



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martina Båtelson

Vad är problemet med våldtäkt?
En diskursanalys av lagförslag med fokus på samtycke

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2014

Innehållsförteckning

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	7
FÖRKORTNINGAR	8
1 INLEDNING	9
1.1 BAKGRUND	9
1.2 SYFTE.....	9
1.3 FRÅGESTÄLLNING.....	10
1.4 PERSPEKTIV, METOD OCH TEORI	10
1.4.1 <i>Perspektiv och teori</i>	10
1.4.2 <i>Metod</i>	10
1.5 FORSKNINGSLÄGE	12
1.6 MATERIAL.....	13
1.7 AVGRÄNSNING	13
1.8 DISPOSITION OCH TERMINOLOGI.....	14
2 CATHARINE MACKINNON	15
3 2005 ÅRS SEXUALBROTTSREFORM	18
4 DISKURSANALYS	19
4.1 PROPOSITION 2012/13:111	19
4.1.1 <i>Lagens skyddsintresse</i>	19
4.1.2 <i>Föreslagna lagändringar</i>	20
4.1.3 <i>Argument för och emot en samtyckesmodell</i>	21
4.2 SAMTYCKESUTREDNINGEN.....	26
4.2.1 <i>Lagens skyddsintresse</i>	26
4.2.2 <i>Föreslagna lagändringar</i>	26
4.2.3 <i>Synen på kvinnans sexualitet och lagens normerande verkan</i>	27
4.2.4 <i>Låg åtals- lagförings och anmälningfrekvens</i>	28
4.2.5 <i>Rättsliga synpunkter</i>	30
5 SKILLNADER OCH LIKHETER I PROBLEMBESKRIVNINGARNA	32
5.1 LIKHETER.....	32
5.1.1 <i>Lagens skyddsintresse</i>	32
5.1.2 <i>Liberal människosyn</i>	32
5.2 SKILLNADER.....	33
5.2.1 <i>Synen på sex</i>	33
5.2.2 <i>Kön som relevant faktor</i>	33
5.2.3 <i>Fokus vid lagstiftningsövävägande</i>	34
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
BILAGA A	37
BILAGA B	38
BILAGA C	39

Summary

In 2008, two parallel reports concerning the Swedish rape legislation were written. They were both instructed to consider if the question of consent should replace the requirement for force, threat or the abuse of a victim's helpless condition. They would also evaluate whether the reform of sexual offences in 2005 had met its objectives. One of the investigations was a Swedish Government Official Report, named SOU 2010:71 which later resulted in a legislative proposal from the government: prop. 2012/13:111 where the issue of consent was considered. The other report was ordered by the Green Party and presented its own legislative proposal in the book "Samtyckesutredningen".

The two legislative proposals differed both concerning the problem representation and the proposed solution. The government's proposal problem representation focused on the shortcoming of the 2005 legislation. In particular they discussed areas that fell outside the criminalization that should be criminalized. The demand for the victim to be in a "helpless state" was set too high and was replaced by a demand for the victim to be "particularly vulnerable". The cases where the victim reacts to a sexual offence by remaining passive was also described as a problem, remedied by the addition of "serious fear". Overall, the criminalized area increased. A legislation based on the question of consent was deemed inappropriate because it increased the focus on the victim. In addition, consent was deemed too general of a term. This would lead to difficulty for the courts. It would also be hard to prove. Instead the proposal retained a regulation that stated the circumstances which negates consent.

"Samtyckesutredningen"'s problem description focused less on legal issues than the government's proposal. Instead they described society's and the legal system's view of female sexuality and the low number of prosecutions and convictions as the biggest problems. This would be remedied with a consent requirement and an abolition of all other requirements, like coercion or force. The legislation would have a normative effect because men have to make sure that the woman is consenting before conducting a sexual act.

There are both similarities and differences in the two proposals. Both agree that the protected interest should be the individual's sexual integrity. According to Catharine MacKinnon, constructing sexual abuse as something that happens randomly hides the reality where women are the vast majority of the victims of sexual abuses. There is also a liberal view of the human in both proposals. Because consent is deemed relevant it presupposes a human being that is free to both dissent and consent. MacKinnon is critical of the idea of consent because she does not believe that women are free to consent at all. Their understanding of their options are too limited due to men's dominance over women. Both proposals are gender neutral.

There are also major differences in the proposals. "Samtyckesutredningen" emphasizes the importance of sex to be pleasurable while the Government proposal sees consent as enough for sexual autonomy. Samtyckesutredningen's problem representation describes gender as key factor while the government proposal never even mentions gender. To MacKinnon, sex is intimately connected with gender. The low percentage of convicted rapists is not mentioned as a problem by the government.

A consent construction is rejected by the government because they assess this would lead to a lessened legal security. According to MacKinnon, this is a clear male standpoint where the law is designed from the viewpoint of the perpetrator who she assumes is male.

Sammanfattning

2008 utfördes två parallella utredningar som båda skulle ta ställning till om en samtyckeskonstruktion skulle ersätta kravet på våld, hot om brottslig gärning eller otillbörligt utnyttjande av offrets hjälplösa tillstånd i våldtäktsparagrafen. Dessutom utvärderades 2005 års sexualbrottsreform för att se om lagändringarna uppfyllde det tilltänkta syftet. Det rörde sig om en statlig utredning, SOU 2010:71, och en skuggutredning på uppdrag av Miljöpartiet: Samtyckesutredningen. Den statliga utredningen resulterade i ett lagförslag, proposition 2012/13:111 där frågan om samtycke särskilt övervägdes. Samtyckesutredningen presenterade även de ett lagförslag.

