att hon var apatisk, förhöll sig passiv och var handlingsförlamad. På grund av detta ansåg tingsrätten att det inte kunde vara ställt bortom rimligt tvivel att den tilltalade insåg målsägandes motstånd. I **SH 8668-07** konstaterade hovrätten att man kan fråga sig ”*om inte målsägande borde ha ropat på hjälp*” men menar att målsägandes förklaring till varför hon inte agerade framstod som förklarlig. Detta kan relateras till Högsta Domstolens prejudikat i NJA 1988 s 40 där domstolen fastslagit att målsägande inte behöver ha gjort motstånd utan tillräckligt är att hon tydliggjort sitt bristande samtycke. När kan det anses att målsägande på ett tillräckligt tydligt eller korrekt sätt förmedlat till den tilltalade att hon inte samtycker? Även om Högsta Domstolen i fallet förtydligade att motstånd inte krävs så uppställs ändå ett krav på målsägande att agera genom att reagera. Detta trots att en möjlig reaktion hos våldtäktsoffer enligt viktimologen Magnus Lindgren är att respondera till händelsen med total passivitet. I fall med en passiv reaktion, som i **HSB 1083-09**, riskerar offret därför att bli rättslöst. Passivitet behandlades även i SOU 1995:60 i en studie av polisens attityd angående kvinnofrid.¹⁷⁷ Offret får enligt studien inte vara för passivt i förhållande till gärningsmannen utan att riskera att få sin trovärdighet ifrågasatt. Det ställs med andra ord upp vissa förpliktelser på offret gällande att reagera och agera på ett visst sätt i förhållande till gärningsmannen, och även till omgivningen om så är möjligt.

Detta ger intrycket av att domstolen betraktar målsägandes kropp som öppen till dess att uttryck för annat lämnats. Målsägandes kropp är tillgänglig så länge hon inte säger nej. Det är även värt att nämna i detta sammanhang att det inte förs någon diskussion i domskälen kring målsägandes vilja till de sexuella aktiviteterna, det resonemang som förs upprätthåller sig kring huruvida hon accepterat de sexuella handlingarna

¹⁷⁵ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 18f i tingsrättsdomen

¹⁷⁶ Svea hovrätts dom 2007-10- 16 i mål B 3806-07 s 19 i tingsrättsdomen

¹⁷⁷ SOU 1995:60 s 132

eller inte.¹⁷⁸ Detta resonemang kan ytterligare illustreras av hovrättens uttalande i **”Stureplansdomen”**:

”... hon denna gång inte accepterade de sexuella handlingarna och att hon protesterat såväl med ord som genom att försöka komma loss”¹⁷⁹

Sammanfattningsvis gällande **”Stureplansdomen”** kan konstateras att målsägandes agerande både innan, i och efter den konkreta situationen tillmäts stor betydelse. Det ansåg som uteslutet enligt hovrätten att de tilltalade, när målsägande protesterat såväl genom ord som genom att försöka ta sig loss, inte insett att samlaget inte var frivilligt från målsägandes sida.¹⁸⁰ Målsägandes agerande tillmäts här en utslagsgivande betydelse, framförallt att hon har agerat. Hon har aktivt visat att hon inte *accepterar* de sexuella aktiviteterna. Detta uttryckssätt kan återkopplas till ovanstående resonemang kring målsägandes viljeuttryck, att målsägande antingen accepterar sexuella handlingar eller inte snarare än att ha en aktiv vilja.

Målsägandes agerande ges även en central betydelse i **”Säpomannen”**. Hovrätten menade att det faktum att målsägande motsatt sig att delta i utredningen i viss mån samt att hon, enligt hovrätten, inte varit helt sanningsenlig gällande sitt intresse för BDSM påverkade bedömningen av hennes trovärdighet och tillförlitlighet. Målsägandes agerande under själva händelsen anses inte heller förenlig med det händelseförlopp som hon beskrivit. Såväl målsägandes underlåtenhet som aktiva handlingar tillmäts på det sättet betydelse och påverkar bedömningen av målsägandes trovärdighet.

Målsägande i fallet med **”Säpomannen”** är motsatsen till det som av Nils Christie beskrivs som det ideala brottsoffret.¹⁸¹ Som tidigare behandlats är hon inte involverad i en respektabel aktivitet, hon har frivilligt följt med till platsen med en gärningsman som hon känner sedan tidigare, gärningsmannen har ett respektabelt yrke och kan inte beskrivas i negativa termer. Målsägande har dessutom tidigare involverat sig frivilligt i liknande aktiviteter. Det kan diskuteras huruvida dessa faktorer påverkar målsägandes möjligheter att få stöd och uppfattas som offer och hur det påverkar bedömningen av hennes trovärdighet och agerande.

Hovrätten konstaterar i **”Säpomannen”** att målsägandes medicinska symptom talar för att hon utsatts för övergrepp eller

” ... i vart fall något som hon upplevt som något sådant”¹⁸²

¹⁷⁸ Ulrika Andersson har behandlat synen på offrets tillgänglighet och viljeuttryck i *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004

¹⁷⁹ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07 s 9

¹⁸⁰ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07 s 9

¹⁸¹ Se kapitel 2 Att vara ett offer, samt Lindgren m.fl., 2003, s 29

¹⁸² Svea Hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10 s 15f i tingsrättsdomen

Den personliga integriteten som sexualbrottslagstiftningens huvudsakliga skyddsintresse har framhållits både i SOU 2010:71 och inför 2005 års förändringar.¹⁸³ Utifrån detta kan det diskuteras vilken relevans som bör tillmätas offrets upplevelse för huruvida ett sexuellt händelseförlopp skett med hennes samtycke eller inte. Oavsett om straffansvar kan sägas föreligga eller inte har i vart fall en kränkning av den sexuella integriteten skett i en sådan situation.

Hur målsägande har reagerat efter den inträffade händelsen får betydelse för bedömningen av om hon har varit utsatt för ett allvarligt brott i flertalet av de fall som presenterats. Om målsägande har agerat på ett utåtriktat sätt, genom att vara upprörd, gråta, varit rädd eller uppvisat andra starka reaktioner, som exempelvis var fallet i **HVS 1462-08** ges betydelse för bedömningen av huruvida målsägande blivit utsatt för ett övergrepp. En bedömning skedde bland annat i **NJA 2009 s.47 II** huruvida målsägandes efterföljande reaktioner kunde tas som intäkt för att hon tvingats till samlag. I tingsrättens bedömning i **HSB 1083-09** anför domstolen att det bör beaktas att målsägandes vän inte direkt efter händelsen märkte någon reaktion hos målsägande samt att målsägande avvaktade en vecka med att berätta om händelsen. Detta trots att våldtäktsoffer, enligt viktimologen Magnus Lindgren, kan reagera på ett sådant sätt att våldtäkten förskjuts eller helt förträngs. Diesen har även anført att om ingen skada kan påvisas blir utgångspunkten i utredningen misstroende.¹⁸⁴ En efterföljande reaktion kan i avsaknad av tydliga fysiska skador likt en skada ge indikation på ett visst händelseförlopp. Målsägandes efterföljande reaktion och beteende ges på det sättet betydande relevans för målet.

I **NJA 2009 s.47 II** noterade Högsta Domstolen i sin bedömning av huruvida den tilltalade verkligen tilltvingat sig samlaget med våld att det framkommit av målsägandes egna uppgifter att hon inte inledningsvis betecknat händelsen som våldtäkt. Det kan tyckas anmärkningsvärt att detta ges betydelse då det i fallet rörde sig om en 15-årig målsägande och den tilltalade var en 16-årig bekant till målsägande. Det kan diskuteras huruvida en 15-årings uppfattning om vad som ingår i våldtäktsbrottet kan sägas utesluta att hon tvingats till samlag, och det kan i den bemärkelsen diskuteras hur våldtäktsbegreppets juridiska innebörd korrelerar mot en allmän uppfattning av begreppets innehåll. I vilket fall tillmäts detta förhållande från målsägandes sida betydelse i bedömningen huruvida samlaget skett under tvång eller inte.

Både tingsrätten och hovrätten i **HN 27-11** konstaterar att det inte kan tas för säkert att den tilltalade förstod att målsäganden motsatte sig att han rörde hennes slida på dansgolvet på ett uteställe. Hovrätten beskrev i sin bedömning att det kunde ses som ”*fullt rimligt*” att den tilltalade, utifrån det faktum att målsägande och den tilltalade dansat och kyssts trodde att han hade målsägandes samtycke när han förde in ett eller flera fingrar i hennes

¹⁸³ SOU 2010:71 s 17, SOU 2001:14 s 13

¹⁸⁴ Diesen, 2007, s 70ff

underliv.¹⁸⁵ Det faktum att målsägande samtyckt och aktivt kysst och dansat med den tilltalade ansågs således enligt domstolen tala för att hon samtyckte till att han förde upp fingrar i hennes underliv på ett dansgolv på ett uteställe. Att målsäganden samtyckt till viss interaktion kan följaktligen, enligt domstolarnas bedömning i detta fall, återigen indikera att målsäganden samtyckt till andra sexuella handlingar och att specifikt samtycke för varje enskild handling inte behöver ges. Detta trots att det kan förefalla vara viss distinktion mellan att dansa och kyssas och att föra in fingrar i någons underliv. Detta även med beaktande av att händelsen utspelade sig på en offentlig plats. Vilken syn på sexualitet ger denna typ av antaganden gällande målsägandes sexuella preferenser uttryck för? Är kyssar att betrakta som ett viljeuttryck från målsägandes sida gällande beröring av hennes underliv? Målsägandes agerande, att hon kysst och dansat med den tilltalade, var dock likväl av betydelse för bedömningen av samtycke och gärningsmannens uppsåt ifråga.

