



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Madelene Strand

Lagens "signalverkan" - finns den?

En utredning av en sexualbrottslagstiftnings möjlighet till normerande verkan med utgångspunkt i ett samtyckesbaserat våldtäktsbrott

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin för examen: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Metod, material och perspektiv	6
1.4 Avgränsning	7
2 TVÅ OLIKA LAGSTIFTNINGSTEKNIKER	8
2.1 Gällande rätt - en våldtäktsbestämmelse som bygger på tvång och utnyttjande	8
2.1.1 Tvång	9
2.1.2 En särskilt utsatt situation	10
2.1.3 Samlag eller annan sexuell handling	10
2.1.4 Grovt och mindre grovt brott	11
2.2 En våldtäktsbestämmelse baserad på ett bristande samtycke	12
3 ARGUMENT FÖR OCH EMOT ETT SAMTYCKESBASERAT VÅLDTÄKTSBROTT	13
3.1 En samtyckesreglering är en naturlig utveckling	16
3.2 Målsäganden riskerar vid en samtyckesreglering att hamna i fokus för processen	17
3.3 Gällande rätt lagför inte alla former av sexualbrott	19
3.4 En samtyckesreglering kommer att stärka brottsoffrets ställning	20
3.5 En samtyckesreglering är en förutsättning för jämställdhet	21
3.6 Bulgariendomen	23
3.6.1 Sverige uppfyller konventionens krav	24
3.6.2 Sverige uppfyller inte konventionens krav	25
3.7 En samtyckesreglering kommer få en normerande verkan	26
3.8 Ett stöd för utsatta kvinnor	27

3.9 Tillämpningssvårigheter	28
3.9.1 Bevissvårigheter	28
3.10 Svårt att definiera ett samtycke	29
3.10.1 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund	31
3.10.2 Ska tysta/inre samtycken tillmätas betydelse?	32
3.11 En jämförelse med engelsk rätt	32
3.12 En samtyckesreglering skulle urvattna våldtäktsbestämmelsen samt bryta mot brottsbalkens systematik	33
3.13 Orimliga förväntningar på fler fällande domar samt en ökad risk för sexualmoralism	34
3.14 Begränsad tillämpning, ett större integritetsintrång samt en enhetlig rättstradition i Norden	35
3.15 För- och nackdelar med en ren respektive en subsidiär samtyckesreglering	36
3.15.1 Argument för en ren samtyckesreglering	36
3.15.2 Argument för en kompletterande och subsidiär samtyckesreglering	36
3.16 Samtyckesdebatten fokuserar inte på den verkliga problematiken	37
4 LAGARS NORMERANDE VERKAN	39
4.1 Är lagstiftning normbildande?	39
4.1.1 Stöd för lagars normbildande verkan i vetenskapen	39
4.1.2 När lagstiftning har använts i normbildande syfte	40
4.1.3 Förhållandet mellan rätten, normer och attityder	41
4.2 Påverkas människors inställning till sexualitet av normer?	42
4.2.1 Har sexköpslagen fått en normerande verkan?	42
4.2.2 En historisk utblick	44
4.2.3 En utblick i vår omvärld	46
4.2.3.1 Finns det kulturer där våldtäkt inte förekommer?	46
4.2.3.2 Synen på kvinnans sexuella självbestämmanderätt i Europa	47
4.2.4 Män påverkas av andra män	48
4.3 Sammanfattande kommentar	49
5 KAN EN SAMTYCKESREGLERING LÖSA DE VERKLIGA PROBLEMEN?	50

5.1 Varför begår människor sexuella övergrepp?	50
5.1.1 Individorienterade förklaringsmodeller	51
5.1.1.1 Psykiatriska tillstånd	51
5.1.1.2 Ett biologiskt fenomen	52
5.1.2 En sociologisk förklaringsmodell	52
5.1.2.1 Det avgörande problemet är mäns attityder till kvinnor	53
5.1.2.2 Den sexuella frigörelsen	54
5.1.3 Ytterligare faktorer	54
5.1.4 Hade ändrade normer kunnat påverka detta beteende?	56
5.1.5 Finns det andra sätt att ändra normer kring sexualitet på?	58
5.2 Vad är det för kritik som riktas mot samhällets hantering av sexualbrott?	59
5.2.1 Få anmälningar och brister i utredningar	59
5.2.2 Bemötandeperspektiv	60
5.2.3 Brister i domstolsprocessen	61
5.2.4 Det ideala offret och den ideale gärningsmannen – social sållning	63
5.3 Sammanfattande kommentar	64
6 ANALYS OCH EGNA REFLEKTIONER	65
6.1 Kan lagstiftning ha betydelse för människors attityder gällande sin egen och andras sexualitet?	65
6.2 Kan en samtyckesreglering bidra till att minska förekomsten av sexuella övergrepp eller förbättra samhällets hantering av dessa?	66
6.2.1 En mer balanserad rättsprocess	67
6.3 Bör en våldtäktsbestämmelse som baseras på ett bristande samtycke införas i svensk rätt?	68
6.3.1 Faror med en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse	69
6.3.2 Vad är egentligen problemet?	71
6.3.3 Är en lagändring nödvändig?	71
6.3.4 Egna tankar om argument i debatten	72
6.3.5 Slutsats	73
BILAGA A – GÄLLANDE RÄTT	75
BILAGA B – FÖRSLAG PÅ EN REN RESPEKTIVE EN SUBSIDIÄR SAMTYCKESREGLERING	76
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78

Summary

In Sweden there's an ongoing debate on the sexual offences law area. The discussion relates to whether the Swedish rape law should be a legislation where criminal liability is based on a lack of consent, rather than on coercion and exploitation, which is the current rule. This issue is also the main research question in this essay. After describing the debate and the arguments raised for and against the two regulations I reach the conclusion that there is no obvious answer to the question. Nor does the fact that the two legislative techniques can be designed to have the same meaning and thus include the same deeds give any answers to whether one of them might be better than the other. But there's one argument in the debate that's worth giving a closer look, namely the one that a rape provision based on a lack of consent will have a normative effect. If this is the case, a rape law based on a lack of consent might be superior to a legislation based on coercion and exploitation. This belief is based on the notion that the law itself will make a difference. If the legislature expressly emphasize that a consent is crucial to whether a sexual act is allowed or not, the rape law might not only affect people's behavior but also their attitudes. The proponents of a rape law based on a lack of consent believe that if people's attitudes regarding sexuality and sexual abuse change, there's an opportunity to both prevent sexual abuse and to improve how society treats victims of sexual offences. I believe that this argument is of crucial importance when seeking to determine whether Sweden should maintain a rape law based on coercion and exploitation or introduce one based on a lack of consent. Therefore a sub-question of this work is if a legislation can influence people's attitudes regarding their own, but also regarding other people's sexuality. I also investigate if a legislation based on a lack of consent has a possibility to prevent sexual abuse or otherwise improve how society handles these crimes. In my essay I try to determine why people commit sexual assaults, if a legislation can create norms and if people's attitudes to sexuality can be influenced by norms. I try to answer my questions from a sociological, a cultural, a historical and a sexological perspective. What I present in the paper leads me to the conclusion that a rape law based on a lack of consent has the possibility to influence people's attitudes regarding both their own and other's sexuality. The regulation may also solve some of the problems that generate the criticism now directed at how society handles sexual offences. Although the two different legislative techniques can be designed to include the same types of deeds, I come to the conclusion that a rape law based on a lack of consent is superior to a rape law based on coercion and exploitation. This conclusion is based both on the ability of the legislation to influence norms and attitudes in a desired direction, but also on the advantages of the legislation design as such. With the knowledge that a rape law based on a lack of consent has the ability to contribute to societal benefits in a way that a regulation based on coercion and exploitation can not, it is no longer immaterial which of the models to choose.

Sammanfattning

På sexualbrottslagstiftningens område har det i Sverige under en längre tid pågått en intensiv debatt. Diskussionen rör frågan huruvida det i svensk rätt bör införas en våldtäktsbestämmelse där straffansvar grundas på ett bristande samtycke, istället för den nuvarande bestämmelsen som baseras på medel (tvång) och omständigheter (utnyttjande). Denna fråga utgör även den huvudsakliga frågeställningen i detta arbete. Efter att ha redogjort för debatten och för de argument som tas upp för och emot en samtyckesreglering kommer jag fram till att det utifrån dessa argument inte finns något givet svar på vilken av de två lagstiftningsteknikerna som är lämpligast. Inte heller det faktum att de två lagstiftningsteknikerna, rent tekniskt, kan utformas så att de får samma innebörd och därmed omfattar precis samma typer av handlingar talar för att den ena skulle vara bättre än den andra. Detta kan tyckas tala för att det egentligen inte spelar någon större roll vilken av de två lagstiftningsmodellerna som väljs. Men det kan finnas anledning att undersöka ett av argumenten som förespråkarna för en samtyckesreglering framför närmre, nämligen det att en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse kommer få en normerande verkan. Denna uppfattning bygger på en föreställning om att en samtyckesreglering i sig, genom att lagstiftaren då uttryckligen lyfter fram att ett samtycke från alla inblandade är avgörande för att en sexuell handling ska vara tillåten, inte endast kommer att påverka människors beteenden utan på sikt även deras attityder. Genom att människors inställning till sexualitet och till sexuella övergrepp förändras menar förespråkarna att en samtyckesreglering har möjlighet att dels förebygga sexuella övergrepp, dels förbättra samhällets bemötande av sexualbrottsoffer. Jag anser att detta argument är av en avgörande betydelse då ställning ska tas till huruvida Sverige bör behålla en våldtäktsbestämmelse baserad på tvång och utnyttjande eller införa en samtyckesbaserad. En delfråga i arbetet är således om lagstiftning har möjlighet att påverka människors inställning till sin egen, men även till andras sexualitet. Jag utreder även om en samtyckesreglering hade kunnat förebygga sexuella övergrepp eller på andra sätt förbättra samhällets hantering av sexualbrott. Genom att ur ett rättssociologiskt, kulturellt, historiskt och sexologiskt perspektiv fördjupa mig i varför människor begår sexuella övergrepp, om lagstiftning kan vara normgivande och om människors inställning till sexualitet låter sig påverkas av normer, kommer jag fram till att en samtyckesreglering kan komma att påverka människors inställning till sin egen och även till andras sexualitet. Jag kommer även fram till att en samtyckesreglering har möjlighet att förebygga en viss typ av sexualbrott samt att den kan bidra till att lösa vissa av de problem som genererar den kritik som idag riktas mot samhällets hantering av sexualbrott. Även om de två lagstiftningsteknikerna kan utformas så att de omfattar samma typer av handlingar kommer jag således fram till slutsatsen att en samtyckesreglering är överlägsen en våldtäktsbestämmelse baserad på tvång och utnyttjande. Dels med hänsyn till en samtyckesreglerings möjlighet att påverka människors attityder i en önskvärd riktning, dels med hänsyn till att dess brottskonstruktion i sig möjliggör ett annat angreppssätt jämfört med dagens reglering. Med insikten att en samtyckesreglering har möjlighet att bidra till samhälleliga fördelar som en tvångsreglering inte har är det inte längre oväsentligt vilken av modellerna som väljs.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom den 4 november 1950
Dir.	Direktiv
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Romstadgan	Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I Sverige har det under en längre tid pågått en intensiv debatt på sexualbrottslagstiftningens område. Diskussionen rör frågan huruvida dagens våldtäktsbestämmelse baserad på medel (tvång) och omständigheter (utnyttjande) bör bytas ut mot en bestämmelse där straffansvar istället grundas på ett bristande samtycke. I lagstiftningssammanhang blev frågan aktuell då 1998 års Sexualbrottskommitté fick i uppdrag att analysera skäl för och emot att ett bristande samtycke, istället för våld eller hot, skulle vara avgörande för ansvar för våldtäkt.¹ Denna utredning ledde till stora förändringar i den svenska sexualbrottslagstiftningen men inte till någon samtyckesreglering.² Då debatten och diskussionerna inte upphörde i och med lagändringen tillsatte regeringen redan tre år senare en ny utredning som skulle utvärdera 2005 års sexualbrottsreform, även dessa utredare fick i uppdrag att ta ställning till huruvida en samtyckesreglering borde införas i svensk rätt.³ Resultatet av denna utredning var en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2013, dock infördes inte heller denna gång en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse.⁴ De förändringar som är av främst intresse för denna uppsats, de som rör våldtäktsbrottet i 6 kap 1 § brottsbalken (BrB),⁵ var totalt tre stycken.⁶ För det första gjordes en ändring som ytterligare skulle betona att det är den sexuella kränkningen som är avgörande för straffansvar, inte olika teknikaliteter rörande sexualhandlingen. Rekvizitet ”ett hjälplöst tillstånd” ändrades till det mer extensiva ”en särskilt utsatt situation” och till uppräkningsav vad som kan föranleda en sådan situation adderades rekvizitet ”allvarlig rädsla”.⁷ Inget tyder dock på att debatten skulle ha dämpats i och med lagändringen då många förespråkare uttalat att de inte kommer vara nöjda förrän Sverige infört en samtyckesbaserad våldtäktsparagraf. Diskussionen är högst aktuell och i olika medier går det inte sällan att ta del av argumentation som bygger på att lagändringen är fullt tillräcklig, eller mer vanligt förekommande, att den inte är det.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med detta arbete är dels att redogöra för för- och nackdelarna med att i Sverige införa en samtyckesbaserad våldtäktsparagraf, dels att försöka klargöra en sådan reglerings möjlighet till normerande verkan. Anledningen till att jag fördjupar mig i en sexualbrottslagstiftnings möjlighet att påverka normer är att jag under arbetets gång har kommit fram till att detta, i min mening, är en mycket tungt vägande faktor då ställning ska tas till

1 Dir. 1998:48

2 Prop. 2004/05:45, s. 36

3 Dir. 2008:94

4 Lag (2013:365) om ändring i brottsbalken, s. 1 f.

5 Se bilaga A

6 Med undantag av en rent språklig förändring i fjärde stycket se prop. 2012/13:111, s. 112

7 Lag (2013:365) om ändring i brottsbalken, s.1 f. och prop. 2012/13:111, s. 34

8 Se exempelvis Henriksson och Temrell, 2013, A5; Magnusson, 2013, A10 och FATTA-kampanjen

de två olika lagstiftningsteknikernas för- och nackdelar.

Min huvudsakliga frågeställningen är:

Bör en våldtäktsbestämmelse som baseras på ett bristande samtycke införas i svensk rätt?

En förutsättning för att jag ska kunna besvara denna fråga är att jag sätter mig in i debatten och redogör för de argument som presenteras för och emot en samtyckesreglering. Som jag redan antytt är en återkommande företeelse i debatten lagars normerande verkan. De som förespråkar en samtyckesreglering menar att lagar har det och att det därför är nödvändigt att utnyttja detta för att skydda människor mot övergrepp. Motståndarna menar istället att detta synsätt innebär att alltför stor tilltro fästs till rättstillämpningens förmåga att påverka människors uppfattningar, sexualiteten är en såpass stark och komplicerad drift att den inte kommer låta sig påverkas av en ändring av rekvisit.⁹ Ingen av sidorna utvecklar dock sina ståndpunkter nämnvärt.

För att utröna betydelsen av dessa argument blir således en delfrågeställning:

- *Kan lagstiftning ha betydelse för människors attityder gällande sin egen och andras sexualitet?*

För att besvara denna frågeställning delar jag upp den i följande två underfrågor: *Kan lagstiftning vara normbildande?* Samt, för att ta ställning till om lagstiftning kan vara normbildande på just detta område: *Påverkas människors inställning till sexualitet av normer?*

Det är även relevant att ta reda på om en eventuell lagändring kan bidra till att lösa de problem som anses föreligga. Det är således viktigt att ta fasta på vad problemet som önskas korrigeras genom den aktuella lagstiftningen är, alltså vad som ligger bakom viljan att införa en samtyckesreglering. Såvitt jag kan se finns det framförallt två problem som föranleder denna debatt. Det grundläggande problemet är att människor överhuvudtaget begår sexuella övergrepp, eller krasst, att män våldtar kvinnor. Det andra är att samhällets reaktion mot detta beteende inte är effektivt nog.

Den slutliga frågan är om en sexualbrottslagstiftning baserad på ett bristande samtycke hade kunnat råda bot på dessa två problem, min andra delfrågeställning är därför:

- *Kan en samtyckesreglering bidra till att minska förekomsten av sexuella övergrepp eller förbättra samhällets hantering av dessa?*

För att besvara denna frågeställning måste jag fördjupa mig i orsakerna bakom de två problemen och följaktligen titta närmre på även följande frågor: *Varför begår människor sexuella övergrepp?* Samt: *Vad för kritik riktas mot samhällets hantering av våldtäktsbrott?*

⁹ Se exempelvis SOU 2001:14, s. 129; Träskman, 1998, s. 373 och Leijonhufvud, 2008, s. 64

Jag ämnar i slutet av arbetet komma fram till ett svar huruvida vi i Sverige, med hänsyn till de olika faktorer som tagits upp, bör införa en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse eller inte. Svaret kommer, som jag redan antytt, till stor del vara beroende av svaren på de två delfrågeställningarna.

1.3 Metod, material och perspektiv

Av naturliga skäl tar de argument som jag kommer redogöra för utgångspunkt i lagstiftningen som den såg ut innan ändringen den 1 juli 2013. De är därför inte anpassade till den nuvarande lagstiftningen men jag kommer ändå, då de sällan blir problematiska i förhållande till den nya lydelsen, att redogöra för dem och försöka applicera dem på de nya förhållandena. I den första delen av arbetet då jag redogör för gällande rätt, för förslag på samtyckesregleringar samt för argument för och emot de två lagstiftningsteknikerna tar jag utgångspunkt i lagtext och praxis men framförallt i förarbeten och doktrin. De två senaste sexualbrottsutredningarna redogör mycket utförligt för huruvida vi i Sverige bör införa en samtyckesbaserad våldtäktsparagraf eller inte och jag har tack vare dem fått en mycket bra överblick över argument för och emot en sådan.

Rörande den del av arbetet som kretsar kring att utreda lagars normerande verkan och hur föränderlig människors inställning till sexualitet är, har jag lämnat min juridiska trygghetszon och vänt mig till vetenskaper som sexologi, rättssociologi och kriminologi. I detta avsnitt redogör jag bland annat för olika förklaringsmodeller till varför människor begår sexuella övergrepp. Detta avsnitt gör inte anspråk på att vara heltäckande eller att redogöra för alla existerande förklaringsmodeller. Istället har jag valt ut modeller och teorier som täcker så många orsakssamband som möjligt. Jag vill ge läsaren en bild av det breda spektra som de olika faktorer som anses kunna leda till sexuella övergrepp utgör.

I själva debatten kan två motstående intressen utläsas, den tilltalades rättssäkerhet i förhållande till målsägandes rättsskydd. Rättssäkerhetsperspektivet finns alltså hela tiden i bakgrunden i arbetets första del. Det faktum att en samtyckesreglering bygger på ett viljeuttryck grundar farhågor om att förutsebarheten i rättstillämpningen ska rubbas. Att laborera med något såpass subjektivt som viljeuttryck riskerar enligt denna uppfattning att leda till godtycklighet. Det faktum att det i debatten framförs argument som bygger på att dels åklagarens, dels den tilltalades bevisbörda kommer bli alltför tung visar på att det finns en skepticism inför hur ett samtyckesrekvisit kommer att tillämpas. Då det framförallt är förutsebarheten som huvudtexten och min analys kommer att fokusera på gällande rättssäkerhetsproblematiken väljer jag att använda mig av Nils Jareborgs definition av begreppet rättssäkerhet, vilken grundas på just vikten av förutsebarhet rörande rättsliga beslut.¹⁰

Dock är det inte ett rättssäkerhetsperspektiv som min uppsats främst är uppbyggd kring. Istället försöker jag problematisera juridiken i förhållande till andra vetenskaper. Lagstiftning och rättstillämpning är inte isolerade

10 Jareborg, 1992, s. 81 och s. 90

företeelser utan utgör en del av det samhälle de verkar i. Min utgångspunkt är därför att ur ett rättssociologiskt, historiskt och kulturellt perspektiv försöka belysa hur en lagstiftning kan påverka människor, utöver att bestraffa dem då de bryter mot den. Jag vill ta ställning till om lagstiftning kan ha en normbildande verkan och därmed ändra mer än människors beteenden, nämligen deras attityder. Eftersom uppsatsen rör sexualbrottslagstiftning kommer jag även att ta hjälp av kunskaper i sexologi.

En bra definition av begreppet normer är ”handlingsanvisningar”, de talar om för oss hur vi bör agera. När jag använder begreppet i denna uppsats avser jag de två kategorier av normer som har med sociala sammanhang att göra, nämligen sociala normer och moraliska normer. Sociala normer har en stor betydelse för vår sociala sammanhållning, de reglerar vårt sätt att vara och de beskriver vilka vi är och vilka grupper vi tillhör. Moraliska normer anvisar istället handlingar direkt riktade mot andra människor, de kan sägas ange allmängiltiga handlingsregler. Beteendenormer kan ofta härledas från moraliska normer.¹¹ Att en lag är normerande innebär att strukturer och faktorer påverkar individens handlande, det finns en sannolikhet att en handling sker i enlighet med lagens innehåll, men det är inte givet.¹²

1.4 Avgränsning

Mitt arbete avser endast våldtäkt mot vuxna, enligt svensk sexualbrottslagstiftning avser det alla över 15 år.¹³ Då sexuella handlingar med någon under 15 år som huvudregel är kriminaliserade även om samtycke har förelegat är samtyckesdebatten inte relevant i förhållande till dessa brott. Både män och kvinnor kan utsättas för sexuella övergrepp och jag vill inte på något sätt förminska vikten av att alla former av kränkningar uppmärksammas. Dock är inte den samhällsrelaterade problematik som sexualbrott utgör könsneutral. I den allra största delen av anmälda våldtäkter (ca 97 %) är offret en kvinna och förövaren en man.¹⁴ Jag kommer inte gå djupare in på problematiken med manliga offer utan min uppsats kommer uteslutande ta sikte på sexualbrott med kvinnliga offer och manliga förövare. För enkelhetens skull kommer jag därför i min text referera till målsägande som en kvinna och den tilltalade som en man. Med undantag av engelsk och norsk sexualbrottslagstiftning, och då på grund av att jämförelser med dessa uttryckligen lyfts fram som argument mot att införa en samtyckesreglering i Sverige, kommer arbetet inte innehålla något komparativt avsnitt gällande lagstiftningsteknikerna. Däremot kommer jag, då jag försöker utröna om människors inställning till sexualitet kan påverkas av normer, att göra en utblick i vår omvärld. Vad gäller den norska våldtäktsbestämmelsen har Norge valt att inte endast kriminalisera gärningar då uppsåt kan styrkas utan även fall av grov oaktsamhet. Jag kommer dock inte beröra frågan om oaktsamhet då min uppsats fokuserar på frågor kring brottsrekvisiten, inte skuldkravet.

11 Baier och Svensson, 2009, s. 41, s. 85, s.119 och Baier, 2003, s. 39

12 Baier, 2003, s. 39 och 56 och Baier och Svensson, 2009, s. 162

13 6 kap 4 § BrB, står en person i beroendeställning eller dyl. till gärningsmannen kan offret dock räknas som barn tills han eller hon har fyllt 18 år.

14 Diesen och Diesen, 2013, s. 40

2 Två olika lagstiftningstekniker

2.1 Gällande rätt - en våldtäktsbestämmelse som bygger på tvång och utnyttjande

Traditionellt sett brukar våldtäkts gärningen definieras som ett tvång som leder till en sexuell handling. Det straffbara momentet utgörs alltså i straffrättslig mening av tvångsgärningen, detta understryks av att skyddsintresset för dagens sexualbrottslagstiftning är den individuella självbestämmanderätten. På senare år har dock fokus i lagstiftningen förskjutits från tvångsmomentet till den sexuella kränkningen. Det har ansetts viktigt att betona att övergreppet är ett angrepp på den individuella sexuella integriteten.¹⁵ Brottbeskrivningen tar inte utgångspunkt i den skada som brottet medför, varken fysisk eller psykisk, istället tar den sikte på ett visst beteende som förutsätts ha en relation till dessa skador. Skadan kan sägas ligga inbäddad i själva handlingen, precis som att skadan vid ett olaga frihetsberövande ligger i att bli just frihetsberövad.¹⁶

För att någon ska fällas för våldtäkt krävs det att åklagaren har bevisat dels att en sexuell handling har framtvungits genom våld eller hot, eller genom att gärningsmannen har utnyttjat en för offret särskilt utsatt situation, dels att den åtalade insett eller varit likgiltig inför detta.¹⁷ Våldtäkt är alltså ett sammansatt brott, det består av två typer av gärningar, en ”maktmedelsgärning” (våld, hot eller utnyttjande) och en sexuell gärning.¹⁸ Den gällande våldtäktsbestämmelsen kan beskrivas som byggande på rekvisit som anger när ett eventuellt samtycke till samlag eller annan jämförlig sexuell handling ska lämnas utan avseende.¹⁹

Som nämnts tidigare regleras dagens våldtäktsbrott i 6 kap 1 § BrB och straffet är fängelse i lägst två och högst sex år.²⁰ Brottet är könsneutralt, män och kvinnor kan vara både offer och gärningsmän och övergreppet kan vara av såväl heterosexuell som homosexuell natur. Det finns inte heller några begränsningar avseende relation eller avsaknad av en sådan mellan offer och gärningsman.²¹ De uppsåtliga brott som konstituerar själva våldtäktstvånget konsumeras av våldtäktsbrottet. Om gärningsmannen genom misshandel tvingar någon till samlag döms han alltså inte till ansvar för misshandel utan endast för våldtäkt. För att dömas för våldtäkt enligt bestämmelsens andra stycke krävs dock inte våld eller hot. Skulle en gärningsman i denna situation dessutom utsätta offret för misshandel kan han bestraffas även för denna. Om våldet ändrar brottsrubriceringen till grov våldtäkt konsumeras dock detta våld.²²

15 Berglund, JT 2008/09, s. 704 f.

16 Asp, 2010, s. 51 f.

17 Leijonhufvud, 2008, s. 84

18 Leijonhufvud, 2006, s. 304 och Träskman, 2007, s. 321

19 SOU 2010:71, s. 205

20 6 kap 1 § 1 st. BrB

21 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Våldtäkt och grov våldtäkt”

22 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Straffet”

2.1.1 Tvång

Kravet på hur stark ”maktmedelsgärningen” måste vara för att en våldtäkt ska anses föreligga har under tidens gång ständigt sänkts och utvecklingen går följaktligen mot att fler och fler handlingar klassificeras som våldtäkt. Tidigare krävdes absolut våld som bröt ner ett av offret till yttersta gjort motstånd och mycket allvarliga hot, idag är kravet mycket lägre, enligt Per Ole Träskman, professor i straffrätt, krävs det närmast ett symboliskt våld eller hot. Aldrig tidigare har så många och så skilda typer av gärningar ansetts utgöra våldtäkt som idag.²³

Dagens tvångsrekvisit infördes år 2005. Från att ha varit formulerat som ett så kallat råntvång, för straffansvar krävdes våld å person eller hot som innebar trängande fara, ändrades det till ett tvångsrekvisit som motsvaras av bestämmelsen om olaga tvång i 4 kap 4 § BrB. För att utgöra ett otillbörligt tvång ska sexualhandlingen utförts genom misshandel eller annars med våld eller hot om brottslig gärning.²⁴ Våldet eller hotet måste ha påverkat offret i en sådan grad att gärningsmannen kan sägas ha genomfört gärningen genom användningen av endera, medlet eller omständigheterna ska ha utgjort ett avgörande skäl för att offret utförde eller genomled gärningen. Tvång och frivillighet är varandras motsatser. Härav följer att om ett samtycke ska få ansvarsfriande verkan måste det ges frivilligt i ett tillstånd av icke-tvång. Ett giltigt samtycke kan aldrig ges om gärningsmannen redan har börjat utöva tvång genom hot eller våld. Inte heller ett hypotetiskt samtycke, alltså en tro från gärningsmannens sida att offret hade samtyckt om hon blivit tillfrågad, friar från ansvar. Däremot innebär ett samtycke att någon godtar eller tillåter en viss handling, oavsett vad personen egentligen hyser för uppfattning om det som sker. För straffansvar för våldtäkt enligt svensk rätt krävs det inte att offret har gjort motstånd eller protesterat mot gärningen då underlåtenhet att protestera inte är samma sak som att samtycka. Däremot kan förekomst av motstånd användas som bevisfaktum för att tvång har förelegat.²⁵

Ett hot enligt bestämmelsen kan riktas såväl mot offret självt som mot andra personer men även mot egendom. Att tvinga någon till samlag genom att slå sönder dennes tillhörigheter och därigenom hota med fortsatt skadegörelse uppfyller således kravet på hot enligt bestämmelsen. Ett konkludent hot, som ett hotfullt agerande, omfattas också, några hotelser behöver alltså inte uttryckligen uttalas. Hot som inte avser en brottslig gärning, exempelvis om en anställd accepterar sexuellt umgänge med sin chef för att inte förlora sin anställning, uppfyller dock inte rekvisitet.²⁶

Med misshandel avses detsamma som i 3 kap 5 § BrB, alltså ett tillfogande av kroppsskada, sjukdom, smärta eller försättande i vanmakt eller ett annat liknande tillstånd. Formuleringen ”eller annars med våld” ska dock tolkas som att en absolut koppling till misshandelsparagrafen inte är lagstiftarens avsikt. Typexempel på våld som riktas mot en person är att slå, hålla fast eller tränga

23 Träskman, 2007, s. 321 f. och Leijonhufvud, 2008, s. 24

24 6 kap 1 § BrB, och Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Våldtäkt och grov våldtäkt”

25 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Kravet på tvång” och NJA 1988 s. 40

26 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Misshandel eller annat våld eller hot”

undan någon. Men även att lägga sig på någon och genom sin kroppstyngd betvinga dennes kroppsrörelser är att utöva våld enligt bestämmelsen, likaså att sära på någons ben. Lindrigare våld som att rycka eller slita i en persons kläder eller att stoppa upp någons pågående rörelser kan också utgöra våld mot person.²⁷

2.1.2 En särskilt utsatt situation

I paragrafens andra stycke regleras situationen då någon genom en utnyttjandesituation istället för genom våld eller hot genomför de handlingar som anges i första stycket. Befinner sig en person i en särskilt utsatt situation och utnyttjar någon otillbörligt denna krävs det alltså inte att något våld eller hot används för att tvinga fram en sexuell handling för att gärningen ska betecknas som våldtäkt. Exempel som anges i lagtexten på vad som kan föranleda att någon befinner sig i denna särskilt utsatta situation är medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning.²⁸ Vad som kännetecknar denna situation är att offret har klart begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet och undgå ett övergrepp. En helhetsbedömning av situationen ska göras, var den exempelvis hotfull torde mindre påverkan krävas jämfört med om den inte var det. Olika omständigheter kan sammantaget skapa en särskilt utsatt situation och de relevanta omständigheterna kan vara såväl yttre som hänförliga till offrets person. En särskilt utsatt situation kräver inte att offret helt saknar förmåga att värja sig eller kontrollera sitt handlande. Vissa yttre omständigheter bör i sig självt vara tillräckliga för att ett utnyttjande av nämnda situation ska föreligga. Exemplet som ges i förarbetena är att offret erbjuds massage och under utförandet överrumplas av en sexuell handling. Kravet på att utnyttjandet måste vara otillbörligt innebär att inga handlingar som inte anses utgöra ett angrepp på en persons sexuella integritet ska omfattas av bestämmelsen. Denna bedömning ska göras utifrån omständigheter i det enskilda fallet.²⁹

2.1.3 Samlag eller annan sexuell handling

Enligt bestämmelsen är det straffbart att tvinga någon till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Med samlag avses endast vaginala samlag men bestämmelsen omfattar alla sexuella handlingar som innebär en kränkning likvärdig med den som uppkommer vid ett påtvingat sådant. Jämförelsen tar alltså sikte på kränkningen, inte på själva sexualhandlingen.³⁰ För att ett samlag ska anses föreligga är det tillräckligt att en kvinnas och en mans könsdelar har kommit i beröring, det finns alltså inget krav på ett fullbordat samlag så som det uppfattas i allmänt språkbruk. Kännetecknande för en sexuell handling är att den *typiskt sett* syftar till att tillfredsställa eller väcka gärningsmannens eller offrets sexuella drift. En mer än tillfällig beröring av motpartens könsorgan eller av dennes kropp med det egna

27 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Misshandel eller annat våld eller hot”

28 6 kap 1§ 2 st. BrB

29 Prop. 2012/13:111, s. 30

30 Prop. 2012/13:111, s. 34 f.

könsorganet är en sexuell handling. Men även handlingar som inte avser varaktig fysisk beröring kan utgöra en sexuell handling. Kravet är att handlingen har en påtaglig sexuell prägel och avser att tydligt kränka offrets sexuella integritet. Att föra in något i en kvinnas vagina eller i en persons anus omfattas samt orala samlag, oavsett om gärningsmannen eller offret utför den orala handlingen.³¹

2.1.4 Grovt och mindre grovt brott

I paragrafens tredje och fjärde stycken regleras olika gradskillnader av brottet våldtäkt. Är ett brott som avses i första eller andra stycket att anse som mindre grovt döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år. Är brottet grovt döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fyra och högst tio år.