Propositionens och Samtyckesutredningens lagförslag och problembeskrivning skiljde sig åt väsentligt. Propositionens problembeskrivning hade fokus på bristerna i 2005 års lagstiftning. Framförallt diskuterades områden som föll utanför kriminaliseringen på ett ingående sätt, där olika scenarion beskrevs. ”Hjälplöst tillstånd” ersattes med ”särskilt utsatt situation” eftersom rättstillämpningen satte kravet för högt. De fall då ett offer reagerar med passivitet åtgärdades genom att ”allvarlig rädsla” adderades. Sammantaget utökades det kriminaliserade området. En samtyckeskonstruktion ansågs inte lämplig eftersom det inneburit ett ökat fokus på offret. Dessutom ansåg man att samtycke är ett alltför generellt begrepp som inneburit svåra bedömningar för domstolarna. Det hade också lett till problem i bevishänseende. Istället behölls en reglering som angav vilka omständigheter som negerar ett samtycke.

Samtyckesutredningens problembeskrivning fokuserade mindre på rättsliga frågor än propositionen. Istället beskrevs samhällets och rättsväsendets syn på kvinnans sexualitet som tillgänglig och det låga antalet åtal och fällande domar i våldtäktsmål som de största problemen. Detta skulle åtgärdas med en våldtäktslagstiftning som helt bygger på samtycke. Det skulle i denna del inte finnas några krav på hot eller våld. Lagstiftningen skulle då få en normerande verkan där mannen måste ta reda på om kvinnan samtycker innan de genomför en sexuell handling. Det finns en tydlig problembeskrivning med mannen som förövare och kvinnan som offer.

Det finns både likheter och skillnader i de två lagförslagen. Båda är överens om att det är den enskildas sexuella integritet som är det skyddsvärda. Enligt Catherine MacKinnon konstrueras då sexuella övergrepp som något som sker slumpmässigt, och döljer verkligheten där det kvinnor är i övervägande majoritet bland offren. Det finns också en liberal människosyn. Eftersom samtycke tillmäts sådan relevans bygger detta på en idé om en fri individ med möjlighet att både neka och ge samtycke. MacKinnon är kritisk till idén om samtycke eftersom hon inte tror att kvinnor är fria att fatta beslut i relation till män. Båda lagförslagen är till sin utformning könsneutrala.

Det finns också stora skillnader i förslagen. Samtyckesutredningen lägger tonvikt vid att sex ska vara lustbetonat medan propositionen tycker att samtycke är tillräckligt för sexuell självbestämmanderätt. I Samtyckesutredningens problembeskrivning beskrivs kön som en faktor medan propositionens problembeskrivning aldrig nämner kön. För MacKinnon är sexualbrott intimt sammankopplade med kön. Den låga andel dömda och åtalade för våldtäkt nämns inte i propositionen. En samtyckeskonstruktion

förkastas eftersom det inneburit större rättsosäkerhet. Enligt MacKinnon är detta ett tydligt manlig perspektiv som tar tillvara förövarnas intresse långt mer än offrens.

Förord

Jag vill tacka min handledare Uta Bindreiter.

Krossa patriarkatet.

Martina Båtelson, Malmö 7 januari 2015

”If women live up to their fears, and represent reality as we know and find it, and the use of public political power for private sexual profit is opened to public scrutiny, maybe by the end of the next millennium the private will be a place of sexual equality, politics will no longer be sexual, and sex will no longer be political.”

Catharine MacKinnon

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
HD	Högsta Domstolen
ECHR	European Court of Human Rights
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sexualbrottslagstiftningen är ständigt omdiskuterad, i den juridiska disciplinen och kanske ännu mer i det vardagliga livet. Det är en fråga som berör och intresserar. De senaste åren har debatten i hög grad varit inriktad på frågan om en samtyckesmodell bör införas i svensk lagstiftning, vilket kan utläsas av flertalet statliga utredningar och betänkanden som utrett frågan.

2005 reformerades den svenska sexualbrottslagstiftningen vilket innebar att våldtäktsbrottet utvidgades. Trots denna reform fortsatte debatten både gällande en eventuell samtyckesmodell, men även huruvida den dåvarande lagstiftningen var tillfredsställande. 2008 tillsattes en Sexualbrottskommitté av regeringen, som utmynnade i SOU 2010:71. Denna utredning låg sedan till grund för ett lagförslag som presenterades i proposition 2012/13:111. Samtidigt, 2008, gav Miljöpartiet i uppdrag till straffrättsprofessorn Madeleine Leijonhufvud utföra en skuggutredning, vilket sedan blev boken ”Samtyckesutredningen”. De båda utredningarna fick i uppdrag att undersöka ifall en samtyckesmodell borde ersätta kravet på våld, hot om brottslig gärning eller otillbörligt utnyttjande av offrets hjälplösa tillstånd i våldtäktsparagrafen.¹ Både propositionen och Samtyckesutredningen presenterade varsitt lagförslag², med två helt skilda lösningar. De utgick från samma verklighet, ändå blev resultaten så annorlunda. Varför?

