



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Amelie Waering

Våldtäkt eller olaga tvång?

En analys av begreppet sexuell handling i svensk sexualstraffrätt

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2013

Innehållsförteckning

Summary	2
Sammanfattning	3
Förkortningar	4
Inledning	5
Övergripande syfte	5
Frågeställning	5
Avgränsning.....	6
Metod och teori	6
Forskningsläge.....	6
Material.....	6
Disposition	7
1 De två hovrättsdomarna samt aktuella bestämmelser	8
1.1 HovR B 1883-12 - <i>Skogsfallet</i>	8
1.2 HovR B 1195/13 - <i>Sovrumsfallet</i>	9
1.3 Påföljande brottsrubriceringar	10
1.4 Allmänt om brotten våldtäkt, sexuellt tvång och olaga tvång	10
2 Gällande rätts tolkning av begreppet sexuell handling	12
2.1 Lagens skyddsintresse och införandet av begreppet sexuell handling.....	12
2.2 Tidigare praxis	13
2.2.1 Sexuell handling.....	14
2.2.2 Olaga tvång.....	14
3 Sexualitetens innebörder och sexuell handling i doktrin	16
3.1 Definitionen av sexuell handling i juridisk doktrin.....	16
3.2 Sexualitetens betydelser.....	18
3.2.1 Betydelser inom straffrätten.....	18
3.2.2 Övriga betydelser av sexualitet.....	20
4 Hovrätternas motiveringar i Skogsfallet och Sovrumsfallet	22
4.1 Göta hovrätts resonemang i B 1883-12 - <i>Skogsfallet</i>	22
4.2 Svea hovrätts resonemang i B 1195/13 - <i>Sovrumsfallet</i>	23
5 Analys	24
5.1 En jämförelse mellan hovrätternas motiveringar	24
5.2 En objektiv respektive subjektiv bedömning av syftet.....	25
5.3 Hänsyn till ett alternativt syfte	27
5.4 Avslutande ord	28
Käll- och litteraturförteckning	29
Rättsfallsförteckning	31

Summary

This essay takes its starting point in cases B 1883-12 and B 1195/13 concerning actions made by men in order to control suspected infidelity in their respective girlfriends. In the legal process The Swedish Court of Appeal, *Hovrätten*, put their main focus on the term *sexual action*. Further the court in both cases used the legislative proposal, prop. 2004/05:45 - *En ny sexualbrottslagstiftning*, leading up to the new regulation concerning sexual offenses adopted in the year of 2005, as a base to decide whether the actions should be defined as sexual or not. By doing so, the court could also decide whether the actions belonged within the area of sexual offence or to be more precise, within the provisions for the claimed offences *rape* and *sexual coercion*. In this essay the term *sexual action* and the meaning it has been given on the field of criminal law is examined closer. A study of the arguments used by the Court of Appeal in the cases mentioned above is made, the preparatory work regarding foremost the new law from 2005 is investigated, older case law is processed and doctrine on the legal area is raised. This is done with the purpose of trying to highlight the definition of the term sexual action and notice the complex of problems that comes with the different interpretations.

In the preparatory work leading up to the law of 2005 the individuals sexual integrity is emphasized as one of the most important subjects that the new regulations are set out to protect. The legislative proposal further explains how an action is categorized as sexual or not based on its conceivably *sexual character*, and explains that this character is determined on objective grounds. The proposal also mentions how the intentions of the offender concerning a specific action, are given meaning if particular circumstances are established. To put the legal definition of the sexual action in a context, doctrine that is examining the different expressions of sexuality and its fragments from a feminist perspective is presented. What is thereby discovered is the discrepancies between the purpose of the law and the application of the law in practice. More, the legal definition is based on the erotic, joyful sexuality and consequently discriminates sexual acts that are foremost made to demonstrate power and dominance over the victim.

Sammanfattning

Denna uppsats tar avstamp i mål B 1883-12 och B 1195/13 gällande så kallade otrohetskontroller. Hovrätten lade i båda fallen fokus på begreppet *sexuell handling* och har använt sig av prop. 2004/05:45 - *En ny sexualbrottslagstiftning* som utgångspunkt för att avgöra om handlingarna bör definieras såsom sexuella eller ej. Således avgjordes huruvida handlingarna föll inom området för sexualbrott, mer precist under bestämmelserna för de yrkade brotten våldtäkt respektive sexuellt tvång. I denna uppsats undersöks närmare begreppet *sexuell handling* och den betydelse det fått inom straffrätten. En studie av hur hovrätterna har resonerat i ovan nämnda fall görs, förarbeten gällande främst den nya sexualbrottslagstiftningen från 2005 undersöks, äldre praxis behandlas och doktrin på området lyfts. Allt i syfte att försöka kasta ljus över begreppets definition och uppmärksamma den problematik som olika tolkningar av begreppet för med sig.

I förarbetena till den nya sexualstrafflagen lyfts individens sexuella integritet fram som ett viktigt skyddssyfte med ändringarna. Propositionen berör vidare hur en sexuell handling karaktär såsom just sexuell bör fastställas; på objektiva grunder. Propositionen markerar dock även hur gärningsmannens syfte med en viss handling kan få genomslag om särskilda omständigheter är för handen. För att sätta gällande rätts syn på en sexuell handling i en samhällelig kontext undersöks doktrin som behandlar sexualitetens olika uttryckssätt och undersöker dess beståndsdelar ur ett feministiskt perspektiv. Problematiken som därmed blir synlig är den diskrepans som föreligger mellan syftet med lagen och dess tillämpning i praktiken samt hur gällande rätt definierar begreppet sexuell handling med utgångspunkt i den erotiska, lustfyllda sexualiteten och därmed diskvalificerar sexuella handlingar som utförs främst i syfte att demonstrera makt och dominans över offret.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
SOU	Statens offentliga utredningar
Prop.	Regeringens proposition
UNSC	United Nations Security Council

Inledning

Under våren 2013 uppmärksammade både allmän press och juridiska publikationer två nya domar gällande så kallade otrohetskontroller. Det som väckte juristers, journalisters och allmänhetens intresse var det anmärkningsvärda i att två hovrätter kommit till helt olika slutsatser gällande brottsrubricering trots att fallen uppvisade många likheter.

I det första fallet hade gärningsmannen, som även var offrets pojkvän, kört ut i skogen med kvinnan och där genom hot om våld tvingat henne att dra ner byxorna för att sedan med fingret/fingrarna känna i hennes underliv i syfte att undersöka om hon varit otrogen. Mannen dömdes i både Växjö tingsrätt och - efter överklagan till Göta hovrätt - för *sexuellt tvång*.¹ I det andra fallet hade gärningsmannen, också han offrets pojkvän, knuffat ner kvinnan på sängen i hennes hem och fört upp flera fingrar i hennes underliv, även här under hot om våld. Syfte var detsamma som i föregående fall, nämligen att undersöka om kvinnan haft sexuellt umgänge med någon annan. Mannen dömdes i Attunda tingsrätt för *våldtäkt* men fick sedan domen ändrad efter överklagan till Svea hovrätt: handlingen bedömdes nu istället som *olaga tvång*.² Högsta domstolen meddelade den 13 mars 2013 prövningstillstånd i målet.³

Övergripande syfte

Uppsatsen övergripande syfte är att undersöka, och i viss mån försöka utreda, innebörden av begreppet *sexuell handling*, mot bakgrund av de ovan nämnda rättsfallen.

Frågeställning

Den forskningsfråga som denna uppsats behandlar kan formuleras som följer: hur ska vi tolka innebörden av begreppet *sexuell handling* ur ett genusperspektiv? Underfrågor blir bland annat vilken betydelse gärningsmannens syfte med handlingen respektive offrets upplevelse av händelsen har för att avgöra huruvida det handlar om en sexuell sådan.

¹ HovR B 1883-12.

² PT B 1195/13.

³ <http://www.hogstodomstolen.se/Mer-om-Hogsta-domstolen/Nyheter-fran-Hogsta-domstolen/Hogsta-domstolen-meddelar-provningstillstand-rorande-betydelsen-av-syftet-med-att-en-man-med-vald-eller-hot-om-vald-har-fort-upp-fingrarna-i-en-kvinnas-underliv/2013-03-13,2013-05-05>.