Den lägre straffskalan i tredje stycket är avsedd att endast tillämpas i undantagsfall, då omständigheterna märkbart avviker från vad som får anses normalt vid denna brottstyp och hänsyn ska tas till samtliga omständigheter vid gärningen. Ett exempel är att någon genomför ett samlag med någon som sover, samlaget består endast i att könsorganen kommer i beröring utan att någon penetration sker och gärningsmannen avbryter handlingen vid offrets uppvaknande då han förstår att hon inte är intresserad. Inga förnedrande eller förödmjukande inslag får heller ha förekommit. Vid lagändringen 2005 klargjordes det att våldets eller hotets art inte längre skulle vara avgörande för om en våldtäkt ska anses vara mindre grov.³²

Omständigheter som uttryckligen nämns i lagen och som ska beaktas vid bedömningen av om en våldtäkt anses som grov är om hotet eller våldet har varit av särskilt allvarlig art, om fler än en har förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i gärningen eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Uppräkningen utgör endast exempel och brottet kan räknas som grovt även i andra fall. Våld av allvarligt slag men som inte når upp till kraven för grov misshandel kan likväl ändra en brottsrubricering från våldtäkt till grov våldtäkt. Hot med vapen eller andra föremål som kan medföra allvarlig kroppsskada generar i regel att en gärning bedöms som grov. Att gärningsmannen tillfogat offret allvarlig skada eller en könssjukdom omfattas av fjärde stycket. Även våldtäkter som varit förenade med långa frihetsberövanden, grov förnedring eller sadistiska inslag hör hit. Vid en våldtäkt mot ett barn som är äldre än 15 år anses gärningsmannen ha visat särskild hänsynslöshet eller råhet och gärningen torde bedömas som grov. Detsamma gäller om offret är en invalidiserad eller på annat vis hjälplös person.³³

31 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Samlag eller sexuell handling”

32 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Tredje stycket: mindre grovt brott”

33 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Fjärde stycket: grovt brott”

2.2 En våldtäktsbestämmelse baserad på ett bristande samtycke

Som framgått innebär en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse att straffansvaret görs beroende av om ett samtycke till den sexuella handlingen har förelegat, istället för huruvida tvång, hot eller en utnyttjandesituation har gjort det. Istället för att som idag bevisa att tvång eller en utnyttjandesituation förelåg kommer åklagarens uppgift vid en samtyckesreglering vara att bevisa att ett giltigt samtycke *inte* förelåg vid gärningen. Uppsåtsbedömningen kommer vara densamma som vid tillämpningen av dagens bestämmelse, åklagaren måste även visa att den tilltalade insåg att ett samtycke inte förelåg eller att han var likgiltig inför det.³⁴ I debatten har det framförts förslag på två olika typer av samtyckesregleringar.³⁵

Ett alternativ är en ren samtyckesreglering, som förespråkas av bl.a. professor emerita Madeleine Leijonhufvud, då är ett bristande samtycke i sig det grundläggande och enda rekviritet.³⁶ Leijonhufvuds straffbestämmelse innebär att den som företar en sexuell handling mot en person eller utverkar en sådan handling av en person och denna person *inte frivilligt deltar* i denna döms för brottet *sexuellt utnyttjande* eller *grovt sexuellt utnyttjande*, beroende på svårighetsgrad. Det föreligger alltså inget krav på varken hot eller våld. Däremot stadgar bestämmelsens sista stycke att om ansvar även ådöms för brott enligt brottsbalkens 3 eller 4 kap som *medel* eller *effekt* av det sexuella utnyttjandet, ska gärningen betecknas som våldtäkt. Sexualbrottet i sig är följaktligen lika straffvärt oaktat våldet eller hotet. Har det exempelvis förekommit våld ska våldet hanteras som misshandel och därmed ska misshandelsparagrafen i 3 kap 5 § BrB användas för denna del av brottet. Straffet för de två brotten ska sedan utdömas enligt brottsbalkens bestämmelser om gemensamt straff i så kallad brottskonkurrens.³⁷

2008 års Sexualbrottskommitté anser istället att en reglering baserad på medel och omständigheter som kompletteras med en subsidiär samtyckesbaserad straffbestämmelse är den bästa lösningen.³⁸ Utredarnas förslag innebär att våldtäktsbrottet fortfarande ska baseras på medel och omständigheter men att en ny tredje paragraf ska införas i brottsbalkens sjätte kapitel. Denna bestämmelse ska vara samtyckesbaserad och avse brottet *sexuellt övergrepp*. Genom detta brott kriminaliseras att genomföra en sexuell handling med någon *utan* dennes *tillåtelse*. De situationer som utredarna har i åtanke för den nya bestämmelsen är framför allt situationer då målsägande har befunnit sig i ett tillstånd av passivitet, vissa överrumplingssituationer samt vissa former av vilseledande.³⁹

För enkelhetens skull kommer jag att ha dessa två exempel som utgångspunkt när jag i uppsatsen refererar till en ren respektive en subsidiär samtyckesreglering, även om de självklart kan utformas på andra sätt.

34 Leijonhufvud, 2008, s.12

35 Se bilaga B

36 Leijonhufvud, 2008, s. 15 och SOU 2010:71 s. 233

37 Leijonhufvud, 2008, s 93 ff. och 26 kap 2 § BrB

38 SOU 2010:71 s. 232 ff. och s. 495

39 SOU 2010:71, s. 232 f och 250 ff. och Asp, Info Torg, 2010, avsnitt 5.2

3 Argument för och emot ett samtyckesbaserat våldtäktsbrott

Inledningsvis kan konstateras att frågan om vad som är fel med att begå sexuella övergrepp är något det idag råder stor enighet om. Ett sammanfattande exempel får vi från Leijonhufvud, ”Som skyddsintresse för sexualbrotten ska ses just den sexuella integriteten och inget annat”.⁴⁰ Petter Asp framhåller att sexualbrott utgör en bristande respekt för en människas autonomi på ett område där autonomi uppfattas som särskilt betydelsefullt. Ett annat sätt att uttrycka det på är att någon som förgriper sig på en annan person visar prov på bristande respekt för offrets självbestämmande och därmed objektifierar offret.⁴¹ Detta rimmar även väl med lagstiftarens uttalade syfte med sexualbrottslagstiftningen; utgångspunkten är varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet, kärnan i regleringen är alltså inte hot och våld utan att skydda dessa intressen från kränkning.⁴² Det är dock viktigt, för att få en bättre förståelse för argumenten som framförs i denna debatt, att veta att uppfattningen om vad som utgör sexualbrottslagstiftningens skyddsintresse har ändrats under historiens gång. Det medeltida våldtäktsbrottet avsåg främst en kränkning mot männen i den utsatta kvinnans släkt.⁴³ Hade kvinnan inte hunnit gifta sig försämrades hennes möjligheter till detta om hon blev våldtagen och var hon gift innebar brottet att makens ensamrätt till att bli far till hennes barn hotades. Skyddsintresset för kriminaliseringen var främst att skydda äktenskapet som institution, alla utomäktenskapliga sexuella förbindelser var förbjudna. I förlängningen innebar detta även en ekonomisk försiktighetsåtgärd, en fri sexualitet hade lett till utomäktenskapliga barn som kunde göra anspråk på släktegendomen och därigenom hota samhällets grundvalar. Våldtäktsbrottet utvecklades senare till att uppfattas både som ett ordningsbrott, brottet kränkte den samhälls- och hushållsordning som stat och kyrka upprätthöll, och som ett våldsbrott. Först på 1700-talet började kvinnan betraktas som ett subjekt i samband med sexualbrotten.⁴⁴ Även under efterkrigstiden förändrades synen på sexualbrott. Att de kallades sedlighetsbrott visar med önskvärd tydlighet att sexualbrott länge ansågs vara ett brott mot allmän moral och först vid brottsbalkens införande 1962 utvecklades synen på brotten till att ta fasta på rätten till fysisk integritet, även om det dröjde till nästa lagändring innan benämningen sedlighetsbrott togs bort.⁴⁵ Från och med brottsbalkens ikraftträdande började sexualbrotten betraktas som brott mot person, syftet var inte längre att förhindra synd mot den kristna tron utan att skydda medborgarna från övergrepp.⁴⁶

Då vi idag är av uppfattningen att självbestämmanderätten är regleringens

40 Leijonhufvud, 2008, s. 79

41 Asp, 2010 s. 35 och s. 45 ff.

42 SOU 2010:71 s. 204 och s. 238

43 Träskman, 2007, s. 320

44 Träskman, 2007, s. 320

45 Rapp och Wersäll, 2007, s. 429 och Bergenheim, 2005, s. 341 och 351

46 Bergenheim, 2005, s. 276

kärna blir det uppenbart att ett samtycke till en sexuell handling är det som skiljer ett övergrepp från ett frivilligt sexuellt umgänge. Att ett samtycke föreligger innebär ju att en persons sexuella integritet och självbestämmanderätt har respekterats, och följaktligen har det som är fel med ett sexualbrott inte inträffat.⁴⁷ Att ett bristande samtycke är den grundläggande faktorn vid prövning av sexualbrott är även vad Högsta domstolen (HD) har kommit fram till.⁴⁸ Detta är också lagstiftarens utgångspunkt då beslut om bestämmelsens konstruktion ska tas. Frågan är dock hur detta bäst uttrycks i lag. Att självbestämmanderätten är normskyddsintresset ger inget svar på huruvida det bristande samtycket bör komma till uttryck direkt i lagen, eller om rekvisiten istället ska vara de omständigheter som anger när ett samtycke ska lämnas utan avseende.⁴⁹ Det finns alltså inte några hinder mot att det bristande samtycket är kärnfrågan i prövningen, även om bestämmelsen utformas med de omständigheter som negerar ett samtycke som grundrekvisit.⁵⁰ Nedan följer en sammanställning av argument för och emot att den svenska våldtäktsbestämmelsen ska baseras på ett bristande samtycke och i det följande kommer jag att redogöra för de mest centrala av dem utförligare.

Argument för att införa en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse

- En våldtäktsbestämmelse baserad på ett bristande samtycke kan ses som en naturlig fortsättning på utvecklingen av den straffrättsliga synen på sexualbrottsområdet.⁵¹
- Forskning visar att offer för sexuella övergrepp inte sällan, som en överlevnadsstrategi, underkastar sig övergreppet. Ett krav på tvång i dessa situationer riskerar att hindra en lagföring för våldtäkt.⁵²
- En våldtäktsbestämmelse baserad på ett bristande samtycke förstärker brottsoffrets ställning.⁵³
- En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse är i linje med det allmänna rättsmedvetandets syn på vad som är våldtäkt.⁵⁴
- En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse skulle leda till mer balanserade utredningar och processer då fokus även skulle hamna på den misstänkte/tilltalade.⁵⁵
- En samtyckesreglering skulle utgöra ett stöd för kvinnor som utsätts för övertalning och starka påtryckningar för att gå med på sexuella handlingar som de egentligen inte vill medverka i.⁵⁶
- Lagar har en normerande verkan. En kriminalisering av att utföra en sexuell handling utan motpartens samtycke är i sig betydelsefull då

47 Asp, 2010, s. 48

48 NJA 2004 s. 231

49 SOU 2010:71, s. 204 f.

50 Prop. 2012/13:111, s. 19

51 SOU 2001:14, s. 124

52 SOU 2001:14, s. 124

53 SOU 2001:14, s. 124

54 SOU 2001:14 s. 125 f.

55 SOU 2010:71, S. 209 och Leijonhufvud, 2008, s. 58

56 SOU 2001:14 s. 125

den medför en moralbildande och moralförstärkande effekt.⁵⁷

- Europadomstolens uttalanden i Bulgariendomen talar för att Sverige borde införa en samtyckesreglering.⁵⁸
- En samtyckesreglering möjliggör ett bättre bemötande då offer anmäler våldtäktsbrott.⁵⁹
- En samtyckesreglering är en förutsättning för att jämställdhet mellan kvinnor och män ska kunna uppnås.⁶⁰

Argument mot att införa en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse

- Frågan huruvida offret har lämnat ett samtycke till den sexuella handlingen skulle bli central både i brottsutredningen och i en eventuell rättegång, vilket skulle leda till att fokus hamnar på offrets handlande och beteenden.⁶¹
- Begreppet ”samtycke” är svårt att definiera.⁶²
- En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse kommer medföra betydande tillämpningsproblem.⁶³
- En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse skulle bryta mot brottsbalkens systematik och det är riskabelt att införa ett helt nytt centralt brottsrequisit i sexualbrottsbestämmelserna.⁶⁴
- En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse skulle urvattna våldtäktsbrottet.⁶⁵
- Det är ologiskt att kalla ett brott vars brottsbeskrivning inte innehåller ett krav på våld eller hot om våld för våldtäkt.⁶⁶
- Intresset av att behålla en enhetlig rättstradition i Norden talar mot att införa en samtyckesreglering i Sverige.⁶⁷
- En jämförelse med England visar att en samtyckesreglering där inte har lett till fler fällande domar men däremot till ett ökat fokus på målsäganden.⁶⁸
- Kravet på tvång är redan såpass uttunnat att det inte finns någon anledning att införa en samtyckesreglering.⁶⁹
- En samtyckesreglering riskerar att skapa orimliga förväntningar på antalet fällande domar i sexualbrottsmål.⁷⁰

57 SOU 2001:14 s. 125

58 M.C mot Bulgarien, ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003

59 Diesen, 2011, s. 122 f.

60 Se exempelvis Diesen, 2007, s. 63

61 SOU 2001:14 s. 127

62 SOU 2010:71, s. 205

63 SOU 2001:14, s. 129 ff.

64 SOU 2010:71, s. 224

65 SOU 2001:14 s. 132 f.

66 SOU 2001:14 s. 134 f.

67 SOU 2001:14, s. 135

68 SOU 2001:14, s. 135 ff.

69 SOU 2001:14, s. 131

70 SOU 2010:71, s. 216

- En samtyckesreglering kan leda till en ökad risk för sexualmoralism.⁷¹
- En tvångsreglering uttrycker tydligare på vilket sätt gärningsmannen har gjort fel.⁷²
- En samtyckesbaserad bestämmelse torde i praktiken få ett begränsat tillämpningsområde.⁷³
- En samtyckesreglering torde föranleda ett större integritetsintrång för båda parter jämfört med idag.⁷⁴

3.1 En samtyckesreglering är en naturlig utveckling

En vanlig uppfattning som anförs är att en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse borde vara den naturliga utvecklingen på sexualbrottsområdet. Detta då kravet på tvång ständigt tunnats ut samt att det gång på gång har klargjorts att det numera är kränkningen av offret som är det väsentliga, inte vilken typ av sexualhandling som har föranlett den.⁷⁵ Med denna utgångspunkt borde den som utan motpartens samtycke, oberoende tvång, har sexuellt umgänge med denna kunna dömas för sexualbrott.⁷⁶ Andra menar istället att en ytterligare utvidgning av våldtäktsbegreppet inte skulle leda till någon större skillnad då kravet på tvång idag redan är såpass lågt.⁷⁷

Många menar att en våldtäktsbestämmelse som bygger på våld och hot är en kvarleva från förr och att denna brottskonstruktion inte stämmer överens med den syn vi idag har på kvinnors självbestämmanderätt. Som nämnts inledningsvis var en tidigare utgångspunkt i lagen att en kvinna var ett objekt som tillhörde en man. Om hon ansattes av en annan man var det hennes plikt att genom att värja sig markera vem hon tillhörde. Endast genom att försvara sig med risk för sitt liv kunde den ärbara kvinnan freda sig mot misstankar om att hon frivilligt inlåtit sig på den sexuella aktiviteten. Somliga menar att detta betraktelsesätt, att en kvinna för att bevisa sin bristande vilja måste låta sig skadas, har fått leva kvar i våldtäktsbestämmelsen. Detta har fått följden att våldtäkter som inte lett till skador betraktas med misstro.⁷⁸ Suzanne Wennberg refererar här till en ”traditionell manlig förförarroll”. Enligt denna roll ankommer det på mannen att vara aktör och initiativtagare till sex, medan kvinnan väljer att tillåta detta eller göra motstånd. Dessa roller har gjort att det ligger nära till hands att anta att en sexuell handling har genomförts med kvinnans vilja så länge hon håller sig passiv, detta ger förföraren, mannen, ett visst spelutrymme. Wennberg konstaterar att vi givetvis hade kunnat välja att vända på presumtionen, en kvinna motsätter sig allt som hon inte samtyckt till. Detta hade dock haft sitt pris, det skulle begränsa förförarens utrymme och totalt förändra våra sexuella roller. Att kvinnans samtycke presumeras i sexualbrottsmål är även enligt henne en kvarleva från en svunnen tid. Från en tid då en kvinna antingen var ärbär eller, om något i hennes livstil antydde att

71 SOU 2010:71, s.217

72 Asp, 2010, s. 211

73 Advokatsamfundets remissyttranden över SOU 2010:71, s. 2

74 Advokatsamfundets remissyttranden, SOU 2010:71, s. 3

75 Prop. 2004/05:45, s. 37 ff.

76 SOU 2001:14, s. 124

77 SOU 2001:14, s. 131

78 Diesen, 2011, s. 120 f. och Diesen och Diesen, 2013, s. 38

hon frivilligt kunde inlåta sig på sexuella aktiviteter, icke-ärbar. Den dåtida våldtäktsbestämmelsen var endast avsedd att skydda de förstnämnda.⁷⁹

3.2 Målsäganden riskerar vid en samtyckesreglering att hamna i fokus för processen

Inför de två senaste lagändringarna är det särskilt ett argument som tillmäts stor betydelse vid beslutet att inte införa en samtyckesreglering. Nämligen det att en reglering där avsaknad av samtycke är tillräckligt för att ådöma någon ansvar för våldtäkt riskerar leda till ett alltför stort fokus på målsäganden i utredning och process. För att utreda huruvida samtycke förelegat eller ej är det naturligt att uppmärksamheten måste riktas mot hur målsägande betett sig före och under övergreppet, för att på så vis bringa klarhet i hur offret markerat huruvida hon var intresserad av den sexuella handlingen eller inte.⁸⁰ Utredarna pekar på risken att en dylik reglering skulle leda rättsutvecklingen bakåt och att vi skulle hamna i samma situation som innan lagändringen 1984, då ”sedeslösa” kvinnor ansågs villiga eller medvällande till övergrepp just på grund av att de ansågs sedeslösa. Detta kom till uttryck genom brottet *våldförande*, vilket utgjorde en lindrigare form av våldtäkt. Här vägdes kvinnans uppträdande in och om hennes beteende ansågs göra gärningen mer försvarlig kunde detta utgöra förmildrande omständigheter för den tilltalade.⁸¹ Utredarna menar att det finns en stor risk att situationen blir densamma, då det för att utreda huruvida samtycke förelegat från målsägandes sida blir nödvändigt att ta hänsyn till hennes uppträdande och omständigheter så som berusningsgrad, klädsel osv.⁸² En våldtäktsbestämmelse som baseras på tvång inriktar istället utredningen på gärningsmannen och dennes handlande.⁸³

I de tidigare förarbetena är det framförallt det tysta samtycket, som en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse eventuellt skulle kunna innefatta, som oroar. Varje gång en tilltalad till sitt försvar skulle åberopa detta tysta samtycke skulle domstolen vara tvungen att utreda hur offret betett sig.⁸⁴ Utredarna i 2010 års betänkande avfärdar inte sina företrädares argument men ifrågasätter hur stor tyngd dessa bör tillmätas då frågan om samtycke, även ett tyst sådant, inte är ovanlig idag utan tvärtom förekommer i många mål. De påpekar även att oavsett hur lagstiftningen konstrueras så kommer målsägandes berättelse alltid att få en stor betydelse i en våldtäktsprocess, rättssäkerhetsskäl kräver även att det måste vara tillåtet att fråga ut henne.⁸⁵ De menar att det är tveksamt om fokus på målsägande kommer att öka, däremot föreligger det med hänsyn till gällande regler om bevisbörda och beviskrav en övervägande risk för att fokus i den praktiska processen, mer än idag, skulle hamna på offret. Om ett bristande samtycke skulle utgöra det primära, och kanske det enda, brottsrekvisitet riskerar frågor om tvång förekommit eller om gärningsmannen utnyttjat en för offret särskilt utsatt situation att hamna i bakgrunden. Även i en situation då offrets samtycke inte

79 Wennberg, JT 2004-2005, s. 113 ff. och 131

80 Prop. 2004/05:45, s. 37 ff.; Prop 2012/13:111, s. 22 och SOU 2010:71, s. 211 f.

81 Berggren m.fl., kommentar till 6 kap. 1 §, under rubriken ”Om sexualbrott”

82 SOU 2001:14, s. 128

83 SOU 2001:14, s. 131

84 Prop. 2004/05:45, s. 37 ff.

85 SOU 2010:71, s. 211f., Rapp och Wersäll, 2007, s. 439 ff.

är relevant finns risken att försvaret i ännu högre grad än idag kommer lyfta fram offrets handlande.⁸⁶

De som förespråkar en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse är dock av en annan uppfattning och menar att slutsatserna att en samtyckesreglering medför ökat fokus på kvinnans beteende är direkt felaktiga. Tvärtom är det dagens lagstiftning som, i de fall då den tilltalade kommer med en samtyckesinvändning, är orsaken till att fokus hamnar på offret. Med en samtyckesreglering torde uppmärksamheten istället riktas mot hur den tilltalade anser sig ha fått ett samtycke. Även Fredrik Wersäll och Kajsa Rapp⁸⁷ ifrågasätter regeringens argument, de ställer sig frågande till farhågorna då en större fokusering på offret än idag, enligt dem, knappast är möjlig.⁸⁸ Även Brottsoffermyndigheten är i sitt remissyttrande till Sexualbrottskommitténs betänkande från 2001 vass i sin kritik. Enligt myndigheten är slutsatsen att målsäganden skulle hamna i centrum för utredningen enbart med anledning av att grundrekvisitet ändras från tvång eller hot till ett bristande samtycke ologisk. Då ett samtycke inte skapas via någons klädsel eller av att parterna tidigare haft ett sexuellt förhållande avfärdar Brottsoffermyndigheten kommitténs farhågor om att utredningen kommer inriktas på detta. Dessvärre är det enligt myndigheten ett faktum att sådana omständigheter förekommer i processen med den nuvarande lagstiftningen. Brottsoffermyndigheten bemöter istället utredarnas argument med att lägga tonvikt på människors ansvar. Den som har sex med någon har alltid ett ansvar att försäkra sig om att partnern är med på det.⁸⁹

Utredarna inför lagändringen 2013 pekar på att fokus vid en eventuell samtyckesreglering, åtminstone i teorin, i ett avseende kommer flyttas från målsägande till den tilltalade. Vid en samtyckesreglering kommer nämligen utgångspunkten vara att utreda en situation då någon känner sig kränkt. Utredningen måste då inriktas på den misstänkte och försöka klargöra hur denne agerade i gärningsögonblicket. Intressant kommer då bli att utreda huruvida denne verkligen försäkrade sig om att ett samtycke förelåg, och i så fall på vilket sätt detta gjordes, eller om den misstänkte hade anledning att tro att så var fallet.⁹⁰ Leijonhufvud är av samma uppfattning, hon är inte främmande inför det faktum att en samtyckesreglering kan innebära att fokus kommer riktas mot målsäganden, men processen är enligt henne redan fokuserad på offret, en ny reglering kan inte åstadkomma något som redan är en realitet. Däremot kan den medföra att fokus *även* riktas mot den tilltalade och därmed på frågan hur han förvisade sig om att kvinnan var med på den sexuella aktiviteten.⁹¹

En annan åsikt som förs fram är att, då processen redan idag ofta kritiserats för sin alltför stora fokusering på målsäganden, det finns en möjlighet att en samtyckesreglering hade tvingat rättssystemet att ta tag i detta problem. Domstolarnas plikt att se till att inget oväsentligt dras in i målet (46 kap 4 § RB) skulle behöva betonas ytterligare och även andra inblandade parter hade

86 Prop. 2012/13:111, s. 22 och SOU 2010:71, s. 211 f.

87 Fredrik Wersäll var vid uttalandet riksåklagare, för nuvarande hovrättspresident i Svea hovrätt, och Kajsa Rapp kammaråklagare

88 Diesen, 2007, s. 64 och Rapp och Wersäll, 2007, s. 439

89 Brottsoffermyndighetens remissyttrande över SOU 2001:14, s. 10

90 SOU 2010:71 s. 209

91 Leijonhufvud, 2008, s 58

på ett tydligare vis behövt upplysas om vad som bör tas upp och inte.⁹²

Regeringen i den senaste propositionen rundar av argumentationen genom att konstatera att det absolut finns fog för uppfattningen att målsäganden redan idag i allt för stor utsträckning hamnar i fokus i rättsprocessen. Utgångspunkten måste dock vara att undvika att genom en lagändring öka detta fokus ytterligare.⁹³

3.3 Gällande rätt lagför inte alla former av sexualbrott

Ett starkt argument för en samtyckesreglering har varit att vissa handlingar som enligt förespråkarna borde vara kriminaliserade som våldtäkt, inte har varit det. Sedan lagändringen den 1 juli 2013 är regeringen av uppfattningen att dessa brister är åtgärdade. Rekvisetet ”en särskilt utsatt situation” innebär att fler situationer än tidigare omfattas av paragrafen och för att även fall då målsäganden förhållit sig passiv ska rymmas inom kriminaliseringen har rekvisetet ”allvarlig rädsla” lagts till.⁹⁴ Det återstår att se hur de nya rekvisiten kommer att tillämpas men för att ge en bra bild av debatten presenterar jag i det följande argument för en samtyckesreglering som de framfördes innan lagändringen.

Det budskap som förespråkare för en samtyckesreglering framförallt vill få fram är att en våldtäktsparagraf som innehåller rekviset som tvång och hot korresponderar dåligt med hur offer för sexualbrott normalt reagerar i en övergreppssituation. Den svenska våldtäktsbestämmelsen kommer inte åt de övergrepp som sker mot någons vilja men utan att våld, hot eller en utnyttjandesituation har varit för handen.⁹⁵ Den enda brottsrubricering som möjligen kan komma i fråga i dessa situationer är sexuellt ofredande, vilket inte anses motsvara brottets svårighetsgrad.⁹⁶ Då forskning visar att det är vanligt att människor som faller offer för sexualbrott, som en överlevnadsstrategi, reagerar med passivitet och underkastar sig förövaren är det sannolikt att alla straffbara handlingar inte täcks av en sådan våldtäktsbestämmelse.⁹⁷ Passiviteten kan vara en ofrivillig reflex från kroppens sida då den ”stänger av” för att uthärda hemska upplevelser, den inom forskning och medicinsk expertis så kallade ”spela död – reflexen”, men den kan även vara en medveten strategi för att slippa utsättas för våld.⁹⁸ Enligt expertutlåtande som målsägande i den omtalade ”Bulgariendomen” åberopade inför Europadomstolen är fenomenet ovan, i internationella sammanhang kallat ”frozen fright”, till och med den vanligaste reaktionen från offrets sida under en våldtäkt.⁹⁹ Leijonhufvud konstaterar att då detta är den sedan länge kända och verifierade bilden av kvinnors reaktion vid sexuella övergrepp, är det mycket svårt att motivera den fortsatta användningen av en våldtäktsparagraf där det ska bevisas att våld eller hot har använts.¹⁰⁰ Ska

92 SOU 2001:41, s. 127

93 Prop. 2012/13:111, s. 22

94 Prop. 2012/13:111, s. 30

95 SOU 2001:14 s. 124

96 SOU 2010:71, s. 228

97 SOU 2010:71, s. 208

98 Prop. 2012/13:111, s. 26; Leijonhufvud, 2008, s. 27 och 80 ff.; SOU 2001:14, s 89 f. och

SOU 2010:71, s. 227

99 Wennberg, JT 2004-2005, s. 129

100 Leijonhufvud, 2008, s .27

lagen se även kvinnor som sexualsubjekt, krävs det att gränsen för vad som är tillåtet dras vid det ömsesidiga handlandet. Handlingar där mannen använder kvinnans kropp som en sak måste falla inom det straffbara området.¹⁰¹ Ett våldtäktsbrott är en följd av att någon anser sig ha rätt att tillfredsställa sina egna behov på en annan individs bekostnad. Det är just denna arrogans i förhållande till offrets vilja som är grunden för den kränkning som Leijonhufvud genom sitt förslag vill kriminalisera.¹⁰²

Leijonhufvud anför i sin kritik mot dåvarande/nuvarande lagstiftning det absurda i att en man som medger att han förstod att kvinnan ifråga inte ville vara med om den sexuella handlingen men som förklarar att han inte använde hot eller våld då hon låg som en livlös trasa när det var hans tur, inte har begått ett brott.¹⁰³ Enligt Leijonhufvud är det viktigt att klargöra att sexuella handlingar som någon inte velat delta i alltid medför skada, en integritetsskada, oavsett om fysiska skador uppstått eller inte. Att övergrepp kan skapa livslånga trauman är ingen hemlighet. Genom att det i lagen föreligger en koppling mellan sexualhandlingen och våld och hot blir det oklart vad som verkligen är skyddsintresset, det är viktigt att det framgår att det inte är tvånget som är den verkliga kränkningen.¹⁰⁴

Andra situationer som utredarna inför 2013 års lagändring pekade på att den tidigare lagstiftningen inte beivrade i tillräcklig mån var sådana då någon genom erbjudanden tvingade till sig sexuella tjänster, att hjälpa någon ur ett trångmål i utbyte mot sexuella handlingar gavs som exempel. Här avsågs erbjudanden som upplevs lika tvingande som ett hot om brottslig gärning. Även det faktum att sexuella bedrägerier såsom vissa former av vilseledande och överrumpling endast kriminaliserades som sexuellt ofredande pekade utredarna på som en brist i den dåvarande lagstiftningen.¹⁰⁵

3.4 En samtyckesreglering kommer att stärka brottsoffrets ställning

Kritik som riktas mot dagens lagstiftning är att den signalerar att en kvinna är sexuellt tillgänglig så länge hon inte gör fysiskt motstånd. Inför en samtyckesreglering kommer utgångspunkten för lagstiftningen att bli en helt annan, då kommer den bristande frivilligheten stå i centrum. Presumtionen kommer följaktligen bli att en kvinna inte anses tillgänglig förrän hon har gett uttryck för sitt samtycke.¹⁰⁶ En samtyckesreglering öppnar helt enkelt upp för en möjlighet att argumentera utifrån offrets position.¹⁰⁷ Våldtäktsbrottets konstruktion kan kritiseras för att inte överensstämmer med de övergrepp som kvinnor upplever. När offer för sexuella övergrepp väljer en försvarsstrategi som inte innefattar motstånd utan exempelvis passivitet eller avledande har de inte tvingats till handlingen på det vis som lagen förutsätter, de anses alltså inte i rättslig mening ha blivit kränkta.¹⁰⁸ Vill lagstiftaren konstruera