I nästan samtliga av de ovanstående fallen anger domstolen att målsägande inte har något motiv för att falskeligen anmäla den tilltalade för brott. I **NJA 2009 s.47 I** fastställer tingsrätten att målsäganden lämnat uppgifter i målet som är oförenliga med en vilja att falskeligen anklaga den tilltalade. Målsägandes motiv i förhållande till gärningsmannen får följaktligen betydelse för bedömningen av hennes trovärdighet. Det kan diskuteras huruvida denna typ av resonemang kring målsägandes uppsåt eller motiv i förhållande till den tilltalade kan hänföras till förutfattade meningar om att falska anklagelser i högre grad förekommer när det gäller våldtäkt än vid andra allvarliga brott. Gällande annan allvarlig brottslighet finns dock ofta annan huvudsaklig bevisning än en utsaga varför denna typ av resonemang kring målsägandens motiv kan sägas sakna relevans.

Offret kan sägas vara i fokus i samtliga rättsfall som presenterats i denna uppsats. Den betydelse som offrets tidigare relation till gärningsmannen och tidigare sexuella aktiviteter haft i ”**Stureplansdomen**” och fallet med den så kallade ”**Säpomannen**” indikerar att offrets agerande innan själva händelseförloppet kan ges betydelse för bedömningen av trovärdighet, samtycke och gärningsmannens uppsåt. Offrets agerande precis innan själva händelseförloppet, som i **HN 27-11**, gavs tydlig betydelse för bedömning av huruvida gärningsmannen förstod att målsäganden inte samtyckte till även andra aktiviteter. Hur och om målsägande har agerat i själva händelseförloppet har även tillmätts betydande relevans. I **HSB 1083-09** kunde det inte säkerställas att den tilltalade insett att målsägande inte samtyckte eftersom hon förhöll sig passiv och var apatisk och handlingsförlamad. Det kunde däremot inte ha undgått den tilltalade att målsägande efter gråt, motstånd, vädjande och aktiva protester, inte ville ha sex med honom i **SH 8668-07**. Hovrätten konstaterar i samma mål att det kan ifrågasättas varför inte den tilltalade ropade på hjälp, även om förklaringarna till detta är förståeliga. Varför målsägande inte påkallade på hjälp påpekas även av Högsta Domstolen i **NJA 2009 s47**. På vilket sätt,

¹⁸⁵ Hovrätten för nedre Norrlands dom 2011-03-28 i mål B 27-11 s 3

och framförallt om offret agerat får avgörande betydelse för bedömningen av samtycke och uppsåt. I samtliga fall har offrets efterföljande reaktioner och agerande i förhållande till utomstående personer varit av betydelse för domstolarnas bedömning.

I de fall som presenterats ovan behandlas samtycke speciellt i förhållande till gärningsmannens uppsåt. Offrets agerande får avgörande betydelse både för frågan om samtycke och i bedömningens nästa steg om gärningsmannen utifrån detta agerande kunde anses ha uppsåt till de genomförda handlingarna. Hur målsägande har agerat, reagerat och uppfört sig bedöms med utgångspunkt i vissa redan fastslagna föreställningar om ett våldtäktsoffers reaktioner. Avgörande för bedömningen huruvida samtycke förelegat eller inte och om den tilltalade har haft uppsåt i sitt handlande blir hur målsägande har agerat och hur dessa handlingar eller brist på handlingar korrelerar med föreställningar om hur ett potentiellt våldtäktsoffer förväntas bete sig. I de fall där målsägandens agerande är atypiskt i förhållande till det förväntade handlingsmönstret öppnas möjlighet upp för en annan bedömning av själva händelseförloppet. Bedömningen av målsägandes trovärdighet påverkas likaså av hur väl hennes agerande överensstämmer med ett för våldtäktsoffer förväntat agerande.

Ett förhållande som kan ha påtagligt samband med vilket fokus som riktas mot offret är åklagarens bevisbörda och sakförhållandet att målsägandes utsaga i många fall utgör avgörande bevisning. I kombination med oskyldighetspresumtionen kan detta leda till att målsägandes agerande får en avgörande betydelse även vid tillämpningen av en tvångsbaserad reglering.

8 Betydelsen av offrets agerande i engelsk praxis

Detta kapitel avser att redogöra för relevanta domar på området inom engelsk rätt. Syftet med detta är, som i redogörelsen för de svenska fallen, att få en inblick i vilket fokus som läggs på offrets agerande i domstolens överväganden. Fallen avser även ge en inblick i vilka resonemang kring samtycke som aktualiseras i en samtyckesbaserad våldtäktsreglering.

De engelska rättsfallen har valts ut utifrån liknande kriterier som de svenska. Sökning har sedan skett i databaser och relevant litteratur. Domskäl och bakgrund redovisas även här utifrån relevans för det huvudsakliga syftet. Fokus kommer inte riktas på specifika processrättsliga frågor inom den engelska rätten eller på övergripande sakfrågor inom våldtäktslagstiftningen utan centreras kring hur domen upprätthåller sig kring offrets agerande och samtyckets vara eller icke vara. Processrättsliga frågor kommer att behandlas i den utsträckning det är relevant för att förstå domstolens resonemang. Händelseförloppet kommer i högre grad att återges i sammanfattningen av de engelska rättsfallen. Detta då domstolen i sin bedömning i högre omfattning upprätthåller sig kring specifika sakomständigheter i bedömningen av samtycke och då detta i vissa fall är avgörande för förståelsen av domstolens resonemang.

Domstolens resonemang påverkas i hög grad av det faktum att juryn i underinstansen enskilt fattar beslut i skuldfrågan. Frågan om samtycke och offrets agerande aktualiseras i den mån det är relevant utifrån vissa processuella frågor som överinstansen har att ta ställning till. Med beaktande av detta kommer slutligen en analys kring rättsfallen och de resonemang som förs kring samtycke och offrets agerande att göras.

Fallen är från *Court of Appeal Criminal Division* och från tiden efter införandet av *Sexual Offences Act 2003* för att ge inblick i dagens rättstillämpning utifrån rådande samhällsströmningar.

8.1 R. v. Bree¹⁸⁶

Fallet har fått stor betydelse gällande bedömningen av målsägandes förmåga att samtycka, *capacity to consent*, vid kraftig påverkan av alkohol eller droger, som intagits frivilligt från målsägandes sida.

¹⁸⁶ [2007] EWCA Crim 804

8.1.1 Bakgrund

Målsäganden hade vid tidpunkten för det påstådda övergreppet varit kraftigt berusad och hade stora minnesluckor. Den tilltalades försvar och talan tog sin utgångspunkt i att målsägandes suddiga minnesbilder av kvällen berodde antingen på alkohol som fick henne att glömma att hon samtyckt till samlag, eller att hon ljög. I sina anvisningar till juryn hade domaren i underinstansen kortfattat upprepat den lagliga definitionen av samtycke och snabbt påtalat att målsägandes berusning kunde påverka hennes trovärdighet. Den huvudsakliga frågan i den tilltalades överklagande gällde huruvida domaren i underinstansen gett juryn tillräckliga instruktioner gällande innebörden av begreppen *capacity* och *consent*.¹⁸⁷

Det var i målet ostridigt att den tilltalade och målsäganden hade haft samlag vid tidpunkten för det påstådda övergreppet. Åklagaren anförde inledningsvis att den tilltalade skulle dömas eftersom målsägande, genom självförvållad kraftig berusning, var medvetlös under merparten av de sexuella aktiviteterna och därför saknade förmåga att samtycka.

Den tilltalade var vid den aktuella tidpunkten på besök hos sin bror som delade lägenhet tillsammans med målsäganden. Efter en kväll ute återvände målsägande och den tilltalade till hennes bostad. Där menade målsägande att den tilltalade förgripit sig på henne medan den tilltalade menade att samlag skett på uppmaning av målsäganden och med hennes samtycke.

Målsägande beskrev för juryn hur hon förhöll sig till den tilltalade.

“I did nothing or said anything in response. I felt as if I wasn't in my body”

Målsägande beskriver vidare att hon inte visste hur hon skulle agera eftersom hennes kropp inte lydde henne.

“I knew I didn't want this but I didn't know how to go about stopping it”

Målsägande uppgav att hennes bild av händelsen var väldigt hoplappad och hon medgav att hon inte hade sagt nej till samlag. Hon kunde med beaktande av minnesluckorna inte säga om hon responderade på den tilltalades handlingar eller om hon uppmanade honom. Hennes talan var att hon inte samtyckt till de sexuella aktiviteterna.

Den tilltalade anförde att han ansåg att målsägande trots sin kraftiga berusning inte varit urstånd till att samtycka och helt och hållet hade uppfattat situationen så. Han trodde enligt egen utsaga att hon hela tiden samtyckte och ansåg att hennes reaktioner och rörelser gjorde att hon verkade mycket entusiastisk.

¹⁸⁷ The Crown Prosecution Services Legal Guidance on Sexual Offences Act, http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sexual_offences_act/, hämtad 2011-11-25

Angående beröringen angav den tilltalade att han inledningsvis började styrka målsägande på ett tröstande sätt eftersom hon mått dåligt men efter att hon uppmuntrat hans beröring tog sig den en mer sexuell ton. Han strök henne länge eftersom ”one needed to be sure about consent”. Han ansåg inte att han behövde fråga henne om hon ville ha sex eftersom hennes agerande i övrigt indikerade att hon samtyckte till det.

Fallet förändrades under processen från att först omfatta talan där målsägande inte kunde anses samtycka till att målsägande inte samtyckt men som ett resultat av grav berusning inte hade förmåga att göra motstånd. Hennes förmåga att samtycka var dock intakt.

8.1.2 Court of Appeals bedömning

Domstolen konstaterar att det inte är något ovanligt att vuxna människor har sex med varandra när de är berusade. Givet att samlaget sker under samtycke är det inte våldtäkt på den grunden. Det är inte av betydelse om en person efteråt ångrade vad som hände. Om den målsägande samtyckte kan hennes samtycke inte återkallas i efterhand. ”*Drunken consent is still consent*”, detta menar domstolen kan ge en hänvisning om den legala situationen. Domstolen menar även att det belyser faktumet att en berusad man som avser att våldta och gör så inte ursäktas av att hans intentioner var en intention under berusning.