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att blottlägga de idéer och tankar som lett fram till de olika lagförslagen i Samtyckesutredningen och prop. 2012/13:111. Främst ska undersökas hur olika problembeskrivningar påverkar valet av lagstiftningsmodell. Syftet är att sedan kritiskt granska denna uppfattning och utreda eventuella konsekvenser. Detta ska göras utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv.

¹ Leijonhufvud 2008, s. 5.

² Jag är medveten om att propositionen är att betrakta som ett förarbete, men eftersom båda texter innehåller ett lagförslag är det så jag kommer referera till dem.

1.3 Frågeställning

Min centrala frågeställning är:

- Vilka är de ”problem” som ska åtgärdas i Samtyckesutredningen och prop. 2012/13:111 olika lagförslag? Vad är de största skillnaderna och likheterna i problembeskrivningen?

Den kommer att besvaras med hjälp av följande underfrågor:

- Hur konstrueras problembeskrivningarna i lagförslagen och vad är det för antaganden som ligger till grund för dessa?
- Utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv, hur ska dessa tankar förstås och hur kan de kritiserars?

1.4 Perspektiv, metod och teori

1.4.1 Perspektiv och teori

Uppsatsen utgår från ett radikalfeministiskt perspektiv, så som det kommer till uttryck i Catharine MacKinnons teorier. I en mening tar jag på mig McKinnons glasögon när jag studerar källmaterialet. Eftersom hennes teorier är centrala för uppsatsen kommer jag att behandla dessa utförligt i kapitel 2.

1.4.2 Metod

Två metoder används i framställningen. En kortare del består av rättsdogmatisk metod och en längre del utgörs av en diskursanalys. Den rättsdogmatiska metoden innebär förenklat att uttolka gällande rätt med hjälp av rättskällevärdet. Rättskällevärdet systematiserar gällande rätt utefter lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.³ Eftersom detta är en liten del av min uppsats kommer jag inte närmare beskriva rättsdogmatisk metod.

1.4.2.1 Socialkonstruktionism

Diskursanalys är ett av flera angreppssätt som härstammar från *socialkonstruktionismen*⁴, en teori om kultur och samhälle. Socialkonstruktionismens kunskapssyn genomsyrar min uppsats. Innan jag förklarar min diskursanalytiska

³ Korling och Zamboni 2013, s. 21ff.

⁴ *Socialkonstruktionism* kan även benämnas *socialkonstruktivism*.

metod ska jag därför utveckla socialkonstruktionismens premisser:

- En kritisk inställning till kunskap och kunskapsproduktion. Vår kunskap om världen kan aldrig betraktas som en objektiv sanning. Denna kunskap är istället beroende av de kategorier och koncept vi utvecklat för att förstå världen.
- Kunskap är alltid historiskt och kulturellt präglad. Vår uppfattning om världen är alltid historisk och kulturell specifik; om vi levt i en annan tid eller kultur hade denna uppfattning varit annorlunda. Den kan också förändras över tid.
- Kunskap är en social produkt. Vår världsuppfattning skapas, förändras och upprätthålls genom social interaktion med andra människor.
- Kunskap påverkar social handling. I en bestämd världsbild blir vissa handlingar naturliga och andra otänkbara. Den sociala konstruktion som skapar denna världsbild leder därför till konkreta sociala konsekvenser.⁵

Kunskap om världen anser socialkonstruktionismen förmedlas genom språket. Genom språket skapar vi representationer av verkligheten som i sin tur skapar verkligheten. Det finns därför inga objektiva speglingar av verkligheten. ”Den fysiska världen finns också, men den får bara betydelse genom diskurs”.⁶ En diskurs kan förstås som ”*ett bestämt sätt att tala om och förstå världen (eller ett utsnitt av världen)*”.⁷ I min uppsats utgår jag därför från att rätten och i förlängningen lagförslagen, kan läsas som en *diskurs*. Det är denna jag undersöker.

1.4.2.2 ”What’s the problem represented to be”-approach

Eftersom jag studerar två policyförslag har jag valt en metod inriktad på policyanalys: Carol Bacchis ”What’s the problem represented to be?” approach (*WPR*). Den startar med premissen att det som ska åtgärdas med en policy avslöjar vad som anses problematiskt. Precis som socialkonstruktionismen ifrågasätter att kunskap kan vara objektiv ifrågasätter Bacchi att ”problem” enkelt kan identifieras och till sin natur är objektiva.⁸ Därför ska först utredas vad ”problemet” anses vara i ett visst styrdokument. När detta är gjort kan man sedan kritiskt granska denna problembeskrivning. Detta görs genom de sex frågor som jag återkommer till nedan.

⁵ Winther Jørgensen och Phillips 2000, s. 11f.

⁶ Ibid, s. 15.

⁷ Ibid, s. 7.

⁸ Bacchi 2010, s. 2.

Bacchi utmanar hur vi vanligtvis tänker på offentliga styrdokument: som ett sätt att reagera på och ”lösa” ett tydligt ”problem”. Istället menar hon att när ett styrdokument presenteras så *skapas och konstrueras* ett ”problem”. Detta betyder inte att reella samhällsliga problem inte existerar, utan att förståelsen av dem kommer variera beroende på hur de diskuteras. Detta ”problemskapande” sker inte medvetet utan kan bygga på underförstådda antaganden.⁹ Av detta följer att policyförslag och policyers innehåller implicita representationer av vad som anses vara problemet.