101 Leijonhufvud, 2006, s. 307

102 Berglund, JT 2008/09, s. 718

103 Leijonhufvud, 2006, s. 308

104 Leijonhufvud, 2008, s. 78

105 Prop. 2012/13: 111, s. 27 och SOU 2010:71, s. 232 f.

106 SOU 2010:71 s. 207 ff.

107 Berglund, JT 2008/09, s. 718 f.

108 Berglund, JT 2008/09, s. 706

våldtäktsbrottet utifrån kvinnors vardag och utifrån deras erfarenheter, strategier och upplevelser av övergrepp så bör inte tvångsgärningen utgöra lagstiftningens kärna. Med denna utgångspunkt utgör situationer som innehåller olaga tvång snarare specialfall av de utnyttjandesituationer som kvinnor upplever. Det är de senare som utgör det verkliga problemet för kvinnor.¹⁰⁹ Catharine MacKinnon, amerikansk jurist och feminist, kritiserar föreställningen om att svårigheterna med att skipa rättvisa i våldtäktsmål endast ligger i att ord står mot ord. Enligt henne handlar det även om att kvinnans perspektiv står mot mannens och att lagen är skriven ur hans. Detta är grunden till att mannens uppfattning tillmäts såpass stor betydelse som den gör, tycker han inte att han förgrep sig på henne så var det inget övergrepp. Av detta följer att endast övergrepp som stämmer överens med mäns uppfattningar om vad som är sexuellt kränkande och förnedrande för kvinnor är brottsliga.¹¹⁰

3.5 En samtyckesreglering är en förutsättning för jämställdhet

Idag är den officiella uppfattningen i Sverige, men även internationellt, att det finns ett samband mellan kön och våld. Kvinnor drabbas av sexuella övergrepp därför att de är kvinnor, detta är signifikant för övergreppet.¹¹¹ Våldtäkt och andra sexualbrott ses därför ofta som en del av mäns våld mot kvinnor.¹¹² Dessa brott brukar även benämnas som sexualiserat våld, just för att tydliggöra att våldet är kopplat till sexualitet och att grundorsaken är ojämlika maktförhållanden mellan män och kvinnor. Gärningarna är alltså tydligt kopplade till sin strukturella kontext.¹¹³ Mäns våld mot kvinnor anses vara ett stort samhällsproblem och beskrivs som ett individuellt problem, ett relationsproblem och ett folkhälsoproblem.¹¹⁴ En viktig orsak bakom detta könsrelaterade våld anses alltså det maktförhållande, ofta kallad könsmaktssystem, som finns i samhället vara. Detta kan kort beskrivas som att det finns makt inbyggt i samhällets strukturer. Här anses det manliga i vid mening vara överordnat det kvinnliga i vid mening och männen försvarar sina privilegier med alla medel, även våld. Utöver det sexuella våldet är exempel på uttryck för denna maktordning att män generellt innehar högre maktpositioner jämfört med kvinnor och även generellt har högre lön.¹¹⁵ Den socialvetenskapliga termen ”könsroll” lanserades redan på 1940-talet och då i samband med föreställningen om att det manliga och kvinnliga är något inlärt, inte naturgivet. Då denna tankegång började etableras följde även insikten om att dessa könsroller kan förändras.¹¹⁶

Denna uppfattning är inte helt främmande i lagstiftningssammanhang, att det finns en könsmaktssystem och att mäns våld mot kvinnor måste ses som ett resultat av det ojämställda samhället, inte som en privat eller isolerad företeelse, är vad Kvinnovåldskommissionen och senare

109 Berglund, JT 2008/09, s. 713

110 MacKinnon, 2009, s.147

111 Andersson, 2007, s. 15 och Berglund, 2007, s. 380

112 Träskman, 2007, s. 321 och Andersson, 2007, s. 15

113 Andersson, 2011, s. 420 f.

114 Träskman, 2007, s. 316

115 Andersson, 2007, s. 17 och Sarnecki, 2003, s. 207

116 Bergenheim, 2005, s. 153

kvinnofridspropositionen byggde sina lagförslag på.¹¹⁷ Denna syn skapade möjlighet att förändra, åtgärder vidtogs för att utsatta kvinnor skulle bemötas bättre av samhället, köp av sexuella tjänster förbjöds, prostitution i sig stämplades som ett våldsbrott riktat mot kvinnor och ett nytt brott, grov kvinnofridskränkning infördes.¹¹⁸ Detta brott tar specifikt sikte på en mans våld mot kvinnan han har en relation med och är det enda brott som uttryckligen är inriktat på könsrelaterat våld.¹¹⁹ Just gällande våldtäkt och andra sexualbrott saknas dock detta synsätt, i förarbeten som berör dessa brott nämns sällan maktstrukturer och ojämlikhet som de grundläggande orsakerna bakom brottsligheten.¹²⁰ Detta kan tyckas märkligt då det särskilt är våldtäktsbrottet som brukar uppfattas som det yttersta förtrycket och symbolen för en dominans- och underordningsrelation mellan könen.¹²¹

Brottsoffermyndigheten är kritisk till lagstiftarens bristande insikt i strukturella förhållanden och menar att detta perspektiv är oerhört viktigt för att öka kunskapen och minska fördomarna om sexualbrott. Strukturerna liknas vid en ram inom vilken övergrepp möjliggörs och sker, och därefter tolkas och bemöts av omvärlden. Följaktligen påverkar dessa strukturer brottsutredning, lagföring, tolkning av rekvisit, värdering av bevis och inte minst möjligheten till ökad respekt för den som utsatts för sexualbrott.¹²²

Hade då en samtyckesreglering kunnat påverka jämställdheten mellan könen? En orsak till att straffrätten som huvudregel inte tar hänsyn till samhälleliga strukturer är att den bygger på en syn där en gärning utgör en enskild och isolerad händelse och subjektet förutsätts vara autonomt och rationellt.¹²³ I feministisk teori uppfattas individen som beroende av sin könstillhörighet och av sin kulturella och sociala tillhörighet, medan individen i en liberal teori anses oberoende av dessa. Straffrätten tenderar att prioritera argument som bygger på den senare. Om ett brott anses bero på maktrelationer eller på yttre strukturella omständigheter blir det därför mycket svårt att få en tillfredsställande lösning genom straffrätten. Det är uppenbart att en straffrättslig argumentation blir beroende av vilken utgångspunkt rättstillämparen har, inte minst gällande vad som ses som en relevant skada och som ett skyddsvärt intresse i straffrättslig mening. En samtyckesreglering kan mycket väl påverka vilken ideologisk position straffrätten intar.¹²⁴ Även utredarna inför 2005 års lagändring konstaterar att en samtyckesreglering mycket väl kan leda till att brottsoffrets ställning förstärks, av det faktum att offren nästan alltid är kvinnor och förövarna män, konstaterar de vidare att en sådan reglering torde bidra till både kvinnofrid och en ökad jämställdhet.¹²⁵ Om straffrätten anammar synen på de samhällsvetenskapliga maktperspektiven kan det även förändra synen på subjektet. Denna person kommer då ses i ljuset av omkringliggande maktfaktorer. För att anknyta till uppsatsens ämne kan en möjlig följd bli att förväntningarna på offrets

117 SOU 1995:60 och Prop. 1997/98:55

118 4 kap 4 a§ BrB och Träskman, 2007, s. 316 f.

119 Andersson, 2007, s. 15

120 Andersson, 2011, s. 421

121 Giddens, 1995, s. 110 och Berglund, 2007, s. 102

122 Brottsoffermyndighetens remissyttrande över SOU 2001:14, s. 2

123 Andersson, 2007, s. 16

124 Berglund, JT 2008/09, s. 703 och Berglund, 2007, s. 90

125 SOU 2001:14, s. 125

motstånd och möjlighet att uttrycka sin vilja sänks om rättstillämparna är medvetna om, och tar hänsyn till, de maktaspekter som är inbegripet i hennes situation.¹²⁶ Kerstin Berglund argumenterar för att det är mycket viktigt att inse att inga gärningar sker i ett samhälleligt vakuum, våldsutövning betyder något både i den faktiska situationen men även i förhållande till den kultur den sker i.¹²⁷ På samma sätt måste det finnas en medvetenhet om att den innebörd en viss gärning ges är beroende av olika faktorer, såsom i vilket kulturellt och socialt sammanhang den sker samt av offrets könstillhörighet.¹²⁸

Leijonhufvud är av uppfattningen att en förutsättning för att jämställdhet på sexuallivets område ska kunna uppnås är att män måste tvingas ta ansvar för sitt handlande och respektera kvinnors sexuella självbestämmanderätt, samt att en samtyckesreglering är en förutsättning för detta.¹²⁹ Denna uppfattning delar hon med Christian Diesen, professor i processrätt. Att många våldtäkter inte uppfattas som våldtäkter, varken av offer, förövare eller av samhället i allmänhet är enligt honom ett politiskt problem. Problemet är inte att vissa sexuella övergrepp inte ses som våldtäkt utan att vissa mycket allvarliga kränkningar av kvinnor, som nästan uteslutande begås av män, inte är straffbara. Enligt Diesen döljer det angivna syftet, att ingen oskyldig ska dömas, den verkliga motiveringen, nämligen att män måste få behålla sitt tolkningsföreträde. Då ömsesidighet inte erkänns av lagen blir begreppet våldtäkt istället något som kan användas för att försvara mannens könsmacht, bara de män som använder mer brutalitet än vad som är socialt accepterat bör straffas.¹³⁰

3.6 Bulgariendomen

En fråga som aktualiserats är huruvida den svenska sexualbrottslagstiftningen, utan en samtyckesreglering, uppfyller Sveriges internationella förpliktelser. År 2003, alltså inför lagändringen 2005, kom en dom mot Bulgarien i Europadomstolen som kom att lyfta just denna fråga.

Upprinnelsen till domen var att en bulgarisk polisutredning, med anledning av en 14-årig flickas anmälan om att hon blivit våldtagen, lades ner då det inte ansågs visat att våld eller hot hade använts eller att motstånd hade gjorts. Flickan väckte därpå talan vid Europadomstolen, hon anförde att bulgarisk lag och praxis inte gav tillräckligt skydd mot våldtäkt och sexuella övergrepp och att Bulgarien därmed bröt mot Europakonventionens artikel 3 och artikel 8.¹³¹ Som skäl anförde hon bland annat att lagstiftningen var bristfällig samt att bulgarisk praxis föranledde att endast våldtäkter där offrets motstånd kunde styrkas ledde till åtal.¹³²

Enligt Europadomstolen kunde Bulgarien inte motbevisa klagandens påstående om att offrets motstånd var avgörande för huruvida åtal väcks eller inte. Med denna tillämpning gav Bulgarien inte sina medborgare ett tillräckligt effektivt skydd mot våldtäkt och en kränkning av konventionen

126 Andersson, 2007, s.18

127 Berglund, JT 2008/09, s. 709

128 Berglund, JT 2008/09, s. 705 och 712

129 Leijonhufvud, 2008, s. 63 och Diesen, 2007, s. 63

130 Diesen och Diesen, 2013, s. 93

131 Art. 3 omfattar frihet från tortyr och liknande och art. 8 rätten till privatliv

132 M.C mot Bulgarien, ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003, p. 169

hade därför ägt rum.¹³³ Domstolen kom även fram till att alla medlemsstater, enligt Europakonventionens artikel 3 och artikel 8, har en skyldighet att kriminalisera och ge ett effektivt rättsskydd för alla sexuella handlingar som skett utan samtycke, även då offret inte gjort synligt motstånd. Detta innebär en skyldighet att vid tillämpningen tillhandahålla både en effektiv brottsundersökning och en effektiv lagföring. Att uppställa krav på fysiskt motstånd från offrets sida innebär enligt Europadomstolen att vissa typer av våldtäkt riskerar att vara fria från straffansvar vilket skulle äventyra ett effektivt skydd av individens rätt till sexuell autonomi.¹³⁴

Det är framförallt följande sammanfattande uttalande från domstolens sida som lyfts fram i debatten:

"In accordance with contemporary standards and trends [...], the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim".¹³⁵

Denna dom har fått stor uppmärksamhet i den svenska samtyckesdebatten. Nedan redogör jag för olika tolkningar av dess betydelse för svensk rätt.

3.6.1 Sverige uppfyller konventionens krav

Regeringen är både inför lagändringen år 2005 och 2013 av uppfattningen att den svenska våldtäktslagstiftningen lever upp till konventionen som Europadomstolen i domen har tolkat den. Till stöd för denna uppfattning anförs att det som Europadomstolen kan kritisera är hur en lagstiftning tillämpas i praktiken, inte hur den är utformad, tvärtom åtnjuter medlemsstaterna stor frihet att lagstifta utifrån dess egna kultur och rättstradition. Europadomstolens roll är att kontrollera att medlemsstaternas lagstiftning och tillämpning av denna når upp till de krav som ställs enligt Europakonventionen. I sina avgöranden klarlägger domstolen konventionens fri- och rättigheter samt uppställer en minimistandard för dessa. Det är upp till varje medlemsstat att utforma lagstiftningen så att den ger ett skydd som motsvarar angivna standard och för att uppfylla kraven krävs det att Sverige kriminaliserar och lagför varje handling som skett utan samtycke, oavsett motstånd från offrets sida.¹³⁶ Regeringen konstaterar vidare att frågan huruvida offret gjort motstånd redan saknar betydelse vid tillämpningen av den svenska våldtäktsbestämmelsen. I propositionen inför lagändringen 2005 stödjer sig regeringen även på praxis där det uttalats att bristen på samtycke redan är det grundläggande kriteriet vid våldtäktsprövningar. Regeringen hänvisar till NJA 2004 s. 231 som enligt regeringen slår fast att "[...] bristen på samtycke är grundläggande när fråga om våldtäkt eller sexuellt våld prövas och att det våld, hot eller tvång som förekommit kan sägas tjäna som bevis på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt".¹³⁷ Inte heller utredarna i 2010

133 M.C mot Bulgarien, ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003, p. 173 och 187 och prop. 2004/05:45, s. 40

134 M.C mot Bulgarien, ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003, p. 166 och Träskman, 2007, s. 332

135 M.C mot Bulgarien, ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003, p. 166

136 Prop. 2012/13: 111, s. 20 f.

137 Prop. 2004/05:45, s. 40 f. och s. 37

års betänkande finner att domen tillskriver Sverige en skyldighet att införa en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse, även om de konstaterar att förpliktelserna i domen mer säkert blir tillgodosedda om en sådan införs.¹³⁸ Även Asps resonemang nedan, som bygger på att de båda lagstiftningsteknikerna kan utformas så att de omfattar exakt samma handlingar, talar för att Europadomstolen inte kräver att Sverige ska införa en samtyckesreglering.¹³⁹ Ytterligare argument är att domstolen uttryckligen betonar att det inte bara är lagstiftningens utformning som är avgörande samt att domstolen, efter att det konstaterats att Bulgarien inte hade en samtyckesreglering, går vidare i sin bedömning av om landet uppfyller konventionens krav. Även det faktum att våldtäktsbrottet i internationella bestämmelser bygger på ett tvångsrekvisit, exempelvis i Romstadgans bestämmelser om brott mot mänskligheten, lyfts fram som argument för att Sverige inte måste införa en samtyckesreglering.¹⁴⁰ Utöver detta behöver den handling som Europadomstolen beskriver inte nödvändigtvis klassificeras som våldtäkt, det räcker att den är kriminaliserad. Ska det svenska rättsläget bedömas i ljuset av domen måste således hänsyn tas till alla de kriminaliserade sexualbrotten i svensk rätt.¹⁴¹ Det uttunnade kravet på tvång och det särskilda skyddet för vissa utsatta grupper, gör att det inte finns någon anledning att tro att den svenska sexualbrottslagstiftningen inte lever upp till konventionens krav.¹⁴²

3.6.2 Sverige uppfyller inte konventionens krav

Andra hävdar att det står helt klart att Europadomstolens praxis numera stadgar att det är bristande samtycke som är avgörande för huruvida en våldtäkt förelegat eller inte. En sexuell handling till vilken samtycke inte förelegat är ett brott mot den personliga integriteten och medlemsstaterna måste erbjuda sina medborgare ett fullgott skydd mot dessa handlingar. Sverige måste alltså, för att dess nationella lag inte ska strida mot konventionen, införa en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse. Skulle en kvinna som mot sin vilja utsatts för en sexuell handling men utan att tvång, hot eller en särskilt utsatt situation varit för handen, och förövaren därmed enligt svensk lag friats, överklaga till Europadomstolen skulle Sverige med stor sannolikhet fällas.¹⁴³

Enligt Leijonhufvud innebär detta faktum ett påtagligt problem för de svenska domstolarna. De är tvungna att följa konventionen, men kan inte utan att bryta mot legalitetsprincipen, gå utöver svensk lag.¹⁴⁴ Att som regeringen påstå att kvinnans vilja är utgångspunkt för huruvida ett sexualbrott har begåtts, är enligt Leijonhufvud direkt felaktigt. Lagen lämnar enligt henne, genom att kräva styrkt våld, hot eller utnyttjande, uttryckligen vissa former av bristande samtycke utanför bestämmelsen. Det bristande samtycket är inte någon förutsättning för att brott har begåtts, det är istället ett bevisfaktum för att våld

138 SOU 2010:71, s. 204 och s. 208

139 Asp, 2010, s.206

140 Romstadgan art.7 p.1(g); Asp, InfoTorg, 2010, avsnitt 2 och Träskman, 2007, s. 333

141 Träskman, 2007, s. 333 och Lagrådets uppfattning i prop. 2004/05:45, s. 39

142 Rapp och Wersäll, 2007, s. 438

143 Leijonhufvud, 2008, s. 72f.

144 Leijonhufvud, 2006, s. 300

eller hot har förelegat, om kvinnan ger uttryck för det genom motstånd.¹⁴⁵ Ett bevisfaktum är något som inte krävs för att en bestämmelse ska vara tillämplig, men som när det föreligger innebär att ett rekvisit är uppfyllt. Som ovan anförts är våldtäkt ett sammansatt brott, således är styrkt våld eller hot inte ett bevisfaktum utan ett rättsfaktum, det vill säga ett rekvisit som måste uppfyllas.¹⁴⁶ Leijonhufvud menar att regeringen och HD, då de påstår att våld och hot inte är ett brottsrekvisit, bryter mot legalitetsprincipen.¹⁴⁷

3.7 En samtyckesreglering kommer få en normerande verkan

Många är av uppfattningen att lagar har en normerande verkan, en stark förespråkare är Leijonhufvud som i sin argumentation använder sig mycket av uttryck som lagars ”signalverkan”. De företeelser som hon anser är i främst behov av ändrade normer är ungdomars sexualvanor och unga mäns attityder gentemot kvinnor.¹⁴⁸ Hon menar att den gällande lagens budskap är att kvinnor som mot sin vilja används sexuellt får skylla sig själva. Sverige omyndigförklarar även genom denna lagstiftning män, de förutsätts inte förstå att en kvinna inte vill ha sex förutom då hon försöker slå sig loss.¹⁴⁹ Ett byte av presumtion skulle markera en påtaglig förändring av den grundläggande attityden gentemot kvinnors sexuella självbestämmanderätt. Lagens budskap skulle då vara att en kvinna inte är sexuellt tillgänglig förrän hon på något sätt visat att hon vill. Följden blir att mannen måste försäkra sig om detta. Något syrligt tillägger Leijonhufvud att detta inte innebär att han måste uppföra ett skriftligt avtal, *men* det innebär att han tar en risk att straffas för ett allvarligt brott om han, då han är osäker på kvinnans inställning, ändå väljer att utföra sexualhandlingen.¹⁵⁰ Även Diesen är övertygad om att ändrade attityder är en förutsättning för att antalet våldtäkter ska minska. En progressiv lag kan enligt honom ändra attityder under förutsättning att lagändringen kombineras med information till allmänheten i form av upplysning och undervisning. En samtyckesreglering skulle enligt honom framförallt vara ett värdefullt stöd för unga kvinnor och för ungdomar i allmänhet skulle en sådan reglering kunna skapa en grund för en ”etisk kod i sexuallivet”.¹⁵¹ Utredarna i 2010 års betänkande konstaterar att det är möjligt att en samtyckesreglering hade kunnat få en normerande verkan. De konstaterar att den stereotypa bilden av våldtäkt, överfallsvåldtäkten utomhus, stämmer dåligt med verkligheten. De allra flesta våldtäkter sker inomhus, ofta är förövaren en bekant till offret och det är sällan några skador kan uppvisas efteråt. En samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse hade varit ett viktigt budskap från samhällets sida att det inte är tillåtet att ha sex med någon utan dennes samtycke. Utredarna skriver vidare att det hade varit mycket positivt om lagstiftningen kunde bidra till en debatt om vad som är, och inte är, tillåtet när det kommer till sex. Utredarna hänvisar även till undersökningar som visar på att en attitydförändring hade varit önskvärd. Att tonårsflickor ofta känner press på

145 Leijonhufvud, 2006, s.306

146 Leijonhufvud, 2006, s. 306 och Leijonhufvud, 2008, s. 28

147 Leijonhufvud, 2008, s. 84

148 Leijonhufvud, 2008, s. 63f.

149 Leijonhufvud, 2008, s. 77

150 Leijonhufvud, 2008, s. 63

151 Diesen, 2007, s. 64 ff. och Diesen och Diesen, 2013, s. 88 och s. 135

att vara sexuellt tillgängliga för pojkar i kombination med att många unga människor upplever att kvinnan är medvällande till en våldtäkt om hon betett sig på ett visst sätt, är en dålig kombination om samhället vill värna om människors sexuella integritet.¹⁵²

Alla är dock inte övertygade om att en samtyckesreglering hade fått en normbildande effekt. Att tro att allmänpreventionen mot att begå våldtäkt skulle bli starkare genom att ett bristande samtycke införs som rekvisit, är enligt denna uppfattning att fästa för stor tilltro till straffrätten. Det finns inget som tyder på att en samtyckesreglering skulle stärka offrens, oftast kvinnors, rättsställning.¹⁵³ Jag måste anmärka att denna uppfattning ter sig mindre övertygande då samma utredare fyra sidor tidigare konstaterar att en samtyckesreglering kommer stärka offrets ställning, gynna kvinnofriden samt öka jämställdheten mellan könen.¹⁵⁴ Tvärtom uppmärksammar de nu en risk att en samtyckesreglering, på grund av att fokus kan hamna på offrets handlande och beteende, skulle riskera att skapa rakt motsatta normer. Risken med en samtyckesreglering är att frågor som lagstiftaren kämpat med att få ut ur våldtäktsprocesserna, såsom hur offret betett sig innan övergreppet och parternas förhållande, på nytt skulle bli aktuella. Steget från dessa resonemang till en diskussion om att ”offren får skylla sig själva” är enligt 1998 års Sexualbrottskommitté inte långt.¹⁵⁵ En annan uppfattning som framförs är att det inte finns uppgifter om hur en kriminalisering påverkar människors sexuella beteenden, utan ett sådant underlag är det omöjligt att ta ställning till huruvida en lagstiftning som försöker påverka just dessa får verkan eller inte. Straffrättens förmåga att ändra verkligheten är ofta ytterst begränsad och det är därför viktigt att inte överdriva dess instrumentella funktion, i synnerhet inte då avsikten är att lagen ska påverka något så komplicerat som sexualiteten.¹⁵⁶

3.8 Ett stöd för utsatta kvinnor

I alla sammanhang är det enligt Diesen flickor i puberteten som löper störst risk att utsättas för sexuell exploatering, problematiken är generell och global och han menar att ett av samhällets viktigaste uppgifter är att hitta sätt att bättre skydda tonårsflickor från att utnyttjas sexuellt.¹⁵⁷ Uppgifter från kvinnojourer vittnar om att framförallt unga tjejer utsätts för mycket starka påtryckningar och övertalningsförsök för att delta i sexuella handlingar som de egentligen inte vill medverka i. Under en tioårsperiod har även antalet anmälda gruppvåldtäkter, varav många utgör en situation då flera män, efter varandra, utnyttjar en utslagen tonårsflicka, fyrdubblats samtidigt som offren blivit allt yngre. Detta menar Diesen visar på att våldtäkter bland unga och unga mäns kvinnosyn är ett stort och växande problem.¹⁵⁸ En lagstiftning som kriminaliserar alla handlingar som en person inte vill delta i skulle givetvis vara ett stort stöd kvinnor som utsätts för sexuell press.¹⁵⁹

152 SOU 2010:71, s. 208 f.

153 SOU 2001:14, s. 129

154 SOU 2001:14, s. 125

155 SOU 2001:14, s. 129

156 Träskman, 1998, s. 371ff.

157 Diesen, 2007, s. 67

158 Diesen och Diesen, 2013, s. 24 ff.; Leijonhufvud, 2008, s. 34 och SOU 2001:14 s. 125

159 SOU 2001:14 s. 125

Brottsoffermyndigheten menar att en samtyckesreglering kommer att ge detta stöd då den markerar att unga kvinnor har all rätt att avvisa sexuella inviter liksom att avbryta sexuella handlingar närhelst de inte längre vill delta.¹⁶⁰

3.9 Tillämpningssvårigheter

Sexualbrottskommittén pekar i sitt betänkande från 2001 på att sexualiteten till sin natur är mångfacetterad och att en bestämmelse om våldtäkt som baseras på ett bristande samtycke därför kommer vara mycket svår att tillämpa. Kommittén påpekar att bestämmelsen ska vara tillämplig på alla fall av övergrepp, från överfallsvåldtäkter till inomrelationella våldtäkter samt att det sexuella umgänget varierar dels mellan hetero- och homosexuella relationer, men även inom de två grupperna. Kommittén ifrågasätter även hur en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse ska kunna skydda berusade personer och prostituerade.¹⁶¹

3.9.1 Bevissvårigheter

En samtyckesreglering avser att kriminalisera handlingar då omständigheter som uttryckligen negerar ett samtycke inte föreligger, men då ett samtycke på grund av andra omständigheter inte finns eller inte anses giltigt. Dessa typer av gärningar är givetvis svåra att bevisa, dels den objektiva sidan av brottet, att samtycke inte förelegat, dels den subjektiva, att detta täcktes av den tilltalades uppsåt. Somliga menar att denna bevisbörda kommer att bli alltför tung för åklagaren.¹⁶² En svårighet i sammanhanget är naturligtvis att frågan om samtycke sällan uttryckligen förs på tal innan en sexuell samvaro inleds. Då en domstol i efterhand ska ta ställning till huruvida ett giltigt samtycke förelegat eller inte är den därför hänvisad till att värdera parternas ageranden samt vad som i övrigt framkommit om situationen. Detta kommer givetvis leda till oerhört svåra bedömningar för rättstillämpningen, både avseende parternas vilja och avsikter men även av hur dessa har kommit till uttryck. Detta skulle under en lång tid framöver riskera att leda till en osäkerhet dels kring samtyckesbegreppets räckvidd, dels kring kriminaliseringens.¹⁶³

Gällande bevissvårigheterna är det framförallt frågan hur en tilltalad ska kunna freda sig mot ett tyst bristande samtycke, samt hur målsäganden ska kunna bemöta ett åberopande av ett tyst samtycke från försvarets sida, som bekymrar. Att det skulle räcka att ett bristande samtycke manifesteras genom målsägandes handlande är enligt denna uppfattning inte lämplig i förhållande till den misstänktes rättssäkerhet. Å andra sidan hade ett krav på ett klart och tydligt uttalat samtycke också utgjort ett problem, att kräva detta av ett offret i dessa situationer är orimligt.¹⁶⁴ Här är värt att nämna att utredarna inför den senaste lagändringen, till skillnad från sina företrädare, är av uppfattning att inre eller tysta samtycken inte bör tillmätas betydelse vid sexuella övergrepp, samtycket måste ha manifesterats på något vis. Dock menar de att då det inte uppställs några formkrav för samtycket torde detta ställningstagande få en

160 Brottsoffermyndighetens remissyttrande över SOU 2001:14, s. 10

161 SOU 2001:14, s. 130

162 SOU 2010:71, s. 221 och Sammanställning av remissyttrandena SOU 2010:71, s. 34, Umeå tingsrätt

163 Prop. 2012/13:111, s. 23

164 SOU 2001:14, s. 134

mycket begränsad betydelse i praktiken.¹⁶⁵

Farhågor för att principen om bevisbördans placering kommer urholkas förekommer. Detta på grund av att den misstänkte kan riskera att åläggas en förklaringsbörda. Advokatsamfundet framför uppfattningen att en samtyckesreglering riskerar att uppfattas som om den misstänkte behöver bevisa att samtycke förelåg.¹⁶⁶ Huruvida en sexualhandling har skett med eller mot en persons vilja är enligt Rapp och Wersäll i normalfallet inte särskilt svårt att fastslå. Det svåra är att bevisa att uppsåt förelåg. Det är absolut nödvändigt att stor försiktighet iakttas om slutsatser, rörande under vilka omständigheter sexuella handlingar har utförts, ska dras. Rapp och Wersäll varnar för att resonemangen annars lätt blir moraliska.¹⁶⁷ Sexualbrottslagstiftningen ska vara moralneutral, det vill säga beteenden som andra kan uppfatta som avvikande och stötande ska, om de är frivilliga, i princip alltid vara straffria.¹⁶⁸

Andra menar att rättssäkerheten inte kommer att äventyras då bevisbördan, som vid alla brott, ligger på åklagaren. Denna måste kunna bevisa att frivillighet inte har förelegat, samt att den tilltalade insåg detta eller var likgiltig inför det. Dock innebär bevisbördan, även här som vid andra brott, att den tilltalade, då omständigheterna starkt talar för att ett samtycke inte förelegat, på ett konkret vis förklarar vad han bygger sin samtyckesinvändning på.¹⁶⁹ Här kan jag inte annat än hålla med, det finns enligt mig inget som talar för att bevisbördan skulle riskera att kastas om. Vad gäller den tilltalades förklaringsbörda är detta inte något nytt, att denne kan sägas ha en ”aktivitetsplikt” och behöva bemöta åklagarens argument i de fall den senare har uppfyllt sin bevisbörda är ett förfarande som tillämpas i brottmålsprocesser.¹⁷⁰ Även utredarna i 2010 års betänkande menar att det är orimligt att kräva att en åklagare ska kunna motbevisa en helt obefogad invändning om samtycke, således är en förklaringsbörda för den misstänkte i detta läge helt förenlig med oskyldighetspresumtionen i brottmål.¹⁷¹

Som svar på utredarnas farhågor hänvisar Brottsoffermyndigheten till forskning som visar att både män och kvinnor har en väl utvecklad förmåga att både förstå och ge avvisanden. Detta gäller även om avvisandet inte innehåller ordet ”nej”. Socialpsykologisk forskning tyder på att detta problem inte bottenar i att män inte förstår sexuella avvisanden utan i att de inte tycker om dem. Myndigheten slår även fast att det inte i dessa situationer är kvinnornas kommunikationsförmåga som ska ifrågasättas utan mannens anspråk på att inte förstå att kvinnan avvisar sex.¹⁷²

3.10 Svårt att definiera ett samtycke

Begreppet ”samtycke” är svårt att definiera och utgör när det används i lag ett normativt rekvisit. Vilken betydelse ett sådant rekvisit har är aldrig givet utan