Avgränsning

I min uppsats kommer jag inte att närmare gå in på olika tolkningar av våldtäktsbestämmelsen i sin helhet. Jag kommer till exempel inte att fokusera på det annars så viktiga och omdiskuterade tvångsrekvisitet i våldtäktsbestämmelsen då detta inte är av direkt relevans för gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt tvång eller olaga hot (alltså vad som utgör det sexuella i en handling).

Metod och teori

Uppsatsens ämne ger förvisso utrymme för en diskursteori, en studie av hur vårt språk och vår användning av lagen speglar och producerar samhällsliga normer och värderingar. Jag kommer att uppmärksamma sådana faktorer till viss del men på grund av tidsbrist ser jag mig nödgad att utgå från den traditionella rättsvetenskapliga metoden.

Forskningsläge

Det har under lång tid producerats en mängd litteratur på området sexualbrott men den specifika avdelningen gällande definitionen av sexuell handling som jag lyft fram i min frågeställning är inte det mest omskrivna. Vad som tagit upp störst plats inom den akademiska och professionella diskussionen gällande sexualbrott är det ovan nämnda kravet på tvång och dess koppling till det omtvistade samtycket i samband med våldtäkt.

Den problematik som *denna* uppsats behandlar har först det senaste året uppmärksammats i den allmänna debatten, den utgör således ett nytt och högst aktuellt ämne. Med detta ej sagt att det inte finns även äldre relevant doktrin på området, och särskilt inte om man vidgar perspektivet och ser till vad som skrivits om sexualbrott och synen på sexualitet inom straffrätten på ett mer djupgående, strukturellt plan.

Material

Först och främst har jag studerat den gällande positiva rätten med hjälp av lagtext, rättsfall, lagkommentarer och förarbeten, då särskilt prop. 2004/05:45 - *En ny sexualbrottslagstiftning*. Utöver detta har en av mina viktigaste utgångspunkter för genusperspektivet på problematiken kring dagens sexualbrottslagstiftning varit Linnea Wegerstads artikel *Om*

erotik, makt och sexualbrottens sexualiteter (2011)⁴. Denna text har lett mig vidare till ytterligare litteratur på området och har således förmedlat en god uppfattning om möjliga infallsvinklar.

Disposition

I uppsatsens första kapitel (Kap 1) kommer sakomständigheterna i de två rättsfallen att redovisas, i syfte att sätta ämnet för uppsatsen i en greppbar kontext. Dessutom kommer våldtäktsbestämmelsens, det sexuella tvångets samt det olaga tvångets allmänna utformningar att behandlas. I kapitel 2 kommer en presentation av den aktuella sexualbrottslagstiftningen och dess underliggande syften att göras. Vidare redogörs för två rättsfall gällande tolkningen av begreppet sexuell handling, ett par exempel på när olaga tvång utdömts redovisas också. I kapitel 3 undersöks först ett antal olika tankegångar gällande begreppet inom den juridiska doktrinen. Därefter behandlas begreppet, och sexualbrottets grundläggande aspekter, utifrån ett antal feministiska teorier. Här kommer således den problematik som begreppet sexuell handling väcker ur en sådan infallsvinkel att belysas. I kapitel 4 redogörs därefter för hovrätternas resonemang i de i kapitel 1 presenterade fallen och en undersökning av motiveringar och hänvisningar görs. I kapitel 5 förs slutligen en diskussion gällande hur väl detta resonemang hänger samman med de aspekter av sexualbrottet som ett genusperspektiv uppmärksammar.

⁴ Wegerstad,(2011), s. 273-297.

1 De två hovrättsdomarna samt aktuella bestämmelser

I denna del kommer jag mer utförligt redogöra för sakomständigheterna i de två ovan nämnda rättsfallen. Detta för att sätta mitt uppsatsämne i en reell kontext och ge påföljande undersökning en substantiell grund. Gemensamt för de båda målen är att de innefattar ett flertal olika brott och är förhållandevis långa, presentationen här kommer därför begränsas till de delar som är relevanta för domarna gällande *sexuellt tvång* alternativt *olaga tvång* respektive *våldtäkt* alternativt *olaga tvång*. Jag har valt att benämna de två fallen som *Skogsfallet* respektive *Sovrumsfallet*, betecknat efter var de avgörande händelserna ägt rum. Detta för att lättare skilja dem åt längre fram i arbetet. Efter presentationerna följer en redogörelse gällande de för min uppsats centrala lagbestämmelserna.

1.1 HovR B 1883-12 - *Skogsfallet*

Fallet var i sin ursprungliga form från Växjö tingsrätt rubricerat som *Olaga frihetsberövande m.m.*, detta då det omfattade fem domspunkter; misshandel⁵, olaga frihetsberövande⁶, olaga hot⁷, sexuellt tvång⁸ samt olovlig körning⁹.¹⁰ Kvinnan A ansågs ha lämnat så trovärdiga uppgifter att hennes berättelser om händelserna har fått ligga grund för bedömningen i både tings- och hovrätt. Följande framställning bygger alltså på dessa uppgifter.¹¹

Den 23 juli 2010 hade A varit och storhandlat på ÖoB och mötte på vägen hem en granne som hon gav skjuts. När hennes pojkvän S, som bodde hemma hos henne då han inte hade någon egen bostad, fick syn på de två blev han upprörd. Grannen lämnade platsen och S sa åt A att flytta över till passagerarsidan samtidigt som han anklagade henne för att vara otrogen. Hon förklarade att hon bara gett grannen skjuts men S menade att hon ljög och sa att de skulle åka hem till en vän till S som bodde i en annan stad för att kontrollera om hans misstankar stämde. A gick med på detta då hon tänkte att det skulle göra S lugn. När de stannat till för att tanka vid en bensinmack ändrade sig S och sa istället att han skulle ta ut henne i skogen och döda henne om hon hade varit otrogen. Han körde sedan ut i skogen. Där sade han återigen

⁵ BrB 3 kap 5 §.

⁶ BrB 4 kap 2 § 1 st.

⁷ BrB 4 kap 5 § 1 st.

⁸ BrB 6 kap 2 § 1 st.

⁹ Lag (1951:649) om straff för vissa trafikbrott 3 kap 1 st 1 p.

¹⁰ HovR B 1883-12, s. 2.

¹¹ HovR B 1883-12, s. 7.

att han skulle döda henne om hon hade varit otrogen. Han uttalade även att han skulle göra andra saker som skulle få henne att ångra sig. Han sa åt A att dra ner sina byxor vilket hon inte ville, men då han skrek att han skulle slå henne om hon inte gjorde som han sa så åtlydde hon hans vilja. Därefter sa S åt henne att dra ner även sina trosor vilket hon då gjorde. Hon var rädd, nervös och obekväm och ville inte göra det, men han hotade henne återigen. Därefter kände han med fingrarna¹² i henne underliv för att kontrollera om det fanns några märkbara spår eller någon lukt av sperma. Efter detta kontrollerade han kvittot från ÖoB för att se hur lång tid som passerat från det att hon betalat för matvarorna till dess att han såg henne i bilen tillsammans med grannen. Då han insåg att det inte hade kunnat hända något under tiden däremellan slog han henne hårt på kinden för att hon skjutsat en annan kille. Efter detta åkte de därifrån till ett köpcenter för att köpa alkohol, A beskrev hela denna händelse i skogen som mycket skrämmande.¹³ De omständigheter som senare skulle ligga till grund för domen om sexuellt tvång hade därmed ägt rum.

1.2 B 1195/13 - *Sovrumsfallet*

Mål B 1195/13, eller *Sovrumsfallet*, är det fall som sedermera erhållit prövningstillstånd i Högsta domstolen. Här är det offret C:s berättelse som, tillsammans med uppgifter från den åtalade R, har lagts till grund för bedömningen.¹⁴

Händelsen utspelade sig den 16 oktober 2012 då C kommit hem runt klockan 16 efter att ha varit på ett besök hos öppenvården och därefter hälsat på hos sin farmor. Hennes pojkvän R var då arg och frågade varför hon varit borta så länge. Han misstänkte att hon åkt för att träffa en annan man och trodde inte på hennes berättelse när hon förklarade sina ärenden. R uttalade att om hon var med någon annan man så skulle han våldta denne. Därefter följde C honom in i sovrummet då han förklarade att han skulle kontrollera henne och att han skulle slå sönder eller döda henne ”om någon annan varit där”¹⁵. Anledningen till att C följde med R in i sovrummet var att hon trodde att han skulle slå henne om hon gjorde motstånd. Han puttade ner henne på sängen och C insåg att det inte var någon idé att försöka resa sig då han var aggressiv. R slet av henne byxorna och trosorna trots att hon försökte hålla fast i

¹² Minst ett finger användes, se HovR B 1883-12, s. 7.