Domstolen menar att juryn inte fått tillräckliga instruktioner om hur den skulle förhålla sig till begreppen samtycke och förmåga, framförallt inte ifråga om frivillig berusning från målsägandes sida. Detta eftersom den enda instruktion som underrättsdomaren gett var vilken relevans alkoholintaget hade gällande hennes trovärdighet som vittne. Det var en fundamental del av den tilltalades försvar att målsägande varit vid medvetande genom akten och samtyckte till samlaget. Det hon hade druckit kan ha fått henne att agera på ett sätt som hon inte hade gjort om hon var nykter. Hon hade även druckit mycket mer än hon var van vid. Denna kritiska aspekt, menar domstolen inte behandlades tillräckligt, inte heller faktumet att hon kanske handlade på ett sätt, även om hon inte hade gjort det om hon varit nykter, som den tilltalade återgivit. Att juryn skulle ha detta i åtanke behandlades inte alls i underrättsdomarens instruktioner vilket enligt domstolen får anses vara en huvudsaklig brist. Överklagan beviljades.¹⁸⁸

8.2 R.v. John Streeton¹⁸⁹

8.2.1 Bakgrund

Försvaret överklagade och anförde att ny bevisning ger för handen att

¹⁸⁸ R. v. Bree [2007] EWCA Crim 804

¹⁸⁹ [2010] EWCA Crim 3271

domen från underinstansen inte är riktig. Frågan i målet var huruvida den nya bevisningen skulle godkännas och den tidigare domen undanröjas.

Målsägande och den tilltalade hade i fallet känt varandra i ett flertal år. De hade en vänskaplig relation och hade vid tillfällena tillsammans deltagit i aktiviteter med vissa sexuella inslag. Den aktuella kvällen åkte parterna, efter att ha mötts upp ute, tillsammans till den tilltalades lägenhet där de ostridigt hade samlag. Åklagaren anförde i fallet att detta skedde utan målsägandes samtycke och försvaret hävdade motsatsvis att samtycke förelåg. Frågan som aktualiserades var om juryn kunde ta det för säkert på att samlag hade förekommit utan samtycke.

Målsägande uppgav att hon hela tiden sa nej men att den tilltalade verkade ha stängt av och inte lyssnade. Den tilltalade erkände att samlag hade ägt rum men uppgav att den målsägande hade samtyckt. Hon sa aldrig stopp förens efter det att han hade penetrerat henne varpå han slutade omedelbart. Han bad då om ursäkt.

8.2.2 Court of Appeals bedömning

Domstolen konstaterar att det fanns tillräckligt med bevisning för att juryn skulle kunna nå en fällande slutsats gällande våldtäkt. Den nya bevisning bestod av ett vittnesmål med en Miss B, som haft en efterföljande konversation med. Domstolen övervägde om vittnesmålet var av den karaktären att juryn skulle ha nått en annan slutsats.

Miss B uppgav att den målsägande under en gemensam utekväll erkänt att hennes avsikt inte var att anmäla den tilltalade för våldtäkt, att hon uppsökt polis för att hämnas på den tilltalade för att han hade haft sex med henne och sedan sagt att han inte ville ha fortsatt kontakt. Domstolen konstaterar att inget i vittnesmålet ger för handen att målsägande ljög angående huruvida samlaget skedde med eller utan hennes samtycke. Domstolen konstaterar även att det är vanligt att målsägande efter en tid får ångest över vad som har hänt med den tilltalade, även om det inträffade är sant. Domstolen konstaterar att vittnets utsaga gällande att målsägande anmält den tilltalade för våldtäkt med syfte att hämnas inte för den skull gör målsägandes utsaga falsk. Det var enligt domstolen utan tvivel mycket svårt för den målsägande att gå till polisen eftersom hon hade känt den tilltalade under många år. De verkade vara vänner. Faktumet att hon anmälde honom för att hämnas konstaterar domstolen inte gör hennes utsaga falsk. Det nya vittnesmålet kan därför enligt domstolen inte undanröja den tidigare domen och överklagandet ogillades.

8.3 R. v. S¹⁹⁰

8.3.1 Bakgrund

Försvarets överklagande grundade sig på att underinstansdomaren nekat korsförhör med målsäganden angående dennes tidigare sexuella relation till den tilltalade. Försvaret menade att för att säkra den tilltalades rättigheter om en rättvis rättegång enligt artikel 6 ECHR måste förhöret tillåtas så att frågan om samtycke fick regelrätt handläggning.

Fallet rörde ett gift par som vid tillfället för incident hade levt tillsammans i fem år. Efter en tids separation hade paret innan händelsen återförenats men på grund av den tilltalades humörsvängningar hade det återigen tagit slut. Även om den tilltalade inte accepterade att förhållandet var över gick han med på att flytta ut ur deras gemensamma bostad. Enligt målsägandes utsaga hade den tilltalade den aktuella dagen våldtagit henne under i deras tidigare hem. Den tilltalade menade att samlag skett med samtycke och att paret sedan börjat bråka.

8.3.2 Court of Appeals bedömning

Court of Appeal ansåg att det utan korsförhör var tydligt för juryn att äktenskapet mellan parterna inte var lyckligt och att målsägande beskrivit en sexuell relation som hon inte mådde bra av. Domstolen konstaterar i sitt övervägande att det är parternas relation den aktuella dagen som är av relevans. Utifrån detta kunde inte juryns bristande kunskap om detaljer parternas tidigare sexuella relation sägas ha haft en vilseledande effekt på deras bedömning i skuldfrågan.

Försvaret menade att om juryn vetat om att samlag med samtycke ägt rum precis innan hade de kanske ändrat sin uppfattning om den tilltalades skuld. Denna uppfattning delades inte av domstolen som inte ansåg att det fanns något legalt samband mellan ett samlag man och hustru emellan och en eventuell våldtäkt. Det var rätt av underinstansen att neka till korsförhör med målsägande och överklagandet avslogs.¹⁹¹

8.4 R. v. Nathan Wright¹⁹²

8.4.1 Bakgrund

Försvarets överklagade grundade sig på att underinstansdomaren gett juryn otillräckliga instruktioner gällande samtycke och förmågan att samtycka vid målsägandes frivilliga berusning.

¹⁹⁰ [2010] EWCA Crim 1579

¹⁹¹ R. v. S [2010] EWCA Crim 1579

¹⁹² [2007] EWCA Crim 3473

Målsägande och två vänner var ute för att fira målsägandens födelsedag och mötte upp den tilltalade och hans vänner. Målsägande var kraftigt berusad och den tilltalade hade enligt åklagaren sex med henne utomhus när hon var medvetslös, och alltså inte samtyckte eller var i stånd att samtycka till samlag. Försvaret anförde att målsägande aktivt uppmuntrade den tilltalade att ha samlag med henne.

Det var i målet ostridigt att samlag hade förekommit. Underinstansdomaren återgav ur målsägandes huvudsakliga vittnesmål att hon efter ett en stunds umgänge och drickande med killarna kände sig vimmelkantig, blockerad och att hennes uppfattning blev dimmig och oklar. Målsägande återgav sedan hur hon tappade kontroll över sin kropp.

"I felt no control over my body. I knew what was happening, I couldn't do anything"

Huvudfrågan i fallet var huruvida målsägande var medvetslös eller inte. Underinstansdomaren framförde framför juryn att om de kunde konstatera att målsägande var medvetslös och att den tilltalade kände till detta att det kan konstateras att målsägande inte samtyckte och att den tilltalade inte rimligtvis kunde tro att hon gjorde det. Om juryn accepterade att hon var medvetslös var den tilltalade med andra ord skyldig. Försvaret anförde att hon tagit initiativ till samlaget eller uppmuntrat det. Om så var fallet var den tilltalade inte skyldig.

8.4.2 Court of Appeals bedömning

Court of Appeal konstaterade att det inte fanns behov av tydligare redogörelse inför juryn och att sådant kunde ha förvirrat juryn i sitt utslag.

Domstolen framförde att målsägande vittnat om att hon var passiv och så gott som medvetslös. Detta motsätter sig helt försvarets anförande om att hon entusiastiskt har uppmuntrat till samlag. Därför var det rätt av underinstansdomaren att ge juryn instruktion om att om de godtog målsägandes bevisning så skulle den tilltalade anses skyldig. Överklagandet avvisades.¹⁹³

8.5 R. v. H¹⁹⁴

8.5.1 Bakgrund

Målsägande kom tillsammans med två vänner för att fira nyår i centrala London. Hon var kraftigt berusad och kom bort från sina vänner och slutade i sällskap med en grupp för henne tidigare okända män i en bil. Den tilltalade var en av dem. Målsägande anförde att den tilltalade och även andra män i bilen förgrep

¹⁹³ R. v. Nathan Wright [2007] EWCA Crim 3473

¹⁹⁴ [2007] EWCA Crim 2056

sig på henne. Målsägande beskrev hur hon tror att hon sa till den tilltalade att sluta men att han kanske inte uppfattade det eftersom hennes jeans låg över hennes ansikte och det spelades musik i bilen.

“... I just remember the man in the back saying, ‘Can I have sex?’ but I can't remember what I said to him and all of a sudden my trousers were like yanked down and then he was like, he'd like pulled them down to my knee and then he just like pushed my legs forward and my like jeans were like covering my face and my nose, and he was just like having sex with me and I remember I couldn't breathe or anything.”

Den tilltalade menade att samlag skett med samtycke.

Åtalet ogillades i underinstans och åklagaren överklagade till *Court of Appeal*.