165 SOU 2010:71, s. 214, s. 220 och s. 252

166 Advokatsamfundets remissyttrande över SOU 2010:71, s. 3

167 Rapp och Wersäll, 2007, s. 439 ff.

168 Rapp och Wersäll, 2007, s. 429

169 Leijonhufvud, 2008, s. 12

170 Ekelöf och Boman, 2009, s. 87 f. och Schelin, 2007, s. 55 f.

171 SOU 2010:71 s. 222

172 Brottsoffermyndighetens remissyttrande över SOU 2001:14, s. 11

det är helt beroende av vilken definition och avgränsning som tillskrivits det.¹⁷³ Asp betonar att det viktiga är kontexten, alltså under vilka omständigheter eller på vilket sätt ett samtycke ges. Enligt Asp är alltså begreppets innehåll helt beroende av hur rättstillämpningen ser på de medel som har använts för att få ett medgivande, och på de omständigheter under vilka någon har lämnat ett medgivande.¹⁷⁴ Av detta följer även problemet att tolkningen av vad som är ett giltigt samtycke kommer bli oerhört beroende av hur en situation beskrivs.¹⁷⁵ Utredarna i betänkandet från 2010 konstaterar att en självklar utgångspunkt måste vara att inte alla situationer då någon sagt ”ja” till en sexuell handling, eller på annat vis accepterat en sådan, utgör ett giltigt samtycke. Det finns alltså en gränslinje, vilken inte är given, mellan samtycken som ska beaktas, och de som inte ska det.¹⁷⁶ En annan fråga är vad människor ska få samtycka till i sexuella sammanhang. På detta område är en central princip att staten inte ska lägga sig i den enskilda individens sexualliv. Att skapa begränsningar för vad den fria människan gör privat anses inte vara strafflagstiftningens uppgift. Vad gäller misshandel brukar tumregeln vara att en individ kan samtycka till att utsättas för våld som motsvarar mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden i 3 kap 5 § BrB, därefter drar lagstiftaren gränsen och grövre våld kan man i lagens mening inte samtycka till.¹⁷⁷ Vilken inställning individer har i förhållande till denna fråga torde vara beroende av vilken syn de har på människan och samhället, de som förespråkar en ideologi som bygger på den fria individen hyser troligen uppfattningen att människor bör kunna samtycka till i stort sett vad som helst.¹⁷⁸ Denna inställning kräver dock en tro på att människor är fria att göra sina egna val. De som istället är av uppfattningen att individer inte är det, utan är beroende av en mängd kringliggande omständigheter såsom social status, konststillhörighet, etnicitet etc. kan komma till en annan slutsats.¹⁷⁹

Det finns flera sakkunniga som lyfter fram problematiken med att definiera ett samtycke. Enligt Träskman är samtycke ett komplicerat begrepp. Det kan dels innebära en faktisk omständighet som föreligger eller inte, dels en juridisk handling. Är samtycket eller det bristande samtycket en faktisk omständighet krävs det inte att de uttrycks på något vis, de föreligger oavsett. Samtycke som en juridisk handling underkastas dock vissa formkrav för att det ska föreligga. Enligt Träskman är problemet att dessa två ”samtyckesdefinitioner” inte korresponderar i sexualbrottsituationer, ett uttryck för samtycke svarar inte alltid mot ett faktiskt samtycke. Utifrån detta ifrågasätter Träskman om en ren samtyckesreglering är tillräckligt klar och tydlig för att kunna försäkra en rättssäker tillämpning.¹⁸⁰

Precis som Träskman är Berglund av uppfattningen att det gällande sexualbrott finns två olika former av samtycke. Hon menar dock att det komplexa ligger i att det å ena sidan finns ett straffrättsligt samtycke som ställer krav både på den som samtycker och på vad denne kan samtycka till. Å

173 SOU 2010:71 s. 205

174 Asp, 2010, s. 83

175 Berglund, JT 2008/09, s. 708

176 SOU 2010:71 s. 205 och Asp, 2010, s. 83

177 Berglund, 2007, s. 70 f.

178 Berglund, 2007, s. 70 f.

179 Berglund, JT 2008/09, s. 709

180 Träskman, 2007, s. 333 f.

andra sidan finns det ett samtycke som utgör en tolkning av vad som kan uppfattas som ett uttryck för en vilja att delta i en sexuell handling, detta samtycke är omedelbart relaterat till vår kulturella förståelse av sexualitet. Här finns en risk för att det sätt en individ uppfattar det senare samtycket på mycket väl kan påverka hur denne bedömer det straffrättsliga samtycket. Detta problem förstärks av att denna fråga i praktiken ofta avgörs på brottsbegreppets subjektiva sida, frågan hur gärningsmannen uppfattat offrets inställning kommer därmed också ta utgångspunkt i kulturella föreställningar om sexualitet.¹⁸¹

3.10.1 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund

Termen samtycke förekommer redan i 24 kap 7 § BrB. Bestämmelsen utgör en allmän undantagsbestämmelse och termen är i detta fall en objektiv ansvarsfrihetsgrund. En objektivt sett brottslig gärning blir ansvarsfri om det föreligger ett giltigt samtycke till den, under förutsättning att gärningen anses försvarlig med hänsyn till den skada, kränkning eller fara den medfört, samt till dess syfte eller andra omständigheter. Samtycket i denna bestämmelse kan provas mot en rad olika gärningar men vad gäller våldtäktsbrottet görs denna prövning istället vid tolkningen av rekvisiten i den egna lagparagrafen, alltså då bedömningen om tvång förelegat eller inte görs.¹⁸² Enligt utredarna i 1998 års Sexualbrottskommitté bör användningen och tolkningen av ett samtyckesbegrepp i våldtäktsbestämmelsen vara förenlig med den allmänna straffrättsliga betydelsen av ett samtycke.¹⁸³

Kraven för att ett samtycke ska anses ha ansvarsbefriande verkan enligt 24 kap 7 § BrB är att personen som lämnat det är

1. behörig att förfoga över det aktuella intresset,
2. kapabel att förstå innebörden av samtycket och
3. har lämnat det frivilligt och har full insikt om relevanta förhållanden, samt att
4. samtycket var allvarligt menat.¹⁸⁴

Samtycket ska även ha förelegat vid gärningen men det finns inga krav på några yttre uttryck, ett tyst inre samtycke är alltså giltigt.¹⁸⁵ Utredarna i 2010 års betänkande tycker dock inte att alla dessa punkter passar in på det samtyckesbegrepp som de hade velat applicera på våldtäktsbrottet. Hur kravet på att någon ska ha förstått innebörden av en sexualhandling ska tillämpas ställer de sig frågande till. Svårigheter kan uppstå om någon exempelvis på grund av bristfällig sexualundervisning, kanske i ett annat land, inte vet vad han eller hon samtycker till. De påpekar även att alla sexuella bedrägerier med utgångspunkt i ovan angivna punkter kommer kriminaliseras, vilket inte är önskvärt. Av detta drar de slutsatsen att det vore lämpligare om ett annat rekvisit än ”samtycke” valdes (i deras förslag *tillåtelse*).¹⁸⁶

181 Berglund, 2007, s. 68 f.

182 Berglund, 2007, s. 68 och SOU 2001:14, s. 133

183 SOU 2001:14, s. 133

184 Jareborg, 2001, s. 283 f.

185 SOU 2001:14, s. 134

186 SOU 2010:71, s. 249 f.

3.10.2 Ska tysta/inre samtycken tillmätas betydelse?

Värt att lyfta fram igen är att utredarna i 2010 års betänkande, till skillnad från sina företrädare, är av uppfattningen att då det gäller sexualbrott ska avseende inte fästas vid tysta eller inre samtycken, utan ett samtycke måste, även om det inte finns några formkrav, manifesteras på något sätt.¹⁸⁷ Detta ställningstagande leder, med en samtyckesreglering, till att ett bristande samtycke *inte* måste manifesteras. Föreligger inte ett uttryckt samtycke finns det alltså inget giltigt samtycke, oavsett hur det bristande samtycket kommit, eller inte kommit, till uttryck. Utredarna tycker dock inte att det är rimligt att det straffbara området ska innefatta bristande samtycken som inte på något sätt varit iakttagbara utan de gör bedömningen att det enda sättet att dra gränsen mellan sexualbrott och ömsesidigt sex är att ett uttryckt samtycke inte finns.¹⁸⁸

3.11 En jämförelse med engelsk rätt

England har en mycket lång tradition av att basera ansvar för våldtäkt uteslutande på ett bristande samtycke.¹⁸⁹ År 2003 reformerades den engelska sexualbrottslagstiftningen och för våldtäkt döms idag den *man* som med sin penis, utan motpartens samtycke, penetrerar en annan persons vagina, anus eller mun. Det uppställs också ett subjektivt rekvisit som stadgar att en förutsättning för straffansvar är att gärningsmannen inte hade någon rimlig anledning att tro att samtycke förelåg.¹⁹⁰

Både utredarna inför 2001 och 2010 års betänkanden lyfter fram att det är tydligt att frågan huruvida målsäganden har lämnat sitt samtycke eller ej tillmätts stor betydelse i de engelska våldtäktsrättegångarna. En central fråga under hela lagföringsprocessen är hur målsäganden har betett sig före, under och efter det eventuella övergreppet. Kritiken mot att våldtäktsutredningar och våldtäktsrättegångar fokuserar på kvinnans beteende och sexualhistorik är utbredd, en jämförelse med det engelska systemet ger såvida stöd för farhågorna att en samtyckesreglering leder till att målsägande hamnar i centrum för brottsutredningen. Den engelska statistiken rörande anmälningar och åtal för våldtäkt är inte heller bättre än den svenska. Slutsatsen att ett slopande av kravet på tvång skulle leda till att fler våldtäktsmän döms kan därför, utifrån denna jämförelse, ifrågasättas.¹⁹¹

Andra menar att, även om det stämmer att England har några av de sämsta uppkläringssiffrorna i Europa då det gäller våldtäktsbrott, betyder det inte att en samtyckesreglering försämrar åtalsmöjligheterna utan många faktorer bidrar till dessa siffror. Som jag kommer beröra mer ingående nedan så ligger England (tillsammans med Sverige) i topp rörande antalet anmälda våldtäkter per capita. Av detta följer dock att en stor del av anmälningarna är att betrakta som svårlösta, det är alltså inte bara uppenbara överfallsvåldtäkter som anmäls utan även våldtäkter inom relationer och andra våldtäkter som ur bevishänseende är problematiska. I länder med få våldtäktsanmälningar, men

187 SOU 2010:71, s. 213; SOU 2001:14, s. 134 och prop. 2004/05:45, s. 37

188 SOU 2010:71, s. 215

189 SOU 2001:14, s. 135

190 1 § Sexual Offences Act 2003 och SOU 2010:71, s. 143 ff.

191 SOU 2001:14, s. 136 ff. och SOU 2010:71, s. 148

då ofta avseende mycket grova brott, är både åtalsfrekvensen hög och de fällande domarna många. Ytterligare förklaringar till att inte fler anmälningar leder till åtal är att bevissvårigheterna fortfarande är desamma i en ord mot ord situation, oavsett tvångs- eller samtyckesreglering samt att den allmänna bilden av vad som är en våldtäkt inte förändras enbart genom en lagändring. Det är även väsentligt att betona att det i England är en jury av lekmän som ensam ska döma, samt att de engelska försvarsadvokaterna under mycket lång tid har tillåtit att smutskasta målsäganden i mycket högre utsträckning än vad som är tillåtet i svenska brottmålsförfaranden.¹⁹² En annan aspekt som måste tas i beaktande om den engelska våldtäktsrättegången ska jämföras med den svenska är att våldtäkt i England kan ge livstids fängelse. Stränga straff kan minska benägenheten att fälla, särskilt i beaktande av att det är lekmän som dömer.¹⁹³ Enligt Leijonhufvud grundar sig de engelska juryrättegångarnas pårs för kvinnan inte på lagens utformning utan på att bedömningen genomsyras av patriarkala uppfattningar om sexualitet, könsroller och skyddsvärdhet.¹⁹⁴ Det finns alltså enligt denna uppfattning ingen anledning att utifrån engelsk rätt dra slutsatser om vad en samtyckesreglering skulle leda till i Sverige

3.12 En samtyckesreglering skulle urvattna våldtäktsbestämmelsen samt bryta mot brottbalkens systematik

Det har ofta uttalats att våldtäktsbestämmelsen ska vara reserverad för de allvarligaste sexuella övergreppen. Användandet av våld mot en annan person har inom straffrätten alltid setts som ett av de värsta angreppen och 1998 års Sexualbrottskommitté ansåg inte att argumenten för en samtyckesreglering vägde såpass tungt att en brytning med detta sedan länge gällande synsätt ansågs motiverat. Om det inte längre krävs tvång för straffansvar för våldtäkt skulle alltför många övergrepp omfattas av bestämmelsen, varav många inte kan anses ha samma straffvärde.¹⁹⁵ Ett rent språkligt argument som framförs är att det är ologiskt att kalla ett brott vars brottsbeskrivning inte innehåller ett krav på våld eller hot om våld för våldtäkt.¹⁹⁶ Det rådande synsättet inom straffrätten och i brottbalken är även att det är gärningsmannens handlingar, motiv och avsikter som ska vara avgörande för huruvida denne har begått ett brott eller inte, och i så fall vilket. Det är övergreppets objektiva karaktär som ska utgöra grunden för bedömningen och det kan ifrågasättas om det är lämpligt att bryta detta synsätt, vilket kommer ske om en samtyckesreglering införs.¹⁹⁷ Avgörande för vilken lagstiftningsmodell som bör väljas är enligt regeringen den modell som är mest ändamålsenlig och rättssäker men ändå uppnår syftet med kriminaliseringen. Ska en helt ny regleringsmodell införas krävs det att den är klart bättre än den nuvarande. Regeringen hävdar även att viss försiktighet måste iakttas om ett helt nytt brottsrekvisit ska införas i sexualbrottslagstiftningen.¹⁹⁸ Med ett nytt rekvisit medföljer per automatik att all den praxis som vuxit fram i domstolarna under årens lopp inte längre, eller

192 Diesen, 2007, s. 63

193 Diesen och Diesen, 2013, s. 83 och 1 (4) § Sexual Offences Act 2003

194 Leijonhufvud, 2008, s. 62

195 SOU 2001:14 s. 132

196 SOU 2001:14, s. 134f.

197 SOU 2001:14, s. 131f.

198 Prop. 2012/13:111, s. 19

i så fall endast i begränsad omfattning, kan användas.¹⁹⁹

Förespråkare för en samtyckesreglering menar att dessa argument helt saknar relevans, Leijonhufvud går så långt som att säga att de är påfallande konservativa och andas en ovilja mot lagändring. Hon menar att krav på våld eller hot för att en starkt integritetskränkande handling ska vara straffbar utgör en negativ särbehandling och jämför med det orimliga i om samma krav hade uppställts för andra brott. Att en stöld som sker utan våld eller hot skulle vara straffri anser de flesta vara oacceptabelt. Det faktum att olika sexuella övergrepp, beroende på omständigheterna, kan och bör tillmätas olika straffvärden är inte ett lagtekniskt problem och än mindre ett relevant argument för att avgränsa straffansvaret till de fall då tvång använts. Gällande termen "våldtäkt" är inte det en objektiv eller neutral beteckning för övergreppet utan en benämning som män har skapat, grundad på en uppfattning om vad de tycker bör utgöra en våldtäkt. Att vägra ändra på ansvarsbegränsande rekvisit med anledning av vad som historiskt sett har ansetts utgöra en våldtäkt är enligt denna uppfattning högst olämpligt.²⁰⁰

Det främsta argumentet mot att täcka in alltför skilda gärningar i våldtäktsbegreppet är enligt min mening ett annat än det som regeringen och utredarna anför. Det kan finnas en fara i att skapa en alltför stor diskrepans mellan vad allmänheten uppfattar vara en våldtäkt och vad som är det i lagens mening. Om människor döms för brott som varken de själva eller deras omgivning anser att de har begått riskerar en misstro till rättstillämpningen att skapas. Dock talar en del för att allmänhetens uppfattning idag tvärtom är att för få kränkningar täcks in under brottet. Vad gäller systematiken är det enligt mig även vid en samtyckesreglering gärningsmannens handlingar, motiv och avsikter som är avgörande. Skillnaden är att tvångshandlingen inte längre är med i bilden och då kan utredarna inte se i vad den kränkande handlingen skulle bestå. Det är precis detta Leijonhufvud försöker poängtera, att någon utför en sexuell handling mot en annan persons vilja är inte bara en kränkning, det är den *huvudsakliga* kränkningen vid ett sexualbrott. Skulle tvång förekomma ska det ses som en försvarande omständighet. Utöver detta bygger många brott i brottsbalken redan på olika former av samtyckesrekvisit. I princip hela brottsbalkens åttonde kapitel reglerar situationer då någon "olovligen" tar sig olika friheter, dessa handlingar hade som huvudregel inte varit olagliga om de berörda hade samtyckt. Det förekommer även redan andra bestämmelser som kan sägas bryta mot brottsbalkens systematik, exempelvis intar de grova fridskränkningssbrotten som infördes 1998 en särställning då flera lindriga brott kan omvandlas till ett grovt.²⁰¹

3.13 Orimliga förväntningar på fler fällande domar samt en ökad risk för sexualmoralism

En baksida av att en samtyckesreglering förväntas ha en normativ verkan är att detta kan skapa förväntningar på fler fällande domar, vilket inte lär bli resultatet. Förhoppningen är istället att det på sikt ska begås färre sexualbrott. Den naturliga följderna av att definitionen av våldtäkt vidgas lär istället bli att

199 SOU 2010:71, s. 224

200 Leijonhufvud, 2008, s. 62 f. och Sutorius och Kaldal, 2003, s. 21 ff.

201 Se exempelvis 8 kap 1, 7, 8, 9, 10, 11 §§ BrB; 4 kap 4 a § BrB; prop. 1998/99:145, s. 10

fler anmälningar kommer göras, varav många är mycket svåra att hantera ur bevishänseende. Med beaktande av bevisbördan och beviskraven i brottmål lär detta leda till att fler personer som i lagens mening har begått straffvärda gärningar kommer gå fria. Detta betyder att risken finns att fler personer som utsatts för övergrepp kommer behöva se sina förövare frias.²⁰² Av detta följer enligt Rapp och Wersäll en risk för att lagen skulle förlora sin trovärdighet. En ny samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse skulle endast ge ett skenbart större skydd, vilket på sikt kan leda till att den redan låga andelen anmälningar som leder till åtal blir ännu lägre. Sammantaget tror de inte att ett införande av en samtyckesreglering skulle vara positiv, varken för brottsoffren eller för förtroendet för rättsväsendet.²⁰³ Dessa argument kan sägas gå hand i hand med uppfattningen att det av legalitetsprincipen följer att utgångspunkten för straffrättsliga regleringar inte enbart är att försöka täcka in så många straffvärda beteenden som möjligt, utan det är även rimligt att uppställa krav på att regleringen ska kunna tillämpas på ett praktiskt sätt.²⁰⁴ Åklagarmyndigheten och regeringen lyfter istället fram det faktum att en samtyckesreglering lär utgöra ett ökat stöd för att polisanmäla övergrepp som en omständighet som talar för att en samtyckesreglering bör införas.²⁰⁵

Då kärnfrågan i en process med en samtyckesreglering kommer bli huruvida målsäganden samtyckt till handlingen eller ej finns det en risk för att diskussionen kommer in på vad som är ”normalt” och inte att samtycka till. Utredarna som hyser dessa farhågor konstaterar dock själva att utbildning torde hjälpa, samt att det inte är ett problem som kommer uppkomma i och med en lagändring. Då samtyckesfrågan redan idag behandlas i ett stort antal mål lär risken redan vara en realitet. Skillnaden blir dock att den med en samtyckesreglering kommer uppkomma i samtliga fall.²⁰⁶

3.14 Begränsad tillämpning, ett större integritetsintrång samt en enhetlig rättstradition i Norden

Det faktum att situationer då det bristande samtycket till sexuella handlingar inte har demonstrerats på ett sådant vis att gärningsmannen har behövt använda hot eller våld, torde utgöra en minoritet av de anmälda sexualbrotten, förekommer som argument mot att införa en samtyckesreglering.²⁰⁷ Att integritetsintrånget för både målsägande och tilltalad riskerar att bli mer ingripande än vad som är fallet idag, är ett annat problem som tas upp. Parterna kommer vid en sådan reglering sannolikt vara tvungna att i detalj redogöra för den sexuella handlingen.²⁰⁸ Dessa uttalanden följs inte av någon utförligare motivering och i min mening känns det senare väldigt logiskt. Om det är något som är väsentligt att gå igenom i detalj är det själva gärningen, så exakt och precist som möjligt för att utreda hur båda parter betett sig under hela handlingen. Vad gäller det första uttalandet kan man fråga sig vad denna övertygelse om att dessa brott skulle vara få grundas på, de som argumenterar

202 Asp, 2010, s. 213 och SOU 2010:71, s. 216 f.

203 Rapp och Wersäll, 2007, s. 440

204 Asp, 2010, s. 23 f.

205 Prop. 2012/13:111, s. 22 och åklagarmyndighetens remissyttrande över SOU 2010:71, s.2

206 SOU 2010:71, s. 217

207 Advokatsamfundets remissyttrande över SOU 2010:71, s. 3 och SOU 2010:71, s. 498

208 Advokatsamfundets remissyttrande över SOU 2010:71, s. 3

för denna uppfattning kan inte gärna hävda att det är osannolikt att människor avstår från att polisanmäla händelser som inte är olagliga.

Ett annat argument som framförs inför lagändringen 2005 är att inga andra nordiska länder, har eller verkar ha planer på att införa en samtyckesreglering och att ”intresset av att behålla en gemensam rättstradition i Norden talar för att inte heller i Sverige göra det”.²⁰⁹ Här tycker jag det är av intresse att Norge har dels en samtyckesreglering, en subsidiär sådan liknande den som utredarna i 2010 års betänkande föreslog, dels en straffbestämmelse kallad grovt oaktsam våldtäkt.²¹⁰

3.15 För- och nackdelar med en ren respektive en subsidiär samtyckesreglering

Inledningsvis redogjorde jag kort för att det i debatten har getts förslag på två typer av samtyckesregleringar, en ren och en subsidiär. I det följande presenterar jag argument för och emot respektive lagstiftningsmodell.

3.15.1 Argument för en ren samtyckesreglering

De som är positiva till en ren samtyckesreglering menar att en subsidiär samtyckesbestämmelse delvis missar poängen med en rekvisitändring. Tanken med en ren samtyckesreglering är att sexualbrottet endast ska avse angreppet på den sexuella integriteten. Andra aspekter av övergreppet såsom våld eller hot ska hållas åtskilda från sexualbrottet. Givetvis behövs det en gradskillnad mellan våldtäkter av olika grovhet men det är bättre att slå fast att alla sexuella handlingar mot någons vilja är straffbara, och sedan se förekomsten av våld eller hot som försvårande omständigheter.²¹¹ Lagen kommer med en subsidiär samtyckesparagraf fortfarande att betrakta våldtäktsbrottet som ett misshandelsbrott, inte ett brott mot den personliga integriteten och det främsta beviset kommer vara skador till följd av offrets motstånd.²¹² Risken med en subsidiär samtyckesreglering är att det kommer föreligga en betydande osäkerhet i alla de fall som kategoriseras under den subsidiära bestämmelsen. Att ta ställning till vad som utgör ett giltigt samtycke blir givetvis svårare ju mindre tvång som förelegat, då alla de klara fallen kommer falla in under den medel- och omständighetsbaserade bestämmelsen torde den subsidiära bestämmelsen bli mycket svårtillämpad.²¹³ En annan risk med denna utformning är att rättstillämparna kan tendera att vid bevissvårigheter eller av andra anledningar tillämpa den mildare rubriceringen och därmed förminska brottets svårhet, vilket har blivit fallet i andra länder.²¹⁴

3.15.2 Argument för en kompletterande och subsidiär samtyckesreglering

Genom att komplettera dagens våldtäktsbestämmelse med en subsidiär

209 SOU 2001:14, s. 135

210 192, 200 §§ Straffeloven 1902,

211 Diesen och Diesen, 2013, s. 102ff. och Leijonhufvud, 2008, s. 14 och 79

212 Diesen och Diesen, 2013, s. 102

213 Asp, 2010, s. 212

214 Se exempelvis Belgien och Frankrike där den lindrigare våldtäktsbestämmelsen regelmässigt tillämpas på våldtäkter inom relation.

samtyckesbaserad bestämmelse undviks det, enligt många, främsta problemet med en ren samtyckesreglering. Det ökade fokuset på målsäganden i processen. Den oönskade fokuseringen på målsäganden kommer vid en samtyckesreglering främst uppstå i de fall där det faktiskt har förelegat tvång eller utnyttjande. Med en samtyckesreglering kommer frågan om samtycke alltid vara den första som aktualiseras, det eventuella tvång som har förelegat riskerar då att hamna i bakgrunden. Om tvångs- och utnyttjandesituationerna regleras separat kommer detta inte ske, i dessa fall kommer huvudrekvisitet vara dessa medel och omständigheter och det väsentliga blir att ta reda på om de har förelegat. Endast i de fall då det är nödvändigt kommer samtycke att utgöra huvudrekvisitet och målsäganden följaktligen utfrågas huruvida något i hennes beteende kan ha föranlett att den misstänkte trodde att samtycke förelåg.²¹⁵ Utredningens förslag till en subsidiär samtyckesbestämmelse rör situationer då, med undantag för det icke särskiljande samtycket rörande vilseledande, tillåtelse överhuvudtaget inte har lämnats. Då bestämmelsen alltså inte rör de situationer som föranleder de största svårigheterna med en samtyckesreglering, de då ett ”ja” har lämnats men en avgränsning huruvida det var ett giltigt samtycke eller inte krävs, berörs detta förslag knappt av de invändningar som normalt reses mot en samtyckesreglering. Genom att tydligt avgränsa vilka situationer bestämmelsen avses tillämpas på undviker utredarna den mycket stora öppenhet som en allmän samtyckesreglering alltid kommer och alltid måste föra med sig.²¹⁶

3.16 Samtyckesdebatten fokuserar inte på den verkliga problematiken

Avslutningsvis finns det somliga som menar att den debatt som jag nyss redogjort för inte berör den verkliga problematiken. Ulrika Andersson är av uppfattningen att en rekvisitändring rörande gränsdragningen mellan frivilliga sexuella handlingar och sexualbrott inte löser det verkliga problemet, utan för att lyckas med detta krävs ett ifrågasättande av utgångspunkterna för lagen och rättstillämpningen. Att våldtäkt är ett maktöversgrepp med stark anknytning till föreställningar om kön och sexualitet finns det mycket forskning som bekräftar. Inom genusteoretisk doktrin är detta även enligt Andersson något av en självklarhet. Dock finns på det rättsliga området lite som tyder på att det bland de olika aktörerna finns en medvetenhet om detta. Med få undantag uppmärksammas detta varken i lagtext, förarbeten eller rättstillämpning.²¹⁷ Andersson sätter inte tilltron till den lagtekniska utformningen, problemet ligger istället enligt henne i de felaktiga föreställningar om kön och sexualitet som finns i både lagtext, rättstillämpning och doktrin. Uppfattningen om den kvinnligt tillgängliga kroppen och sexualiteten är enligt henne grunden till många förlegade resonemang i domstolarna, till exempel sådana där målsäganden förväntas förhindra den tilltalades handlingar och ses som medansvarig till övergreppet om hon inte gör det.²¹⁸ Kommer rättstillämpningen tillrätta med dessa föreställningar spelar det ingen roll om ett bristande samtycke eller

215 SOU 2010:71, s. 248

216 Asp, InfoTorg, 2010, avsnitt 5.2 och 5.3

217 Andersson, JT 2004-2005, s. 228 f.

218 Andersson, 2004, s. 219 och Andersson, JT 2004-2005, s. 227

omständigheter som negerar ett samtycke uppställs som gränsdragande rekvisit. Andersson har för denna uppfattning stöd av Berglund, som menar att ett byte av rekvisit inte per automatik leder till att rättsväsendet kommer att hantera verkligheten (sexualiteten) på ett annat sätt jämfört med idag.²¹⁹

Även Asp är av uppfattningen att valet av lagstiftningsteknik spelar mindre roll och menar även han att den pågående debatten inte tar upp det verkliga problemet. Den verkliga frågan är enligt Asp inte huruvida det i Sverige bör införas en samtyckesreglering eller inte, utan vad som bör betraktas som ett samtycke. Skillnaderna mellan en ”tvångsreglering” och en samtyckesreglering i sig är enligt Asp endast lagteknisk, själva utformningen av bestämmelsen säger inget om hur extensiv den är. För att beteckna de samtycken som vid en prövning tillmäts betydelse, ett sådant samtycke friar alltså från ansvar för sexualbrott, använder Asp termen *särskiljande samtycke*.²²⁰ Som jag skrev innan är begreppet ”samtycke” normativt och utan innehåll. Det är uppgiften att fylla begreppet med innehåll som är den väsentliga enligt Asp. Att endast hänvisa till samtycke, utan att ha klart för sig vad som utgör ett särskiljande samtycke, ger inte någon klarhet över vad som är tillåtet och vad som inte är det. Däremot kommer en våldtäktsbestämmelse baserad på ett bristande samtycke och en våldtäktsbestämmelse som är baserad på medel och omständigheter kunna omfatta precis samma typer av handlingar om samma definition av samtycke tillämpas. Vad som avgör vad en viss bestämmelse kommer att omfatta är alltså inte huruvida den formuleras negativt, med en frånvaro av samtycke som grund, eller positivt, med förekomsten av vissa medel och omständigheter som grund.²²¹ För att tydliggöra detta ger Asp följande två exempel på en tvångs- respektive samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse:

- (i) *sex utan samtycke är förbjudet (och som icke-samtycke räknas de fall där det förekommit tvång genom våld, hot, otillbörliga erbjudanden eller där fråga varit om vilseledande avseende faktorerna a, b och c eller där den utsatte anses sakna kompetens)*
- (ii) *sex är förbjudet om det tillkommer genom användning av tvång genom våld, hot, otillbörliga erbjudanden eller där fråga varit om vilseledande avseende faktorerna a, b och c eller där den utsatte anses sakna kompetens.*²²²

Enligt Asp är det inte ett paradigmskifte som behövs utan en enhetlig och väl underbyggd uppfattning om vad som utgör ett särskiljande samtycke. Hans tolkning är att det snarare är en viss form av samtycke som möter motstånd, inte begreppet samtycke i sig.²²³

219 Berglund, 2007, s. 70

220 Asp, 2010, s. 84 och s. 97

221 Asp, 2010, s. 49 och s. 205

222 Asp, 2010, s.206

223 Asp, 2010, s.201 f.

4 Lagars normerande verkan

Enligt mig kokar denna debatt, särskilt med stöd av Asps åsikter, ner till att det, med hänsyn till hur extensiv man vill att en våldtäktsbestämmelse ska vara, inte spelar någon större roll vilken av de två lagstiftningsteknikerna som väljs. Då de utgör två sidor av samma mynt är det fullt möjligt att utforma dem så att de täcker in samma typer av handlingar och därmed får exakt samma verkan. Det finns, som jag redogjort för, mängder med argument för och emot en samtyckesreglering, men inget som enligt mig väger såpass tungt att det i sig avgör valet av lagstiftningsform. Här finns dock ett viktigt undantag: Lagens normerande verkan, det vill säga förhoppningen om att inte bara människors beteenden utan också deras attityder ska påverkas av hur lagstiftningen utformas.²²⁴ Denna företeelse är enligt mig av avgörande betydelse då ställning ska tas till vilken lagstiftningsteknik som bör väljas. Som redogjorts för ovan trycker de som förespråkar en samtyckesreglering mycket hårt på lagars signalverkan och på vikten av att samhället bidrar till en normbildning där frivillighet är ett självklart krav för att en sexuell handling ska vara tillåten.²²⁵ Kan en samtyckesreglering få denna normbildande effekt är det enligt mig givet att vi borde införa en sådan. Skulle detta vara fallet kanske även de problem som Andersson och Berglund anför lösas, det är kanske precis detta som behövs för att rättstillämpningens bild av verkligheten och sexualiteten ska kunna påverkas.

Jag kommer nu att återknyta till min första delfrågeställning som presenterades inledningsvis. Som jag redogjort för tidigare kommer jag, för att besvara frågan om en lagstiftning kan ha betydelse för människors attityder gällande sexualitet, dela upp frågeställningen i två steg. Först kommer jag försöka att ta ställning till om lagstiftning generellt kan vara normbildande och sedan om människors inställning till sexualitet kan påverkas av normer.

4.1 Är lagstiftning normbildande?