Olika förslag skapar konkurrerande representationen av vad som anses vara problemet. Detta innebär att vi är styrda av *problematiseringar*, snarare än genom styrdokument.¹⁰ Dessa problematiseringar är därför viktiga att upptäcka, granska och ifrågasätta.

I metoden ska ett antal frågor besvaras. Dessa är följande.

- Hur beskrivs problemet i ett visst politiskt styrdokument eller förslag?
- Vilka antaganden eller ”föregivtaganden”¹¹ stöder problembeskrivningen?
- Hur har problembeskrivningen uppstått?
- Vad problematiseras inte i problembeskrivningen? Var är tystnaderna? Kan “problemet” betraktas annorlunda?
- Vad får denna problembeskrivning för effekt?
- Hur/var har den här problembeskrivningen producerats, spridits och försvarats? Hur har den (eller skulle den kunna) ifrågasatts, störts eller ersatts?¹²

I min uppsats kommer jag att besvara de sista tre frågorna med utgångspunkt i MacKinnons teorier.

1.5 Forskningsläge

Angående frågan om samtycke i svensk sexualbrottslagstiftning bör främst nämnas Petter Asps ”Sex och Samtycke” (2010). Däri analyseras samtyckesbegreppet och dess relation till tvång och utnyttjande.

⁹ Bacchi 2010, s. 2.

¹⁰ ibid s. 4.

¹¹ Engelskans ”presuppositions”

¹² Bacchi 2012, s.21ff.

Ulrika Andersson har i sin avhandling ”Hans ord eller hennes” (2004) utfört diskursanalys av den straffrättsliga diskursen om våldtäkt, främst med användande av praxis.

1.6 Material

Vad gäller bakgrundskapitlet om MacKinnon använder jag flertalet skrifter för att förklara hennes teorier. Det urval jag gjort bygger på att jag velat ge en så sammansatt bild som möjligt i relation till uppsatsens ämne. Utgångspunkten för alla texterna är att de berör lagens funktion i samhället, framförallt i relation till våldtäktsbrottet.

Jag har valt ”Samtyckesutredningen” och prop. 2012/13:111 som källmaterial eftersom deras lagförslag ligger långt ifrån varandra. Argumenten som används i de båda anser jag representerar de ståndpunkter som ofta hörs i den samtida debatten.

Den del som behandlar gällande rätt är hämtad mestadels från kommentaren till 6 kap. 1 § Brottsbalken (1962:700).

1.7 Avgränsning

Min uppsats fokuserar på lagförslag som rör brottet våldtäkt, idag 6 kap. 1 § BrB. I Samtyckesutredningen presenterades förändringar utöver 6 kap. 1 § BrB vilka kommer behandlas i den mån de påverkar brottet våldtäkt. I övrigt är det den enda aktuella lagparagrafen.

SOU 2010:71 och prop. 2012/13:111 presenterade varsitt lagförslag. Utredningen föreslog en subsidiär bestämmelse till våldtäkt och sexuellt tvång där samtycke skulle vara huvudfrågan. På grund av platsbrist kommer jag inte gå in närmare på detta. Förslag och argument i SOU 2010:71 kommer endast behandlas i de fall då propositionen inte förklarar sin ståndpunkt eller då de hänvisar till utredningen. Jag går inte heller in på de tidigare utredningar¹³ som berör en eventuell Samtyckesmodell om inte propositionen uttryckligen hänvisar till dessa.

¹³ T.ex. SOU 2001:14, prop. 2004/05:45 eller 2012/13:JuU20, Justitieutskottets betänkande.

Både MacKinnon och Leijonhufvud är högst cisnormativa. MacKinnon har också fått utstå hård kritik från postkoloniala feminister.¹⁴ Det hade varit intressant att föra in ytterligare ett feministiskt perspektiv för att kritisera MacKinnons teorier, men på grund av uppsatsens begränsade omfång är det tyvärr inte möjligt.

1.8 Disposition och terminologi

Jag kommer börja uppsatsen med att redogöra för Catharine MacKinnons teorier. I efterföljande kapitel beskrivs sexualbrottsreformen 2005 eftersom lagförslagen utgår från dessa. Efter det följer diskursanalysen där jag börjar med propositionens förslag och problembeskrivning och sedan övergår till Samtyckesutredningen. I det avslutande kapitlet sammanfattar jag likheter och skillnader med de två förslagen och dess syn på ”problemet”. I denna del precis som i kapitlet innan väver jag in MacKinnons teorier för att besvara metodens frågor.

MacKinnon utgår i sina texter från en manlig förövare och ett kvinnligt offer varför även jag gör detta i de delar jag refererar till henne.

¹⁴ Se bl.a. Angela P. Harris, ”Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, Stanford Law Review, vol. 42, No. 3 (februari, 1990) s. 581-616.

2 Catharine MacKinnon

Catharine MacKinnon är en amerikansk professor i juridik och radikalfeminist. Hon har i sina verk riktat stark kritik mot staten och dess roll i bevarandet av könsmaktsordningen. Staten är enligt MacKinnon patriarkal. Den ser och behandlar kvinnor som män ser och behandlar kvinnor. Detta görs på en rad sätt, bland annat genom att ”objektivitet” är norm. Objektivitet är den liberala legalismens idé om sig själv. Den rättfärdigar sig själv genom att reflektera sin syn på det existerande samhället.¹⁵

Ojämlighet i samhället genomförs utan att lagen uttryckligt verkställer det, men lagen är trots detta involverad genom att tillåta övergrepp den till synes verkar förbjuda, till exempel våldtäkt.¹⁶ Lagen är också nästan uteslutande könsneutral, vilket enligt MacKinnon innebär att den antar mannens perspektiv: ”Könsneutralitet” är den manliga standarden. Den illusoriska neutraliteten döljer också verkliga maktskillnader.¹⁷ Kvinnors underordning i förhållande till män innebär att kön är en hierarki: ”*a division of power*”¹⁸. Detta maktförhållande erkänns dock inte av lagen, som är könsneutral.