Åklagaren menade att målsägandes innebörd av *“consent”* måste tolkas som att hon inte kunde återge om hon faktiskt hade sagt ja eller nej, något som försvaret motsatte sig. Försvaret menade att målsäganden tydligt inte kunde utesluta att hon sagt ja till sex och att åtalet skulle ogillas eftersom det inte kunde säkerställas att samlag skett utan samtycke. Först och främst ansågs målsägande haft förmåga att samtycka eftersom hon hade avvisat de andra männen. Oaktat frågan om förmåga var det centrala om målsägande faktiskt hade samtyckt. Försvaret menade att det inte gick att utesluta att den tilltalade hade sagt ja.

Åklagaren menade att det fanns övervägande bevis för att målsäganden inte samtyckte. Hon pekade även på det faktum att målsägande grät när hon lämnade platsen, att hon sagt att hon kände sig äcklad över sig själv och att hon inte bara så där skulle ha gått med på att ha sex. Åklagaren hävdade vidare, att även målsägande hade gått med på samlag, vilket framstod som högst osannolikt, var det även en fråga om hon hade förmåga att samtycka. Det fanns övervägande bevis enligt åklagaren för att så inte var fallet.

Underrättsdomaren som valde att stoppa målet framförde i sina domskäl att målsägandes bevis var att hon inte trodde att hon hade samtyckt. Han menade att åklagaren accepterade att hon inte kunde utesluta att hon sagt ja. Underrättsdomaren konstaterade att det följer av *R. v. Bree* att även om det finns bevis på att målsägande var berusad så är detta inte tillräckligt för att säkerställa slutsatsen att målsägande saknade förmåga att samtycka. Han återkopplade även till vad den målsägandes vänner sagt i förhör om att målsägande även om hon var kraftigt berusad var förmögen att uttrycka sig själv tydligt, vara envis och uttrycka sin vilja.

8.5.2 Court of Appeals bedömning

Court of Appeal konstaterar att det i fallet finns tillräckliga bevis presenterade inför juryn för en fällande våldtäktsdom. Målsägande har tydliggjort att hon inte ville ha sex när hon satte sig i bilen, att hon inte ville ha sex när hon upptäckte sina kläder i sitt ansikte och att hon sa till mannen

att sluta under samlaget. Faktumet att hon inte sa nej under själva penetrationen kan enligt domstolen inte vara avgörande. Försvarets argument att samtycke inte kan uteslutas eftersom målsägande har minnesluckor och att det är avgörande för fallet ansåg domstolen kan uteslutas på grund huvudsakliga principer fastslagna i R. v. Bree.

Underinstansdomarens beslut att stoppa målets föredragning inför jury ansågs inte lämpligt med beaktande av att det i fallet rörde sig om en 16-årig ensam, berusad och utsatt flicka som plockats upp av främlingar, som har haft sex med henne snart därefter och hon upprepade tillfällen anger att hon inte skulle ha samtyckt till sex under dessa omständigheter. Åklagarens överklagan beviljades därför och målet återförvisades till underinstans.¹⁹⁵

8.6 R. v. Farid Taran¹⁹⁶

8.6.1 Bakgrund

Försvaret anförde fyra olika grunder för sitt överklagande. Den första grunden rörde huruvida underinstansdomaren gav bristande instruktioner till juryn gällande möjligheten att även om den målsägande inte samtyckte så hade den tilltalade skäl att tro att hon gjorde det. För det andra anförde försvaret att utfallet är osäkert eftersom juryn beslutade i frågan samtidigt som de även beslutade om tre övriga åtalspunkter relaterade till samma händelse. I tredje fall menade försvaret att domen är felaktig eftersom domaren inte uttryckligen påminde juryn att de skulle ha i åtanke att målsägandes uppvisade oro efteråt kanske var spelad. Försvaret hävdade avslutningsvis att domen var felaktig för att domaren inte i sin sammanfattning inkluderade en generell hänvisning till juryn om att inte spekulera.

Det var i målet ostridigt att den tilltalade plockade upp målsägande med sin bil efter en utekväll. Den tilltalade körde därefter till en mörk parkeringsplats och efter det går utsagorna isär. Målsäganden menade att den tilltalade våldtog henne medan den tilltalade hävdade att målsäganden initierat och uppmuntrat till samlag och sedan blivit sur när han avvisat henne.

Huvudfrågan som juryn hade att ta ställning till var huruvida den målsägande samtyckt eller inte, inte om den tilltalade trott att hon samtyckt eftersom den frågan inte aktualiserats utifrån parternas utsagor.

8.6.2 Court of Appeals bedömning

Court of Appeal konstaterar inledningsvis att det vid första anblick av de materiella förutsättningarna i fallet inte fanns anledning för

¹⁹⁵ R. v. H [2007] EWCA Crim 2056

¹⁹⁶ [2006] EWCA Crim 1498

underinstansdomaren att instruera juryn angående den tilltalades skäliga tro på målsägandes samtycke. Målsägande återgav att hon kämpade för att ta sig ut ur bilen vilket gör hennes bristande samtycke uppenbart. Den tilltalades utsaga presenterade istället en situation där målsägande ”kastade” sig över honom. I ingen av utsagorna fanns det utrymme för missförstånd från den tilltalades sida gällande målsägandes samtycke.

Domstolen konstaterar att juryn kan ha kommit till slutsatsen att det inte var säkert att målsägande, även om hon hade blivit våldtagen, inte överdrev gällande de övriga anklagelserna. Juryn var fullständigt berättigad till att tro att inte alla incidenter som målsägande beskrivit ägt rum. Det kan enligt domstolen även övervägas om juryn beaktade möjligheten att målsägande samtyckt till mindre sexuella handlingar men inte till fullt samlag men detta gör inte för handen att underinstansdomaren borde ha instruerat juryn gällande rimlig tro på samtycke. Detta eftersom det, enligt domstolens uppfattning, inte finns möjlighet till missförstånd gällande om målsägande samtyckte eller inte. Om målsägande har blivit våldtagen finns det lite utrymme för slutsatsen att hon därefter har samtyckt till andra sexuella handlingar för att sedan bli våldtagen igen. Antingen samtyckte hon eller så gjorde hon det inte.

Gällande målsägandes efterföljande reaktioner anför domstolen att två poliser som träffade målsägande precis efter händelsen har vittnat om att målsägande var väldigt orolig och stressad. Court of Appeal menar att det hade varit önskvärt om domaren hade påmint juryn om att beakta att oron och stressen, om den var genuin eller inte, kunde bero på ångest över sex som hade skett olyckligtvis men dock i samförstånd. Dock påtalar domstolen att juryn inte kan ha missat att beakta sådana omständigheter. Detta eftersom den tilltalades utsaga grundades på att målsägande varit upprörd eftersom hon förlorat sin oskuld under omständigheter som kanske var motbjudande och inte vad hon önskade.

Försvarets sista grund för överklagande, att underinstansdomaren underlåtit att instruera juryn gällande spekulationer, menade domstolen inte heller kunde beaktas. Detta eftersom juryn varit tvungna att dra slutsatser utifrån vissa fakta och vad de trodde. Det fanns enligt domstolen inte utrymme för andra spekulationer än de som var nödvändiga för att nå en slutsats gällande skuldfrågan. Överklagandet avsågs.¹⁹⁷

8.7 R. v. White¹⁹⁸

8.7.1 Bakgrund

Överklagande tilläts på grund av att underinstansen nekat till viss bevisning.

Ostridigt i målet var att målsägande och den tilltalade den aktuella kvällen träffades på en pub, där de även vid tidigare tillfällen setts. De fortsatte därefter kvällen hemma hos målsäganden. Målsägande blev berusad och den

¹⁹⁷ R. v. Farid Taran [2006] EWCA Crim 1498

¹⁹⁸ [2004] EWCA Crim 946

tilltalade frågade om hon ville följa med honom in till sovrummet varpå målsägande svarade att hon inte ville. Enligt målsäganden släpade därefter den tilltalade in henne i sovrummet där han trots hennes protester och motstånd genomförde samlag med henne. Den tilltalade uppgav i sitt vittnesförhör att samlag skett på målsägandes initiativ och med hennes samtycke. Han uppgav att hon tidigare bett honom om pengar men att han hade nekat henne. När de hade haft sex slumrade han till och när han vaknade var hans plånbok borta. Målsägande hade den då i sin hand och han fick kämpa för att få den tillbaka.

Målsägande klargjorde själv i sitt vittnesmål att hon arbetat som prostituerad de senaste 19 åren men att hon vid den aktuella tidpunkten inte längre ”gick på gatan”.

I underinstans begärde den tilltalade att som bevisning få korsförhöra målsägande om hennes förehavande som prostituerad. Underrättsdomaren anförde att det som är stridigt i målet är frågan om samtycke och att bevisning av sådant slag kan tillåtas om det är relevant för frågan om samtycke och målsägandes beteende. Underrättsdomaren konstaterade att den målsägandes förflutna som prostituerad inte hade relevans för faktumet om hon på det aktuella tillfället samtyckte till samlag. Domaren ansåg även vidare att tillåta bevisningen skulle kunna leda till att juryn på felaktig grund drog slutsatser angående att det var mer troligt att målsägande som tidigare prostituerad skulle samtycka till samlag.

8.7.2 Court of Appeals bedömning

Court of Appeal uttalade följande angående den otillåtna bevisningen;

”It should today be a simple commonplace that a prostitute is as much entitled to say No as any other woman, and the fact that the complainant is or was a prostitute is no reason on its own to suppose that she might have been any more ready than the next woman to say Yes ”

Domstolen diskuterar betydelsen av målsägandes tidigare förflutna, och konstaterar slutligen att det kan spekuleras i, även om domstolen inte accepterar den slutsatsen, huruvida hennes agerande som prostituerad potentiellt är en relevant förklaring för varför hon falskt skulle anklaga den tilltalade för våldtäkt. Även om ett tidigare förflutet som prostituerad i vissa situationer kan ha relevans uppger dock domstolen slutligen att det i detta fall inte har betydelse för frågan om samtycke eller om hur målsägandes skador uppkom. Faktumet att den tilltalade vill att juryn ska upplysas om att målsägande är prostituerad är inte relevant för sakfrågan. Han var inte vid tillfället medveten om att hon var prostituerad, och han var inte en av hennes klienter.