¹³ HovR B 1883-12.

¹⁴ PT B 1195/13, s. 7.

¹⁵ PT B 1195/13, s. 4.

linningen. Han kontrollerade därefter trosorna för att försöka hitta spår av sperma. Därefter drog han hennes högra ben åt sidan med ena handen samtidigt som han höll kvar hennes vänstra ben med sin andra hand. Det motstånd C vågade sig på var dels att försöka knipa ihop benen, dels uttala att hon inte ville att han skulle göra så som han gjorde. R ignorerade detta, stoppade under några sekunder in två fingrar i hennes underliv och kände efter. Efter att R gjort en ansats till att undersöka även hennes anal men avgjort att det var allt för förnedrande avbröt han sitt handlande och gick ut i köket. Enligt C hade det hela förvisso inte gjort ont men likväl upplevts som förnedrande och äckligt.¹⁶

1.3 Påföljande brottsrubriceringar

Tingsrätten i Växjö dömde i *Skogsfallet* gärningsmannen S för *sexuellt tvång*, vilket efter överklagan till hovrätt fastslogs.¹⁷ Gällande *Sovrumsfallet* blev gärningsmannen R i första instans, som nämnts i inledningen, dömd för *våldtäkt*.¹⁸ Svea hovrätt ändrade dock domslutet och bedömde att gärningen rätteligen skulle ses som *olaga tvång*.¹⁹ Domstolarnas respektive resonemang återvänds till i kapitel 3.

1.4 Allmänt om brotten våldtäkt, sexuellt tvång och olaga tvång

Nedan redovisas för de tre olika bestämmelser som domstolarna brottats med i sina bedömningar av det inträffade i de två ovan beskrivna fallen. Först citeras i tillämpliga delar bestämmelsen gällande *våldtäkt*, det stycke som beskriver otillbörligt utnyttjande på grund av hjälplöst tillstånd redovisas ej då denna del ej är av direkt relevans i detta sammanhang. *Våldtäkt* beskrivs som följer:

Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två och högst sex år.²⁰

Allmänt kan noteras att brottet idag kan begås både av män och kvinnor, det omfattar handlingar både av heterosexuell och homosexuell natur och det finns inga

¹⁶ PT B 1195/13, s. 4.

¹⁷ HovR B 1883-12, s. 12.

¹⁸ PT B 1195/13, s. 2.

¹⁹ PT B 1195/13, s. 12.

²⁰ BrB 6 kap 1 § 1 st.

begränsningar gällande offers och gärningsmans relation till varandra.²¹ Bestämmelsen för *sexuellt tvång* återfinns vidare i nästföljande paragraf. Första stycket - som är stycket av relevans för denna uppsats - formuleras:

Den som, i annat fall än som avses i 1 § första stycket genom olaga tvång förmår en person att företa eller tåla en sexuell handling döms för *sexuellt tvång* till fängelse i högst två år.²²

För att en jämförelse ska kunna göras nedan redovisas här direkt för bestämmelsen om *olaga tvång*:

Den som genom misshandel eller eljest med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar annan att göra, tåla eller underlåta något, dömes för *olaga tvång* till böter eller fängelse i högst två år. Om någon med sådan verkan övar tvång genom hot att åtala eller angiva annan för brott eller att om annan lämna menligt meddelande, dömes ock för olaga tvång, såframt tvånget är otillbörligt.²³

Straffbarhet i enlighet med bestämmelsen om olaga tvång uppkommer följaktligen genom att en person tvingar någon annan att göra, tåla eller underlåta något. En förutsättning för att en handling ska falla inom bestämmelsen är även att viljan hos gärningsmannen lett till resultat, och att detta resultat omfattas av gärningsmannens uppsåt.²⁴

Det framkommer av en läsning av aktuella bestämmelser att olaga tvång är ett av rekvisiten för att *sexuellt tvång* ska anses föreligga. Vidare kan förstås att för att avgöra om en viss tvångshandling ska ses som *sexuellt tvång* eller *olaga tvång* så undersöks huruvida det som offret genom tvånget tvingats att företa eller tåla är att bedöma som en *sexuell handling*. Om så är fallet konsumeras bestämmelsen om olaga tvång i BrB 4 kap 4 § av den om sexuellt tvång i BrB 6 kap 2 §.²⁵ Bestämmelsen om olaga tvång återfinns i BrB kap 4, *Brott mot frihet och frid*. Bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång återfinns båda i BrB kap 6, *Om sexualbrott*.²⁶ Det rör sig alltså enligt lagstiftaren om olika brottstyper.

²¹ Holmqvist m.fl., (2009), s. 6:7.

²² BrB 6 kap 2 § 1 st.

²³ BrB 4 kap 4 § 1 st

²⁴ Holmqvist m.fl., (2009), s. 4:14.

²⁵ Holmqvist m.fl., (2009), s. 6:20.

²⁶ BrB (1962:700).

2 Gällande rätts tolkning av begreppet sexuell handling

Det kan sägas ligga en problematik i det att vi intuitivt tycker oss kunna klassificera ett visst beteende som sexuellt samtidigt som vi har svårt att förklara de faktiska kriterierna som vi använder för att göra den bedömningen.²⁷ Detta förhållande blir särskilt intressant - och ytterst angeläget - när det kommer till straffrätten och det påtagliga behovet av att kunna skilja en straffbar gärning från en straffri samt en sexualbrottshandling från en annan straffbar handling mot person.²⁸ Nedan redovisas lagens definition av begreppet sexuell handling, som är det instrument rätten använder för att göra denna klassificering.

2.1 Lagens skyddsintresse och införandet av begreppet sexuell handling

Det uttryckliga skyddsintresset bakom sexualbrottslagstiftningen i Sverige har förändrats över tid, vilket kan utläsas ur olika förarbeten. Historiskt har de främsta skyddsintressena bakom bestämmelserna varit familjens - och med det menas mannens - ära och bevarandet av den allmänna ordningen i samhället. Inte förrän under 1800-talets slut började en idé om kvinnans sexuella frihet växa fram.²⁹ Således har de skyddssyften som ligger bakom lagstiftningen förflyttats från att ha grundat sig i en allmän moraluppfattning om att sex utanför äktenskapet är förkastligt till att idag främst skydda den sexuella integriteten hos varje individ. Man kan en aning vässat uttrycka det som så att lagstiftningen kring våldtäkt ändrat fokus från sedlighet till sexualitet.³⁰ Denna förskjutning reflekteras även i 2005 års lagändringar, de senaste omfattande ändringarna på området för sexualbrott. Syftet bakom förändringarna var bland annat att utvidga tillämpningsområdet för våldtäkt, gärningar som tidigare blivit bedömda som exempelvis sexuellt tvång skulle nu anses vara våldtäkt.³¹ Redan i lagändringar 1998 ville man lyfta fram kränkningens art istället för att endast fokusera på sexualhandlingen som sådan. Som exempel på sådana allvarliga kränkningar angavs att föra in föremål eller knytnäve i en kvinnas underliv.³² Vad gäller begreppet sexuell handling så infördes detta i lagtext först i och med 2005 års nya sexualbrottslagstiftning. Formuleringen ersatte då det tidigare *sexuellt umgänge*. En av anledningarna till denna förändring var enligt

²⁷ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1140.

²⁸ SOU 2010:71, s. 181.

²⁹ SOU 2001:14, s. 107.

³⁰ Andersson, (2009), s. 168.

³¹ Holmqvist m.fl., (2009), s. 6:6.