MacKinnon anser att kvinnor är sexuellt utnyttjade för att de är kvinnor. Det sker inte individuellt eller slumpmässigt, utan på grund av deras kön. Sexuella kränkningar symboliserar och aktualiserar kvinnors underordnade position i förhållande till män. Det är både en indikation på och en praktik av ojämlikhet.¹⁹ Denna underordning är dessutom erotiserad, vilket gör att våld och sexuellt begär inte är två uteslutande faktorer.²⁰ Traditionella könsroller innebär att manlig sexualitet är aggressiv medan kvinnan är passiv och ett offer, och någon grad av våld är romantiserad som acceptabel.²¹

¹⁵ MacKinnon 1983, s. 640.

¹⁶ MacKinnon 2005, s. 130.

¹⁷ MacKinnon 1987, s. 32.

¹⁸ MacKinnon 1987, s. 90.

¹⁹ MacKinnon 2005, s. 129.

²⁰ MacKinnon 1983, s. 650.

²¹ MacKinnon 2005, s. 130.

Staten och lagen gör en tydlig uppdelning mellan det offentliga och det privata. Det offentliga regleras, medan det privata är icke-reglerat. Skador uppkommer för individer då den privata sfären kränks, inte inom den, enligt det klassiskt manliga (och liberala) perspektivet. I det privata förutsätts finnas en maktbalans, varför lagstiftning inte behövs för att skydda en svagare part.

Of all of everyday life, sexual relations between women and men may seem the farthest from the reach of law. Sex occurs in private, in presumed consent, in everyday intimacy. Sex is thought of as a sphere to itself with its own rules, written by desire or individual taste, or mutual negotiation or tolerance, not by law.²²

Att det privata i huvudsak är oreglerat är till ondo för kvinnor eftersom de flesta kränkningar gentemot kvinnor sker i den privata sfären, såsom våld i nära relationer och våldtäkt.²³

När det kommer till sexuella övergrepp har legala koncept designats och tillämpats utifrån den misstänkta våldtäktsmannens perspektiv medan den utsatta kvinnans perspektiv saknas. Detta syns på flera sätt. De flesta övergrepp som kvinnor upplever passar inte in i lagens modell av ett ”idealt övergrepp”, övergrepp sker oftare av en bekant än en okänd.²⁴ Dessutom är våldtäktsbrottet konstruerat på ett sådant sätt att våldtäkt är vad någon annan gör och vad som nästan aldrig sker. Det ses som ett undantag. Det ignorerar den verklighet där sexuella övergrepp mot kvinnor sker ofta och systematiskt.²⁵

Gränsen mellan samlag och våldtäkt bestäms enligt MacKinnon ofta av kvinnans ”vilja”. Men, frågar hon sig, vad vet lagen om kvinnors vilja? Lagen behandlar frågan om kvinnors vilja som en fråga om samtycke, ett samtycke som kan existera även då det finns våld. Det viktiga är inte i sig om det förekom våld eller inte, det är istället huruvida samtycke överhuvudtaget är ett meningsfullt koncept i sammanhanget.²⁶

²² MacKinnon 2005, s. 35.

²³ MacKinnon 1983, s. 657.

²⁴ MacKinnon 2005, s. 131.

²⁵ MacKinnon 1983, s. 658.

²⁶ MacKinnon 1983, s. 650.

Catharine MacKinnon talade på Nordiskt Forum i somras om samtycke.²⁷ Då sa hon:

Consent definitions, this I'm now talking about in which the prosecution has to prove lack of consent, require that a woman has to be believed concerning a sexual fact, that is by its nature, subjective. This is why consent definitions put the victim on trial.

Catharine MacKinnon diskuterade också begreppet samtyckes ursprung. Det skapades för att legitimera statens maktutövning. Denna maktutövning var dess invånare tvungna att acceptera och därmed samtycka till. Samma tankesätt existerar vid sexuellt umgänge: ”*Silence in sex, as in governing, is deemed consent, not dissent*”²⁸. Det finns därför enligt henne en presumtion för samtycke, som alltid måste motbevisas.

²⁷ MacKinnon, Catharine A. UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014, Genus, kropp och sexualitet. (TV-program). Utbildningsradion: Stockholm.

²⁸ MacKinnon, UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014

3 2005 års sexualbrottsreform

Eftersom de två förslagen utgår från den lagstiftning som trädde i kraft 2005 är det av vikt att känna till den tidens gällande rätt.²⁹ För *våldtäkt* dömdes enligt 6 kap. 1 § första stycket BrB:

Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till företa eller tåla en annan sexuell handling med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.