Överklagandet ogillades.¹⁹⁹

¹⁹⁹ R. v. White [2004] EWCA Crim 946

8.8 Vilken betydelse tillmäts offrets agerande i engelsk praxis? En analys

Utifrån de rättsfall som presenterats ovan kan det noteras att målsägandes utsaga ges stort utrymme. Den återges ofta med citat från målsäganden, både från polisförhör och från vad som sagts inför juryn i underinstansen. I refererandet av både målsägandens och den tilltalades utsagor är målsägandens konkreta agerande i fokus. Målsägandes agerande är i samtliga fall bedömningens huvudsakliga fokus.

I **R. v. Bree** uppges av den tilltalade att han försökte försäkra sig om målsägandes samtycke eftersom detta var något ”*one needed to be sure about*”. Han ansåg dock att han inte behövde fråga henne rakt ut om hon ville ha sex eftersom hennes agerande i övrigt indikerade samtycke. Den tilltalade redogör i vilket fall för hur han har försäkrat sig att han hade samtycke till sitt agerande. Det framkommer dock på intet sätt att han, dels med beaktande av målsägandes kraftiga berusning dels med beaktande av att lagstiftningen kräver samtycke, har en ökad skyldighet att förvissa sig om att samtycke förelåg i förhållanden när målsägande är i en mer utsatt position. Detta kan jämföras med House of Lords resonemang i **R. v. Olugboja** där domstolen konstaterade att avsaknaden av motstånd inte automatiskt gör att samtycke kan presumeras.

I samma fall ifrågasätter Court of Appeal målsägandes bristande samtycke utifrån det faktum att hon frivilligt berusat sig. Detta var något som domstolen ansåg att juryn borde ha upplysts om. Frågan är huruvida hon samtyckte trots sin berusning, det är således målsägande samtycke i det aktuella skedet som är avgörande likaså den tilltalades uppsåt i ögonblicket. Domstolen ifrågasätter huruvida målsägande skulle ha agerat likadant om hon var nykter och menar att detta borde ha beaktats i bedömningen. Målsägandes agerande och faktumet att resonemang kring detta inte presenterats i tillräcklig utsträckning för juryn blev i målet av avgörande betydelse i domstolens bedömning. Det faktum att målsägande varit berusad är i fokus referatet igenom.

Court of Appeal behandlar ingående betydelsen av målsägandes bakgrund i **R. v. White** och konstaterar att det faktum att målsägande har ett förflutet som prostituerad inte kan sägas vara relevant för hennes förmåga att samtycka eller inte. Målsägandes eventuella motiv att falskeligen anklaga den tilltalade för våldtäkt behandlas även och målsägandes person och utsaga är centralt domen igenom. Målsägandes uppsåt i förhållande till den tilltalade behandlas även i **R. v. John Streeton**, där domstolen konstaterar att även om målsägande hade motiv för att anmäla den tilltalade för våldtäkt att detta inte automatiskt gör hennes utsaga till falsk.

Gällande målsägandes handlingsskyldighet uttalar sig Court of Appeal i **R. v. H** att målsägande har tydliggjort att hon inte vill ha samlag. Att hon inte

specifikt sa nej kan dock inte anses som avgörande. Målsägande åläggs en skyldighet att agera, att visa att hon inte samtycker men att detta sedan inte behöver ske på ett specifikt sätt. I *R v Olugboja*²⁰⁰ konstaterade House of Lords att det faktum att offret inte gör motstånd inte innebär ett samtycke. Jämförelse kan här göras med det ställningstagande som Högsta domstolen gjort i NJA 1988 s 40 där domstolen slår fast att fysiskt motstånd inte behövs så länge målsägande klargjort på annat sätt att hon motsätter sig gärningsmannens önskan eller avsikt. Således måste målsägande på något sätt påvisa för gärningsmannen att hon motsätter sig hans agerande, att hon inte samtycker till hans handlande även om regleringen använder sig av samtycke som grundläggande rekvisit för straffansvar. Det framkommer inte tydligt ur något av ovan studerade engelska avgöranden att det tillkommer gärningsmannen en positiv skyldighet att förvissa sig om att samtycke förelåg. I vilket fall för domstolen inte i något av fallen ett resonemang om hur detta har skett.

Samtliga fall som presenterats ovan betonar inte i någon större utsträckning på ett viljeuttryck från offrets sida. I tillämpning av lagen förmedlas, i enlighet med Munros teorier, snarare om kvinnan tillät handlingarna än om hon önskade, planerade eller efterfrågade dem.²⁰¹ I *R.v. Bree* är frågan huruvida offret hade förmåga att samtycka väsentlig. Detta befäster synen på att offret ska ha förmåga att acceptera sexuella handlingar snarare än att det ska vara en aktiv vilja eller initiativtagande.

Vikten av att målsäganden har agerat återkommer i *R. v. Farid Taran* där domstolen anför att eftersom målsägande kämpat för att ta sig ur bilen så är hennes bristande samtycke uppenbart. I fallet upprätthåller sig även Court of Appeal kring faktumet att målsägande efteråt varit orolig och stressad. Något resonemang förs dock inte kring om detta kan ses som en indikation på att målsägande utsatts för övergrepp. Domstolen påtalar istället att underinstansdomaren borde ha upplyst juryn om att denna reaktion kunde ha berott på andra omständigheter. Detta kan jämföras med det resonemang som förts av de svenska domstolarna i de fall av svensk praxis som presenterats ovan, bland annat i *NJA 2009 s.47 II, HSB 1083-09* samt i *HVS 1462-08*, där offrets reaktioner tagits i beaktande i bedömningen av om hon har varit utsatt för ett brott eller inte.

Angående mål där parterna sedan tidigare har en sexuell relation med varandra konstaterar domstolen i *R.v. S* att det faktum att parterna tidigare haft samlag med samtycke inte hade samband med en eventuell våldtäkt. Av den anledningen avslogs försvarets begäran att korsförhöra målsägande gällande parternas tidigare samliv. Det är, utifrån Court of Appeals resonemang i detta fall, inte relevant för bedömning angående samtycke i en specifik situation huruvida målsägande tidigare har samtyckt till sex på ett visst sätt med den tilltalade. Det är samtycket i den aktuella situationen som

²⁰⁰ *R. v. Olugboja* (1981) 3 All ER 443

²⁰¹ Se även resonemang i avsnitt 7.8. Ulrika Andersson har behandlat synen på offrets tillgänglighet och viljeuttryck i *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004

är av betydelse. Detta kan jämföras med de svenska domstolarnas resonemang kring samtycke och i **”Stureplansdomen”** respektive **”Säpomannen”**. I dessa fall gavs relationen mellan de tilltalade en avgörande betydelse för bedömningen av den tilltalades uppsåt och huruvida han förstod att målsägande inte denna gång samtyckte när hon tidigare samtyckt till sexuella handlingar av ett visst slag. I **”Stureplansdomen”** och **”Säpomannen”** behandlades frågan om samtycke med beaktande av parternas tidigare relation och den tidigare relationen kunde ur vissa aspekter sägas bli till en negativ omständighet för målsägande i bedömning av om hon samtyckt vid det aktuella tillfället. I **R. v. S** lämnas istället den tidigare sexuella interaktionen mellan parterna utanför bedömningen av samtycke vid det aktuella tillfället. Samtycket kan ur den synvinkeln inte presumeras i lika hög utsträckning som den kan anses göras i domstolarnas bedömning i **”Stureplansdomen”** och **”Säpomannen”**. Court of Appeals uttalande i **R. v. S** indikerar att målsägande tidigare samtycke till sexuella handlingar av ett visst slag inte automatiskt kan förutsätta att hon även nästa tillfälle samtycker. Samtycke måste utifrån det resonemanget säkras vid varje enskild tillfälle.

9 Sammanfattande slutsatser

Avslutningsvis kommer jag i detta kapitel att redogöra för mina sammanfattande slutsatser i ett försök att besvara det syfte och de frågeställningar som inledningsvis har formulerats. Detta görs utifrån uppsatsens beskrivande såväl som analyserande material.

9.1 Innebär en samtyckesbaserad våldtäktsreglering ett ökat fokus på brottsoffret?

I de engelska rättsfallsreferat som studerats anser jag att offret är det centrala referatet igenom. Detta trots att utgångspunkten i domstolens bedömning är hur samtycke och offrets agerande på olika sätt förhåller sig till vissa processuella frågor. Offrets person, beteende, agerande eller icke agerande är i fokus i såväl målsägandes egen utsaga som i den tilltalades. I de processuella frågeställningar som aktualiserats i överklagandena, exempelvis gällande vilken bevisning som ska tillåtas, är det målsägandes agerande som är i centrum. I exempelvis **R. v. John Streeton**, är frågan om ny bevisning ska tillåtas med en kvinna som kan uttala sig om hur målsägande har betett sig i anslutning till händelsen.

Hur målsägande har betett sig, om aktivt agerande har skett, efterföljande reaktioner har, som jag ser det, en avgörande betydelse även i de resonemang som förs i de svenska domskälen. I de svenska domskälen behandlas frågan gällande målsägandes eventuella skador i högre utsträckning och huruvida detta kan tas som ett tecken på våld. Om anledningen till att detta inte behandlas i samma utsträckning i de engelska referaten är att det inte är av samma betydelse eftersom den huvudsakliga frågan är om offret samtyckte eller inte eller om det beror på referatens formalia är svårt att avgöra utifrån det presenterade materialet. Det är även möjligt att båda faktorerna är av betydelse i det avseendet.