³² Holmqvist m.fl., (2009), s. 6:7.

propositionen att det gamla rekvisitet ”för tankarna till en frivillig och ömsesidig sexualakt mellan två personer”³³. Vidare sägs dock att det nya begreppet i allt väsentligt bör omfatta detsamma som sexuellt umgänge gjort, utgångspunkten bör fortfarande vara att det förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller mellan den andres kropp och det egna könsorganet. Dock tilläggs att även handlingar med kortare fysisk beröring kan omfattas.³⁴

Avgörande för om en handling är sexuell i lagens mening är huruvida handlingen (1) haft en påtaglig sexuell prägel eller ej samt (2) om den tydligt varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Det är fråga om en objektiv bedömning gällande de båda kraven. För att uppfylla kravet på påtaglig sexuell prägel ska handlingen som utförts *typiskt sett* syfta till att väcka en eller bådas sexuella drift och precis som innan ändringen från *sexuellt umgänge* till *sexuell handling* har det ingen betydelse om detta syfte uppfyllts i det ifrågavarande fallet. Man ska således undersöka de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet på ett objektivt vis.³⁵ För att uppfylla punkten (2) är det avgörande att handlingen typiskt sett har varit ägnad att kränka den andres sexuella integritet, vilket betyder att domstolen genom en objektiv bedömning ska undersöka huruvida de faktiska omständigheterna i fallet talar för att handlingen är av sådant slag som typiskt sett innebär en kränkning. Som exempel på sexuella handlingar nämns bland annat vaginala, orala och anala samlag samt att föra upp föremål, händer eller fingrar i en kvinnas underliv.³⁶

2.2 Tidigare praxis

De rättsfall som är relevanta för denna uppsats belyser problematiken kring gärningsmannens syfte med sin handling. Frågan är huruvida ett sexuellt syfte i det enskilda fallet får betydelse för om handlingen ska ses som en sexuell handling i lagens mening och därmed kvalificera som ett sexualbrott. Nedan ska motiveringar i två fall från hovrätten presenteras. Sist i (2.2.2) avhandlas kortfattat hur bestämmelsen om olaga tvång typiskt sett tillämpats i praxis.

³³ Prop. 2004/05:45 s. 32.

³⁴ Prop. 2004/05:45 s. 32-33.

³⁵ SOU 2010:71, s. 187.

³⁶ Prop. 2004/05:45 s. 34.

2.2.1 Sexuell handling

Det första fallet gällde en man som stuckit upp sina fingrar i sin dotters underliv i ett försök att undersöka om hon var oskuld. Tingsrätten konstaterade att flickans sexuella integritet förvisso hade blivit allvarligt kränkt men även att då motivet ej varit sexuellt hade handlingen inte haft någon sexuell prägel. Handlingen uppfyllde således enligt tingsrätten inte kraven på vad som konstituerar en sexuell handling och kunde således ej bedömas som våldtäkt eller sexuellt tvång. När ärendet sedermera behandlades i Hovrätten för Västra Sverige bedömde rätten det ej vara visat att mannen hade haft något sexuellt syfte med handlingen och att denna således inte kunde ligga till grund för ansvar gällande något sexualbrott. Mannen dömdes istället för misshandel.³⁷

I det andra målet behandlades situationen bestående i att en man fört upp ett moppskaft i en kvinnas underliv samtidigt som han uttalat sig sexistiskt och kränkande mot henne. Både tingsrätt och hovrätt konstaterade att gärningsmannen inte haft som syfte att tillfredsställa sin sexualdrift utan att motivet bakom handlingen var att allvarligt kränka kvinnans sexuella integritet. Man hänvisade till beskrivningen av begreppet sexuell handling i förarbetena och kom till slutsatsen att mannens agerande var lika allvarligt som påtvingat samlag.³⁸ Domstolarna bortsåg i detta fall från gärningsmannens faktiska avsikt med handlingen, det var tillräckligt att konstatera att handlingen *objektivt* var att jämföra med påtvingat samlag, samt att den kränkt kvinnans sexuella integritet. Mannen dömdes således för våldtäkt³⁹.

2.2.2 Olaga tvång

För att sätta användningen av bestämmelsen gällande sexuellt tvång i ett straffrättsligt sammanhang redogörs i detta avsnitt kort för hur bestämmelsen om olaga tvång i BrB 4 kap 4 § typiskt sett använts i praxis.

Först återfinns ett fall från Högsta domstolen där gärningsmännen trängt sig in i en villa och under vapenhot tvingat till sig bilnycklarna av den man som bodde där. Bilen hade de senare tagit och använt (de hade inte haft för avsikt att ta just bilnycklarna och kunde därför inte

³⁷ RH 2010:9.

³⁸ Svea Hovrätts dom den 21 maj 2008 i mål B 2540-08.

³⁹ Mannen dömdes även för grov kvinnofridskränkning.

dömas till rån).⁴⁰ Ett annat exempel, detta från hovrätten, gällde en man som under hot om att sparka föraren av en bil tvingade till sig bilen, brotten omfattade där olaga tvång och tillgrepp av fortskaffningsmedel.⁴¹

⁴⁰ NJA 1992 s. 26.

⁴¹ RH 1994:4.

3 Sexualitetens innebörder och sexuell handling i doktrin

Hur stämmer då den avgränsning av området för sexualbrott samt den där befintliga definitionen av begreppet sexuell handling som presenterats i kapitlet ovan överens med inom doktrin framlagda modeller? Modellerna som presenteras i detta kapitel arbetar med olika begreppsbestämningar gällande hur uttrycket sexuell handling ska förstås och användas. För att försöka utreda varför definitionen ser ut som den gör undersöks även hur sexualiteten *som sådan* förstås.

3.1 Definitionen av sexuell handling i juridisk doktrin

Claes Lernestedt, professor i straffrätt vid Uppsala universitet, presenterar ett antal alternativa bedömningsgrunder, såsom att handlingen fått den tilltalade att bli sexuellt upphetsad, att offrets känt sig sexuellt kränkt eller att gärningen typiskt sett ses som sexuell.⁴² De två första alternativen grundar sig på en subjektiv grund, de utgå från personers upplevelser i det enskilda fallet, medan det tredje alternativet vilar på en objektiv grund som kan konstateras av de yttre omständigheterna. Vidare leder de olika alternativen även till olika slutledning om vems intressen lagstiftningen kring sexualbrott skyddar. Det sistnämnda alternativet, att en handling *typiskt sett* ses som sexuell, är inte helt oproblematiskt trots att den ger sken av att vara det objektiva alternativet. Varifrån ska typiciteten härledas? Till genomsnittet inom hela landets befolkning, till majoriteten av befolkningen, eller bör den deriveras från det genomsnittliga inom den samhällsgrupp som gärningsman eller offer tillhör? Med vilka kriterier ska denna grupp i så fall avgränsas? Vad händer med bedömningen i fall utförda av gärningsmän med avvikande sexuella böjelser om typiciteten måste vara stor hos en handling för att anses sexuell?⁴³

Per Ole Träskman, senior professor i straffrätt vid Lunds universitet, har behandlat ämnet sexuell handling och delar upp de alternativa lösningarna utifrån huruvida de grundar sig på en subjektiv eller objektiv bedömning. Den subjektiva bedömningen utgår från gärningsmannens eller offrets synvinkel, och de objektiva på huruvida handlingen i allmänhet uppfattas som sexuell, om den gör det, ska den också i det enskilda fallet bedömas vara sexuell. Vidare poängterar han att det föreligger en osäkerhet kring vilken metod som ska

⁴² Lernestedt, i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, (2003/2004), s. 404-405.