Kravet på tvång vid våldtäkt sänktes i och med 2005 års lagändring, våld av ofredandegraden räknades då som tvång, istället för krav på råntvång som tidigare.³⁰ Jämförelsen med samlag tog sikte på kränkningen genom den sexuella handlingen och inte sexualhandlingen som sådan.³¹

Paragrafens andra stycke kriminaliserade en del av det som tidigare ansetts utgöra sexuellt utnyttjande. Denna lagändring motiverades med att den kränkningen av att utsättas för en sexuell handling är lika stor för offret oavsett om våld eller hot förekommit, vilket tidigare var ett krav för våldtäkt.³²

Om en person befann sig i ”*hjälpöst tillstånd*”, t.ex. på grund av berusning, sjukdom eller medvetlöshet, och någon då otillbörligen utnyttjar detta genom att utföra en sådan sexuell handling som beskrivs i första stycket skulle detta ses som våldtäkt.

HD fastslog i det s.k. Södertäljemålet, NJA 1997 s. 538, att flera omständigheter kan innebära att hjälpöst tillstånd föreligger, i detta fall berusning i samband med en hotfull situation. Trots detta visade praxisgenomgången i Sexualbrottskommitténs betänkande att domstolar vid bedömning av hjälpöst tillstånd sällan fäste vikt vid yttre omständigheter utan istället baserade det på omständigheter hänförliga till offret, som berusningsgrad.³³

²⁹ Lagtexten finns i sin helhet i bilaga A.

³⁰ Berggren m.fl., 2014, kommentaren till 6 kap. 1 § första stycket.

³¹ Prop. 2012/13:111 s. 35.

³² Prop. 2004/05:45 s. 38.

³³ Prop. 2012/13:111 s. 26.

4 Diskursanalys

Jag kommer i denna del försöka besvara de frågor som ställs i min metod. Jag läser vad som skulle kunna karaktäriseras som ”förarbeten” varför problembeskrivningarna förhållandevis tydliga. Jag kommer därför inrikta mig på de antaganden som ligger till grund för problembeskrivningarna och var tystnaderna finns utifrån MacKinnons teorier. I vissa delar följer en analys direkt efter stycket, medan jag i andra delar återkommer till detta först i den avslutande delen. Frågorna går att finna under kapitel 1.4.2.2.

4.1 Proposition 2012/13:111

4.1.1 Lagens skyddsintresse

I proposition 2012/13:111 beskrivs sexuella övergrepp som en *integritetskränkning* och som ett uttryck för bristande respekt.³⁴ Av denna anledning behövs en ”ändamålsenlig och effektiv sexualbrottslagstiftning”.³⁵ Det är den sexuella självbestämmanderätten som är det skyddsvärda intresset. ”Problemet” med sexuella övergrepp är alltså att de innebär en integritetskränkning då en persons självbestämmanderätt inte respekteras.

Propositionen nämner ingenting om offrens och förövarens eventuella könstillhörighet. I propositionens fjärde kapitel som döpts till ”Bakgrund” uttalas att det straffrättsliga skyddet endast är ”en del av arbetet som ska motverka dessa problem”.³⁶ Sedan beskrivs nationella och internationella åtgärder av diverse slag, bl.a. arbetet mot mäns våld mot kvinnor. Här nämns kvinnor och män. I femte kapitlet däremot, den del som diskuterar lagens utformning, beskrivs istället parterna som ”den som”, ”person”, eller ”offer”. Människorna är könlösa. Det finns inte heller någon diskussion om synen på sexualitet i samhället.

³⁴ Prop. 2012/13:111 s. 9.

³⁵ Prop. 2012/12:111 s. 19.

³⁶ Prop. 2012/13:111 s. 9.

4.1.2 Föreslagna lagändringar

I propositionen föreslogs att 6 kap. 1 § BrB första stycke skulle ändras på endast ett sätt.³⁷ Den sexuella handlingen skulle nu *med hänsyn till kränkningens allvar vara jämförlig med samlag*. Ändringen skulle tydliggöra att det var kränkningens *allvar* som skulle vara jämförlig med den kränkning som ett påtvingat samlag innebar, inte övergreppet i sig.

Övervägande del av propositionen ägnas åt paragrafens andra stycke. Problembeskrivning konstrueras här utifrån utvalda brister funna av Sexualbrottskommittén och sådant som borde omfattas av kriminaliseringen. Främst diskuteras situationer då offret befinner sig i ett ”hjälpöst tillstånd” men ändå inte omfattats av kriminaliseringen då kravet ställts för högt. Även offer som reagerar med passivitet vid våldtäkt skyddas inte av kriminaliseringen.³⁸ Dessa två exempel rör båda vad propositionen kallar ”utnyttjandefallen”. Situationerna är då sådana att ”*en person för att kunna genomföra ett sexuellt övergrepp utnyttjar att en annan person som utan att befinna sig i ett hjälpöst tillstånd ändå befinner sig i ett utsatt läge*”³⁹.

Stor del av problembeskrivningen förklaras med att begreppet ”hjälpöst tillstånd” är något oklart, och att domstolarna givit det ett snävare tillämpningsområde än tänkt.⁴⁰ Tillämpningsområdet skulle därför utvidgas ”*i någon mån*”⁴¹ och ersättas av begreppet ”*i särskilt utsatt situation*”.⁴² Vid bedömning av ”*i särskilt utsatt situation*” ska hänsyn tas till yttre omständigheter, och det krävs inte heller att offret helt saknar förmåga att värja sig eller kontrollera sitt handlande.⁴³ Det ska fortfarande finnas ett krav på *otillbörligt* utnyttjande. Detta för att straffansvar inte ska ”*träffa sådana fall där de sexuella handlingarna inte kan sägas medföra ett angrepp på den andres sexuella integritet. För frågan om utnyttjandet varit otillbörligt ska en objektiv bedömning göras*”.⁴⁴ Föreligger ett otillbörligt utnyttjande kan ett samtycke aldrig vara ansvarsbefriande.