Eftersom den engelska lagstiftningens avgörande rekvisit är huruvida offret samtyckt eller inte får offret formellt en avgörande betydelse. Samtidigt så anser jag att de engelska referaten riktar ett högre fokus på offret i den specifika händelsen snarare än att skapa en helhetsbild av vem offret är utifrån vissa specifika bakgrundsfakta, och sedan utifrån den grunden avgör huruvida gärningsmannen hade fog att anta att målsägande samtyckte. Resonemangen som Court of Appeal för i **R. v. White** samt **R. v. S** tycker jag illustrerar detta. Jämförelse kan här göras med de svenska tankegångarna i **Stureplansdomen** och fallet med **Säpomannen**. I dessa fall behandlar både tingsrätterna och hovrätterna målsägandes tidigare förehavanden ingående. Denna typ av förhållanden får sedan betydelse i bedömningen av gärningsmannens uppsåt och målsägandes trovärdighet.

Det kan ifrågasättas huruvida en samtyckesbaserad lagstiftning i själva verket innebär ett ökat fokus på målsägandes agerande utifrån de fall som studerats i denna uppsats. Detta framförallt med beaktande av vilket fokus som med dagens tvångsbaserade reglering ändå riktas på målsägande i de svenska rättsfallen. Även om målsägandes agerande angående det specifika händelseförloppet kan komma att tillmätas ökad betydelse kan det diskuteras om detta samtidigt leder till att målsägandes förehavanden utanför det specifika händelseförloppet får minskad betydelse. Hänvisning kan här göras till Leijonhuvud och hennes argument att gärningsmannens agerande i det aktuella gärningsögonblicket hade hamnat i högre fokus med en samtyckesbaserad reglering.²⁰² Samtycket i det specifika händelseförloppet får i vilket fall en formellt sett avgörande betydelse och utifrån det kan det diskuteras vem av målsäganden och den tilltalade som kommer vara centralt. Utgången av den frågan kan påverkas av hur lagstiftningen utformas och vad som avkrävs begreppet samtycke i sig.

Viktimologen Magnus Lindgren har beskrivit hur många våldtäktsoffer upplever att de får stå till svars för det som inträffat snarare än förövaren.²⁰³ Även om denna upplevelse inte kommer att avta eller försvinna med en samtyckesbaserad reglering så anser jag att det kan ifrågasättas om offrets förehavanden kan komma mer i fokus i den svenska tillämpningen än idag. Brottsoffermyndigheten framförde angående de argumenten mot en samtyckesbaserad reglering som framfördes inför 2005 års förändringar att offrets berättelse oavsett kriminaliserings gränsdragning är central ur bevisningssynpunkt eftersom det sällan finns andra direkta bevis. Enligt myndigheten var det med beaktande av detta ologiskt att en samtyckesreglering i högre grad skulle inriktas på målsägandes beteende och klädsel. Wersäll och Rapp framförde att en större fokusering på offret än i dagens rättstillämpning menar de knappast är möjlig.

Utifrån de fall som behandlats i denna uppsats uppfattar jag att målsägandes beteende ges väsentlig betydelse även i dagens tvångsbaserade reglering. Detta påverkas också i hög grad av bevisbördans placering i brottmål. Åklagarens bevisbörda och faktumet att målsägandes utsaga i många fall utgör den huvudsakliga bevisningen är en aspekt som tydligt påverkar vilket fokus som riktas på målsäganden. Det är målsägandens utsaga som ska ställas till svars eftersom den tilltalade inte behöver påvisa sin oskuld. Detta leder till att målsägande även med en tvångsbaserad reglering hamnar i fokus.

²⁰² Leijonhufvud, 2008, s 11ff

²⁰³ Lindgren m.fl., 2003, s 31

9.2 Går det att relatera en samtyckesbaserad reglering i svensk lag till den engelska rätten?

Inför 2005 års reform och i SOU 2010:71 har den engelska rättens samtyckesbaserade lagstiftning och erfarenheter från denna använts för att exemplifiera vilka konsekvenser en samtyckesbaserad reglering kan få.

Diesen har anfört att dessa jämförelser har vissa tydliga brister och att en jämförelse med England inte kan användas för att döma ut en samtyckesbaserad lagstiftning i Sverige. Diesen menar också att det faktum att samtycket inte haft den normerande verkan i England som hade kunnat vara önskvärt, påverkas av det engelska samhällets struktur och det engelska rättsväsendets konservativa natur.

Även om erfarenheter från den engelska samtyckesbaserade regleringen kan vara värdefulla vid beaktandet av om Sverige ska införa en samtyckesbaserad lagstiftning kan det diskuteras vilken betydelse skilda rättssystem, skilda rättstraditioner, samhällsideal, samhällsstruktur med mera har. Är det den samtyckesbaserade lagstiftningen i sig som leder till verkningarna eller i vilken grad kan det relateras till andra faktorer i det engelska samhället eller rättssystemet? Är det lämpligt att utifrån den engelska rättens erfarenheter dra slutsatser om brottsoffrets roll vid ett eventuellt införande av en samtyckesbaserad våldtäktsreglering i svensk rätt?

Den samtyckesbaserade regleringen i den engelska rätten har sin bakgrund i common law och det är tänkbart att lagens utformning har påverkats av den traditionella tillämpningen som funnits under en lång tid. Asp har framfört att det utifrån den engelska lagstiftningen blir tydligt att samtyckesbegreppet i sig inte klagör vad som är tillåtet och inte. Själva begreppet samtycke och dess innehåll har även varit föremål för omfattande diskussioner av forskare med feministisk inriktning i England, bland annat Munro och Cowan. Vilket innehåll begreppet samtycke har getts och dess avgränsningar inom den engelska rätten är något som automatiskt inte behöver vara likvärdigt vid en eventuell svensk samtyckesbaserad reglering. Detta med beaktande av bland annat en ren språklig begreppstolkning, att begreppet har en viss historisk betydelse inom den engelska rätten jämfört med den svenska och att innebörden som begreppet idag har i den engelska våldtäktsregleringen med stor sannolikhet har påverkats av historiska rättstraditioner.

I den engelska brottmålsprocessen i våldtäktsfall sker bedömning i själva skuldfrågan av en jury. Detta efter vissa hänvisningar av en domare men domaren medverkar sedan inte i juryns överläggningar. Juryn väljs även ut slumpvis. Detta till skillnad från den svenska rättstillämpningen där jurysystemet inte existerar. I jämförelse mellan jurysystemet och nämndemannainstitutet bör beaktas att en lagfaren domare medverkar och leder rättens överläggningar i svensk rätt och på så sätt har större inflytande

gällande utgången i målet. Nämndemännen väljs även med beaktande av den politiska fördelningen i landet och inte slumpmässigt. Nämndemännen deltar även med återkommande frekvens i huvudförhandlingar och kan på så sätt få viss ökad insikt i rättssystemets grundläggande principer och värden. Utan närmare diskussion kring juryinstitutet är dock detta en faktor som jag anser är värd att beakta när följer av den engelska rättstillämpningen och lagstiftningen bedöms.

Den engelska rätten anses vara mer konservativ till sin natur, och så även det engelska samhället överlag. I och med juryinstitutet får gemene mans värderingar och samhällsideal en tydlig effekt på utgången i skuldfrågan och även betydelse på vad som framförs inför juryn. Eftersom försvarets huvudsyfte är att övertyga juryn om den tilltalades oskuld i fall där den tilltalade förnekar brott, *non guilty plea*, är det tänkbart att omständigheter som är av mindre juridisk relevans kommer i fokus, detta framförallt med beaktande av vilken betydelse och fokus som tilldelas offret. Brottmålsprocessen, den dömande enheten samt lagstiftningens bakomliggande förutsättningar skiljer sig väsentligt åt mellan det svenska och det engelska systemet. Dessa faktorer gör, enligt min uppfattning, att det utifrån den engelska rätten och dess erfarenheter av en samtyckesbaserad reglering inte utan vidare kan konstateras att en svensk samtyckesbaserad reglering hade fått samma effekter.

9.3 Vilka effekter kan en samtyckesbaserad reglering få för brottsoffret?

Hur en samtyckesbaserad reglering skulle påverka brottsoffret har varit ett av de främsta argumenten både för och emot en samtyckesbaserad våldtäktsreglering.

Inför 2005 års reform framfördes att en samtyckesbaserad reglering skulle kunna stärka offrets ställning. Enligt Stina Jeffners undersökning²⁰⁴ angående ungdomars attityd till våldtäkt sågs det som förmildrande omständigheter om tjejen inte sa nej på rätt sätt, om tjejen var kär i förövaren efter händelsen, om tjejen kunde uppfattas som slampig eller om tjejen inte mådde dåligt efteråt. Frågan är vilken betydelse lagstiftning och tillämpning i praxis har för den allmänna synen på offret, som kan sägas återspeglas av undersökningar av detta slag. Målsägandes beteende efter händelsen och framförallt om det följer den gängse föreställningen om hur ett våldtäktsoffer bör bete sig, med exempelvis upprördhet, annat utåtriktat agerande eller annan synlig effekt av det inträffade har getts betydelse i rättstillämpningen och tagits som en indikation på att målsägande utsatts för brott.