⁴³ Lernestedt, i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, (2003/2004), s. 405.

användas samt att denna osäkerhet hamnar i konflikt med legalitetsprincipen. Träskman konstaterar slutligen att detta problem eventuellt är ofrånkomligt eftersom det enligt honom är omöjligt att komma fram till en precis definition av sexualitet och därmed sexuell handling.⁴⁴

En tredje förklaringsmodell på vad som konstituerar en sexuell handling utgår från den sexuella integriteten. Denna integritet fastslås i sin tur med hjälp av det så kallade intimitetsperspektivet, teorin framhålls av Petter Asp, professor i straffrätt vid Stockholms universitet.⁴⁵ Intimitet bygger enligt denna idé på av samhället tydligt bestämda normer om nakenhet och närhet. Vissa kroppsdelar är på grund av dessa normer mer privata, detta blir som allra tydligast sett till vilken klädsel som är accepterad att visa sig i på offentlig plats. En viss grad av skylande av kroppen krävs alltid och att bära badkläder då man befinner sig på en strand, badhus eller liknande är den lägsta graden av påklädnad som allmänt accepteras. Badkläderna indikerar således tydligt vilka delar av kroppen vi ser som allra mest intima och sexuella. Den sexuella kroppen utformas då med en kärna och en periferi och ju närmare en beröring är den sexuella kärnan, vilket utgörs av könsorgan och i viss mån kvinnobröst, desto mer integritetsnära och därmed eventuellt kränkande är den. Allra mest integritetsnära, och därmed även mest sexuellt laddat, är kroppens håligheter. Resonemanget leder även till att en diskrepans gällande graden av kränkning som överhuvudtaget är möjlig uppstår mellan män och kvinnor, då kvinnor rent fysiskt skulle ha fler områden som är mer integritetsnära än män.⁴⁶ Att notera är således att med denna modell så kommer utnyttjande av män i regel att kunna bedömas som mindre allvarliga.⁴⁷ Vidare kan resonemanget hävdas bestå av en cirkelargumentation; något är sexuellt för att det är integritetsnära, och det är integritetsnära för att det är sexuellt.⁴⁸

Sammanfattningsvis kan konstateras att Lernestedts och Träskmans förslag på hur en sexuell handling ska definieras uppvisar likheter. Främst laborerar de med frågan från *vem* bedömningen av syftet med en handling, som redan i och för sig kan anses vara sexuell, ska utgå ifrån. Det sistnämnda alternativet, intimitetsperspektivet, försöker snarare skapa ett

⁴⁴ Wegerstad, (2011), s. 275.

⁴⁵ Asp, i *Juridisk tidskrift 2008-2009*, s. 75-85.

⁴⁶ Asp, i *Juridisk tidskrift 2008-2009*, s. 82.

⁴⁷ Asp, i *Juridisk tidskrift 2008-2009*, s. 83.

⁴⁸ Wegerstad, (2011), s. 275.

mätinstrument för att avgöra huruvida en handling överhuvudtaget är sexuell till sin karaktär, detta helt avhängigt *var* på kroppen handlingen utförs, en anatomisk värdering görs. En handling kan då vara sexuell oavsett vem som utför den, i vilket syfte, eller hur det uppfattas av offret. Motsatsvis kan en handling då inte vara sexuell om inga intima kroppsdelar varit involverade, trots att motivet hos gärningsmannen varit just sexuellt eller trots att offret uppfattat händelsen som sexuellt integritetskränkande.

3.2 Sexualitetens betydelser

I kap 2.1 konstaterades att skyddsintresset bakom lagen är individens sexuella integritet, och att denna integritet kan kränkas av sexuella handlingar. För att mer djupgående kunna diskutera vad en *sexuell handling* består i är det lämpligt att först ställa sig frågan vad som är sexuell, vilka funktioner sexuella handlingar fyller. I detta avsnitt avhandlas detta ämne ur ett feministiskt perspektiv, och den problematik som den traditionella och rättsliga synen på sexualitet skapar lyfts härmed.

3.2.1 Betydelser inom straffrätten

Linnéa Wegerstad talar om samlagets särställning för idén om vad sexualitet inbegriper. Som ett exempel kan nämnas BrB 6 kap 1 §.⁴⁹ Paragrafen reglerar vilka handlingar som är att bedöma som våldtäkt; "samlag (...) eller sexuell handling jämförlig med samlag"⁵⁰. Med samlag menas bara ett vaginalt samlag mellan man och kvinna, där mannen med sin penis berör eller penetrerar kvinnans könsorgan.⁵¹ Paragrafen utvecklas sedan till att omfatta även handlingar som är jämförbara med samlaget. I propositionen nämns sådana gränsfall som inte lika självklart omfattas av begreppet sexuell handling och därmed konstituerar våldtäkt, i praxis har då fokus lagts på gärningsmannens syfte - att använda någon annans kropp för sin egen sexuella tillfredsställelse - för att avgöra frågan.⁵² Det är tydligt att samlag är jämförelsenormen gällande våldtäkt; har det inte förekommit en någorlunda långvarig beröring är handlingen i de flesta fall alltför olik en handling som med hänsyn till art och

⁴⁹ Wegerstad, (2011), s. 284.

⁵⁰ BrB 6 kap 1 § 1 men.

⁵¹ Prop. 2004/05:45 s. 36.

⁵² Wegerstad, (2011), s. 284-285.

omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.⁵³ Handlingen kan då inte falla in under bestämmelsen i BrB 6 kap. 1 §.

Det fokus i våldtäktsbestämmelsen vilket presenterats ovan, där samlaget fungerar som utgångspunkt, får betydelse då rättstillämpningen återspeglar och producerar samhällets normer kring kön och sexualitet. Dessa normer innehåller bland annat en föreställning om det kvinnliga offrets sexualitet som passiv.⁵⁴ Denna uppfattning kan sättas i förbindelse med begreppet *fallogentrism*. Begreppet används av feministen, sociologen och kriminologen Carol Smart i boken *Feminism and the Power of law*. Fallogentrismen som genomsyrar samhället syn på vad som är sexuellt medför att den maskulina erfarenhet och den maskulina betydelsen av sexualitet blir dominerande även inom rätten.⁵⁵ Det är alltså mannens upplevelse som avgör huruvida en handling överhuvudtaget är att betrakta som sexuell.⁵⁶ En möjlig förklaringsmodell till varför den i stycket ovan beskrivna tyngdpunkten för våldtäkt ligger vid just samlagsdefinitionen finns att hitta i detta uttryck. Även Smart menar att för att förstå problematiken kring lagens formuleringar, tolkningar och tillämpningar måste man bära i minnet att rätten har inflytande när samhällets normer skapas och utvecklas. Rättsvetenskapen har dessutom en sådan position att den diskvalificerar andra kunskaper som anses underordnade den juridiska vetenskapen.⁵⁷ Således kan den slutsats dras att om lagen utgår från ett manligt perspektiv om vad som är sexuellt innebär detta att kvinnors sexualitet och upplevelser av sexuellt utnyttjande inte får något utrymme.⁵⁸

3.2.2 Övriga betydelser av sexualitet

Analysen av vilka företeelser som ska omfattas av sexualbrottslagstiftningen ska inte stanna vid synpunkten att den negligerar det kvinnliga perspektivet på vad som är uttryck för sexualitet. Utöver det som diskuterats i föregående kapitel kan det vidare hävdas att samhällets, och därmed även domstolarnas, syn på sexualbrott är problematisk på ytterligare ett sätt; den fokuserar nämligen till stor del på den *erotiska* sexualiteten och missar därmed det uttryck för makt som sexualiteten även kan innefatta. Med erotisk sexualitet menas i detta

⁵³ SOU 2010:71, s. 183-184.

⁵⁴ Andersson, (2009), s. 174.

⁵⁵ Smart, (1989), s. 28.

⁵⁶ Wegerstad, (2011), s. 288. Se även Andersson,(2004), s. 127.

⁵⁷ Smart, (1989), s. 26.