³⁷ Förslaget finns i sin helhet i bilaga B.

³⁸ Prop. 2012/13:111 s. 26.

³⁹ Ibid, s. 28.

⁴⁰ Ibid, s. 26.

⁴¹ Ibid, s. 27.

⁴² Ibid, s. 31.

⁴³ Ibid, s. 30.

⁴⁴ Ibid, s. 113.

Det andra fallet, då offret reagerar med passivitet, krävde enligt regeringen extra skydd. Detta sker om offren blir ”så rädda” att de inte vågar göra motstånd, och då ”stängs deras kroppar av”. Detta är vad som brukar kallas ”frozen fright” inom den medicinska forskningen. Den allvarliga rädslan ska utgå från offrets synpunkt, men det måste röra sig om ”rädsla av kvalificerat slag”⁴⁵. Detta område ansåg propositionen borde vara kriminaliserat.⁴⁶ Denna del resulterade i tillägget om *allvarlig rädsla*.

Angående bedömningen av om ett utnyttjande varit otillbörligt sägs att ”en objektiv bedömning” ska göras. Här i finns ett antagande om att det finns något sådant som en objektiv version. MacKinnon hade påpekat att så inte är fallet: lagen är manlig och idén om objektivitet är bara en spegling av redan existerande förhållanden. Att tala om objektivitet döljer den verklighet där dessa händelser till sin natur är subjektiva.⁴⁷ MacKinnon hade även riktat kritik mot delen om ”allvarlig rädsla”. I denna del ska bedömningen göras utifrån offrets synpunkt, men det måste ändå röra sig om ”rädsla av kvalificerat slag”. MacKinnon hade troligtvis anfört att det är den manliga standarden som kommer avgöra vad som räknas som rädsla av allvarligt slag. Vad en kvinna och en man skräms av behöver inte vara samma, speciellt inte med tanke på könen har olika mycket makt enligt MacKinnon. Det blir också tydligt att regeringen endast godtar en reaktion av passivitet i de fall då det kan förklaras vetenskapligt. Att det kan finnas andra anledningar till att kvinnor inte gör motstånd ignoreras, vilket jag återkommer till längre ner.

4.1.3 Argument för och emot en samtyckesmodell

4.1.3.1 Viss normerande verkan

Argumenten för en samtyckesmodell är i propositionen få och gås igenom snabbt. Det uttalas att en samtyckeskonstruktion skulle kunna få ”viss normerande verkan” då det tydligt skulle markera att det inte är tillåtet att genomföra ett samlag med en person som inte frivilligt deltar.⁴⁸ Det skulle också kunna verka som ett stöd för den som utsätts för ”tjatsex” eller ”övertalningssex”, och kunna innebära ett ökat stöd för

⁴⁵ Prop. 2012/13:111 s. 113.

⁴⁶ Ibid, s. 27.

⁴⁷ MacKinnon, UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014.

⁴⁸ Prop. 2012/13:111 s. 22.

att polisanmäla.⁴⁹ Till detta hör att Sexualbrottskommittén uttalat att det inte ses som ett problem att ”tjatsex” inte är kriminaliserat. I dessa fall anser man att det finns ett giltigt samtycke. Vad gäller ”övertalningssex” anses detta vara i gränslandet mellan tillåtet och icke-tillåtet, varför svårigheterna med lagföring är stora.⁵⁰

Denna del tycker jag är intressant eftersom det sägs att en samtyckesmodell tydligt skulle markera att det inte är tillåtet att ha sex med någon som inte deltar frivilligt. Underförstått är det alltså inte tydligt med lagens modell? Att det inte är tydligt diskuteras inte vidare vilket för mig signalerar att det inte är så viktigt att lagen bekräftar frivillighet som ett avgörande moment.

Att regeringen, precis som Sexualbrottskommittén, inte verkar se problemen med ”tjatsex” och ”övertalningssex” som särskilt stora blir i denna del uppenbart. För kvinnor som upplever detta är det nog annorlunda. ”Tjatsex” och ”övertalningssex” kan endast ske då offren har någon form av kontakt. MacKinnon menar att samtycke förutsätts om offer och förövare känner varandra, kanske eftersom detta speglar männens bild av att kvinnor de känner samtycker till sex med dem.⁵¹ Därmed kan regeringens och utredningens ovilja att erkänna denna typ av övergrepp som brottsligt förstås som att det ligger alltför nära vad ”lagstiftarna” själva gör i sex för att de ska vilja kännas vid att det är fel. MacKinnon anser att våldtäktsbrottet alltid konstrueras som något som någon annan gör och nästan aldrig sker, vilket detta kan vara ett exempel på. På detta sätt kan det som kvinnor upplever som kränkande pågå ostört.

4.1.3.2 Ökat fokus på offret

Det främsta skälet mot en samtyckeskonstruktion är att det skulle innebära ett ökat fokus på offret. Att det förekommit tvång eller att personen befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd skulle hamna i bakgrunden i bedömningen. En del remissinstanser uttalade i propositionen att ett stort fokus på brottsoffer redan var ett problem, vilket regeringen höll med om. Fokus i regleringen skulle därför ligga på den misstänktes eller den tilltalades ageranden, precis som den gjort tidigare.⁵²

⁴⁹ Prop. 2012/13:111 s. 22.