²⁰⁴ Jeffner, 1998

Genom att den svenska rättstillämpningen fokuserar på denna typ av reaktioner anser jag att det kan diskuteras huruvida en norm, som får betydelse för samhällets syn på våldtäktsoffer och framförallt när och hur en person inte bara är målsägande utan även ett offer, skapas. Utifrån föreställningar om vem offret är formas också sedan brottet i sig. Om offret stämmer överens med stereotypa bilder av ett brottsoffer, både gällande person, händelsen i sig och efterföljande reaktioner, får det betydelse för bedömningen av gärningsmannens agerande och huruvida ett brott har begåtts eller inte. Vilken betydelse föreställningen om det ideala offret har för bedömningen av män som utsatts för våldtäkt eller sexuella övergrepp är ytterligare en reflektion jag gör kring det hela. En samtyckesbaserad våldtäktsreglering hade kunnat skapa en norm där det tydligt markeras att sexuella handlingar mot någons samtycke är otillåtet och oacceptabelt och på så sätt bidragit till att synen på vem som är ett offer, och även vem som är en gärningsman, vidgas. Detta hade kunnat leda till att fler målsägande får rättmätig offerstatus och på så sätt får del av samhällets stöd och insatser. Offrets ställning hade kunnat stärkas, framförallt i de situationer där offret faller utanför den stereotypa bilden av vem som är ett brottsoffer.

Enligt teorier kring terapeutisk juridik som Diesen bland annat studerat kan lagstiftning anses ha vissa terapeutiska följder för offret. Eftersom målsägandes upplevelse av integritetskränkningen blir utgångspunkt i utredningen blir ifrågasättandet av offrets berättelse mindre. Diesen menar att det är av stor betydelse för offrets självvaktning och rehabilitering. Detta är ytterligare en betydande positiv effekt som en samtyckesbaserad reglering hade kunnat få för brottsoffret.

Inför 2005 års förändringar och i SOU 2010:71 ansågs ett av argumenten mot en samtyckesbaserad reglering vara den negativa utvecklingen gällande fokus på offret i utredning som bedömdes föreligga. Samtyckesbaserad reglering hade enligt 1998års sexualbrottskommitté kunnat leda till att frågor som hur målsägande visade sitt ointresse, vilket förhållande parterna haft, målsägandes berusning, kläder och uppträdande före det sexuella umgänget skulle kunna komma att tillmätas betydelse i högre grad. Dessa aspekter är något som även med dagens tvångsbaserade reglering i hög grad behandlas. Som ovan anförts kan det ifrågasättas om en samtyckesbaserad reglering leder till att faktorer av detta slag ges ökad betydelse och på så sätt negativt påverkar offret jämfört med idag.

9.4 En förändring av den svenska sexualbrottslagstiftningen?

9.4.1 Om åsikter i doktrinen

Det har varit delade meningar inom den svenska doktrinen huruvida en samtyckesbaserad våldtäktsreglering ska införas i Sverige.

Leijonhufvud har förespråkat en bestämmelse som inte innefattar begreppet samtycke utan som istället använder sig av termen *frivilligt deltar*. Detta med motiveringen att det markerar straffansvaret till gärningsögonblicket och att sex är ett handlande där två personer är delaktiga. Frågan är om detta begrepp bättre kan anses ge uttryck för den sexuella självbestämmanderätten, utifrån bland annat de tankar kring samtyckesbegreppet som framförts av Cowan och Munro i den engelska doktrinen. Det kan enligt Cowan diskuteras om samtycke som begrepp ger rättvisa åt den sexuella interaktion som sker vid sexuella handlingar. Utifrån detta kan det ifrågasättas om *frivilligt deltar* är ett lämpligare begrepp. Detta även med beaktande av offrets viljeuttryck och synen på framförallt kvinnlig sexualitet.²⁰⁵ Samtycke som begrepp kan representera synen på att kvinnan är den passiva deltagaren som accepterar mannens agerande. *Frivilligt deltar* förmedlar, enligt min åsikt, inte ett annat budskap. Uttrycket *frivilligt deltar* ger enligt min mening inte på något sätt uttryck för en aktiv vilja. Det hade enligt min mening varit önskvärt att tydligt förmedla att sexuella handlingar är något som sker med två personers vilja, inte genom en persons vilja och den andras deltagande. Detta både med beaktande av skyddet för den sexuella integriteten men också för den generella normbildning kring synen på sexualitet och då framförallt kvinnlig sexualitet. Att kvinnan har sex för att hon vill och aktivt kan ta initiativ, inte för att någon annan önskar tillgång till hennes kropp och hon samtycker eller kan tänka sig att delta frivilligt i föreslagna handlingar. Munro menar att genom att kräva mer av själva begreppet kan en attityd mot sexualitet förmedlas från att idag se det som om kvinnan tillät de sexuella handlingarna snarare än önskade, planerade och efterfrågade dem. Vikten av viljan anser Munro kan betonas genom att kräva att andra tecken på samtycke finns. Ur ett svenskt perspektiv anser jag att om en samtyckesbaserad reglering ska införas bör en revision göras huruvida regleringen ens ska använda begreppet samtycke eller något annat begrepp som inte tydliggör ett jämställt viljeuttryck från två eller flera parter.

Asp menar att samtycke bör ges grundläggande betydelse eftersom skyddsintresset bakom en eventuell lagstiftning i första hand bör vara den sexuella självbestämmanderätten. Asp hävdar vidare att samtycke är ett normativt men i sig innehållslöst begrepp. Även om samtycke som begrepp inte automatiskt förmedlar en tydlig gränsdragning anser jag likt Asp att begreppet, om än teoretiskt innehållslöst, är normativt. Inte normativt enbart ur det perspektivet att det kan ha en positiv normerande effekt kring den sexuella integriteten och vad som är straffvärt agerande som Asp pekar på, utan även normativt på det sätt att det förmedlar en föreställning om en ojämnställd sexuell interaktion. Utifrån detta anser jag att samtyckesbegreppet bör ifrågasättas. Diesen har framfört att det viktigaste skälet för att införa en samtyckesbaserad reglering är att det skulle främja jämställdheten mellan könen samt kvinnans rätt till sexuellt

²⁰⁵ Ulrika Andersson har behandlat synen på offrets tillgänglighet och viljeuttryck i *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004

självbestämmande. Även om en samtyckesbaserad reglering skulle främja jämställdhet och sexuellt självbestämmande anser jag att om själva begreppet samtycke används befäster samtidigt lagstiftningen genom valet av terminologi uppfattningen om att kvinnan sexuellt accepterar och inte själv agerar, vill och initierar sexuella handlingar. För att i högre grad främja jämställdhet, om det nu är lagens huvudsyfte, behövs, enligt min åsikt, vid konstruerande av lagstiftningen en tydlig granskning av vilka normerande värden som olika aspekter av lagen kan komma att ge uttryck för.

9.4.2 Om föreslagna förändringar i SOU 2010:71

Det förslag som presenterats i SOU 2010:71 skulle innebära att Sverige, likt Norge, inför en subsidiär samtyckesbestämmelse. Bestämmelsen om *sexuellt övergrepp* skulle införas som ett komplement till den nuvarande lagstiftningen och tillämpas i annat fall än som avses i 1 och 2 §§ BrB.

Det innebär att våldtäktsbrottet fortfarande reserveras för de handlingar som begåtts genom tvång eller utnyttjande. I SOU 2010:71 poängteras att lagstiftningen utökar skyddet för den sexuella integriteten och att luckor i lagstiftningen på detta sätt täcks upp. Det skulle även säkra att internationella förpliktelser som följer av bland annat Europadomstolens avgörande i Bulgariendomen uppfylls. Samtidigt har utredningen som ännu ett betydande argument för en samtyckesbaserad reglering framfört den normerande verkan som en samtyckesbaserad reglering förväntas medföra. Frågan är dock hur mycket normerande verkan en subsidiär reglering får. Även om fall där sexuella handlingar skett mot offrets vilja i högre utsträckning kommer att omfattas av lagstiftningen, vilket i sig får ses som positivt, kommer dessa inte att formellt sett kategoriseras som våldtäkt. Om det huvudsakliga skyddsintresset i sexualbrottslagstiftningen ska anses vara den sexuella integriteten och självbestämmanderätten kan det ifrågasättas varför detta ska ges subsidiär betydelse i förhållande till våld. Det betonar betydelsen av våld som avgörande inslag i bedömningen av hur straffvärd en handling är.

Både Asp och Leijonhufvud har ställt sig positiva till förslaget, medan bland andra Advokatsamfundet och Domstolsverket varit skeptiska inför de föreslagna förändringarna. Domstolsverket ansåg dels att den risk för ett ökat fokus på målsägande som en förändring innebär bör undvikas samt att det kan leda till orimliga förväntningar gällande fällande domar. Advokatsamfundet anförde också risken för ett ökat fokus på målsägande och ansåg att förslaget kan leda till att bevisbördans placering urholkas. Brottsoffermyndigheten välkomnade förslaget men ville se en samtyckesreglering med bristande samtycke som enda och grundläggande brottsrekvisit. Myndigheten anförde liknande åsikter inför 2005 års förändringar, och ansåg då som nu att oavsett hur lagen utformas kommer offrets berättelse vara den centrala bevisningen. Det kan framhållas att Brottsoffermyndigheten, som arbetar utifrån brottsoffrets intressen, inte anser att offrets roll utifrån en samtyckesbaserad reglering är ett argument

som väger emot fördelarna som en ren samtyckesbaserad reglering samtidigt innebär för offret. Detta kan jämföras med Advokatsamfundets och Domstolsverkets inställning, vars huvudsakliga fokus inte specifikt är brottsoffret och som även arbetar utifrån andra intressen såsom den tilltalade, domstolens konkreta arbetsbörda och så vidare.

9.5 Bör Sverige införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering?

Frågan om Sverige ska införa en samtyckesbaserad våldtäktsreglering har diskuterats under långt tid och utifrån en mängd olika aspekter.

Det har ifrågasatts om den svenska lagstiftningen lever upp till förpliktelser enligt Bulgariendomen. Det har diskuterats om inte den svenska rättstillämpningen i sig uppfyller den positiva skyldighet som följer av domen gällande att effektivt bestraffa och lagföra sexuella handlingar som sker utan samtycke. Även om rättstillämpningen idag i och för sig kan sägas uppfylla dessa förpliktelser kan det vara av betydelse att genom lagstiftning garanterar skydd mot sexuella handlingar som företagits utan samtycke. Detta särskilt utifrån aspekter såsom rättsäkerhet och förutsägbarhet.