⁵⁸ Smart, (1989), s. 49.

sammanhang en sexualitet med sitt ursprung i lust, ömsesidighet och sexualdrift. Det är denna sexualitet som används som spegelbild i beskrivningen av sexualbrott.⁵⁹ Brottet definieras sedan genom att man lägger till hot, våld eller utnyttjande.⁶⁰ Detta fokus bör enligt professorn vid Columbia University, Katherine M. Franke, kritiseras; på grund av att tyngdpunkten ligger vid den sexuella, i betydelsen erotiska karaktären hos en handling så missar definitionen också det uttryck för sexism som den handlingen kan utgöra. Handlingens funktion som ett instrument vilket gör kvinnor⁶¹ till sexuella objekt och män⁶² till sexuella subjekt negligeras. Vi missar härmed hur sexuella övergrepp av olika slag används för att förnedra eller skada.⁶³

M. Franke framhäver ett exempel på när rättsväsendet uppmärksammat den annars förbisedda innebörden av sexualbrott som presenterats i föregående stycke, detta exempel hittas inom området för folkrätt.⁶⁴ År 2008 röstade FN:s säkerhetsråd igenom ett förslag om att officiellt betrakta våldtäkt som en form av krigsföring.⁶⁵ Detta var bland annat ett resultat av internationella krigsförbrytardomstolars praxis på området, vilken utvecklats sedan en tid tillbaka. Ett tydligt exempel på denna praxis är den rättsliga behandlingen i *Tribunalen för krigsförbrytelser i det forna Jugoslavien* av de massvåldtäkter som skedde i forna Jugoslavien under Bosnienkriget. Soldater ur olika stridande grupperingar hade satt i system att tillfångata och våldta - i många fall upprepade gånger under långvarig instängning – personer, främst kvinnor, tillhörande den motsatta stridandepartens befolkning. Hanteringen i domstolen av våldtäkterna var banbrytande, gärningarna bedömdes vara brott mot de mänskliga rättigheterna och inkorporerades som en del av de krigsbrott som begåtts under kriget mot människor av en viss etnicitet eller religion. Tribunalen konstaterade att våldtäkter användes för att sätta skräck i, förtrycka samt förnedra olika befolkningsgrupper och därigenom ge uttryck för ett maktövertag. Domarna fokuserade i sina resonemang inte bara på det sexuella i de begångna våldtäkterna utan klassade även handlingarna som delar av

⁵⁹ Wegerstad, (2011), s. 278.

⁶⁰ <http://debatt.svt.se/2013/02/27/otrohetskontroller-ar-inget-sexbrott-med-dagens-lagstiftning>, 2013-05-10.

⁶¹ År 2012 var 96 % av sexualbrottsoffren kvinnor: <http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>, 2013-05-12.

⁶² År 2012 var 98 % av de som misstänktes för sexualbrott män: <http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>, 2013-05-10.

⁶³ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1141.

⁶⁴ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1142.

⁶⁵ S/RES/1820 (2008), UNSCs resolutions.

tortyr⁶⁶ brott mot mänskligheten och folkmord. Argumentationen negligerade inte det faktum att det i det enskilda fallen var fråga om övergrepp av sexuell natur, men undvek att se gärningarnas sexuella karaktär som den främsta aspekten av brottet.⁶⁷ Man "översexualiserade" på så vis inte det som inträffat utan erkände de bakomliggande syftena hos soldaterna, nämligen maktdemonstration och våld.⁶⁸ Folkrätten har sedermera i allt högre grad uppmärksammat våldtäktens funktion i form av könsbaserad förföljelse. Den har därför allt mer kommit att betraktas som en form av könsdiskriminering när den behandlas rättsligt inom ramen för exempelvis tortyranklagelser eller andra krigsbrott.⁶⁹

⁶⁶ Se exempelvis *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, s. 25-26.

⁶⁷ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1142-1143.

⁶⁸ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1170.

⁶⁹ M. Franke, i *Denver University Law Review* vol.75:4, 1997-1998, s. 1178.

4 Hovrätternas motiveringar

I detta kapitel återgår jag nu till de två uppmärksammade rättsfallen om de så kallade otrohetskontrollerna. Här återgivs hur Göta respektive Svea hovrätt resonerat sig fram till sina olika domslut. Förhoppningen är att detta redogörande ska knyta ihop säcken inför den analys som presenteras i nästkommande kap (4).

4.1 Göta hovrätts resonemang i fall B 1883-12 - *Skogsfallet*

Göta hovrätt fastställde i domskälen att det var utrett att S ”genom hot om att skada och döda A tvingat henne att ta av sig sina byxor och trosor samt att S därefter kände med fingrarna i hennes underliv.”⁷⁰ Hovrätten konstaterade därefter att det var fråga om olaga tvång, men att tvånget för att falla in under bestämmelsen i 6 kap 2 § Brottsbalken om *sexuellt* tvång måste ha tvingat A att utstå en sexuell handling. Domstolen undersökte vidare om så var fallet och lyfte fram de förarbeten som framställts i samband med införandet av begreppet sexuell handling. Rätten framhöll att det avgörande för bedömningen är om handlingen har en påtaglig sexuell prägel och varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet.⁷¹ Vidare uttalades att det bör räcka att handlingen *typiskt sett*⁷² syftar till att väcka eller tillfredsställa den sexuella driften hos någon av de inblandade för att den sexuella prägel ska kunna fastslås. Huruvida den sexuella handlingen verkligen medfört direkt tillfredsställelse av driften i det enskilda fallet är irrelevant. Domstolen bortsåg från syftet i det enskilda fallet, att kontrollera en eventuell otrohet, och det ansågs räcka att handlingen typiskt sett var att betrakta som sexuell. Därefter konstaterade rätten att handlingen objektivt sett hade varit ägnad att kränka A:s sexuella integritet. De krav på en sexuell handling som uppställs i förarbetena ansågs följaktligen uppfyllda. Tingsrättens dom om sexuellt tvång fastställdes således.⁷³ S dömdes till fängelse i ett år och sex månader. Ingen exakt definition görs i domen gällande hur stor del av fängelsestraffet som avser det sexuella tvånget, vad som kan utläsas är att brottet bör motsvara flera månader.⁷⁴ Därutöver blev S skadeståndsskyldig gentemot A med totalt 42 400 kronor.⁷⁵

⁷⁰ HovR B 1883-12, s. 14.

⁷¹ Prop. 2004/05:45 s. 33.

⁷² Min kursiv.

⁷³ HovR B 1883-12.

⁷⁴ HovR B 1883-12, s. 8.

⁷⁵ HovR B 1883-12, s. 14.

4.2 Svea hovrätts resonemang i B 1195/13 – *Sovrumsfallet*

Svea hovrätt började med att konstatera att en förutsättning för att gärningen som R utsatt C för skulle vara att bedöma som våldtäkt var att R utfört en sexuell handling i brottsbalkens mening. Det var således precis som i *Skogsfallet* vid detta begrepp som fokus för skuldfrågan skulle komma att ligga. Domstolen hänvisade även här till propositionen⁷⁶ som påtalar att också en kortvarig beröring - vilket domstolen bedömde det vara i det aktuella fallet - kan omfattas av begreppet sexuell handling. Avgörande är då om gärningen haft en påtaglig sexuell prägel och varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet. Prägeln avgörs i normalfallet genom att slå fast huruvida handlingen varit av sådan karaktär att den typisk sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådars eller enderas sexuella drift eller ej. *När det rör sig om en kortvarig beröring måste dock det karaktäriserande för handlingen vara att gärningsmannen utnyttjat offrets kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv sexuell tillfredsställelse*⁷⁷. Det var här uppfyllandet av rekvisitet sexuell handling enligt domstolen brast. Beröringen hade bedömts vara kortvarig och således skulle kravet på att gärningsmannens syfte i det enskilda fallet var av sexuell karaktär uppfyllas. Hovrätten påpekade att båda parter lämnat likalydande uppgifter om att syftet med R:s agerande varit att kontrollera om C varit otrogen. Domstolen menade det därför vara utrett att R inte haft något sexuellt syfte, agerandet var ej av sexuell karaktär. Därmed hade gärningen inte heller en sådan sexuell prägel att den var att bedöma som en sexuell handling.⁷⁸ Att gärningen kränkt C:s sexuella integritet, vilket är det första kravet för att en sexuell handling ska vara brottslig, var inte tillräckligt. R:s agerande var istället att se som olaga tvång, vilket i sin tur skulle ses som en del av den grova kvinnofridskränkning R i övrigt gjort sig skyldig till.⁷⁹ Rätten ändrade tingsrättens dom, från våldtäkt till olaga tvång.⁸⁰ Det olaga tvånget bedömdes sortera under den grova kvinnofridskränkning som hovrätten funnit styrkt. R dömdes till totalt ett år och två månaders fängelse samt att utbetala ett skadestånd till C på totalt 56 200 kronor.⁸¹

⁷⁶ Prop. 2004/05:45 s. 33.

⁷⁷ Min kursiv.

⁷⁸ PT B 1195/13, s. 13.

⁷⁹ PT B 1195/13, s. 13.

⁸⁰ PT B 1195/13, s. 12.

⁸¹ PT B 1195/13, s. 14.