4.1.1 Stöd för lagars normbildande verkan i vetenskapen

Under historiens gång har synen på lagens uppgift förändrats. Från att ha setts som ett instrument för att straffa människor för brott mot ”Guds lag” har den utvecklats till att uppfattas som ett redskap med vilket människors beteenden kan styras.²²⁶ Det går inte att komma ifrån det faktum att det inom somliga kretsar, utan att ta ställning till om uppfattningen är korrekt eller inte, är vedertaget att lagstiftning i mer eller mindre omfattning har norm/moralbildande effekter. Fördjupar man sig exempelvis i frågan om vilka effekter samhällets reaktion mot brottslighet har, stöter man tidigt på begreppet *allmänprevention*. I korthet syftar allmänprevention till att förebygga kriminaliserade handlingar i allmänhet och teorin delas vanligen upp i två delar, den direkta och den indirekta allmänpreventionen. Den direkta allmänpreventionen, även kallad allmän avskräckning, bygger på föreställningen att genom att hot om straff riktas mot hela befolkningen avhålls allmänheten från att begå kriminaliserade handlingar. Den indirekta

²²⁴ Leijonhufvud, 2008, s. 64

²²⁵ Se exempelvis, Leijonhufvud, 2008, s. 11

²²⁶ Sarnecki, 2003, s. 37

formen av allmänprevention syftar på just strafflagstiftningens norm/moralbildande effekter. Det finns även modernare varianter av den allmänpreventiva teorin, de så kallade moralbildningsteorierna, dessa teorier understryker vikten av straffets norminternaliserande effekt i förhållande till avskräckningseffekten. Dessa teorier bygger på tanken att straffet skapar ett allmänt moralbud innebärande att lagen ska följas samt en ”oreflekerad moralinstinkt” mot de kriminaliserade handlingarna. Sammantaget kommer detta så småningom leda till en vanemässig laglydnad. Avskräckning är det, enligt de som förespråkar dessa teorier, endast om en person avstår från att begå brott av rädsla för straffet. Avstår människor på grund av dåligt samvete eller på grund av en plikt känsla att inte begå olagliga handlingar är det inte tal om avskräckning. Som argument för att en lag kan vara normbildande anför dessa förespråkare att om det endast var rädsla för straff som avhöll folk från att begå kriminella handlingar, borde det inte hindra folk från att begå brott i situationer då de inte kan bli upptäckta. Med detta resonemang som utgångspunkt är det rimligt att anta att en kriminalisering kan ha en moralbildande eller moralförstärkande effekt.²²⁷ Enligt denna uppfattning förstärks alltså effektiviteten av en lagstiftning som bygger på hot om straff av det faktum att många människor väljer att följa lagen oavsett om det är belagt med straff att bryta mot den eller inte.²²⁸

4.1.2 När lagstiftning har använts i normbildande syfte

Enligt Jerzy Sarnecki är en syn på strafflagstiftningen som en normbildande kraft vanlig i Norden, inkluderat Sverige. Detta argument har i Sverige spelat en stor roll vid både stiftande och ändringar av lagar. Diskussionerna som föranledde sänkningen av promillehalten för rattfylleri visar på detta, den låga gränsen för straffbarhet skulle markera att bilkörning och alkoholkonsumtion inte hörde ihop. Även vid införandet av straff för narkotikabruk spelade lagars normbildande verkan en betydelsefull roll. Avsikten med denna lagstiftning var bl.a. att påverka ungas syn på narkotika, lagstiftaren ville uppmuntra en uppfattning att all befattning med narkotika var förkastlig.²²⁹ Andra svenska exempel på att lagstiftaren har försökt ändra attityder lagstiftningsvägen är införandet av den så kallade sexköpslagen och förbudet mot barnaga.²³⁰ Många hävdar att dessa två lagar helt säkert har haft effekt, dels på människors attityder i allmänhet, dels på den faktiska förekomsten av de oönskade företeelserna.²³¹ Syftet med föräldrabalkens förbud mot att aga barn är enligt Sarnecki endast normbildning, en uppfattning som han delar med utredarna i SOU 2001:14.²³² Inte minst det faktum att bestämmelsen saknar en egen straffbestämmelse tyder på detta, brottet bestraffas istället som misshandel enligt brottsbalkens 3 kapitel.²³³ Agande av barn föll, teoretiskt sett, redan tidigare in under brottsbalkens misshandelsparagraf men genom lagändringen och den diskussion och debatt som denne föranledde, förändrades svenska folkets attityd gentemot detta fenomen radikalt. Detta

227 Leijonhufvud och Wennberg, 2009, s. 15 f. och Sarnecki, 2003, s. 361

228 Jareborg, 2001, s 46 f.

229 Sarnecki, 2003, s. 362

230 6 kap 11 § BrB och 6 kap 1 § Föräldrabalken

231 Sarnecki, 2003, s. 362 och Diesen, 2007, s.64

232 SOU 2001:14, s. 125

233 Sarnecki, 2003, s. 362

betyder inte att barnmisshandel inte förekommer längre men att en förälder har rätt att slå sina barn är inte längre den allmänna uppfattningen. Även lagarna om bilbälte och krav på hjälm vid motorcykelkörning brukar framhållas som typiska lagar som fått en normbildande effekt.²³⁴

4.1.3 Förhållandet mellan rätten, normer och attityder

I litteraturen anförs uppfattningen att det står klart att det är rätten och sociala normer som parallellt påverkar människors beteenden, samt att människor i högre grad låter sig påverkas av sociala normer än av lagstiftning. Det är även klarlagt att rätten och de sociala normerna påverkar varandra. Relationen mellan normer och lagstiftning fungerar på två håll, samhällets normer påverkar lagarna, de lagar som inte överensstämmer med normerna tenderar att ändras. Men lagen anses även kunna påverka normerna, att handlingar blir kriminaliserade påverkar moralen i samhället vilket får följderna att människor ansluter sig till de värderingar som uttrycks i lagen. Fenomenet har även omvänd verkan, handlingar som möter svaga reaktioner från samhället och rättsväsendet möter ofta även svaga sociala sanktioner. Inte nog med att man som människa, då man tvingats till ett visst beteende, tenderar att förändra sin uppfattning om vad som är rätt och fel så att den successivt närmar sig det påtvingade beteendet, man vill även gärna påverka sin omgivning till att bättre överensstämma med de nya värderingarna.²³⁵ Rättsliga förändringar har dock mycket små förutsättningar att i sig självt förändra attityder. Men genom att dessa förändringar adderar en risk för rättsliga sanktioner startas en process som skapar ett förändrat beteende, vilket på sikt leder till förändrade sociala normer, som i sin tur kan förändra attityder. Att en norm är internaliserad betyder att den sociala normen har kommit att motsvaras av en attityd. Främst genom informell social kontroll inom privata grupper, till exempel inom familjen eller umgängeskretsen, internaliseras normer om vad som är ett tillåtet beteende och vad som inte är det. Denna internalisering är av särskild betydelse då människor sällan överväger skäl för och emot en handling innan de företar den.²³⁶ Då rättens tvingande strukturer i förlängningen har skapat en social normbildning har även denna sociala kontroll aktiverats. Utöver att förhålla sig till de riskfaktorer som rättsväsendet står för, upptäcktsrisk, lagföring etc., måste människor även förhålla sig till den sociala kontrollen och de fördömanden och sociala sanktioner ett icke - önskvärt beteende kan utlösa.²³⁷ De rättsliga förändringar som mest effektivt skapar sociala normer brukar vara de som för sin efterlevnad vidtar ingripande åtgärder, i litteraturen nämns hårda sanktioner eller övervakningsmöjligheter. För att återknyta till uppsatsens ämne är min uppfattning att stigmatiserande brottsrubriceringar säkert kan falla in under denna kategori, att bli stämplad som sexualförbrytare eller våldtäktsman torde vara förödande i de flesta sociala sammanhang.

Både attityder och sociala normer guidar människor i deras handlande. Skillnaden är att attityderna kommer inifrån och de sociala normerna utifrån. Attityder kan beskrivas som en känslomässig tumregel och utgör en

234 Leijonhufvud, 2008, s. 64 f.

235 Baier och Svensson, 2009, s.163 f.; Sarnecki, 2003, s. 361ff.; Sutorius och Kaldal, 2003, s. 18 f.

236 Jareborg, 2001, s 46 f.

237 Baier och Svensson, 2009, s.164

emotionell inställning till det egna beteendet. Då man agerar i strid med sin egna attityd upplever man dåligt samvete eller en skuld känsla som en sanktion från det egna medvetandet. I regel tar det mycket lång tid att forma människors attityder och det är i barndomen vi är som mest mottagliga för förändringar. Att det tar en eller flera generationer att påverka attityder är därför inget ovanligt.²³⁸ Då en lag har haft ultimata normbildande effekt, en rättslig bestämmelse har alltså internaliserats, påverkas människors beteenden på tre olika vis, dels av rättsliga och sociala sanktioner, dels av en inre uppfattning om att beteendet inte är tillåtet. Dock är det inte självklart att lagar leder till detta. Mest avgörande är det första steget, det vill säga att lagen måste påverka de sociala normerna i samhället. Därför är det viktigt, om normbildning är grunden för lagstiftning, att beslutsfattarna vet hur de sociala normstrukturerna på det specifika området ser ut.²³⁹ Att lagarna om krav på bilbälte och förbud mot barnaga fick normerande verkan betyder således inte att en lag som vill styra människors uppfattning om sexualitet kommer få det. Nästa avsnitt kommer jag därför ägna åt att försöka utreda om människors inställning till sexualitet är mottaglig för förändringar på grund av ändrade sociala normer.

4.2 Påverkas människors inställning till sexualitet av normer?

Ett mycket bra exempel att jämföra med i detta sammanhang är sexköpslagen, det vill säga förbudet av köp av sexuella tjänster. Har människors inställning till sexköp ändrats sedan den trädde i kraft? För att ta ställning till hur människors föreställningar om sexualitet påverkas av yttre faktorer har jag även valt att titta på hur människor tidigare i historien har sett på sexualitet, men även hur människor på andra platser i vår värld ser på den idag.

4.2.1 Har sexköpslagen fått en normerande verkan?

Som första land i världen införde Sverige år 1999 en lagstiftning som kriminaliserade köp, men inte försäljning av sexuella tjänster.²⁴⁰ Ett övergripande syfte med lagen var att minska efterfrågan på sexköp. Mer än den straffrättsliga påföljden ansågs risken att bli avslöjad som ”sexköpare” för sin omgivning vara den mest återhållande faktorn mot att köpa sex och ett starkt argument för en kriminalisering. Även det faktum att en kriminalisering på sikt kunde antas ändra mäns inställning till att köpa sex framhölls.²⁴¹ När en utvärdering av sexköpslagen gjordes tio år senare kom utredarna fram till att gatuprostitutionen hade halverats samt att denna halvering utgjorde en reell minskning av prostitutionen i Sverige. Inget tydde nämligen på att denna prostitution hade flyttats till internet eller på att annan inomhusprostitution hade ökat. Slutsatsen var även att minskningen kunde härledas till kriminaliseringen av sexköp.²⁴² I betänkandet konstateras också att det bland allmänheten har skett en förändring i inställningen till sexköp som i tiden sammanfaller med införandet av förbudet. Stödet för att sexköp ska vara

238 Baier och Svensson, 2009, s.164 ff.

239 Baier och Svensson, 2009, s.164

240 Förbudet infördes först som en särskild lag, lagen (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster, men regleras nu i 6 kap. 11 § BrB.

241 SOU 2010:49, s. 57 f. och s.67 f.

242 SOU 2010:49, s. 119 f.

kriminaliserat har ökat konstant och är starkast bland unga. Den reella attitydförändring som skett måste enligt utredarna tolkas som att förbudet i sig har fått en betydande normerande verkan.²⁴³ Denna slutsats stöds även av en jämförelse med de andra nordiska länderna, där förhållandena i övrigt är mycket lika de svenska, den attitydförändring som skett i Sverige under denna period har inte sin motsvarighet i de övriga länderna.²⁴⁴

Ett program från Sveriges Utbildningsradio kretsar kring det faktum att många svenska män som aldrig skulle köpa sex hemma mer än gärna gör det i länder där det är lagligt.²⁴⁵ Detta är mycket intressant i förhållande till diskussionen om sexköpslagens normerande verkan. Å ena sidan kan denna fakta användas som argument för att lagen har påverkat normerna, att dessa män passar på att köpa sex när de är långt hemifrån, samt att de ogärna skulle berätta om det för sin omgivning, tyder på att de vill hålla detta handlande skilt från sin identitet. Samtidigt måste det konstateras att uppfattningen som förbudet vill uppmuntra, att det i grunden är fel att köpa en annan människa, inte har anammats av dessa individer. Uppenbarligen, då de gör det när ingen ser, har uppfattningen inte satt sig så djupt att den blivit den inre moraliska kompass som jag beskrev ovan. Man kan dock ställa sig frågan om detta verkligen är det mål samhället hoppas uppnå med en normerande lagstiftning. Det är inte realistiskt att en lag skulle ändra varje enskild människas attityd, men genom att ändra tillräckligt många så håller lagen indirekt de ”felande” individerna i schack. Att människor som dels tycker det är acceptabelt att köpa sex, dels faktiskt vill göra det, inte gör det så länge de befinner sig inom Sveriges gränser tyder enligt min mening på att syftet med sexköpslagen har uppnåtts. Om folk dessutom avstår från detta i länder där detta beteende uppmuntras är det självklart en bonus. Avslutningsvis måste det tas med i beräkningen att, även om det av somliga anses vara ett första led i en normbildande verkan, det rent faktiskt kan vara endast straffhotets avskräckande effekt som gör att män väljer att inte köpa sex i Sverige. Ett annat alternativ är att sexköpslagen endast befäste redan gällande normer och männen som idag söker sig utomlands hade gjort det även om det hade varit lagligt att köpa sex i Sverige.

Ett annat intressant faktum som behandlas i ett av utbildningsradions program är att ungefär samtidigt som sexköpslagen trädde i kraft i Sverige släpptes sexköp helt fritt i Tyskland. Anmärkningsvärt nog drevs dessa frågor i de båda länderna av människor med i stort sett samma ideologiska föreställningar. Vänsterorienterade och feminister, alla med den prostituerade kvinnan som skyddsobjekt, kom fram till helt olika lösningar på hur man på bästa sätt tillvaratar hennes intressen.²⁴⁶ Jag kommer inte närmre gå in på grunderna för de olika slutsatserna utan det intressanta är att den ”svenska normen” om hur individer bör förhålla sig till sexköp inte på något sätt är den universellt ”rätta” om de vill se sig som företrädare för jämställdhet och kvinnors rättigheter. Denna uppfattning är inget vi föds med utan många har bevisligen påverkats mycket starkt av den syn som omger oss i samhället. Vilken som

243 SOU 2010:49, s. 125 f.

244 SOU 2010:49, s. 161

245 UR, 2010, ”Sex till salu – om legalisering”, se även SOU 2010:49, s. 127

246 UR, 2012, ”Den tuktade lusten”

kom först, lagstiftningen eller normen är dock inte lätt att ta ställning till.

4.2.2 En historisk utblick

Den bild som lätt ges av att kvinnor tidigare alltid har varit sexuellt förtryckta, i den mening att det är först nu i modern tid som uppfattningen att även kvinnor är sexuella varelser har vunnit mark, är inte korrekt. Före 1800-talets början var det på många håll en självklarhet att både män och kvinnor upplevde orgasm och sexuell lust ansågs inte vara avhängigt kön. Fram till dess vilade den vedertagna uppfattningen om sexualitet på den så kallade ”enkönsmodellen”. Enligt denna modell betraktades män och kvinnor som, fysiskt sett, grundläggande lika. Kvinnan betraktades visserligen som en svagare och mindre fullkomlig variant av mannen men att även hon hade glädje av sex rådde det inget tvivel om. Det finns gott om exempel på mycket gamla skrifter där både mäns och kvinnors sexuella njutning beskrivs. Som exempel skrev biologen Carl von Linné på 1700-talet om kvinnors njutning då de var tillsammans med en man och Aristoteles betraktade det på sin tid som osannolikt att en kvinna var fertil utan att den sexuella akten var förbunden med lust.²⁴⁷

Det var först på 1800-talet som en grundläggande förändring i synen på kvinnors sexualitet skedde, delvis kan den ha påverkats av de religiösa och andliga föreställningar som då gjorde sitt inträde. Dessa betraktade kvinnan som renare och mer andlig än mannen, vilket, anmärkningsvärt nog, ledde till uppfattningen att kvinnor, inte män, borde avhålla sig från lust och kroppsliga begär. I denna veva frånskrevs kvinnor sin sexualitet och på slutet av 1800-talet rådde det stor enighet om att sexuell lust inte var något som vidkom kvinnor. ”Sexualitet” existerade inte som en avgränsad företeelse utan sexuella handlingar delades istället upp i två kategorier, en vars syfte var fortplantning och en som snarare sågs som en slags konstform som vissa grupper var särskilt skickliga på att utöva. Denna uppdelning är bakgrunden till att kvinnor klassificerades i två grupper.²⁴⁸ Dygd ansågs utgöra ”äkta kvinnlighet” och kvinnor som var sexuellt aktiva sågs som omoraliska och uteslöts från aktade sociala sammanhang. Elsa Almås uttrycker det som att det under denna tid endast fanns två typer av kvinnor, ”horor eller madonnor”, som kvinna kunde man alltså vara ärbar eller icke-ärbar.²⁴⁹ Detta avspeglade sig även i lagstiftningen. Fram till 1965, då brottsbalken trädde i kraft, hade vi i Sverige faktiskt en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse. Syftet med samtyckesrekvisitet var dock att urskilja de ärbara kvinnorna från de icke-ärbara. Det var ett uttalat syfte med lagen att endast de förstnämnda skulle ha lagens skydd mot våldtäkt. Sedeslösa kvinnor, det vill säga alla som inte passade in i tidens ”madonna-mall” ansågs indirekt ha samtyckt till samlag, de förutsattes helt enkelt inte ha något emot det, oavsett person, omständigheter eller skador. Som bekant var våldtäkt inom äktenskapet inte kriminaliserat innan 1965 utan gifta kvinnor ansågs också, genom giftermålet, ha gett ett generellt och livslångt samtycke till samlag med sin äkta man.²⁵⁰

Det som är intressant är att det verkar finnas ett samband mellan

247 Almås, 2004, s.35 och s. 88

248 Giddens, 1995, s. 151

249 Almås, 2004, s. 35 f. och s. 89

250 Wennberg, JT 2004-2005, s. 114 ff. och Leijonhufvud, 2006, s. 304

uppfattningen att män och kvinnor är likvärdiga när det kommer till sexuell njutning, och färre våldtäkter. Exempelvis visar undersökningar att förekomsten av våldtäkt i de brittiska kolonierna i Nordamerika på 1700-talet, vilka då var samhällen som respekterade kvinnors lust och olust, var låg. Kvinnor och män sågs här som likvärdiga då det gällde sexuell lust och behovet av sexuell tillfredsställelse. Till stöd för att detta var den gällande uppfattningen kan sägas att kvinnor kunde få ut skilsmässa endast på den grund att hennes make var impotent. Kvinnor som vid denna tid anmälde en våldtäkt blev även trodda utan omsvep, den allmänna uppfattningen var nämligen att det inte fanns anledning att ljuga om en sådan sak.²⁵¹ På 1800-talet, då möjligheten för kvinnor som ville vara väl ansedda att visa sexuell lust, även inom äktenskapet, gradvis försvann, var situationen en helt annan. Plötsligt hade sex förvandlats från en ömsesidig handling mellan två individer till en äktenskaplig rätt för mannen, huruvida hustrun hade lust eller inte var irrelevant. Då kvinnan inte längre sågs som ett sexuellt subjekt blev våldtäkt successivt både en plikt och en rätt för mannen. För att dra paralleller till exemplet om våldtäktsanmälan i kolonierna på 1700-talet, var även den situationen annorlunda hundra år senare. En kvinna som anmälde en våldtäkt på 1800-talet bemöttes med misstro, för det första för att problemet hon anförde enligt tidens synsätt var irrelevant. Men för det andra låg det nära till hands att ifrågasätta hennes motiv, hon kanske anmälde bara för att rädda sitt anseende, eller så sa hon kanske nej men ville egentligen ha sex. Ytterligare hundra år senare hade vetenskapen, med Sigmund Freud i spetsen, insett att detta återhållande av sexualiteten inte nödvändigtvis var naturligt och att det rent av kunde vara skadligt. Även detta lyckades dock vändas till kvinnors nackdel. Ett vanligt förfarande var nämligen att en kvinna, då hon anmälde en våldtäkt, sattes under observation hos en psykiatriker. Den psykoanalytiska uppfattning som rådde då menade nämligen att det var ett hysteriskt drag hos kvinnor att på grund av undertryckt sexualitet fantisera ihop övergreppshistorier.²⁵²

Självklart måste det varit många, både män och kvinnor i alla samhällsklasser, som under 1800-talet visste att kvinnor hade sexuell lust och därmed insåg hyckleriet bakom denna fasad. Vad som i min mening är anmärkningsvärt är att när kvinnor senare började kämpa för sina sexuella rättigheter, innebar detta endast rätten att säga nej till sex. Under hela början av 1900-talet var det ingen fråga för kvinnorörelserna att kvinnor själva kunde ha glädje av sex.²⁵³ Min tolkning av detta är att även kvinnorna själva uppenbarligen påverkades mycket starkt av denna påtvingade, och för deras del i högsta grad självupppoffrande uppfattning som fanns i samhället. Beaktansvärt är även att den tycks ha fått fäste på mycket kort tid. Av detta vill jag sluta mig till att det absolut finns exempel i historien på att normer i samhället har påverkat människors inställning till sexualitet, till och med deras syn på både sin egen, men även andra människors *rätt* till sexualitet. Om normer kan lyckas med detta ligger det mycket närmre till hands att tro att normer hade kunnat påverka uppfattningen om vad som är tillåtet och inte i sexuella sammanhang. Särskilt då ”huvudnormen” att det inte är tillåtet att ha sex med någon som inte vill, kan sägas vedertagen, den måste bara befastas ytterligare. Det finns

251 Almås, 2004, s. 89

252 Almås, 2004, s.89 ff. och Bergenheim, 2005, s 45

253 Almås, 2004, s.90

inget som säger att sexualiteten ständigt ändras, det finns säkert platser där inställningen till hur sexualitet bör uttryckas har varit densamma i flera tusen år. Men jag tycker att denna redogörelse talar för att *om* den vedertagna uppfattningen utsätts för yttre påtryckningar, som ändrade ideal, så kan den förändras.

Något som talar emot min tes är en uppfattning som istället menar att det är mycket svårt att avsiktligt förändra människors sexuella förhållningssätt. Stöd för detta finner förespråkarna i samhällets försök att under historiens gång komma tillrätta med sexuellt överförbara sjukdomar. Varken upplysning eller verklig kunskap har förändrat individens beteenden. Anledningen till detta är enligt förespråkarna den felaktiga uppfattningen om att sexualitetens uttryck är något naturgivet. Det som en individ upplever som normalt och naturligt är mycket svårt att förändra.²⁵⁴ Jag håller dock inte med om hur författaren tolkat situationen. Att människor inte tar råd från staten då denne försöker stoppa spridning av könssjukdomar, är inte samma sak som att sociala normer inte kan påverka människors inställning till sexualitet. Dessa försök var troligen någon form av blixtaktion, en tillfällig massinformeringskampanj under ett eller två års tid kommer inte ändra några normer eller attityder. Att någon eventuellt valde att tillfälligt hålla nere antalet sexuella förbindelser under denna period, av rädsla för att drabbas av en dödlig sjukdom, är i mina ögon inte samma sak som att ändra sitt förhållningssätt till sex.

På det stora hela är mycket av det som vi uppfattar som självklarheter när det kommer till kön och sexualitet relativt nyligen påkomna uppfattningar. Nedärvda föreställningar som ibland tillskrivs ställning som naturlagar är egentligen endast konstruktioner skapade utifrån den kultur de uppkom i.²⁵⁵ För hundra år sedan skickades våldtäktsoffret till en psykiatriker, idag är det gärningsmannen.²⁵⁶ Oavsett vad man väljer att kalla det så går det enligt mig inte att ta miste på att vi i vårt förhållande till hur vi uppfattar sexualitet är förhållandevis flexibla och anpassningsbara. Inte bara i förhållande till hur vi faktiskt agerar utan även på ett djupare plan, vad vi faktiskt tror och tycker är rätt och fel. De senaste 300 åren verkar vi anammat, och förkastat, vitt skilda uppfattningar om vad manlig och kvinnlig sexualitet är och innebär.

4.2.3 En utblick i vår omvärld

Belägg för att sexualitet inte är ett objektivet fenomen utan beroende av kulturen den existerar i behöver man inte blicka bakåt för att se. I många länder är det exempelvis inte bara accepterat utan till och med önskvärt att småflickor gifts bort och har sex med äldre män. I vår kultur tar vi tydligt avstånd från dylika företeelser men detta visar att vår uppfattning om sexualitet inte kan benämnas som den ”naturliga”.²⁵⁷

4.2.3.1 Finns det kulturer där våldtäkt inte förekommer?

En uppfattning som ofta framförs är att våldtäkter och sexuella övergrepp

254 Lewin, 2010, s. 122

255 Almås, 2004, s. 11

256 Almås, 2004, s. 92

257 Almås, 2004, s. 99

förekommer i alla kulturer, i alla nationer och bland alla folkslag.²⁵⁸ Det kan dock vara värt att fördjupa sig lite i detta påstående och fråga sig om det verkligen är så. Matriarkala samhällen eller samhällen som i grunden vilar på dessa strukturer istället för på patriarkala finns, dock inte i Europa. Heidi Göttner-Abendroth, en drivkraft bakom Modern Matriarchal Studies, som fördjupat sig i just matriarkala samhällen, menar att det i världen idag finns ett hundratal kulturer med kvarvarande matriarkala mönster men betydligt färre som fullt ut bygger på dessa.²⁵⁹ Den rådande synen på kvinnors sexualitet i dessa samhällen skiljer sig ofta från den som utgör norm på många ställen i västvärlden. I många av dessa kulturer är sexualiteten mycket högt värderad och anses i högsta grad angå båda könen. På somliga ställen är äktenskapet ingen rättslig institution och anses då inte begränsa människors möjligheter att ha sex med andra än sin respektive. På flera ställen anses det tvärtom önskvärt att kvinnor är sexuellt aktiva och har många partners, både kvinnor och män har ofta flera älskare samtidigt och månggifte praktiseras av båda könen.²⁶⁰ Det mest folkrika matriarkala samhället idag är Minangkabausamfundet på Västra Sumatra.²⁶¹ Peggy Reeves Sanday, professor i antropologi, har sedan 1980-talet studerat och delvis levt i detta samfund. Hon menar att våldtäkt i princip inte förekommer i denna kultur utan istället är den uppbyggd kring uppfattningen att kvinnor ska skyddas.²⁶² Aggressivitet ses här som något styrt av kulturen, inte av naturen. Att det är seder och bruk, inte makt, som styr människors handlingsmönster i kombination med att harmoni och respekt är aktade sociala värdegrunder är enligt Reeves en av orsakerna till att hustrumisshandel och sexuellt våld inte förekommer. Även här anses sex vara något mycket åtråvärt som både män och kvinnor, gamla som unga, har glädje av.²⁶³ Enligt minangkabaukulturen blir individen stark av att värna om de som är svagare, vilket motverkar beteenden där makt används för att härska över andra.²⁶⁴ Manlig råhet är inte tolererad och våldtäkt, som definieras som sex utan samtycke, anses vara en avskyvärd handling och att begå detta brott ses som höjden av ondska.²⁶⁵ Av detta sluter sig Reeves till den grupp som hävdar att sexuella övergrepp skapas av kulturer. Hon menar att de skillnader som gör att våldtäkter är vanligt förekommande på vissa platser och mycket ovanliga på andra är av kulturell karaktär, inte biologisk.²⁶⁶

4.2.3.2 Synen på kvinnans sexuella självbestämmanderätt i Europa

Under 2007 och 2008 genomfördes ett europeiskt forskningsprojekt vars syfte var att kartlägga sållningsmekanismerna i våldtäktsärenden i Europa.²⁶⁷ Denna forskning visar bland annat att Sverige, följt av England, med god marginal

258 Se exempelvis Bergenheim, 2005, s. 390; Thornhill och Palmer, 2000, s.194 och Berglund, 2007 s. 101

259 Göttner-Abendroth, 2012, s. xxxv

260 Se exempelvis, Göttner-Abendroth, 2012, s.381 f.

261 Göttner-Abendroth, 2012, s. 163

262 Reeves Sanday, 2002 s.51 och s. 253

263 Reeves Sanday, 2002 s. 165

264 Almås, 2004, s. 93

265 Reeves Sanday, 2002, s.239

266 Almås, 2004, s.93

267 ”Mapping attrition processes in rape cases across Europe”, Diesen o Diesen, 2013, s. 105 och Diesen , 2007, s. 58

har högst antal våldtäktsanmälningar per capita, (ca 2 per 10 000 invånare). Länderna på kontinenten har ungefär hälften så många anmälningar medan länder i Öst – och Sydeuropa endast har en tiondel eller tjugondel av dessa. Faktorer som skulle kunna förklara olikheterna är synen på religion, på sex före äktenskap, på abort och på könssjukdomar, olika åldrar för sexualdebut och tonåringars alkoholvanor. Den ofta förespråkade förklaringen till detta är dock att det i samhällen med en stark patriarkal struktur är ett oöverkomligt socialt stigma att bli stämplad som våldtäktsoffer. Resultatet kan bli social utstötning då allmänheten, oavsett omständigheter, tolkar in en medskyldighet hos offret.²⁶⁸ I de länder med lägst antal våldtäktsanmälningar är det därför i stort sett bara våldtäkter som inte går att tysta ner, våldtäkter som gett allvarliga skador och överfallsvåldtäkter som anmäls, medan kvinnor i de länder där den kvinnliga frigörelsen och jämställdheten kommit längst även vågar anmäla våldtäkter som skett inom en relation, i en uppdragningssituation eller då de själva varit berusade.²⁶⁹ För fyrtio år sedan var situationen i Sverige densamma som i de tidigare beskrivna länderna, nästan uteslutande överfallsvåldtäkter av okända män eller våldtäkter med mycket allvarliga skador anmäldes. Det är alltså tydligt att många länder i Europa idag är i ett stadium som vi i Sverige har passerat. Något har helt klart ändrats i vår attityd till sexualitet, i alla fall i förhållande till synen på kvinnors sexuella självbestämmanderätt. Detta har lett till att kvinnor idag anmäler våldtäkter som de förr ofta ansågs ha bidragit till själva. Vad som har föranlett denna förändring är svårt att säga säkert men faktorer som ofta åberopas spela in är den ökade fokuset på jämställdhetsfrågor, på jämställdhetspolitik, på brottsofferfrågor samt den ständigt aktuella sexualbrottsdebatten.²⁷⁰

4.2.4 Män påverkas av andra män

I både USA och England har det på universitets- och collegenivå gjorts undersökningar som visar att män i oerhört hög grad verkar påverkas av vad andra män tycker, eller rättare sagt av vad de tror att andra män tycker. Som exempel har undersökningar gjorts där manliga studenter fått gradera hur viktigt de personligen tycker det är att försäkra sig om att samtycke från motparten föreligger vid sexuella handlingar. Samtidigt fick de gradera hur viktigt de trodde att detta var för den typiske manlige studenten på samma universitet. Av denna undersökning kunde två slutsatser dras. För det första tenderade männen att missbedöma den gällande normen i gruppen, de flesta trodde att den gemene studenten graderade vikten av samtycke lägre än vad som verkligen var fallet. För det andra var det tydligt att ju mindre vikt de trodde att sina kamrater tillmätte samtycke, ju mindre viktigt tyckte de själva att det var. Lika resultat gav undersökningar där hälften av männen informerades om att de manliga studenterna på universitet tillmätte kvinnors sexuella självbestämmanderätt stor vikt, medan den andra hälften fick motsatt information. Majoriteten svarade utifrån vad de trodde att de andra männen tyckte var rätt. Av detta kan man dra slutsatsen att mäns inställning till vad som är tillåtet i sexuella sammanhang kan påverkas av sociala normer, i alla fall den bild de själva vill ge av sin inställning. Många anser därför att det är

268 Diesen och Diesen, 2013, s. 20

269 Diesen, 2007, s. 58 f.

270 Diesen och Diesen, 2013, s. 21

av stor vikt att män engagerar sig för denna fråga och tydligt står upp för att de inte accepterar sexuellt våld mot kvinnor.²⁷¹

4.3 Sammanfattande kommentar

Det jag har presenterat i detta avsnitt föranleder att jag är av uppfattningen att lagstiftning kan ha en normerande verkan samt att människors inställning till sexualitet kan påverkas av normer. Utifrån dessa slutsatser är det inte osannolikt att en samtyckesreglering, under rätt omständigheter, kan påverka människors attityder i förhållande till vad som är och vad som inte är ett accepterat beteende i sexuella sammanhang. Om vi utgår från att en samtyckesreglering kan åstadkomma dessa attitydförändringar så är den verkligt intressanta frågan om ändrade attityder hade kunnat bidra till att lösa de problem som anses föreligga. I det följande ska jag titta närmre på detta.