En samtyckesbaserad reglering kan anses utöka skyddet för den sexuella självbestämmanderätten och ses som en naturlig straffrättslig utveckling. Det kan även anses stärka offrets ställning, ha en positiv normerande verkan och förmedla till samhället att sex med en person som inte samtyckt inte accepteras. Som främsta argument mot en samtyckesbaserad reglering har framförts att det skulle kunna leda till en oönskad utveckling gällande vilket fokus som riktas mot brottsoffret.

Jag anser att en lagstiftning som tydligt markerar att sexuella handlingar som företas mot någons vilja inte tolereras på många sätt borde vara en självklarhet. Som bland annat Brottsoffermyndigheten har framfört så kan det ifrågasättas om den uppmärksamhet som riktas mot brottsoffret kan bli större än vad den är i dagsläget. Eftersom bevisbördan i brottmål åvilar åklagaren och målsägandes berättelse många gånger utgör den huvudsakliga bevisningen i våldtäktsfall är det oundvikligt att ett stort fokus riktas på målsägande. Utifrån detta kan jag tycka att det finns ett viktigt principiellt värde i att genom lagstiftning markera att sexuella handlingar mot någons vilja inte på något sätt tolereras. Som Munro har framfört kan finnas ett värdefullt symboliskt egenvärde i en samtyckesbaserad reglering, trots att det ur vissa aspekter kan innebära tillämpningssvårigheter. Det kan ge värdefulla normerande effekter och stärka brottsoffrets ställning samtidigt som det kan leda till ett ifrågasättande av synen på sexualitet som tidigare präglat den svenska sexualbrottslagstiftningen.

Sammanfattningsvis anser jag inte att de argument som framförts mot en samtyckesbaserad reglering väger tyngre än de positiva effekter och principiella ställningstaganden som kan en förändrad lagstiftning kan anses medföra. Dock kan det ifrågasättas huruvida begreppet samtycke i sig är lämpligt för att uppnå dessa effekter. En subsidiär samtyckesreglering likt den som presenterats i SOU 2010:71 kan sägas vara ett steg i rätt riktning även om en ren samtyckesbaserad reglering enligt min mening i slutändan är en nödvändig utveckling av den svenska sexualbrottslagstiftningen.

Käll- och litteraturförteckning

SFS

Brottsbalken (1962:700)

Rättegångsbalken (1942:740)

Engelsk lag

Sexual Offences Act 2003 (2003 c. 42)

The Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (1996 c. 25)

Magistrates' Court Act 1980 s 24 (1980 c. 43)

Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965 (1965 c. 71)

Offentligt tryck

Sverige

Direktiv 2008:94 - *Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform mm.*

Proposition 2004/05:45 - *En ny sexualbrottslagstiftning*

SOU 2010:71- *Sexualbrottslagstiftningen - utvärderingen och reformförslag*

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

SOU 1995:60 - *Kvinnofrid*

England

Home Office, *Protecting the Public*, Cm 5668, November 2002

Home Office, *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sexual Offences*, Vol 1, July 2000

Litteratur

Andersson, Ulrika, 2004, *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox förlag, Malmö

Ashworth, Andrew, 2009, *Principles of criminal law*, 6e upplagan, Oxford University Press, Oxford

Asp, Petter, 2010, *Sex & samtycke*, Iustus förlag, Uppsala

Barker, David, Padfield, Collin, 2007, *Law Made Simple*, Elsevier, Oxford

BRÅ idéskrift- *Brottsoffer- perspektiv på det brottsförebyggande arbetet* - nr 15, 2007

Christie, Niels, 1986, *From Crime Policy to Victim Policy* (s. 17-30), ur *The ideal victim*, red. Fattah, Ezzat, The MacMillian Press, London

Cowan, Sharon, 2007, *Freedom and capacity to make a choice- a feminist analysis of consent in the criminal law of rape*, ur *Sexuality and the law- feminist engagements*, red. Munro, Vanessa E, Stychin, Carl F, 2007, Routledge-Cavendish, Abingdon

Diesen, Christian, 2010, *Sex crime legislation: Proactive and anti-therapeutic effects*, 329-335, *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 33, Issues 5-6, november-december 2010

Diesen Christian, 2007 *Tagande med våld*, ur *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, red. Norée Annika, Sitte-Durling Catarina, Zila Josef och Wennberg Suzanne, Norstedts juridik, Stockholm

Gillespie, Alisdair, 2007, *The English Legal System*, Oxford University Press, Oxford

Grände, Josefine, 2005, *Jag kallade det aldrig för våldtäkt”: att möta våldtagna kvinnor*, Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige, Stockholm

Herring Jonathan, 2008, *Criminal Law*, 3e upplagan, Oxford University Press, Oxford,

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per-Ole, Wennberg, Susanne, 2009, *Brottsbalken en kommentar, Del (1-12 kap.)*, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.* 6:e upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm

Jeffner Stina, 1998, *Liksom våldtäkt, typ... Om ungdomars förståelse av våldtäkt*, Utbildningsförlaget Brevskolan, Stockholm

- Leijonhufvud Madeleine, 2008, *Samtyckesutredningen – Lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson Förlag, Stockholm
- Lindgren Anders, Petterson Karl-Åke, Hägglund Bo, 2003, *Brottsoffer- från teori till praktik*, Jure förlag, Stockholm
- Martin, Jacqueline, 2010, *The English Legal System*, 6e upplagan, Hodder Arnold, London
- Molan, Michael, 2005, *Cases & materials on criminal law*, Cavendish Publishing, London
- Munro, Vanessa E, 2010, *From consent to coercion. Evaluating international and domestic frameworks for the criminalization of rape*, ur *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, red. Mc.Glynn, Claire, Munro, Vanessa E, 2010, Routledge-Cavendish, Abingdon
- Munro, Vanessa E, 2005, *Concerning consent: standards of permissibility in sexual relations*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25:335-52, Oxford
- Ormerod David, 2006, *Smith & Hogan Criminal Law*, 9e upplagan, Oxford University Press, Oxford,
- Sandgren, Claes, 2006, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare-ämne, material, metod och argumentation*, Nordstedts juridik, Stockholm
- Stevenson, Kim, Davies, Anne, Gunn, Michael, 2004, *Blackstone's Guide To The Sexual Offences Act 2003*, Oxford University Press, Oxford
- Ward, Richard, Akhtar Amanda, 2010, *Walker & Walker's English Legal System*, 11e upplagan, Oxford University Press, Oxford
- Wersäll Fredrik, Rapp Kajsa, 2007, *Utan samtycke- Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt*, ur *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, red. Norée Annika, Sitte- Durling, Catarina, Zila, Josef, Wennberg, Susanne, Nordstedts juridik, Stockholm

Övrigt

Remissyttranden

Advokatsamfundets remissyttrande (R-2010/1729) över SOU 2010:71, 2011-03-01

Domstolsverkets remissyttrande (D-nr 2176-2010) över SOU 2010:71, 2011-02-28

Brottsoffermyndighetens remissyttrande (D-nr 11581/2010) över SOU 2010:71, 2011-02-28

Brottsoffermyndighetens remissyttrande angående SOU 2001:14

Internet

Asp Petter, *Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande*, publicerad på Info Torg Juridik 8 november 2010, hämtad den 23 oktober 2011 från www5.infotorg.se/rb/premium

Eriksson, Peter och Reshdoun, Esabelle debattartikel *Stureplansprofilerna ska fällas för våldtäkt*", Expressen, <http://www.expressen.se/debatt/1.821883/stureplansprofilerna-ska-fallas-for-valdtakt>, publicerad 2007-09-01, hämtad 2011-12-14

Information om Sharon Cowan, University of Edinburgh, http://www.law.ed.ac.uk/staff/sharoncowan_85.aspx, hämtad 2011-11-05

Information om Vanessa E Munro, University of Nottingham, <http://www.nottingham.ac.uk/law/staff-lookup/vanessa.munro>, hämtad 2011-11-08

Johansson, Annie *"Inför samtyckeslagstiftning!"* <http://anniejohansson.blogspot.com/2007/08/infr-samtyckeslagstiftning.html>, publicerad 2007-08-09, hämtad 2011-12-14

Leijonhufvud, Madeleine, *"Krav på samtycke före samlag"*, Svenska Dagbladet, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/krav-pa-samtycke-fore-samlag_17449.svd, publicerad 2007-09-07, hämtad 2011-12-14

The Crown Prosecution Services Legal Guidance on Sexual Offences Act, http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sexual_offences_act/, senast uppdaterad 04-05-2010, hämtad 2011-11-25

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98
A.D.T. v UK (2001) 31 E.H.R.R. 803

England

House of Lords

R v Olugboja (1981) 3 All ER 443

Director of Public Prosecutions v Morgan (1975) 2 All ER 347

High Court

Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55

Court of Appeal

R. v. John Streeton [2010] EWCA Crim 3271

R. v. S [2010] EWCA Crim 1579

R. v. Nathan Wright [2007] EWCA Crim 3473

R. v. H. [2007] EWCA Crim 2056.

R. v. Bree [2007] EWCA 804

R. v. Farid Taran [2006] EWCA Crim 1498

R. v. White [2004] EWCA Crim 946

Sverige

Högsta Domstolen

NJA 2009 s 47 I och II

NJA 2008 s 482 I och II

NJA 2004 s 231

NJA 1997 s 538

NJA 1988 s 40

Hovrätterna

RH 1989:48

Hovrätten för nedre Norrlands dom 2011-03-28 i mål B 27-11

Svea hovrätts dom 2010-10-19 i mål B 4280-10

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2009-11-03 i mål nr B 1083-09

Hovrätten för västra Sveriges dom 2008-03-07 i mål B 1462-08

Svea Hovrätt dom 2008-01-22 i mål nr B 8668-07

Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål B 3806-07