5 Analys

I denna del görs ett försök att sammanfatta det uppsatsen avhandlat hittills. Det är ett kapitel för att plocka upp de trådar som föregående stycken lämnat efter sig och försöka sätta dem samman. Jag kommer börja med att komparera de två rättsfall som min uppsats främst kretsat kring, för att sedan sätta dem i ett sammanhang där jag ur ett genusperspektiv försöker förklara domarna och avslutningsvis peka på brister i gällande rätts hantering av sexualbrott av denna typ.

5.1 En jämförelse mellan hovrätternas motiveringar

Skogsfallet och Sovrumsfallet uppvisar många likheter. Det rör sig i båda målen om kvinnor som av sina respektive pojkvänner (och tillika sambos) har blivit utsatta för sexuellt integritetskränkande behandling. Behandlingen har bestått i att de tvingats, genom hot om våld, att tåla att männen med sina fingrar undersöker deras underliv i syfte att kontrollera om de varit otrogna. I domstol har sedan både Svea hovrätt och Göta hovrätt i sina domskäl främst hänvisat till proposition 2004/05:45 – *en ny sexualbrottslagstiftning* för att motivera påföljande dom.

I det först presenterade fallet, *Skogsfallet*, tog domstolen fasta på typiciteten. Om en handling *typiskt* sett syftar till att väcka den sexuella driften hos antingen gärningsman eller offer föreligger en *sexuell prägel*. Om sexuell prägel finns, är handlingen också en sexuell handling i straffrättslig mening. Rätten ansåg att den i målet aktuella handlingen uppfyllde detta krav, den var typiskt sett avsedd att väcka sexuell drift och följaktligen var handlingen i detta enskilda fall att se som sexuell. Mannen dömdes därefter för sexuellt tvång. Rätten bortsåg således från gärningsmannens syfte, som troligtvis inte skulle uppfyllt kravet på sexuell prägel om det tagits med i bedömningen. Hans faktiska syfte var – enligt vad som visats i domen - inte att väcka någon sexualdrift hos varken sig själv eller kvinnan. Någon hänsyn till sådana subjektiva och faktiska motiv hade enligt rätten inget utrymme i den rättsliga hanteringen om man utgick från propositionen och syftet med bestämmelsen.

I det andra fallet, *Sovrumsfallet*, underströk rätten att den beröring som utgjort den påstått sexuella handlingen bedömts som kortvarig. Vid en kortvarig beröring krävs det enligt propositionen att det karaktäriserande för handlingen är att offrets kropp utnyttjats som ett

hjälpmedel av gärningsmannen för att bereda denne sexuell tillfredsställelse. Först då har en kortvarig handling sexuell prägel och är att se som en sexuell handling. Meningen tolkades vidare som att vad som skulle bedömas var karaktären av den enskilda handlingen. Det var alltså huruvida gärningsmannen i det aktuella fallet *faktiskt* utnyttjat offrets kropp av ovan beskrivna anledning som skulle vara avgörande. Karaktären hos en handling i *objektiv* mening, grundad på en typicitet, undersöktes inte, till skillnad från i *Skogsfallet*. Eftersom handlingens syfte ansågs klargjort förelåg ingen sexuell handling och mannen dömdes för olaga tvång.

Jag vill redan här påpeka det anmärkningsvärda i att domstolen i båda fallen ansåg sig döma i enlighet med propositionen. Det förefaller som om en tveksamhet föreligger gällande huruvida objektivitet *alltid* ska praktiseras av rätten när den förhåller sig till en handling. Detta att rätten enligt propositionen ska beakta gärningsmannens syfte med en handling om den utgörs av en kortvarig beröring, åsyftas då det *subjektiva* syftet i det enskilda fallet eller avses syftet med sådana handlingar i objektiv mening, efter huruvida en sådan kortvarig beröring *typiskt* sett utförs med sexuella motiv? Rättssäkerheten kan inte garanteras, dock kommer denna oklarhet som de två domarna ger upphov till förhoppningsvis klarna i och med prövningen av det ena målet, *Sovrumsfallet*, i Högsta domstolen.

5.2 En objektiv respektive subjektiv bedömning av syftet

I detta stycke ska ett försök göras att gå in på en djupare analys av vad som skett i hovrätterna, och då framförallt försöka förklara *varför* utifrån de perspektiv som lyfts i kap 2. Inledningsvis kan konstateras att i första hand bedöms en handling utifrån huruvida den *typiskt* sett är att bedöma som sexuell. Denna i någon mån objektiva bedömning har stöd även i doktrin, se exempelvis Lernestedt och Träskman, vilkas teorier framförts i kap 2.3. Den objektiva bedömningen har den fördelen att den inte går in på spekulationer kring gärningsmannens uppsåt, vilket kan vara vanskligt ur bevissynpunkt. En uppenbar risk som föreligger vid tillämpning av ett sådant utifrånperspektiv är dock att domstolen missar eventuella sexuella avvikelser hos gärningsmannen och det förhållande att denne därmed tycker sig ha utfört handlingar i sexuellt syfte. Frågan är dock huruvida detta syfte överhuvudtaget borde tillmätas någon betydelse, om offret inte alls uppfattat situationen som

sexuell. Denna problematik uppmärksammas som nämnts av Lernestedt⁸². Gällande Asps förklaringsmodell om intimitetsperspektivet ger den förvisso tydliga riktlinjer för bedömningen, en undersökning av *var*, rent fysiskt, på kroppen en beröring eller handling företagits skulle då göras av domstolen. Detta perspektiv har dock ett antal brister; kan de kroppsdelar som i någon grad anses intima förändras över tid? *Varför* anses särskilda kroppsdelar enligt samhällets normer som mer eller mindre intima? Riskerar rättsväsendet att missa de typer av sexualbrott som inte faller inom denna samhällsnorm om metoden skulle tillämpas? Inte minst måste det anses kontroversiellt att komma till slutsatsen att män inte kan bli sexuellt kränkta i samma utsträckning som kvinnor.

För att återgå till domstolarnas motiveringar i de två rättsfallen gällande otrohetskontroll yttrade domstolen i Sovrumsfallet att om handlingen är kortvarig, vilket den här bedömdes vara, ska propositionen tolkas som att det faktiskt är med hänsyn till gärningsmannens syfte som frågan huruvida en handling är sexuell ska avgöras. Detta kan vara en farlig väg att gå bevismässigt. Att notera är även att den aspekt som inte tas upp i vare sig förarbete eller i praktiken, men som framförts som ett förslag i doktrin, är en hänsyn till *offrets* upplevelse av en viss handlings prägel. Offret har förvisso rimligen inget syfte med handlingen, eftersom det är gärningsmannen som företar den eller alternativt tvingar offret att företa den, däremot vore det möjligt för rätten att lägga större vikt vid huruvida offret känts sig utsatt för något av sexuell karaktär. Detta tas idag eventuellt i beaktande av domstolen när den ska bedöma huruvida den *sexuella integriteten* kränkts, men oavsett vad rätten där drar för slutsats, så är inte en kränkning av den sexuella integriteten ensamt tillräckligt för att en sexuell handling ska anses föreligga enligt dagens lagstiftning. Att det förhåller sig på så vis kan ifrågasättas, särskilt eftersom syftet med den nya sexuallagstiftningen från 2005 var just att stärka skyddet för denna särskilda integritet och för individens rätt till sexuellt självbestämmande.

En teori vilken eventuellt skulle kunna sättas i relation med detta faktum är dock teorin som utgår från begreppet *fallocentrism*⁸³. Att samlaget, med vedertagen tillhörande begreppsförklaring, har en sådan särställning på rättsområdet för sexualbrott och även fungerar som utgångspunkt för vad som är sexuellt kan ses som en yttring av fallocentrismens

⁸² Se kap 2.3 ovan.

⁸³ Se kap 2.4.1 ovan.

genomslag inom rättsordningen. Om det förhåller sig på så vis att den manliga definitionen av vad som är sexuellt dominerar även på straffrättsområdet så är det således denna från manligt perspektiv utformade definitionen som styr också vilka handlingar som juridiskt är av sexuell karaktär och därmed även faller under begreppet sexuell handling. Detta kan enligt mig ses som problematiskt då den stora majoriteten av de personer som faller offer för sexualbrott är kvinnor.