271 Temkin and Krahé, 2008, s. 205 ff.

5 Kan en samtyckesreglering lösa de verkliga problemen?

Det finns mycket som talar för att det sexualiserade våldet är ett omfattande problem. I Sverige ökar antalet anmälda våldtäkter konstant, huruvida detta beror på en ökad anmälningsbenägenhet eller på att antalet våldtäkter har ökat är det ingen som säkert kan svara på, men mycket tyder på att det är ett resultat av båda faktorerna.²⁷² Alldeles nyligen presenterades en EU-rapport som slog larm om att antalet sexuella övergrepp mot tonåringar i Europa ständigt ökar, samt att förekomsten redan är så hög att övergreppen kan klassificeras som ett folkhälsoproblem.²⁷³ Uppskattningar som gjorts visar att ungefär var tionde kvinna i Europa riskerar att utsättas för våldtäkt under sin livstid samt att det i Sverige begås mellan 18 000 och 25 000 våldtäkter per år.²⁷⁴ Samtidigt finns det ett missnöje med hur samhället hanterar detta beteende. Missnöjet rör, som jag diskuterat uppsatsen igenom, dels själva lagregleringen, dels hur samhället hanterar våldtäktsbrott när de väl har skett, då särskilt de ineffektiva efterforskningar och utredningar som görs, men även själva domstolsprocessen.²⁷⁵ Jag anknuter här till min andra delfrågeställning, alltså om en samtyckesreglering kan bidra till att minska förekomsten av sexuella övergrepp eller förbättra samhällets hantering av dessa. Till att börja med tycker jag att det är nödvändigt att titta närmre på orsakerna bakom sexuella övergrepp, här torde brottskonstruktionen som sådan inte spela någon större roll utan det är lagstiftningens möjlighet att förändra normer som blir aktuell. Skulle all forskning peka på att vissa föds med anlag till att bli sexualförbrytare torde en normbildning vara tämligen verkningslös medan den säkerligen skulle kunna dämpa problemen om brotten till största del grundas på miljö.

5.1 Varför begår människor sexuella övergrepp?

Tyvärr finns det inget klart svar på frågan varför sexuella övergrepp förekommer, men det finns mängder av teorier som försöker förklara fenomenet. Exempel på faktorer som har föreslagits är maktstrukturer i samhället, fattigdom och social utslagning, etniska konflikter, evolutionsspsykologiska orsaker, kriminella föräldrar eller kamrater, föräldrar med psykiska problem, egna övergreppserfarenheter, olika neuropsykiatriska syndrom, misslyckanden i skolan, missbruk, en hård sexuell jargong människor emellan, pornografi m.m. En uppfattning är dock att dessa faktorer ofta har övertolkats och tillmätts alltför stor betydelse var för sig när de i själva verket ofta samverkar. Trots alla teorier vet vi väldigt lite om vilka mekanismer det är som gör att vissa individer dels utvecklar riskfaktorer som avvikande sexuella fantasier och attityder, dels tar steget och omsätter dessa i faktiska övergrepp. Det finns inte någon känd diagnos, egenskap eller erfarenhet som ensam kan förklara varför någon begår övergrepp, även om

272 Brå rapport 2008:13; Träskman, 2007, s. 326; Diesen, 2007, s.58 och Leijonhufvud, 2008, s. 34 och 36

273 Y-sav, 2013, s. 13

274 Brå rapport 2008:13, s. 29 och Diesen och Diesen, 2013, s. 22f. och s. 128

275 Träskman, 2007, s. 323

det finns psykiatriska tillstånd som kan vara av betydelse.²⁷⁶ I de teorier som försöker förklara sexuella övergrepp kan två olika angreppssätt urskönjas, antingen söks orsaken i individen själv, eller så letar förespråkarna efter den i yttre omständigheter. Den förövarforskning som hittills har bedrivits har varit tydligt fokuserad på att söka förklaringar till våldtäkt på individnivå. Kritik mot detta synsätt, som gör att samhällsförhållanden som könskulturer och klasskillnader kommer i skymundan, kommer främst från sociologin. Från detta håll efterfrågas forskning som kan utmana detta synsätt, främst av den anledningen att den klassiska forskningen, genom att inte problematisera könets betydelse i förhållande till sexuella övergrepp, helt förbiser att det väsentligen rör sig om *manliga* förövare.²⁷⁷ Jag kommer i det följande kort presentera olika förklaringsmodeller som gör anspråk på att klarlägga orsaken bakom sexuella övergrepp. Då det saknas tydliga gränser mellan de olika modellerna, de överlappar varandra och vävs samman, kommer den övergripande uppdelningen bygga på orsaker som är knutna till individen och orsaker som inte är det.

5.1.1 Individorienterade förklaringsmodeller

En kort summering av grundtanken bakom de individorienterade förklaringsmodellerna är att sexuella övergrepp bör betraktas som avvikande handlingar begångna av människor med personlighetsstörningar och avvikande beteendemönster. Förövarna kategoriseras i olika grupper utifrån övergreppets karaktär och utifrån psykiska och sociala faktorer. Två olika skolor kan urskiljas, en som gör en biologisk ansats och som för att förutse och minska förövares farlighet fokuserar mycket på det som går att mäta såsom testosteronmätningar och biokemiska kastreringar. Den andra bygger på kognitiva teorier och fokuserar på att hitta problematikens orsaker genom terapeutiska samtal.²⁷⁸

En av de mest tillförlitliga metoderna idag för att avgöra om någon befinner sig i en riskgrupp för att begå sexuellt våld bygger just på att, i kombination med en kliniks intervju, väga samman sociala och psykologiska riskfaktorer. Faktorer som sexuella avvikelser, sexuella perversioner, att själv eller att någon i ens familj har varit offer för sexuellt våld, psykopati, psykisk sjukdom, alkohol eller drogmissbruk, suicidala/homicidala tankar och en historia av problem i sociala sammanhang vägs samman med faktorer av ”allmänt kriminell eller våldsbeteende karaktär”.²⁷⁹ Denna forskning visar även att förbluffande många sexualförbrytare har väldigt snarlika bakgrunder. Barndomen innefattar ofta kvinnoföraktande fädrar med alkoholmissbruk, mödrar med fobier, olika trauman i form av misshandel, separationer och övergrepp. De flesta har växt upp under social och psykisk misär i isolerade familjer som varit oförmögna att söka hjälp till varken vuxna eller barn.²⁸⁰

276 Långström, 2010, s. 252 ff.

277 Månsson, 2010, s. 240 och Månsson, 2002 s. 25

278 Månsson, 2002 s. 25 ff.

279 Kwarnmark, 2002, s. 240

280 Kwarnmark, 2002, s. 240

5.1.1.1 Psykiatriska tillstånd

Parafilier, vilket innebär att den drabbade lider av varaktiga och återkommande okonventionella sexuella fantasier, impulser och beteenden,²⁸¹ är antagligen den grupp av psykiatriska tillstånd som har störst betydelse för risken att begå sexualbrott.²⁸² Pedofili och sexuell sadism är exempel på diagnoskategorier under parafiliebegreppet. Somliga parafilier, som de nyss nämnda, innebär en riskfaktor då andra människor riskerar att skadas eller kränkas om de sexuella fantasierna förverkligas. Undersökningar visar att dömda sexualförbrytare uppfyller diagnoskriterier för en eller flera parafilier i betydligt högre grad än intagna som begått annan form av brottslighet.²⁸³

5.1.1.2 Ett biologiskt fenomen

Även om andra teorier ibland avvisar dess verklighetsförankring finns det en rent biologisk förklaringsmodell. Denna hävdar att en aggressiv och våldsam tendens är biologiskt betingad och finns i alla mäns sexualitet. Med utgångspunkt i evolutionistisk teori tar förespråkarna ställning för att våldtäkt primärt handlar om sexualitet, inte makt eller förnedring. I korthet innebär teorin att våldtäkt gynnar spridningen av våldtäktsmannens gener och därför har det naturliga urvalet, eller enligt förespråkarna; det sexuella urvalet, lett till att detta beteende bibehållits.²⁸⁴ Våldtäkt grundas på en uråldrig strävan hos män att ha många partners i en värld där det kvinnliga könet, precis som bland de flesta andra arter, stod för valet av partner. Om en man inte besatt de attribut som gynnades i detta urval utgjorde våldtäkt en lösning som gav samma resultat – mannens gener fördes vidare. Denna teori menar att om urvalet istället hade gynnat en manlig sexualdrift som gjorde att män endast kände sexuell lust när kvinnan visat att hon var intresserad, eller en kvinnlig sexualdrift som inte diskvalificerade män i sitt val av partner hade våldtäkt inte existerat.²⁸⁵ För att minska sexualbrotten menar förespråkarna att denna insikt är nödvändig och att samhället måste använda sig av den genom att lära unga män att inte våldta, skärpa straffen för våldtäkt och få kvinnor att bli uppmärksamma på sin klädsel och sina beteenden då dessa kan trigga de biologiska mekanismerna hos män.²⁸⁶ Inte helt oväntat har denna förklaringsmodell kritiserats, dels då kritiker menar att den legitimerar våldtäkt genom att säga att det är ett naturligt beteende, dels för att en stor del av ansvaret för mäns beteenden läggs på kvinnor.²⁸⁷

Att mäns testosteronnivå skulle ha ett samband med ett våldsamt och aggressivt beteende är en teori som framförts. Forskning som försöker visa på detta möter dock ofta metodiska problem och resultaten ses inte sällan som mindre tillförlitliga, att testosteronhalten skulle ha betydelse för risken att begå våldtäkt är ännu mer osäkert.²⁸⁸

281 I dessa finns det en avvikelser från det statistiskt normala beträffande föremålet eller uttrycket för sexuell lust och tillfredsställelse.

282 Långström, 2010, s. 253

283 Långström, 2010, s. 253 f.

284 Thornhill och Palmer, 2000, s. 84

285 Thornhill och Palmer, 2000 s. 190 f.

286 Thornhill och Palmer, 2000 s. 179 ff. och 198 f.

287 Bergenheim, 2005, s. 418

288 Kvarnmark, 2002, s. 237f.

5.1.2 En sociologisk förklaringsmodell

En förklaringsmodell som lyst igenom även tidigare i uppsatsen är att våldtäkt är ett sociologiskt fenomen, skapat av strukturer i den kultur vi lever i. Förespråkarna för detta synsätt menar i korthet att sexuella övergrepp är ett kulturproblem, inte en individuell avvikelse. De menar att den individorienterade forskningen skapar onyanserade bilder av sexuella övergrepp som ingen, särskilt inte förövarna, känner igen sig i. Den typiske våldtäktsmannen är varken sjuk eller sexuellt frustrerad utan endast en våldsbenägen man som väljer att rikta sin aggressivitet mot kvinnor.²⁸⁹ Här krävs ett könsperspektiv och en analys av hur sexualitet, makt och kön samverkar i samhället.²⁹⁰ Män lär sig i tidig ålder att flickor och kvinnor är till för deras skull och män upplever att heterosexuell framgång är av stor vikt för deras könsidentitet på ett helt annat sätt än vad kvinnor gör. Denna modell menar att ett normalt manligt sexuellt beteende i vår kultur är ett beteende som bevarar manlig dominans, våldtäkt är endast en utvidgning av detta normala beteende.²⁹¹ Detta kan förklaras som att en övergreppshandling inte betraktas som avvikande från det kulturellt normala, även om det är en extrem handling. Manlig överordning är invävt i våra kulturella normer om manlig sexualitet och sexuellt våld blir då ett långtgående uttryck för detta.²⁹² De som ser detta som det grundläggande problemet menar att det är problematiskt att dagens patriarkala kvinnosyn ständigt förstärks i den moderna kulturen, inte minst i pornografen.²⁹³ Förespråkare för denna ståndpunkt menar att det inte är en slump att våldtäkt används som vapen i krig och vid etniska rensningar. Mäns biologi ändras givetvis inte under krigstid utan orsaken till övergreppen är ett politiskt beslut. Att våldtäkterna verkställs i praktiken beror på att det i dessa situationer har skapats tillfälle, motivation och godkännande. Kontentan av detta resonemang är att sexuella övergrepp inte har några biologiska orsaker utan bygger på social och politisk ojämlikhet. Våldtäkt är primärt ett uttryck för ojämlikhet, inte sexualitet eller våld.²⁹⁴

5.1.2.1 Det avgörande problemet är mäns attityder till kvinnor

Utifrån anmälda våldtäkter, inte dömda våldtäktsmän, kan konstateras att den största andelen våldtäkter begås av vanliga män utan psykiska problem eller missbruk. Generellt sett är alltså inte våldtäkt ett brott som begås av en psykiskt störd människa utan det är snarare ett medel för att visa sexuell makt. De som lyfter fram dessa uppgifter menar att många män uppenbarligen är beredda att använda sig av detta maktuttryck som ett medel att hävda sitt tolkningsföreträde gentemot kvinnan då de känner sig hotade, kränkta eller frustrerade. Då könsmaktsordningen enligt dessa förespråkare är en realitet, finns detta manliga beteende inbyggt i sexualkulturen och denna främjar en mans tendenser att tillgripa våld. Tas detta resonemang en bit längre betyder det att varje svensk man är en potentiell våldtäktsman, det är istället empatisk förmåga, moral, goda psykosociala omständigheter, och/eller en medvetenhet om problematiken som gör att de flesta inte blir det. Det som i första hand

289 Bergenheim, 2005, s. 267

290 Månsson, 2002, 25 f.

291 Bergenheim, 2005, s. 418

292 Månsson, 2010, 244 f.

293 Diesen, 2007, s. 67

294 Diesen och Diesen, 2013, s. 358 ff.

skapar en våldtäktsman är enligt denna uppfattning en mans kvinnoförakt och hävdelsebehov. Här spelar även en persons syn på det sexuella umgänget och könsrollerna in, ju mer stereotyp uppfattning en man har angående könsroller och sex, ju svårare kan han ha att dra gränser. Problemet enligt detta synsätt är inte de ca 200 män som varje år döms för våldtäkt utan det är mäns attityder till kvinnor. Energin och resurserna borde därför, för att på ett så effektivt sätt som möjligt bekämpa våldtäkter, läggas på det senare istället för på att diagnostisera eventuella förövare eller rehabilitera de redan dömda. Vad som behövs är att attityderna förändras i så pass hög grad att hänsynslöshet och respektlöshet gentemot kvinnor ersätts med hänsyn och respekt.²⁹⁵ MacKinnons uppfattning att det är kopplingen mellan överordning och sexualitet som triggar våldtäkter och gör att män våldtar kvinnor stämmer bra in på detta resonemang.²⁹⁶

5.1.2.2 Den sexuella frigörelsen

En aspekt som ibland nämns i detta sammanhang är den ”sexuella frigörelsen” vilken har fått störst konsekvens för kvinnors sexualitet. Denna, i kombination med människors, främst ungdomars, alkohol-, nöjes- och sexualvanor gör att det inte är osannolikt att människor i Sverige utsätts för en större risk att råka ut för övergrepp i jämförelse med människor i många andra länder. De sexuella kraven och förväntningarna på unga kvinnor är även högre än förr, de gör sin sexualdebut tidigare och har fler partners. Vissa menar att den sexuella frigörelsen till stor del har skett på männens villkor och att den, i alla fall för tonåringar, snarare har lett till ett krav på kvinnor att vara mer sexuellt tillgängliga snarare än en rätt för dem att bestämma själva.²⁹⁷

5.1.3 Ytterligare faktorer

Det finns faktorer som anses signifikanta för sexuella övergrepp men som inte tydligt kan avgränsas till den individuella eller samhälleliga dimensionen, sådana är betydelsen av makt, bruk av alkohol och droger samt egna övergreppserfarenheter.

En avgörande och betydelsefull drivkraft vid allt sexuellt våld, enligt både dem som förespråkar individorienterade orsaker och strukturella är den så kallade ”makt-vanmaktsaspekten”. Denna innebär att en person som upplever sig själv som otillräcklig i den dagliga tillvaron och därmed ständigt bär på en djup vanmaktskänsla kan drabbas av ett desperat behov av att återta makten, kontrollen och människovärdet. Detta behov kan vara mer eller mindre permanent och leda till att personen ifråga ger sig på och kränker en annan individ. Det sexuella våldet blir det enda sättet att dämpa det inre trycket av kaos och vanmakt.²⁹⁸ Klinisk våldtäktsforskning visar att en stor del av det grova manliga våldet mot kvinnor och barn bottnar i rädsla, osäkerhet och vanmakt.²⁹⁹ Det är orsaken bakom denna vanmaktskänsla det råder oenighet om. Enligt de individorienterade förklaringsmodellerna grundas den på tidigare störningar i livet såsom fysisk och psykisk misshandel eller sexuella

295 Diesen och Diesen, 2013, s. 37 f. och s. 130 ff.

296 MacKinnon, 2009, s. 148

297 Diesen och Diesen, 2013, s. 127 och Bergenheim, 2005, s. 271

298 Kwarnmark, 2002, s. 240

299 Månsson, 2010, s. 243

övergrepp. Gärningsmannen har under uppväxten skadats genom att hans manlighet kränkts, övergreppet är då ett försök att avvärja hot mot hans könsidentitet och grundas på en önskan om att få känna sig som en man.³⁰⁰ Detta är en uppfattning som stöds av psykologen och forskaren Nicholas Groth. Han delar upp våldtäkter i tre kategorier, vredesvåldtäkter, maktvåldtäkter och sadistiska våldtäkter. Gärningsmannen använder sig här av sexualitet för att kompensera känslor av vanmakt och otillräcklighet eller för att förolämpa och ge igen på offret, som då ofta blir en symbol för något annat.³⁰¹ Groth menar dock att det allra största missförståndet när det kommer till sexuellt våld är föreställningen att gärningsmannen primärt styrs av sexuell lust. Forskning visar enligt honom, tvärtom vad den biologiska förklaringsmodellen hävdar, att det i huvudsak är icke-sexuella behov som tillfredsställs, en våldtäkt är nämligen ett uttryck för makt och vrede. De som förespråkar strukturella orsaker pekar istället på att vanmakten inte har att göra med traumatiska personliga upplevelser utan med att somliga män inte klarar av att kvinnor inte accepterar manlig dominans. Ideologiskt sett borde antalet våldtäkter minska i takt med ökad jämställdhet. Men det finns teorier som menar att det kan vara precis tvärtom, att det finns ett generellt samband mellan ökad jämställdhet och fler våldtäkter. Det beskrivs som att den kvinnliga frigörelsen slår tillbaka, när kvinnor försöker hävda sin rätt till autonomi och sexuellt självbestämmande hävdar män sin makt genom våld. Våldet kan då ses som kompensation för förlorad könsmakt.³⁰² Anthony Giddens menar att mäns tvångsmässiga sexuella karaktär framträder mycket tydligt i en tid då deras sexuella kontroll över kvinnor undergrävs, våld rättfärdigas som ett medel att återskapa jämvikten mellan könen. Mäns våld mot kvinnor är en reaktion mot dagens kvinnors minskade benägenhet att delta i sin egen könsmissiga underordning.³⁰³

Det finns klara samband mellan risken för sexuella övergrepp och bruk av droger och alkohol. I många anmälda övergreppssituationer var båda parter påverkade. Detta kan appliceras på både de individuella och samhälleliga förklaringsmodellerna. Att männen får försämrat omdöme och bristande impulskontroll kan givetvis spela in och brukandet används då som en faktor i den individorienterade förklaringsmodellen. Mycket talar dock för att det framförallt är offrets berusning som är av betydelse i sammanhanget, det är kvinnans utsatthet och oförmåga att göra motstånd som triggar våldtäkter. Utifrån detta resonemang är det istället rimligt att fokusera på varför vi lever i ett samhälle som skapar individer som passar på att utnyttja varandra då tillfälle ges.³⁰⁴

Något som det finns mycket forskning som belägger är att sexuella övergrepp tidigare i livet är en stark bidragande faktor till att individen själv kommer att begå övergrepp. Våldtäkten blir då en slags hämnd för kränkningar personen själv varit utsatt för. Nordamerikanska studier visar på att så många som 70-80 procent av sexualförbrytarna själva har varit offer för sexuella övergrepp.

300 Månsson, 2002, s. 31

301 Månsson, 2002, s. 25 ff.

302 Diesen och Diesen, 2013, s. 21 ff. och 357 f. och Månsson, 2002, s. 29

303 Giddens, 1995, s. 10

304 Diesen och Diesen, 2013, s. 131

Mycket talar för att siffrorna är desamma i Sverige.³⁰⁵ Denna fakta presenteras vanligen som en faktor i de individorienterade modellerna, men jag tycker även att den passar i en sociologisk. I ett annat sammanhang hade individen inte blivit föröväre. Att påstå att det handlar om hämnd kan jag spontant känna är väl hårt. Jag tycker inte det känns långsökt att tro att en person som under sin barndom utsatts för sexuella övergrepp, får en snedvriden bild och ett skevt förhållande till sex och uppfattar dessa beteende som ”normala”.

5.1.4 Hade ändrade normer kunnat påverka detta beteende?

Av det anförda går det att dra slutsatsen att normer inte har någon större utsikt att påverka förekomsten av sexuella övergrepp så länge utgångspunkt tas i de individorienterade förklaringsmodellerna. De enda faktorerna i dessa teorier som hade kunnat elimineras genom normbildning torde vara de som bygger på att individen omgetts av kvinnoföraktande attityder samt uppfattningar som sätter likhetstecken mellan ”att känna sig som en man” och att våldta. Om grunden för övergrepp däremot finns i de förklaringsmodeller som tar utgångspunkt i könsojämlighet i samhället hade ändrade normer givetvis kunnat få ett stort genomslag. Dessa menar ju att övergrepp huvudsakligen bottnar i samhällets kvinnoföraktande attityder och en ändring av dessa hade rådit bot på alla de omständigheter som lyfts fram som orsaker till sexuellt våld. Om ökad jämställdhet och kvinnors ökade sexuella frihet är orsaker bakom det sexuella våldet är det ett resultat av felaktiga föreställningar och grundvärderingar som ändrade normer på sikt hade kunnat råda bot på. Om män begår övergrepp på grund av deras minskade makt beror detta också på föreställningar om att män bör ha makt över kvinnor, vilka kommer ändras om normerna gör det. Även de övergrepp som anses bero på alkohol- och drogkonsumtion tror jag hade minskat avsevärt om normerna ändrats i önskvärd riktning. Det är allmänt vedertaget att människor vid bruk av dessa tillfälligt kan ha svårare att sätta gränser. Men de går inte över alla gränser, även om de har sämre omdöme så har de fortfarande ett omdöme. Jag menar alltså att ändrade normer även i dessa situationer kan få en positiv effekt. Desto tydligare individens inre uppfattning om vad som är tillåtet är, desto starkare tryck från yttre omständigheter torde det krävas för att han ska bryta mot denna. Då det rör utnyttjandet av ett berusat offer är det uppenbart att en inre övertygelse om att det krävs ett samtycke, samt att avsaknad av motstånd inte betyder att ett sådant föreligger, hade hindrat en sådan handling.

Men de olika modellerna behöver inte utesluta varandra, precis som jag skrev inledningsvis kan de mycket väl samverka. De individorienterade förklaringsmodellerna fokuserar främst på att sexuella övergrepp grundas i att förövaren har en skadad könsidentitet och bär på känslor av vanmakt och otillräcklighet. Att kvinnor i samma situation inte väljer att lösa samma problematik på detta vis talar dock för att övergreppen har en koppling till att män är män. Men det går att vända på resonemanget, om det endast är normer och strukturer som skapar våldtäktsmän så hade alla män varit det, då så inte är fallet måste det finnas orsaker även på individnivå. Att män, oberoende av varandra, världen över utvecklar detta beteende där de tillgodoser sina egna intressen på bekostnad av kvinnors och barns, talar för uppfattningen att övergreppen har biologiska orsaker. Denna slutsats måste dock ses i

305 Kvarnmark, 2002, s. 240 och Groth, 1981, s. 125 ff.

förhållande till att i stort sett alla världens kulturer bygger på patriarkala strukturer, de matriarkala samhällena som jag redogjort för ovan måste enligt min mening, tyvärr, ses som undantagen som bekräftar regeln. Att sexuella övergrepp är vanliga utesluter alltså inte att strukturer är orsaken. Det torde alltså krävas en kombination av de olika förklaringsmodellerna för att få en så heltäckande förståelse som möjligt för varför sexuella övergrepp sker, övergreppen har både en individuell och en samhällelig dimension.³⁰⁶ Då jag vill ta ställning till om en samtyckesreglering hade kunnat förhindra sexuella övergrepp måste jag dock sälla i denna information. Jag tror nämligen inte att någon som förespråkar en samtyckesreglerings normgivande verkan har som ambition att denna skulle minska förekomsten av alla typer av våldtäkter. Människor som begår sadistiska våldtäkter eller som aktivt söker upp offer i syfte att förverkliga våldtäktsfantasier lär inte påverkas av ett lagstadgat krav på samtycke. Människor som på grund av parafilier riskerar kränka eller skada andra människor är inte heller något som en samtyckesreglering kommer råda bot på. Ingen av Groths våldtäktskategorier som ofta återges i sexologisk litteratur, vredesvåldtäkt, maktvåldtäkt och sadistisk våldtäkt, passar heller in på det beteende en samtyckesreglering vill kriminalisera då kriterier för alla är att de innehåller våld och hot. Dessa handlingar är dock inte något problem i den bemärkelsen att de redan idag är straffbara, den normbildande verkan som förbudet av dessa handlingar eventuellt skapat finns redan. Jag hävdar alltså att vi i denna diskussion måste skilja på den notoriskt våldsamma våldtäktsmannen som ofta presenteras i denna typ av litteratur, vars enda möjlighet till verklighetsflykt är att kränka någon annan, och på det beteende som en samtyckesreglering vill åt, nämligen att individer inte alltid respekterar ett nej.

En ändring av normer kan alltså inte förebygga alla sexuella övergrepp, men det har heller inte varit tanken med en samtyckesreglering. Somliga omständigheter som anses riskera att leda till våldtäkter ligger inte inom ramen för vad straffrätten kan påverka. Men mycket talar för att ändrade attityder hade kunnat påverka andra omständigheter som också anses leda till övergrepp, och då inte bara de sorters övergrepp som en samtyckesreglering avser att fånga upp. Här hade det mest avgörande varit, vilket ingen kan svara på, att veta hur stor del av dagens övergrepp som härrör sig till vilken grupp. Det är omöjligt för mig att ta ställning till vilken roll biologin eller andra faktorer som förövaren inte kan påverka spelar, men jag kan sluta mig till att de inte är de enda bidragande faktorerna. Hade lusten att våldta varit ett manligt biologiskt fenomen torde i stort sett alla män våldta, så är inte fallet och de som gör det tenderar att kunna behärska sig till lämpliga tillfällen ges. Hade den manliga lusten varit så stark och okontrollerbar som somliga antyder hade våldtäkter även ägt rum mitt på ljusa dagen, på offentliga platser och med många vittnen. I situationer då beteendet kan vara till gärningsmannens nackdel kan driften uppenbarligen tyglas. I fråga om den vedertagna individorienterade metoden för att fastställa riskfaktorn för att någon ska göra sig skyldig till sexuellt våld är det tänkvärt att anknyta till Diesens redogörelse nedan om den ”ideale gärningsmannen”. Enligt honom är det socialt svaga och missanpassade män som döms för våldtäkt, inte de socialt välanpassade. Då de kanadensiska studier som dessa kriterier grundar

306 Månsson, 2010, 244 f.

sig på, som utgångspunkt har försökt identifiera faktorer som innebär risk för återfall i sexuellt våld, anser jag att viss skepticism är befogad. Om det som Diesen anför stämmer, och detsamma även gäller i Kanada, betyder det att de sexualförbrytare som ingått i studierna redan utgör en grupp som till stor del uppvisar just de faktorer som forskarna plockat ihop, dessa faktorer är, i alla fall i Diesens mening, anledningen till att de befinner sig där de är. Även det faktum att någon har haft en svår barndom och trasslig uppväxt ökar risken för att personen hamnar snett i livet och därmed hamnar i de kretsar som tenderar att dömas för sexualbrott. Enligt Diesens redogörelse är risken stor att de våldtäktsmän som haft en trygg barndom och klarat sig bra i livet inte finns med bland testpersonerna. Denna iakttagelse talar enligt mig till nackdel för de individorienterade teorierna.

Jag drar alltså slutsatsen att, även om jag inte vet hur stor, en del av det sexuella våldet kan förklaras utifrån kulturella och strukturella angreppssätt. Följaktligen finns det en möjlighet att detta våld kan elimineras om de sociala normer som skapar och tillåter det ändras, vilket en samtyckesreglering har möjlighet att bidra till. I detta sammanhang är det dock relevant att känna till att en ofta framförd uppfattning är att kriminalisering ska användas som en sista utväg (*ultima ratio*) för att komma tillrätta med ett problematiskt beteende.³⁰⁷ Det är alltså väsentligt att beakta om en lagändring är det enda sättet att skapa dessa attitydförändringar på. Ett grundläggande krav för att en kriminalisering ska vara legitim är nämligen enligt somliga att den är en nödvändig förutsättning för att förhindra det oönskade beteendet.³⁰⁸

5.1.5 Finns det andra sätt att ändra normer kring sexualitet på?

Som redogjorts för tidigare är det inte troligt att en lagstiftning ensam ändrar normer utan den måste kompletteras med information och utbildning. Även andra sätt att ändra attityder på presenteras i litteraturen.

Gällande övergrepp bland unga, vilket många hävdar är det verkliga problemet, måste dessa övergrepp ses ur ett kulturellt helhetsperspektiv då de hänger samman med andra former av förtryck såsom mobbning och trakasserier. Lagar och stödåtgärder till offer och förövare kan bidra till att lösa problematiken, men då den enligt denna uppfattning grundas på det förtryck som följer med de traditionella könsrollerna måste dessa suddas ut. En möjlig väg att gå är att bedriva upplysningsverksamhet i skolorna. Sexualkunskapen borde till exempel beröra könsroller och attityder, och vad dessa får för betydelse i samhället. Då det bästa sättet att förebygga sexualbrott är att ge alla unga en grund som gynnar en utveckling av personlig integritet och sexuell självbestämmanderätt måste alla former av könsmässigt förtryck aktivt bekämpas. Detta har alla delar av samhället som möter barn och ungdomar ett ansvar för. För att jämställdhetsarbetet ska slå igenom måste det dock bedrivas även på andra plan, inte minst i sociala medier. Förs information fram på ungdomars mötesplatser och skapas en debatt kring problemen kan frågan om sexuella övergrepp och vad som är tillåtet och inte uppmärksammas.³⁰⁹ Olika projekt har visat att insatser som bygger på att upplysa ungdomar om förekomsten och accepterandet av sexuellt våld, och

307 Jareborg, 2001, s. 46 f.

308 Träskman, 1998, s. 371

309 Diesen och Diesen, 2013, s. 139 f.

därigenom skapa en förståelse för vad detta innebär, får effekt. Ungdomar tenderar alltså att vara mottagliga för att ändra sin uppfattning rörande vad som är tillåtet eller inte när det kommer till sexuella närmanden.³¹⁰

Individer påverkas starkt av attityder och normer som innehas av den egna gruppen eller av andra referensgrupper som de ser upp till eller på andra sätt kan relatera till. Inom andra områden har denna kunskap länge försökt utnyttjas för att komma tillrätta med problematiska beteenden.³¹¹ Undersökningarna som jag redogjorde för ovan visar även att detta verkar kunna appliceras på uppfattningar om sex. Resultatet är positivt för dem som förespråkar ett medialt angreppssätt för att förändra inställningen till sexuella övergrepp. Om män har missuppfattat normen i förhållande till sexuellt våld i en referensgrupp som de själva vill vara en del av, och därmed tror att det föreligger en acceptans för detta, kan en medial kampanj med rätt strategi kanske ändra på denna missuppfattning.³¹² Mycket talar ju för att om alla män hade trott att alla andra män förkastar attityder som uppmuntrar och accepterar sexuellt våld hade väldigt få velat vara av motsatt uppfattning.

5.2 Vad är det för kritik som riktas mot samhällets hantering av sexualbrott?

I det följande fördjupar jag mig i den andra delen av min sista delfrågeställning, nämligen vad det är för kritik som riktas mot samhällets hantering av sexualbrott. Brottsförebyggande rådet uppskattar att det endast är 10-20 procent av sexualbrotten som polisanmäls.³¹³ Rådets statistik visar även att 6320 våldtäkter anmäldes år 2012, samtidigt som 171 våldtäktsanmälningar samma år ledde till lagföring.³¹⁴ Många anmäler alltså inte när de blivit utsatta för denna typ av brottslighet och av de som gör det är det endast en liten del vars anmälning leder till fällande dom. Detta beror givetvis på en mängd olika omständigheter, allt från begränsade resurser, oengagerade poliser och åklagare, organisatoriska problem, en övertro på biologiska och tekniska spår, brister i förhörsteknik, brister i kunskap gällande sexuellt våld och offerbeteenden och brist på målsägandebiträden anføres som eventuella orsaker.³¹⁵ För att informationen ska tillföra uppsatsen så mycket som möjligt har jag valt att endast redogöra för de brister där en samtyckesreglering eventuellt kan få verkan. Det är dock viktigt att komma ihåg att många av dagens brister inte hade låtit sig påverkas av en samtyckesreglering då orsakerna inte grundas på varken brottskonstruktion eller attityder.

5.2.1 Få anmälningar och brister i utredningar

Diesens utgångspunkt är att en samtyckesreglering torde skapa en mer insiktsfull bild av våldtäktsbrottet, vilket per automatik leder till fler

310 Temkin and Krahe, 2008, s. 199 ff.

311 Temkin, and Krahe, 2008, s. 205 ff.

312 Temkin and Krahe, 2008, s. 207

313 Brå rapport 2008:13, s. 10

314 Brå rapport 2013:18, s. 155 och Brå brottsstatistik. Lagföringsbesluten torde härröra från anmälningar gjorda tidigare år, men det ger en bild av förhållandet mellan anmälningar och fällande domar.

315 Diesen och Diesen, 2013, s. 43 ff.

anmälningar och bättre utredningar. Då bevisproblematiken kommer vara densamma som idag är det inte troligt att en ändrad presumtion enbart i sig skulle leda till att fler våldtäkter klaras upp, men då både utredningar och processer skulle bli bättre balanserade, på grund av att fokus delvis kommer att flyttas från målsägande till den tilltalade kanske resultatet ändå skulle infinna sig.³¹⁶ Han menar att även om vi i Sverige hävdar att våldtäktsbestämmelsen baseras på kvinnans sexuella självbestämmanderätt, motverkas denna grundsyn av hur brottet är utformat och följaktligen även i den rättsliga praktiken.³¹⁷ För att en våldtäkt ska ha begåtts krävs det att våld eller hot om våld har förelegat, (alternativt en särskilt utsatt situation), utgångspunkt tas i ”misshandel”. Lagens mening om vad som är våldtäkt är vad allmänheten har att förhålla sig till, fokuset på våld får följden att många har svårt att se en händelse som våldtäkt om inte skador har uppkommit. Tvärtom är det brutala överfallsvåldtäkter som de flesta associerar begreppet med. De effektrekvisit som uppställs för misshandel, ”smärta” eller ”skada” gör att även våldtäkt som huvudregel ska bevisas genom fysisk skada. Att det är våldet som anses utgöra brottet får således både attitydmässiga och bevisrättsliga konsekvenser.³¹⁸ Han menar att om rättstillämpningen, till följd av en samtyckesreglerings ändrade utgångspunkt, inte längre ser våldtäktsbrottet som ett aggressivt angrepp utan som en social konflikt där ömsesidigheten brutit, kommer det skapa möjligheter att göra bättre polisutredningar.³¹⁹

Enligt Leijonhufvud hade en samtyckesreglering kunnat underlätta arbetet i tidiga skeden av sexualbrottsutredningen då en av anledningarna till att få våldtäktsanmälningar leder till åtal enligt henne är att den misstänktes berättelse sällan ifrågasätts, medan målsägandens ofta gör det. Om fakta om målsägandes sexualvanor, intresse för pornografi m.m. är av intresse för utredningen menar Leijonhufvud att motsvarande fakta om den tilltalade torde ha minst lika stor betydelse. Särskilt för att styrka att våld/hot eller likgiltighetsuppsåt förelegat menar Leijonhufvud att det är väsentligt att få en uppfattning om den tilltalades syn på sexualitet, på kvinnor i allmänhet och på målsägande i synnerhet. Med en samtyckesreglering hade utredarna i förhören, och även åklagaren i en senare rättegång, fått ett verktyg med vars hjälp de kan kräva att den misstänkte redogör för varför han, mot målsägandes berättelse, uppfattade att det förelåg ett samtycke.³²⁰ Denna typ av frågor ställs, enligt Leijonhufvud, aldrig i domstolarna idag, och de hade kunnat göra en avsevärd skillnad. I dagsläget görs det sällan en ordentlig genomgång av vad var och en har gjort under hela den tid som övergreppet har pågått, enligt Leijonhufvud slarvar domstolarna då de kartlägger männens handlanden, de ser det som en avgränsad enhet, även då övergreppet har begåtts av flera män och har pågått i åtskilliga timmar. Orsaken ser Leijonhufvud i brottskonstruktionen. Förnekar mannen/männen gärningen kommer åtalet bli avhängigt av vad kvinnan har gjort.³²¹

316 Diesen, 2007, s. 63

317 Diesen, 2007, s. 58

318 Diesen och Diesen, 2013, s. 91

319 Diesen, 2011, s. 125

320 Leijonhufvud, 2008, s. 39

321 Leijonhufvud, 2006, s. 307

5.2.2 Bemötandeperspektiv

Benägenheten hos kvinnor att anmäla våldtäkter hänger, utöver sociala och kulturella faktorer, samman med hur de bemöts av rättsapparaten och hur de inblandade tjänstemännen ser på brottet.³²² Tyvärr är många kvinnor inte nöjda med det bemötande de får av samhället då de anmäler en våldtäkt, många upplever att de inte blir trodda. Något som talar för denna uppfattning är den stora andel av våldtäktsanmälningarna, på vissa ställen närmre en tredjedel, där offret efter det första förhöret inte längre vill medverka i utredningen. Det kan givetvis finnas flera orsaker till detta, men polisens bemötande torde ha en stor betydelse för huruvida ett offer vill driva frågan vidare eller inte. Enligt Leijonhufvud kan detta bemötande i vissa fall bero på just det faktum att polisen inte tror på offret, men troligare är att polisen vid mötet med offret förmedlar känslan av att bevisläget är hopplöst, vilket det ofta är med dagens lagstiftning, och när offret inser detta försvinner motivationen.³²³

Skäl som har anförts för att införa en samtyckesreglering är att en sådan kan komma tillrätta med ovanstående problem. Enligt Diesen finns det ett samband mellan hur en lag är utformad och vilken terapeutisk påverkan den får på de som berörs av den, skillnader i lagstiftningen påverkar hur offer och förövare blir bemötta av rättsväsendet. Om en våldtäkt inte kan bevisas menar Diesen att målsäganden indirekt förebrås, kanske för att inte ha anmält på en gång eller för att inte ha gjort tillräckligt motstånd. Att mötas av misstro i denna situation kan lätt leda till att målsägande dels utvecklar en misstro mot rättsapparaten, dels att hon skuldbelägger sig själv och våldtäkten riskerar då att utvecklas till ett djupt trauma som är mycket svårt att bearbeta. Med en samtyckesreglering kommer målsäganden i mycket högre utsträckning att bli hörda utan att ifrågasättas. Utgångspunkten för utredningen kommer då vara deras upplevelse av kränkning och ingen kan ifrågasätta den juridiska grunden för anmälan. En förhørsledare eller utredare kan inte gärna hävda att målsäganden skulle ha känt annorlunda, och detta är mycket viktigt för ett offers självaktning och rehabilitering. Även om bevisvärigheterna fortfarande kommer att vara stora menar Diesen att det viktigaste för många offer, i alla fall på längre sikt och ur en terapeutisk synvinkel, är att bli trodda.³²⁴

5.2.3 Brister i domstolsprocessen

Uppfattningen att rättsväsendets hantering av sexualbrott präglas av en oföränderlighet, trots ökad jämställdhet framförs från flera håll. Även om lagstiftningen har förändrats menar vissa att det fortfarande är tydligt att en föreställning om kvinnans delaktighet till övergreppet ständigt är närvarande i domstolarna. Inte heller karakteriseras dagens sexualbrottsrättegångar generellt av en respekt för offret.³²⁵ Att ett eventuellt samtycke kan utläsas av offrets klädsel eller utmanande stil är resonemang som till stor del fasats ut ur våra domstolar, men somliga menar att detta tankesätt finns kvar men uttrycks på mer subtila vis. Enigt denna uppfattning grundas tolkningar och

322 Diesen, 2007, s. 62

323 Leijonhufvud, 2008, s. 39

324 Diesen, 2011, s. 120 ff.

325 Bergenheim, 2005, s. 417

resonemang allt som oftast på outtalade men för domstolarna självklara premisser. Resultat av detta är att rätten ofta frågar sig varför offret inte bjöd större motstånd eller varför hon inte ropade på hjälp, av samma anledning söker domstolarna inte efter uttryck, eller brist på ett sådant, för ömsesidighet, inte heller försöker rätten utröna om initiativtagaren till den sexuella handlingen kontrollerat om initiativet var önskvärt eller inte. Istället är det upp till kvinnan att tydligt visa sin ovilja, gör hon inte det är det sällan fråga om något brott enligt domstolarna.³²⁶ Dagens fokusering på offret i domstolsprocessen, i kombination med den ofta felaktiga uppfattningen att det är viktigt att veta så mycket som möjligt om offrets person och historik, gynnar enligt Diesen endast försvaret. Den part som bedöms av en tvist har mest dålig information om hamnar alltid i ett underläge. Diesen menar att i de fall rätten tillåter försvaret att ställa frågor om målsägandes sexualhistorik måste samma frågor ställas till den tilltalade. Alltför många upplysningar som saknar relevans för att utreda det aktuella brottet, såsom målsägandes karaktär och risktaganden, tillmäts enligt Diesen betydelse i dagens våldtäktsrättegångar. Vad som behövs för att komma tillrätta med detta problem är enligt Diesen att lagen utformas så att den sexuella integriteten erkänns, lämpligen med att dagens våldtäktsbestämmelse ersätts med en samtyckesbaserad.³²⁷

Ett problem enligt Helena Sutorius, som ur en processrättslig synvinkel bedrivit forskning om sexualbrott, är att människors subjektiva föreställningar får genomslag i rättstillämpningen. När rättstillämparna laborerar med viljeuttryck, exempelvis för att utreda om ett ansvarsbefriande samtycke föreligger, utgår de från en normalitetsföreställning om sexualitet. De yttrade viljeuttrycken sätts i relation till allmänna erfarenheter kring rationalitet och normalitet. Frågor som hur ett våldtäktsoffer normalt beter sig eller vad olika beteenden betyder, kräver i detta forum svar. Tolkningarna av viljeuttryck kommer därför i sexualbrottsmål oundvikligen att färgas av officiella och inofficiella föreställningar om kön och sexualitet. Bevisvärdering, hur det som kommit till uttryck tolkas och hur mycket som krävs av en tilltalad i form av insikt och uppfattningsförmåga speglas helt och hållet av de normer som finns i samhället rörande föreställningar om kön och sexualitet. Om dagens sexualbrottslagstiftning tolkas utifrån föreställningar om att motstånd ingår i det sexuella spelets regler, att en kvinnas ”nej” egentligen betyder ”ja”, eller utifrån omedvetna fördomar om mäns okontrollerbara sexualdrift och kvinnors skuld till övergrepp om de överträder vissa sociala normer, kan utslaget givetvis bli bristfälligt.³²⁸ Att detta är fallet idag syns enligt Sutorius tydligt i praxis då samma omständigheter kan bedömas helt olika från gång till annan, även i de olika instanserna. Inom den objektiva bevisprövningen finns utrymme för irrelevanta och subjektiva föreställningar vilka leder till olika slutsatser om vad som faktiskt förekommit. Sutorius hävdar att det i praxis går att finna åtskilliga uttryck som visar på bristande överensstämmelse med lagens grundläggande utgångspunkt; alla människors kroppsliga och sexuella integritet och självbestämmanderätt. Det rör sig om kvardröjande föreställningar som inte anpassats till denna grundinställning.³²⁹

326 Andersson, JT 2004-2005, s 227.

327 Diesen och Diesen, 2013, s. 90 ff.

328 Sutorius, JT 1997/98, s. 1303 ff.

329 Sutorius, JT 1997/98, s. 1307 f.

5.2.4 Det ideala offret och den ideale gärningsmannen – social sällning

Meningar som framförs är att en våldtäktsanmälan idag sällan leder till åtal, med undantag av rena överfallsvåldtäkter, om gärningen inte begåtts av en ideal våldtäktsman mot ett idealt våldtäktsoffer.³³⁰ Det är kunskap och intresse hos utredare och åklagare i kombination med uppfattningar om offrets skyddsvärdhet och den misstänktes asocialitet som avgör vad resultatet med en anmälan blir.³³¹ Trovärdighetsbedömningen av både offer och gärningsmän styrs, särskilt i inomrelationella våldtäktsmål, ofta av stereotyper och schabloner. I båda fallen blir du som regel mer betrodd om du har god verbal förmåga och hög social status.³³²

Gällande offren är chansen att väcka åtal betydligt högre om offret, utöver faktorerna ovan, är en mogen, välutbildad och vid tillfället nykter kvinna. Tonårsflickor som har tagit risker och som vid gärningstillfället varit berusade är så långt ifrån det ideala offret det går att komma. Chansen att en våldtäkt inom en relation eller i en uppdragningssituation med två tonåriga parter ska leda till åtal är utomordentligt liten, vissa går så långt som att säga att tonåringar på detta område är rättslösa. Andra grupper av kvinnor som verkar ha svårt att få sina utsagor att gälla som grund för åtal är kvinnor från Östeuropa och Asien som är gifta med svenska män, prostituerade, narkomaniserade, hemlösa och psykiskt sjuka.³³³ Ingen av dessa grupper är underrepresenterad bland anmälningarna utan endast i åtalsstatistiken.³³⁴ Något annat som är avgörande för hur villigt rättsväsendet är att se en sexuell handling som ett övergrepp eller att fästa tilltro till ett offers utsaga är i vilken mån offret tagit risker. Detta kan vara allt från att hon uppträtt utmanande, att hon varit berusad eller frivilligt följt med en man hem.³³⁵

Vad gäller den ideale gärningsmannen är det enligt denna uppfattning tydligt att det är socialt svaga män som åtalas och fälls för våldtäkt.³³⁶ Män med ett brottsligt förflutet, det behöver inte vara sexualbrott, löper en betydligt högre risk att åtalas för våldtäkt än andra män. Även män med utländskt ursprung är överrepresenterade när det gäller åtal för våldtäkt, inte heller denna överrepresentation korresponderar med hur stor del gruppen utgör av anmälningarna.³³⁷ Utöver dessa två faktorer lider en majoritet av Sveriges våldtäktsåtalade män av psykosocial problematik såsom missbruk eller psykiska störningar, ofta är de även på grund av dessa problem mer eller mindre socialt utslagna.³³⁸

Att anmälningar sällas ut på grund av att offer inte uppfattas som skyddsvärda, kan givetvis bära spår av förlegade uppfattningar om hur kvinnor bör bete sig, och därmed ändras till det bättre med en uppdaterad

330 Diesen, 2007, s. 62

331 Diesen och Diesen, 2013, s. 48 ff.

332 Leijonhufvud, 2008, s.40 f.

333 Leijonhufvud, 2008, s.40 f.

334 Diesen och Diesen, 2013, s.40

335 Diesen och Diesen, 2013, s. 38

336 Diesen och Diesen, 2013, s. 32

337 Leijonhufvud, 2008, s. 41

338 Diesen och Diesen, 2013, s. 32

sexualmoral. I en ord mot ord situation blir resultatet dock mer eller mindre beroende av en trovärdighetsbedömning. Det är inte osannolikt att en man med de egenskaper som beskrivs ovan, t.ex. att han inte behärskar det svenska språket, hamnar i ett underläge i en sådan.³³⁹ Resonemanget kan också appliceras på den grupp kvinnor som är underrepresenterade i åtalsstatistiken.

5.3 Sammanfattande kommentar

Av det som anförts i detta avsnitt sluter jag mig till uppfattningen att vissa sexualbrott kan förebyggas om attityder förändras, det är inte heller osannolikt att en samtyckesreglering hade kunnat bidra till dessa attitydförändringar. Även vissa av de problem som finns i den samhälleliga hanteringen av sexualbrott hade haft möjlighet att förbättras om en samtyckesreglering hade införts. Dock är det även så att de positiva effekter som en samtyckesreglering hade kunnat bidra till på grund av dess möjlighet att påverka attityder eventuellt hade kunnat uppnås på andra vis.

³³⁹ Diesen och Diesen, 2013, s. 33

6 Analys och egna reflektioner

6.1 Kan lagstiftning ha betydelse för människors attityder gällande sin egen och andras sexualitet?

I förarbetena menar utredarna som bekant att lagstiftning i och för sig kan ha en normbildande verkan, men uppfattningen att endast den aktuella ändringen av rekvisit skulle göra allmänpreventionen mot att begå sexualbrott starkare avvisas. Personligen tycker jag att utredarna förminskar betydelsen av denna ändring. Att göra ett försök att ändra presumtionen för när ett övergrepp har skett och att i lag betona att människor alltid har en skyldighet att försäkra sig om att ett samtycke föreligger innan sexuella umgängen inleds är en stor och viktig ändring.

Det faktum att lagar kan ha en normerande verkan är enligt mig ostridigt, att sexköpslagen anses ha fått det talar även för att lagar kan ha en normerande verkan när det gäller människors inställning till sexualitet. Att människors inställning till sexualitet överhuvudtaget låter sig påverkas av tid och rum råder det enligt mig inga tvivel om. Det jag har redogjort för visar att vi bara i västvärlden under en relativt kort tidsperiod har pendlat mellan olika uppfattningar och ser vi oss omkring i vår omvärld finns det oändligt många föreställningar om vad sexualitet är och hur den bör uttryckas. Jag menar att vi är relativt lättpåverkade vad gäller vår inställning till vår egen men även till andras sexualitet och lagstiftning torde vara en av många vägar att gå för att påverka inställningen i en riktning som anses önskvärd. Jag anser alltså att det är långt ifrån osannolikt att en samtyckesreglering skulle kunna få en normerande verkan. I detta fall är det inga världsomvälvande förändringar lagstiftaren vill åt, ”huvudnormen” - att det inte är tillåtet tvinga någon till sexuella handlingar, är redan etablerad. Lagstiftaren vill bara åt en förskjutning och förtydliga under vilka omständigheter sexuella handlingar är tillåtna och när de inte är det. Det faktum att våldtäkt är ett oerhört stigmatiserande brott menar jag talar för att en extension av det straffbara området skulle kunna påverka människors beteenden och så småningom attityder. Detta kommer givetvis att ta tid och som klargjorts tidigare kommer en lagändring inte att vara en tillräcklig åtgärd utan information och kampanjer krävs, särskilt i skolor. Med detta sagt menar jag inte att jag tror att alla individer kommer låta sig påverkas, att ändra alla människors attityder lär vara omöjligt men att påverka de övergripande sociala normerna i olika grupper torde inte vara det.

Jag tycker även att det är viktigt att framhålla att en samtyckesreglerings normerande verkan kan ta sig flera uttryck. Även om en samtyckesreglering inte skulle ändra mäns attityder och därmed i realiteten inte förebygga några sexualbrott kan regleringen ändå få positiv verkan om kvinnor upplever den som ett stöd. En samtyckesreglering sänder i min mening en signal till utsatta kvinnor om att lagen först och främst är på deras sida. Kanske kan denna signal på sikt leda till att offer i mindre mån skuldbelägger sig själva eller att kvinnor i mindre utsträckning låter sig övertalas till sexuella handlingar de inte är bekväma med. Det är även möjligt att ändrade attityder i förhållande till sexualbrott och till manlig och kvinnlig sexualitet skulle leda till att offer

för denna form av brottslighet kommer att bemötas på ett bättre sätt, både av samhället och av sin omgivning. I så fall har lagstiftningen haft en positiv effekt även om den inte lyckas förebygga några faktiska våldtäkter.

Svaret på min första delfrågeställning är sammanfattningsvis: Ja, en lagstiftning kan ha en normerande verkan och människors inställning och attityder till sexualitet kan påverkas av ändrade normer. Följaktligen är jag av uppfattningen att en ändrad sexualbrottslagstiftning kan få betydelse för människors attityder gällande sin egen och andras sexualitet.

6.2 Kan en samtyckesreglering bidra till att minska förekomsten av sexuella övergrepp eller förbättra samhällets hantering av dessa?

När det kommer till orsakerna bakom sexualbrott finner jag personligen mest stöd i de förklaringar som har en sociologisk utgångspunkt, i de allra flesta fall är sexualförbrytare inget människor föds till utan detta beteende skapas av samhället vi lever i. En underliggande utgångspunkt jag tycker mig skönja i flera av de individorienterade förklaringsmodellerna är en uppfattning om att mäns sexualdrift är så stark och pockande att de knappt kan kontrollera den, utifrån denna försöker förespråkarna sedan förebygga brottsligheten. Denna uppfattning är ingen jag delar, den påminner mycket mer om ett rättfärdigande än en förklaring. Mycket talar för att alltför många män helt saknar empati, förståelse och uppfattning om att de faktiskt har ett ansvar att respektera andra individers vilja, inte minst i dessa sammanhang. Enligt mig är det uppenbart att de sexualbrott som har sin grund i dessa faktorer inte skulle förekomma om alla människor bar på en inre övertygelse om att alla individer är lika värda, om att alla har rätt till självbestämmande samt att alla ska visas respekt och hänsyn. En uppfattning som rättfärdigar att jag gör saker bara för att jag kan är inte något som inte kan ändras. Som i alla andra sammanhang kan individer givetvis på grund av omständigheter de inte kan styra över, såsom psykiska störningar, begå brottsliga gärningar som de i rättslig mening inte kan ställas till svars för, detta gäller självfallet även sexualbrott. Dock finns det enligt mig inget som talar för att denna del av brottsligheten skulle vara större när de gäller sexualbrott jämfört med andra våldsbrott.

Det jag presenterat ger dock inget stöd för att de individorienterade faktorerna kan uteslutas, och även om det hade varit fallet tror jag som sagt inte att alla människors attityder kan ändras. I de bästa av världar kommer vissa alltid att begå brott, även sexualbrott. Oavsett vad detta beror på, även om det som somliga påstår är ren biologi som gör att en del män omöjligt kan behärska sig, och dessa individer aldrig kommer kunna göra det oavsett åtgärder från samhällets sida, har samhället en skyldighet att beivra dessa brott så långt det är möjligt. Hela vårt straffrättsystem bygger på föreställningen om att människor kan göra fria val, och klandras då de fattar dåliga beslut. Väljer vi att se alla sexuella övergrepp som orsakade av faktorer som individen inte kan styra och därmed inte ansvara för, hade det varit oskäligt att straffa någon för sexualbrott och det hade inte funnits någon mening med att kriminalisera beteendet överhuvudtaget. I dagsläget är det oklart i vilken mån faktorer som förövre av dessa brott inte kan styra över bidrar till övergreppen, eller om dessa faktorer existerar överhuvudtaget. Men som jag kommit fram till ovan är jag av uppfattningen att det säkert kan sägas att dessa faktorer i alla fall inte

är orsaken till alla sexuella övergrepp. Vi lever i ett samhälle där vi valt att utveckla ett straffsystem som skyddar medborgarna genom att bestraffa individer som kränker andra och detta bör då göras så långt det är möjligt, även om en aktuell åtgärd inte kommer att förebygga alla de straffbara gärningarna. Enligt mig har samhället en skyldighet att använda alla till buds stående medel för att motverka detta beteende. Om det finns en minsta möjlighet att en samtyckesreglering skulle påverka en individ och därmed förebygga ett sexualbrott borde en sådan införas.

I bevishänseende särskiljer sig sexualbrott från de flesta andra brott inom straffrätten och den avsevärt största orsaken till detta är enligt min mening att sex i sig varken är kriminaliserat eller klandervärt, tvärtom. Samtidigt saknas ofta vittnen och teknisk bevisning. Dessa omständigheter måste man ha i bakhuvudet när man tar del av statistik som redogör för uppklarande av sexualbrott och det är enligt min mening inte rättvist att rakt av jämföra dessa med andra typer av brott. Förhållandet att en lägre andel av våldtäktsbrotten jämfört med andra brott leder till åtal tror jag alltid kommer bestå, om lagstiftaren inte väljer att sänka beviskravet, vilket enligt min mening är högst olämpligt. Ett pris man betalar för att leva i en rättsstat är tyvärr att skyldiga i viss mån kommer gå fria från ansvar. Men, att det är möjligt att minska på denna skillnad i åtalsstatistik råder det inget tvivel om. Risken för att stå till svars för dessa grova kränkningar verkar vara alldeles för låg. Att endast hänvisa till en rättsstatsprincip och sedan lämna frågan därhän är att skapa sig en lätt utväg. Det är tydligt att anmälda sexualbrott på sin väg genom rättsprocessen möter många svårigheter som inte enbart kan kopplas till en princip om att hellre fria än fälla. Det är av yttersta vikt att fall, särskilt de som redan från början har dåliga utsikter att lösas, inte mer eller mindre motarbetas i den rättsliga hanteringen på grund av fördomar eller inbyggda systemfel. Att målsägandes utsaga är utgångspunkten i våldtäktsmål faller sig naturligt och det tror jag att den kommer vara oavsett lagstiftningsteknik, detta utgör inte heller enligt mig ett problem i sig. Det är dock det fokus som saknar relevans för själva gärningen som kritiker vänder sig emot, i kombination med att den tilltalade ofta tycks undslippa detta onödiga intrång i sitt privatliv. Problem som att sällning i anmälningarna, på grunder som kan ifrågasättas, börjar redan hos den förste tjänstemannen som mottar dem och avspeglar sig i bemötandet av offret, eller att domstolarna inte i tillräcklig grad utövar sin processledning och därmed tillåter att processen ”tippar över” till målsägandes nackdel måste åtgärdas. I uppsatsen har redogjorts för uppfattningar som menar att en samtyckesreglering hade kunnat bidra till att lösa denna problematik. Ändrade attityder i förhållande till sexuellt våld och kvinnors skyddsvärdhet hade kunnat bidra, men även brottskonstruktionen i sig då den möjliggör ett annat angreppssätt jämfört med dagens reglering.

6.2.1 En mer balanserad rättsprocess

Det jag presenterat ovan visar att det i Sverige idag finns brister i rättstillämpningen rörande sexualbrott. I alla fall är en stor del av allmänheten av denna uppfattning och det är av minst lika stor betydelse. Min personliga uppfattning är att det människor i allmänhet upprörs över inte är att misstänkta personer frias i tveksamma fall, utan vad som *utgör* tveksamma fall. Här är det min tolkning att det som människor framför allt känner frustration inför är att kravet på personligt ansvar i den subjektiva

bedömningen är för lågt. Utrymmet för en misstänkt person att hävda att han inte förstod eller insåg att motparten inte var med på det som hände är alltför stort. Detta är i grunden mer en fråga om uppsåt, vilken ligger utanför uppsatsens ämne, men som betonas av sakkunniga är det viktigt att vara uppmärksam på vems verklighet lagstiftningen är skapad utifrån och som därmed omedvetet gynnas i rättstillämpningen. Det är enligt mig uppenbart att vad domstolen kommer fram till i sin bevisvärdering, inte minst i förhållande till vilket krav som ställs på gärningsmannens insikt, är helt beroende av hur domarna ser på världen och i synnerhet på kön och sexualitet. Det är i detta avseende förändring kan skapas, beviskravet ska alltid vara detsamma, ingen får fällas om det inte är ställt utom rimligt tvivel att personen har begått gärningen. Men det är viktigt att parterna i en process på vägen till denna slutsats inte tillmäts oförtjänta för- och nackdelar. Enligt mig finns det en möjlighet att en samtyckesreglering, med dess omvända utgångspunkt, kommer tvinga rättstillämpningen till nya tankesätt och därmed förhoppningsvis bidra till en medvetenhet om detta. Även det faktum att det kommer bli möjligt att kräva av den tilltalade att förklara på vilket sätt han försökte klargöra att ett samtycke förelåg kommer leda till en bättre balans i ord mot ord situationer. Detta kommer, precis som ändrade attityder, gynna en mer jämbördig och rättvis rättsprocess.

Svaret på min andra delfrågeställning är sammanfattningsvis även det positivt. Jag är av uppfattningen att vissa typer av sexualbrott hade eliminerats om mäns attityder gentemot kvinnor hade förändrats, vilket det finns en möjlighet att en samtyckesreglering hade bidragit till. Jag anser även att det finns en möjlighet att en samtyckesreglering hade kunnat råda bot på vissa av de problem som offer för sexualbrott möter på sin väg genom rättsprocessen. Samhällets hantering av sexualbrott hade kunnat förbättras både av attitydförändringar men även av den ändring av brottskonstruktion som en samtyckesreglering hade inneburit.

6.3 Bör en våldtäktsbestämmelse som baseras på ett bristande samtycke införas i svensk rätt?

Att de två olika lagstiftningsteknikerna kan konstrueras så att de omfattar samma typer av handlingar är enligt mig givet. Men det betyder inte att dagens svenska bestämmelse motsvarar en våldtäktsbestämmelse som kriminaliserar alla relevanta sexualhandlingar då ett giltigt samtycke inte har varit för handen. Det har skett en avsevärd förbättring i och med lagändringen 2013, innan denna var det enligt mig uppenbart att lagstiftningen inte i tillräcklig grad lagförde straffvärda beteenden. Även om det återstår att se vilken betydelse årets ändringar kommer tillmätas är jag av uppfattningen att vi i Sverige idag har en våldtäktsbestämmelse som kommer mycket nära att omfatta alla relevanta situationer då ett giltigt samtycke inte föreläggat. Men inte alla. Jag kan inte annat än hålla med Leijonhufvud, de situationer då ett giltigt samtycke inte föreläggat men då paragrafens medel eller omständigheter inte kan styrkas, har uttryckligen undantagits. Det kommer med stor sannolikhet fortfarande uppstå situationer då det är styrkt att samtycke inte förelåg, det är även klarlagt att den misstänkte visste detta men åklagaren lyckas inte styrka de medel och omständigheter som paragrafen uppställer. Följaktligen kommer den tilltalade i dessa fall frias från ansvar. Detta

konstaterande innebär följaktligen att jag ställer mig tveksam till regeringens slutsats att Sverige lever upp till sina åtaganden enligt Europakonventionen. Må så vara att beteendet i teorin är straffbart som sexuellt ofredande, då detta brott inte tillnärmelsevis motsvarar den kränkning som det ovan beskrivna beteendet innebär, kan detta faktum inte rättfärdiga att handlingen inte faller in under våldtäktsbestämmelsen.