5.3 Hänsyn till ett alternativt syfte

Domarna skulle kunna anses problematiska på fler vis än på grund av de i kap 4.2 anförda oklarheterna kring från *vem* eller *vilka* man utgår när en handling ska bedömas som sexuell eller ej. Denna ytterligare problematik består i det faktum att rätten i både *Skogsfallet* och *Sovrumsfallet* enligt min mening har haft den lustfyllda och driftstyrda sexualiteten som utgångspunkt för vad som är sexuellt.⁸⁴ Oavsett om rätten kommit fram till att det rör sig om en sexuell handling eller ej, bedömt efter typicitet eller efter syftet i det enskilda fallet, har detta konstaterats utifrån huruvida handlingen var sexuell i meningen *erotisk*.

I sammanhanget för stycket ovan är den aspekt av brottet våldtäkt som konstateras inom folkrätten intressant. Tolkningen av brottets bakomliggande egenskaper står i stark kontrast till hur bestämmelsen om våldtäkt i den nationella sexualbrottslagstiftningen uttyds. Det fokus som inom folkrätten lagts på våldtäkt skulle kunna appliceras även inom den nationella straffrätten och på sexualbrott generellt om samhälle och lagstiftare godtog och uppmärksammade idén om att sexuella övergrepp inte bara sker på grund av en otämjbar sexualdrift utan även för att uttrycka ett maktövertag gentemot offret. Det går enligt mig inte att ignorera det faktum att 96 % av alla som faller offer för sexualbrott är kvinnor och 98 % av alla som anmäls för samma brott är män (exempelvis uppmärksammar lagen redan idag genom existensen av kvinnofridsbrottet i BrB 4 kap 4 a § 2 st att det finns ett särskilt behov av att skydda just kvinnor mot våld i nära relationer). Att påpeka är dock att det inte är av avgörande betydelse att lagstiftaren erkänner förekomsten av en samhällelig struktur där män generellt är överordnade kvinnor för att idén om våldtäkt som ett uttryck för makt skulle kunna tillämpas i nationell lag. Det avgörande för att en sådan lösning skulle vara möjlig är accepterandet av alla de aspekter -utöver ett erotiskt, driftstyrt motiv - som en sexuell

⁸⁴ Se kap 2.4.2 ovan.

handling kan ge uttryck för *i det enskilda fallet*. Exempelvis att kunna bedöma handlingen såsom utgörande en form av maktdemonstration och i syfte att förnedra och förminska offret, oavsett om denne är kvinna eller man. En så kallad otrohetskontroll skulle då enligt min mening med stor sannolikhet falla inom begreppet sexuell handling och därmed konstituera brott. De gärningar som begåtts i de två rättsfallen är på många sätt förödmjukande, de inskränker offrets frihet samt integritet samtidigt som det förnedrar denne. Dessutom ske detta i syfte att kontrollera individens sexuella aktiviteter, det vill säga den sexuella självbestämmanderätten, något som lagstiftningen redan nu säger sig vilja skydda.

5.4 Avslutande ord

För att på något sätt sätta den ovan anförda kritiken i perspektiv bör man eventuellt fråga sig om det fyller någon funktion att se handlingarna i de båda hovrättsfallen som sexuella. Kanske borde de inte falla inom området för sexualbrott utan på sin höjd ses som fall av misshandel, såsom i målet gällande den flicka vars pappa kontrollerat hennes oskuld. Diskrepansen mellan sexuell handling i gällande rätt och den doktrin som har ett genusperspektiv eller feministiskt perspektiv på sexualbrott är dock problematisk. För att åter referera till M. Franke så strider dessutom den dom som hovrätten fällt i det nyss nämnda fallet samt domen i Sovrumsfallet mot åtminstone *min* intuitiva känsla för vad som är sexuellt.

Idag finns det enligt min uppfattning en lucka i lagen, bestämmelsen om olaga tvång uppmärksammar enligt mig inte alls på ett relevant sätt de uttryck för förnedring och demonstration av maktövertag som en handling av den karaktär som otrohetskontroll utgör. En dom om olaga tvång förringar betydelsen av övergreppet och osynliggör dess funktion som en sexuell handling i meningen sexistisk, det vill säga som ett verktyg för att demonstrera ett maktövertag. Lagstiftningen borde därför ses över, för att undersöka hur rätten skulle kunna belysa sexualbrottets många sidor och därmed möjliggöra en rättvis brottsrubricering i domstol, inte minst för offrens skull.

Käll – och litteraturförteckning

Källor

SFS 1962:700 *Brottsbalk*

SFS 1951: 649 *Lag om straff för vissa trafikbrott*

Statens offentliga utredningar

SOU 2010:71, *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*

SOU 2001:14, *Sexualbrottet – ett ökat skydd för den sexuella integriteten och andra frågor*

Regeringens proposition 2004/05:45 - *En ny sexualbrottslagstiftning*

Litteratur

Andersson Ulrika, (2004), *Hans (ord) eller hennes? – En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, Lund.

Andersson Ulrika, (2009), *Det gränslöst feminina, kvinnliga kroppar och sexualiteter i rättslig hantering av våldtäkt. Mord, misshandel och sexuella övergrepp – historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*, s.168-187, utg. Inger Lövkrona, Nordic Academic Press, Lund.

Asp Petter, *Grader av kränkning, våldtäkt eller sexuellt tvång?*, i *Juridisk tidskrift 2008-2009*, s. 75-85.

Franke Katherine M., *Putting Sex to work*, i *Denver University Law Review vol.75:4, 1997-1998*, s. 1139-1180.

Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman, Wennberg, (2009), *Brottsbalken – en kommentar, Del I – brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, Norstedts Juridik, Stockholm.

Lernestedt Claes, Sexualitet är i betraktarens öga? - Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedda bl.a. genom ett rättsfall och debatten kring det, i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland (2003/2004)*, s. 398-434.

Smart Carol, (1989), *Feminism and the Power of law*, Routledge, London.

Wegerstad Linnéa, (2011), Om erotik, makt och sexualbrottens sexualiteter. *På vei: Kjønn og rett i Norden*, s. 273-297, utg. Eva-Maria Svensson m.fl., Makadam, Halmstad.

Övrigt

United Nations Security Council, Resolution 1820 (2008), *Women and peace and Security - Adopted by the Security Council at its 5916th meeting, on 19 June 2008*.

Elektroniska källor

Pressmeddelande, *Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd rörande betydelsen av syftet med att en man med våld eller hot om våld har fört upp fingrarna i en kvinnas underliv*, publicerad 2013-03-13, hämtad 2013-05-05, <http://www.hogstadamstolen.se/Mer-om-Hogsta-domstolen/Nyheter-fran-Hogsta-domstolen/Hogsta-domstolen-meddelar-provningstillstand-rorande-betydelsen-av-syftet-med-att-en-man-med-vald-eller-hot-om-vald-har-fort-upp-fingrarna-i-en-kvinnas-underliv/2013-03-13>

Wegerstad Linnéa, *Otrohetskontroller är inget sexbrott med dagens lagstiftning*, Debatt, publicerad 2013-02-27, hämtad 2013-05-10, <http://debatt.svt.se/2013/02/27/otrohetskontroller-ar-inget-sexbrott-med-dagens-lagstiftning/>

Brottsförebyggande rådet (Brå), *Brott & statistik, Våldtäkt och sexualbrott*, publicerad 2013, hämtad 2013-05-12, <http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1992 s. 26, *Två män har trängt sig in i en villa och under vapenhot tvingat den som bodde där att lämna ifrån sig nycklarna till en bil, som männen därefter tagit och brukat. Fråga om den straffrättsliga bedömningen av förfarandet.*

Hovrätten

PT B 1195/13, *Våldtäkt m.m.*

HovR B 1883-12, *Olaga frihetsberövande m.m.*

RH 2010:9, *En man som i syfte att kontrollera om hans dotter var oskuld, stoppat sina fingrar i dotterns slida, dömdes, inte för våldtäkt mot barn utan för misshandel.*

Svea Hovrätts dom den 21 maj 2008 i mål B 2540-08

RH 1994:4, *Vid bedömningen av fråga om prövningstillstånd har hänsyn tagits till att det inte förelegat anledning att anta att parterna i hovrätten skulle tillåtas att åberopa ny bevisning*

Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien

Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T