Men även om en våldtäktsbestämmelse baserad på medel och omständigheter hade omfattat alla situationer då ett giltigt samtycke inte förelegat kan, som mina två delfrågeställningar visat, en samtyckesreglering bidra till positiva effekter som en tvångsreglering inte har möjlighet till.

6.3.1 Faror med en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelse

Det finns enligt mig framförallt två risker med att införa en samtyckesreglering. Den första är att målsäganden i större utsträckning än idag riskerar hamna i fokus för processen. Jag håller med om att en samtyckesreglering kommer att leda till att offret i högre grad än vid en reglering baserad på medel och omständigheter kommer hamna i fokus. Det är fullt logiskt att, då det som ska bevisas är vilket tvång den tilltalade utövade, fokus kommer riktas mot honom och vad han har gjort. Är det istället målsägandes bristande samtycke som ska bevisas kommer intresset oundvikligen riktas mot hur hon har lämnat det, eller snarare hur hon *inte* har lämnat ett giltigt samtycke. Något annat är i min mening helt enkelt inte möjligt. Egentligen känns resonemanget, just rörande denna aspekt, bakvänt, de som vill att fokus ska ligga på den tilltalade torde vilja göra straffansvaret beroende av vilka medel och omständigheter han använt sig av för att begå gärningen. Dock har jag under arbetets gång blivit övertygad om att det dels inte lär bli någon förändring jämfört med idag, då fokus redan till stor del är riktat mot offret, dels att fokus på ett helt annat sätt än idag även kommer att riktas mot den tilltalade. Detta grundar jag inte minst på att även de vars huvudargument mot en samtyckesreglering är att fokus kommer hamna på målsägande, själva medger att målsägande med dagens lagstiftning redan är i centrum. Som jag anförde tidigare är jag av uppfattningen att rättssamhället, trots denna risk, då en mer balanserad process kommer uppnås, har att vinna på en samtyckesreglering. Den andra risken är, precis som utredarna i SOU 2010:71 påpekade, att frågan i processen kan komma att kretsa kring ett eventuellt samtycket även i situationer då det är uppenbart att våld eller hot har förelegat. Då det ofta torde vara lättare att styrka att hot eller våld har förekommit jämfört med ett bristande samtycke, lär försvararen i dessa fall försöka få bedömningen att kretsa kring det senare.

Som jag redogjort för i arbetet verkar relationen mellan normer och lagstiftning på två håll. Människors normer påverkar normalt lagen på så vis att den avspeglar människors uppfattning om vad som är straffvärt och inte, skulle den inte göra det tenderar den att så småningom ändras. I detta sammanhang tycker jag att Leijonhufvuds och Diesens resonemang ibland är motsägelsefulla. De presenterar fakta som visar på vilken "förvrängd" syn ungdomar har på vad som är tillåtet och inte rörande sex, och använder denna fakta som underlag för att påvisa behovet av en sådan normbildning som de själva förespråkar. En kritisk själ kan då ställa sig frågan att, om nu så stor del av ungdomarna, både tjejer och killar, är av uppfattningen att vissa former av

sociala spelregler är tillåtna när det kommer till sexuell samvaro, och inte uppfattar dessa som straffvärda, är det då lämpligt att lagstiftaren kriminaliserar detta beteende? Viktigt att notera är dock att bara för att ett beteende förekommer betyder det inte att det inte skulle kunna skada de som berörs av det eller att de frivilligt deltar i det som sker. Jag säger inte heller att jag inte håller med Leijonhufvud och Diesen, enligt mig har samhället absolut ett ansvar för sina medborgare och bör vidta långtgående åtgärder för att skydda särskilt skyddsvärda intressen, vilka människors rätt till sexuell självbestämmande och sexuell integritet verkligen utgör. Men risken för att allmänheten kan tappa förtroendet för rättsväsendet om det är alltför stor diskrepans mellan vad rättsväsendet och medborgarna ser som rätt och fel får inte bortses från. Det hade varit illa om människor straffades för handlingar som varken de själva eller deras omgivning anser är brottsliga. Som jag anfört tidigare verkar problemet i dagsläget dock snarare vara det motsatta.

Farhågorna om att en samtyckesreglering kommer leda till att människor förlorar förtroendet för rättsväsendet, då den endast kommer ge ett skenbart skydd är intressanta. Det ligger absolut något i resonemanget men jag tycker inte att det håller för en närmare granskning. Detta resonemang grundas på en uppfattning att handlingar som förutsätts uppnå en viss grad av svårighet i bevishänseende inte bör kriminaliseras. Ett krav enligt legalitetsprincipen kan som tidigare nämnts uppfattas som att det måste vara möjligt att tillämpa straffbestämmelser på ett praktiskt sätt. Det finns dock inget som tyder på att en samtyckesreglering inte skulle kunna tillämpas på detta vis. Enligt mig måste det vid ett ställningstagande som detta även göras någon form av avvägning. Rör kriminaliseringen en väldigt lindrig gärning som i praktiken kommer vara omöjlig att bevisa kanske det inte är lämpligt att kriminalisera den. Men i detta fall rör det en av de grövsta kränkningarna enligt svensk rätt och bevisläget är långt ifrån omöjligt. En fråga om följer ett konstaterande om att en samtyckesreglering kan leda till ett minskat förtroende för rättsväsendet är vad som händer med förtroendet om en sådan reglering inte införs. Min uppfattning är att människor i allmänhet har en förståelse för den oskyldighetspresumtion som tillämpas i svensk rätt och de kan även acceptera dess utslag. Något som torde vara betydligt svårare att förstå och acceptera är att lagstiftaren inte väljer att kriminalisera straffvärda beteenden med motiveringen att alla skyldiga inte kommer att fällas. För att återknyta till min europeiska jämförelse är i alla fall jag av uppfattningen att det är att föredra att leva i ett samhälle där så många kränkningar som möjligt erkänns, även om det innebär att många av dessa medför bevissvårigheter, jämfört med att leva i ett samhälle där bara de grövsta brotten ses som kränkande men i och för sig i de flesta fall bestraffas.

Att det förekommer argument som bygger på antaganden att mildare straffbestämmelser riskerar tillämpas på bekostnad av de grövre tycker jag är beklagligt. Farhågorna är säkerligen välgrundade, att utredare i förarbetena laborerar med risken tyder på att den är reell, men enligt mig är detta faktum katastrofalt ur en rättssäkerhetssynpunkt. Med denna utgångspunkt kommer lagstiftaren aldrig kunna kriminalisera en handling om det finns en mer klandervärd brottslig gärning som kan tänkas kunna omfattas av den nya regleringen. Lagstiftaren måste kunna lagstifta utifrån vad denne tycker är rätt och riktigt, utan att behöva oroa sig för att rättsväsendets olika aktörer

kommer ta den mer säkra vägen och lägga sig i lägre straffskalor och mindre straffvärda gärningar om gärningen kvalar in i en grövre straffbestämmelse. Det måste vara de objektiva rekvisiten som blir avgörande för vad åklagaren yrkar på och vad domarna dömer för.

6.3.2 Vad är egentligen problemet?

Det verkliga problemet är enligt mig, precis som Diesen anför, att vissa typer av klart straffvärda handlingar och beteenden, i alla fall fram till lagändringen 2013, inte har varit kriminaliserade. Lagstiftaren har än en gång försökt utvidga bestämmelsens tillämpningsområde och det återstår att se hur de nya rekvisiten kommer att tillämpas. Men varför inte göra straffansvaret beroende av ett bristande samtycke och en gång för alla täcka in alla sexuella handlingar som skett utan samtycke, istället för att gå på gång inse att det föreligger brister i lagstiftningen och lägga år av utredande på att ändra formuleringar? Genom att föra över diskussionen på farhågor om sänkta beviskrav och omvänd bevisbörda flyttas, säkerligen medvetet, fokus från vad som egentligen är problemet. Det är ingen som sticker under stol med att dessa handlingar vid en kriminalisering kommer bli svåra att bevisa, i betydligt högre grad än de nuvarande sexualbrotten, vilka som bekant redan är mycket svåra att bevisa. Men bevisvårigheter eller hur vanlig förekomsten av en handling är ska inte avgöra om den är straffbar eller ej. De som varmast förespråkar denna reglering skriver själva i klartext att de flesta av dessa anmälningar inte kommer gå att bevisa bortom rimligt tvivel, bevisen lär i många fall inte ens leda till åtal, och det är så det ska vara. Men det är inte poängen, poängen är att även om det går att bevisa omfattas situationen inte av dagens våldtäktsbrott. Inte någonstans bland argumenten mot en samtyckesreglering går det att läsa att någon faktiskt inte tycker att detta är ett beteende som borde kriminaliseras. Detta tycker jag är högst märkligt då det är detta budskap jag från första stund har läst mellan raderna. Hade alla i debatten helhjärtat tyckt att detta beteende är så klandervärt som det hävdas hade det kriminaliserats, då finns det i alla fall en chans för dem som råkar ut för det att få upprättelse. Att undandra de fall där bevisning finns, även om de är få, från rättsvisan är enligt mig oförklarligt, såvida man inte är av uppfattningen att dessa handlingar inte bör kriminaliseras vill säga. En annan aspekt är att då krav på våld eller hot uppställs i en våldtäktsbestämmelse tydliggörs det att våldtäkt i första hand inte ses som ett integritetsbrott utan som ett våldsbrott, detta i sig är problematiskt, det kan lätt uppfattas som om lagstiftaren förminskar den egentliga kränkningen.

6.3.3 Är en lagändring nödvändig?

En lagändring är inte det enda sättet att påverka normer på och därmed kan det ifrågasättas om den, i de fall det är dess normbildande effekt som antas resultera i positiva effekter, kan ses som en nödvändig åtgärd för att förebygga det oönskade beteendet. Detta är som bekant enligt vissa ett krav för att något ska kriminaliseras. Även de som tror på en samtyckesbaserad våldtäktsbestämmelses möjlighet till normbildning menar att lagstiftning i sig inte är nog för att uppnå denna verkan. Det krävs information och utbildning rörande förhoppningarna om vad lagregleringen ska bidra till. Det är snarare den debatt och synliggörandet av problematiken som kommer följa på en

eventuell lagändring som kommer bidra till normbildning, inte lagparagrafen i sig. Uppfattningen att det kanske räcker med informationskampanjer och utbildning är i så fall legitim. Gör en ansats att på alla nivåer i samhället få ut budskapet om vad som är ett tillåtet sexuellt beteende, kanske detta hade fått lika stor, om inte större effekt, utan att en omvälvande förändring av sexualbrottslagstiftningen behöver genomföras. Haken i denna argumentation är dock att det lär bli tandlöst att gå ut och predika om att det inte är tillåtet att utföra sexuella handlingar mot eller med en annan person utan dennes samtycke, om det faktiskt inte är olagligt att göra det. Styrkan i argumentationen kommer minska betydligt om det inte finns ett straffansvar att luta sig emot. Att lagstiftaren inte valt att ge människor som utsätts för denna typ av kränkningar en möjlighet till upprättelse genom att straffbelägga dessa, signalerar även att de inte utgör något reellt problem. Kanske för att de sällan förekommer eller kanske för att beteendet inte anses vara såpass klandervärdt att det behöver kriminaliseras. Jag tycker alltså, då andra metoder som finns för att ändra normer blir betydligt mindre effektiva utan den, att det kan hävdas att en samtyckesreglering är en nödvändig åtgärd för att förebygga det oönskade beteendet.

6.3.4 Egna tankar om argument i debatten

Somliga uttalanden i denna debatt finner jag högst anmärkningsvärda. Ett exempel är att utredarna inför lagändringen 2005 konstaterar att det för att fastställa en persons samtycke till en sexuell handling krävs att hänsyn tas till hennes berusningsgrad och klädsel. Att utredare i en statlig utredning formulerar sig på detta vis visar hur djupt rotade fördomar om kvinnlig sexualitet är samt att de inte har förstått problematiken överhuvudtaget. Att det gränsdragande rekviritet ändras betyder givetvis inte att omständigheter som nu inte anses generera ett samtycke plötsligt skulle börja göra det. Att någon är berusad eller har utmanande kläder är aldrig ett samtycke till sex. Vad som är ett (särskiljande) samtycke kommer inte ändras vid en eventuell lagändring. Skillnaden är att då domstolen med en samtyckesreglering kan fastställa att ett sådant inte förelegat kommer handlingen vara olaglig. Varför det skulle bli problematiskt att använda sig av en samtyckesreglering i förhållande till någon som är prostituerad är även det, enligt mig, oklart. Att någon gett ett generellt samtycke till samlag betyder inte att personen samtycker till alla former av samlag vid alla tidpunkter eller under alla omständigheter. Detta synsätt är lika obegripligt som att kvinnor på 1950-talet genom giftermålet generellt samtyckte till alla former av sex. Samtycket måste gälla för hela handlingen/gärningen, inte bara inledningsvis. Att det sedan kan bli svårt att bevisa i somliga fall, samtidigt som det i andra inte torde vara det minsta svårt, är enligt mig ovidkommande.

Vid andra tillfällen träffar kritiken mot en samtyckesreglering inte målet. Ingen hävdar exempelvis att alla former av våldtäkt ska vara lika straffvärda eller att alla gradskillnader i straffmätningen ska suddas ut. Faktum är att de aktuella förslagen som vill kriminalisera övergrepp där tvång eller utnyttjande inte förelegat, inte ens vill kalla detta övergrepp för våldtäkt. Förespråkarna vill endast få ett erkännande från lagstiftaren att dessa beteenden inte tolereras i ett samhälle som vill se sig som demokratiskt och jämställt. Vad gäller tillgången till praxis rörande ett eventuellt samtyckesrekvirit har HD

konstaterat att samtycke redan idag är det avgörande kriteriet då domstolarna tar ställning till om ett sexualbrott skett eller inte, någon brist borde således inte råda.

Somliga invändningar mot en ren samtyckesreglering bygger på uppfattningen att åklagarens bevisbörda kommer bli näst intill omöjlig att hantera. Givetvis är bevissvårigheterna direkt relaterade till förekomsten av våld, men det i sig är inte ett argument för att inte kriminalisera kränkningar där väldigt lite, eller inget, våld har förekommit. De omständigheter som nämns i dagens medelreglering kommer fortfarande neget ett samtycke, oavsett om en ren eller en subsidiär samtyckesreglering införs. Tvånget kommer då användas som bevisfaktum för att samtycke inte föreläggat. Det är i gränsfallen, i de mål då åklagaren inte kan visa på att tvång/hot eller en särskilt utsatt situation föreläggat, som ett samtyckesrekvisit får betydelse. I dessa fall räcker det att åklagaren kan visa på att samtycke inte föreläggat och ja, i och med att det är fallen i gråzonen som täcks in via denna reglering kommer just de fallen vara svårare i bevishänseende, men det är enligt mig ett mycket svagt argument för att låta dem vara straffria. Vid en samtyckesreglering kommer åklagaren ha som uppgift att bevisa att något inte har hänt, det vill säga att ett giltigt samtycke inte har föreläggat. Detta är i de flesta fall svårare än att bevisa att något har hänt, under förutsättning att något har hänt. Hela poängen med en samtyckesreglering är att de medel och omständigheter som regleras i dagens våldtäktsbestämmelse *inte* ska behöva föreläggas och då är en samtyckesreglering den bästa lösningen. En bestämmelse baserad på medel och omständigheter kommer alltid att missa de fall då dessa inte kan bevisas. Att det kriminaliserade området utökas innebär givetvis att bevisbördan blir tyngre jämfört med då den aktuella handlingen var laglig.

Vissa av argumenten som framkommer i litteraturen, både direkt och indirekt, som bygger på att problemen med att skipa rättvisa i sexualbrottsfall till stor del bygger på det faktum att kvinnor måste infoga sig i männens värld, lagen är skriven för män och kvinnor måste alltid förhålla sig till männens tolkningsföreträdare, måste jag invända mot. Att det är en korrekt iakttagelse tvivlar jag inte på men det blir snett när detta synsätt appliceras på en rättsprocess. Den tilltalade har alltid en form av överläge i en process, bevisbördan ligger på åklagaren och det är som bekant tanken bakom systemet och ett utslag av en oskyldighetspresumtion. Det kan uttryckas som att den tilltalade alltid har ett tolkningsföreträdare, det är först när något är bevisat bortom rimligt tvivel som bågaren tippar över till målsägandes fördel. Detta har alltså inte att göra med att den tilltalade är man, utan med att det nästan alltid är en man som är tilltalad i dessa fall. Detta faktum kan man i och för sig säkert välja att förklara utifrån ett perspektiv om att kvinnor måste anpassa sig till en världsordning som är skapad av män för män.

6.3.5 Slutsats

För att kort sammanfatta min ståndpunkt är jag av uppfattningen att en förutsättning för att sexualbrotten ska minska till antal är att människors, särskilt mäns, attityder förändras. Jag anser även att det är troligt att människors inställning till sexualitet kan påverkas av normer i samhället samt att en samtyckesreglering i sin tur har möjlighet att påverka dessa. Det är inte

rekvisitändringens betydelse vid själva ansvarsutmätningen som jag främst tycker talar för en lagändring, jag tror nämligen inte att den kommer att få någon nämnvärd betydelse ifråga om vilka handlingar som kommer klassificeras som våldtäkt. De två lagstiftningsteknikerna kan omfatta precis samma typer av gärningar och det är min uppfattning att den nya våldtäktsbestämmelsen ligger mycket nära att omfatta alla de situationer då ett samtycke inte förelegat. Antagligen är det endast i undantagsfall det föreligger en situation då ett giltigt samtycke inte är för handen utan att varken tvång eller en särskilt utsatt situation kan appliceras på situationen. Styrkt tvång eller en särskilt utsatt situation utesluter att ett giltigt samtycke förelegat och i de flesta fall, dock inte i alla, torde ett styrkt bristande samtycke innebära att antingen tvång förekommit eller att en särskilt utsatt situation förelegat.

Däremot finns det en hel del som tyder på att en samtyckesreglering, utöver möjligheten att genom normbildning minska antalet faktiska övergrepp, hade kunnat få många positiva effekter. Den förutspås kunna utgöra ett stöd för kvinnor som utsätts för sexuell press, göra att omgivningen bemöter våldtäktsoffer på ett bättre sätt, förbättra polisutredningar, dels då de kommer få positiva terapeutiska effekter för offret, dels då de kommer bli bättre balanserade och därmed bättre utredda. Även i rättsprocessen hade en samtyckesreglering kunnat få positiva konsekvenser. Lyckas regleringen påverka normerna på området kan den förändra ledamöternas syn på skyddsvärdhet och krav på insikt. Men även om normbildningen uteblir kan ett byte av presumtion ändå generera detta resultat. Det faktum att rättsprocessen kan bli mer balanserad då den tilltalade kommer inkluderas mer än idag får också ses som en positiv effekt. Då den nuvarande regleringen inte kan göra anspråk på några av dessa positiva effekter, utan tvärtom åstadkommer de rakt motsatta, tycker jag att en samtyckesreglering når upp till det av regeringen uppställda kravet på att vara ”klart bättre” än den nuvarande lagstiftningen. Det kan givetvis vara så att en samtyckesreglering inte kommer att leda till någon av de i uppsatsen nämnda fördelarna. Men om detta är fallet kan jag inte se att vi har förlorat något på en lagändring då den nuvarande regleringen inte heller gör det och då regleringarna i övrigt omfattar i princip samma handlingar. Med tanke på vad som är skyddsintresset i kombination med att argumenten mot att införa en samtyckesreglering, enligt mig väger förhållandevis lätt, är min uppfattning att vi i Sverige borde införa en samtyckesbaserad våldtäktsparagraf. Då de argument som enligt min mening väger tyngst mot att införa en samtyckesreglering, inte kommer aktualiseras vid en kompletterande och subsidiär samtyckesbestämmelse, har jag svårt att förstå varför regeringen inte vid den senaste lagändringen i alla fall införde en sådan. Jag är av uppfattningen att en samtyckesbaserad våldtäktsparagraf är ett nödvändigt steg på vägen mot ett fullt ut jämställt samhälle, inte minst med tanke på vad en sådan lagändring kommer att representera. Införandet av en samtyckesreglering kommer vara ett kvitto på att vi lever i ett samhälle som har tagit ett stort steg i rätt riktning genom att fullt ut försöka skaka av sig förlegade uppfattningar om sexualitet och i lag slå fast kvinnors absoluta rätt till sexuellt självbestämmande. Detta är ett steg som jag är övertygad om att vi i Sverige förr eller senare kommer att ta, och då inte minst för dess starka symbolfunktion.

Bilaga A – gällande rätt

Nedan återges brottsbalkens 6 kap 1 § i sin nuvarande lydelse.

Brottsbalken 6 kap 1 §

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 allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två och högst sex år.

Detsamma gäller den som med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation.

Är ett brott som avses i första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år.

Är brott som avses i första eller andra stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fyra och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas, om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

Bilaga B – förslag på en ren respektive en subsidiär samtyckesreglering

Nedan följer Madeleine Leijonhufvuds förslag på hur brottsbalkens 6 kap 1 § kan utformas som en ren samtyckesreglering samt utredarnas förslag i SOU 2010:71. I det senare kompletteras brotten våldtäkt och sexuellt tvång med en subsidiär samtyckesreglering. Här återges inte bestämmelsen om sexuellt tvång, brottsbalkens 6 kap 2 §, då arbetet endast fokuserat på våldtäktsbrottet.

Madeleine Leijonhufvuds förslag på en ren samtyckesreglering:

Brottsbalken 6 kap 1 §

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 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*.

Det förslag på utformning av våldtäktsbrottet som presenterades i SOU 2010:71. Våldtäktsbrottet regleras enligt detta förslag fortfarande i 6 kap 1 § BrB men kompletteras med en subsidiär samtyckesbaserad straffbestämmelse i 6 kap 3 § BrB:

Brottsbalken 6 kap 1 §

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 den sexuella kränkningens allvar är jämförlig med påtvingat samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två och högst sex år.

Detsamma gäller den som med en person genomför en sådan sexuell handling som avses i första stycket genom att otillbörligt utnyttja att personen

1. på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars befinner sig i ett hjälplöst tillstånd, eller

2. befinner sig i en beroendeställning till gärningsmannen eller annars med hänsyn till omständigheterna har särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet.

Är ett brott som avses i första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år.

Är brott som avses i första eller andra stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fyra och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska särskilt beaktas, om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

Brottsbalken 6 kap 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.

Käll- och litteraturförteckning

Lagstiftning

Rättegångsbalken (1942:740)

Föräldrabalken (1949:381)

Brottsbalken (1962:700)

Lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster

Lag (2013:365) om ändring i brottsbalken

Engelsk rätt

Sexual Offences Act 2003

Norsk rätt

Straffeloven 1902

Förarbeten

Direktiv 1998:48 *Översyn av lagstiftningen om sexualbrott*

Direktiv 2008:94 *Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform, m.m.*

SOU 1995:60 *Kvinnofrid*

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

SOU 2010:49 *Förbud mot köp av sexuell tjänst En utvärdering 1999-2008*

SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen – utvärderingen och reformförslag*

Proposition 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Proposition 1998/99:145 *Ändring av fridskränkingsbrotten*

Proposition 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

Proposition 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

M.C. mot Bulgarien, dom av den 4 december 2003 (ansökan nr 39272/98)

Högsta domstolen

NJA 1988 s. 40

NJA 2004 s. 231

Litteratur

- Almås, Elsa, *Sex och sexologi*, Universitetsforlaget, Oslo, 2004
- Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, 2004
- Andersson, Ulrika, ”Hans våld eller hennes vilja? En diskussion om den rättsliga prövningen av våldtäkt”. I: *Juridisk Tidskrift* 2004-2005, s. 222-229
- Andersson, Ulrika, ”Hur utmanas straffprocessen av samhällsvetenskapliga perspektiv på kön och våld?”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Noreé, Annika, Sitte-Durling, Catarina, Zila, Josef och Wennberg, Suzanne [redaktionskommitté], Norstedts juridik, Stockholm, 2007
- Andersson, Ulrika, ”Våld mot kvinnor i straffrätten – Utsatta individer i strukturell och diskursiv belysning”. I: *På vei – Kjønn och rett i Norden*, Svensson, Eva-Maria, Andersson, Ulrika, Brækhus, Hege, Burman, Monica, Hellum, Anne, Jørgensen, Stine och Pylkkänen, Anu, Makadam förlag, Göteborg och Stockholm, 2011
- Asp, Petter, *Sex och Samtycke*, Iustus Förlag, Uppsala, 2010 [ref. Asp, 2010]
- Baier, Matthias, *Norm och rättsregel En undersökning av tunnelbygget genom Hallandsåsen*, Sociologiska institutionen, Lunds Universitet, Lund, 2003
- Baier, Matthias och Svensson, Måns, *Om Normer*, Liber, Malmö, 2009
- Bergenheim, Åsa, *Brottet, offret och förövaren, Vetenskapen och det svenska rättsväsendets syn på sexuella övergrepp mot kvinnor och barn*, Carlsson Bokförlag, Stockholm, 2005
- Berggren, Nils-Olof, mfl., *Brottsbalken En kommentar*, (1 januari 2013 t.o.m. Supplement 2, Zeteo), kommentaren till 6 kap 1 §
- Berglund, Kerstin, ”Samtyckesutredningen”. I: *Juridiskt Tidskrift* 2008-2009, s.701-719
- Berglund, Kerstin, *Straffrätt och kön*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007
- Diesen, Christian, ”Tagande med våld”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Noreé, Annika, Sitte-Durling, Catarina, Zila, Josef och Wennberg, Suzanne [redaktionskommitté], Norstedts juridik, Stockholm, 2007
- Diesen, Christian, *Terapeutisk Juridik*, Liber, Malmö, 2011
- Diesen, Christian och Disen, Eva F., *ÖVERGREPP mot kvinnor och barn – den rättsliga hanteringen*, 2a uppl., Norstedts juridik, Visby, 2013
- Ekelöf, P-O och Boman, R, *Rättegång. Fjärde häftet*, 7e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009
- Giddens, Anthony, *Intimitetens omvandling, Sexualitet, kärlek och erotik i det*

- moderna samhället*, Nya Doxa, Nora, 1995
- Groth, Nicholas, *Män som våldtar Vilka är de? Varför begår de våldtäkt?*, Bokförlaget Prisma Stockholm, Stockholm, 1981
- Göttner-Abendroth, Heidi. *Matriarchal societies: studies on indigenous cultures across the globe*, Peter Lang Publishing, New York, 2012
- Jareborg, Nils, *Allmän Kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala, 2001
- Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus förlag, Uppsala, 1992
- Kwarnmark, Elisabeth, "Våldtäkt och sexuellt våld". I: *Sexologi*, P.O Lundberg (red), 2 uppl, Liber, Stockholm, 2002
- Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, 8 uppl. Norstedts juridik, Visby, 2009
- Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen Lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson Förlag, Stockholm, 2008
- Leijonhufvud, Madeleine, "Ny svensk sexualbrottsreglering - en lag i otakt med tiden". I: *Väkivalta Seuraamukset ja haavoittuvuus*, Talentum, Helsingfors, 2006
- Lewin, Bo, "Sexualiteten som social konstruktion". I: *Sexologi*, P.O Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red), 3 uppl., Liber, Stockholm, 2010
- Långström, Niklas, "Sexualbrottsförövare – brottsåterfall och psykiatriska överväganden". I: *Sexologi*, P.O Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red), 3 uppl., Liber, Stockholm, 2010
- MacKinnon, Catharine, "Sex och våld: Ett perspektiv". I: *Texter i samtida politisk teori*, Beckman m.fl. (red), Liber, Malmö, 2009
- Månsson, Sven-Axel, "Att förstå det sexualiserade våldet – olika förklaringsmodeller". I: *Sexologi*, P.O Lundberg och Lotta Löfgren-Mårtenson (red), 3 uppl., Liber, Stockholm, 2010
- Rapp, Kajsa och Wersäll, Fredrik, "Utan samtycke Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt". I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Noreé, Annika, Sitte-Durling, Catarina, Zila, Josef och Wennberg, Suzanne [redaktionskommitté], Norstedts juridik, Stockholm, 2007.
- Reeves Sanday, Peggy, *Women at the center: life in a modern matriarchy*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 2002
- Sarnecki, Jerzy, *Introduktion till kriminologi*, Studentlitteratur, Lund, 2003
- Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
- Sutorius, Helena och Kaldal, Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003

Sutorius, Helena, ”Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt - reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar”. I: *Juridisk tidskrift* 1997-1998, s. 1297-1309

Temkin, Jennifer och Krahe Barbara, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008

Thornhill, Randy och Palmer, Craig, *A natural history of rape biological bases of sexual coercion*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000

Träskman, Per Ole, ”Går det att tygla lustan? Om straffbar pornografi, pedofili och prostitution?”. I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1998

Träskman, Per Ole, ”Har det gått mus i kvinnofriden?”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Noreé, Annika, Sitte-Durling, Catarina, Zila, Josef och Wennberg, Suzanne [redaktionskommitté], Norstedts juridik, Stockholm, 2007

Wennberg, Suzanne, ”Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja?”, *Juridisk Tidskrift* 2004-2005 s. 113-131

Övrigt

Remissyttranden

Åklagarmyndighetens remissyttrande (ÅM-A 2010/1766) över SOU 2010:71, ställt till Justitiedepartementet, Ju2010/8127/L5, 2011-03-11

Advokatsamfundets remissyttrande (R-2010/1729) över SOU 2010:71, ställt till Justitiedepartementet, Ju2010/8127/L5, 2011-03-01

Brottsoffermyndighetens remissyttrande över SOU 2001:14 *Sexualbrotten Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*, Umeå

Sammanställning av remissyttranden *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag (SOU 2010:71)* Ju2010/8127/L5, Justitiedepartementet, 2013-01-31

Rapporter

Brottsförebyggande rådet Rapport 2013:18 *Kriminalstatistik 2012* [ref. Brå rapport 2013:18]

Brottsförebyggande rådet Rapport 2008:13 *Våldtäkt mot personer 15 år och äldre Utvecklingen under åren 1995-2006* [Brå rapport 2008:13]

Brottsförebyggande rådets statistik rörande våldtäkt och andra sexualbrott, <http://www.bra.se/bra/brott—statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>, den 3 december 2013 [ref. Brå brottsstatistik]

Månsson, Sven-Axel, m.fl., *Överlevnad och förändring, Vardagsliv och behandling av sexualbrottsdömda på skogomeanstalten*, Forskningsrapport kriminalvårdsstyrelsen i samarbete med Göteborgs Universitet. Inst. För socialt arbete, 2002

Y-SAV (Youth Sexual Aggression and Victimization), *Combatting youth sexual aggression and victimization in the European Union: stakeholder perspectives and recommendations*, november 2013 [ref. Y-sav, 2013]

Elektroniska källor

Asp, Petter, ”Sex utan samtycke – en kommentar till Sexualbrottsutredningens betänkande”, *InfoTorg Juridik*, publicerad den 8 november 2010 [ref. Asp, InfoTorg, 2010]

Dagspress

Henriksson, Tove och Temrell, Josefine ”Oskyldig tills motsatsen bevisas är principen vid alla brottsmål, även vid samtyckesreglering.”, *Sydsvenskan*, 13 november 2013

Magnusson, Erik, ”FP splittrat om samtycke vid sex”, *Sydsvenskan*, 13 november 2013

Radioprogram

Sveriges Utbildningsradio, *Sex till salu – om legalisering*, 2010, <http://www.ur.se/Produkter/158796-Kara-medborgare-Sex-till-salu-om-legalisering>, den 14 november 2013 [ref. UR, 2010, ”Sex till salu – om legalisering”]

Sveriges Utbildningsradio, Bildningsbyrån-Sex, *Den tuktade lusten*, 2012, <http://www.ur.se/Produkter?q=den+tuktade+lusten>, den 14 november 2013 [ref. UR, 2012, ”Den tuktade lusten”]

Kampanjer

FATTA!, www.fatta.nu, den 20 november 2013 [ref. FATTA-kampanjen]