⁵⁰ SOU 2010:71 s. 225.

⁵¹ MacKinnon 1983, s. 648.

⁵² Ibid, s. 23.

Detta ställningstagande känns typisk för regeringens resonemang i stort. Här erkänner de att det kan finnas ett verkligt problem eftersom brottsoffer utsätts för stort fokus i processen. Trots det föreslås ingen lösning, utan istället understryks att lagstiftningen ska rikta in sig på den tilltalades agerande, som om den rättsliga regleringens ordalydelse är nog. Att detta inte är verkligheten ignoreras sedan. För MacKinnon är detta ett tydligt exempel på hur lagen, även om den till synes är neutral, upprätthåller existensen av sexuella övergrepp och i förlängningen ojämställdhet mellan könen genom att inte implementera lagstiftning som faktiskt kunde fått bukt med problemet.

4.1.3.3 Ökad rättsosäkerhet

Vidare sa regeringen att en samtyckesreglering skulle öka rättsosäkerheten och minska förutsebarheten. Samtycke är ett normativt begrepp, som utan en tydlig definition skulle vara alltför otydlig och allt för generell. Ett ”ja” kan inte räknas som samtycke, om detta ”ja” framkommit under tvång.⁵³ Lagstiftningen måste därför oavsett reglera vilka omständigheter som *negerar* ett givet samtycke enligt propositionen.

Utredningens bedömning, vilken regeringen delar, är att det är minst lika svårt att ta ställning till vilka omständigheter som ska negera ett samtycke som att bygga lagstiftningen direkt på de omständigheterna.⁵⁴

Trots detta uttalande, är det fortfarande frågan om ett giltigt samtycke som är det avgörande för frågan huruvida den sexuella självbestämmanderätten kränkts eller ej.⁵⁵ Trots att propositionen anser att frågan om samtycke *är* avgörande, vill de alltså inte bygga lagstiftningen på detta rekvisit. Detta anser regeringen inte är motsägelsefullt.⁵⁶

I denna del så likställs ett ”samtycke” bland annat med ett ”ja”. Detta ”ja” är inte alltid giltigt, t.ex. om en person under tvång sagt ja. Att detta ens behöver specificeras kanske är något som sker av farten. Personligen tycker jag att denna diskussion visar det MacKinnon menar: samtycke presumeras. Detta leder till att det måste uttryckas

⁵³ Prop. 2012/13:111 s. 22.

⁵⁴ Ibid, s. 23.

⁵⁵ Ibid, s. 19.

⁵⁶ Ibid, s. 19.

att ett ”ja” som framkommit under tvång inte är ett giltigt samtycke, vilket för mig känns helt uppenbart.

4.1.3.3 Värderingsproblem

Propositionen diskuterar sedan de gånger då omständigheterna som indikerar ett bristande samtycke inte kan styrkas (dvs. tvång eller utsatt situation kan ej bevisas), men där en av parterna trots detta inte deltar frivilligt. Det är också ett problem att frågan om samtycke sällan förs på tal innan sexuell samvaro inleds.⁵⁷ I dessa fall kommer domstolen i efterhand behöva värdera parternas beteende och vad som i övrigt framkommit om situationen. Detta skulle enligt regeringen göra gränsdragningen mellan straffbart och icke straffbart allt för otydlig och rättsosäker.⁵⁸

Här sägs att samtycke sällan förs på tal innan sexuell samvaro inleds, vilket innebär att det inte kommer fungera i praktiken. Att ställa krav på verbal kommunikation verkar för lagstiftningen som något otänkbart. Att det dessutom kan vara önskvärt diskuteras inte heller.

Samtidigt är samtycke det som bedömningen grundas på även om det inte skrivs ut i lagtexten. Uppenbart är då att detta samtycke inte behöver ta formen av t.ex. verbal kommunikation.

4.1.3.4 Bevissvårigheter

Vidare skulle det finnas avsevärda bevissvårigheter. Dels gällande objektiva rekvisit, men även subjektivt: fanns uppsåt. Efter denna genomgång konstaterade regeringen att den nuvarande regleringen skulle behållas: brott föreligger vid tvång och situationer av utnyttjande.⁵⁹

Redan idag gäller enligt svensk rätt att ett våldtäktsoffer inte behöver göra motstånd för att betvingande ska föreligga. Avgörande ska vara om personen befinner sig i en situation där möjligheterna att fritt avvisa sexuella handlingar av ett eller ett annat skäl är begränsade.⁶⁰

⁵⁷ Prop. 2012/13:111 s. 23.

⁵⁸ Ibid, s. 32.

⁵⁹ Ibid, s. 23.

⁶⁰ Ibid, s. 21.

Man uttalade vidare att det ska krävas ”särskilda” svårigheter att avvisa sexuella handlingar.

En diskussion om rättsosäkerhet anser jag ofta förklaras som en rättighet för den misstänkte. I vilket fall finns det i regeringens diskussion en total avsaknad av ett offerperspektiv. Diskussionen om *uppsåt* skulle MacKinnon tolka som att det här blir uppenbart att rätten tar mannens perspektiv. Om förövaren inte menade att begå våldtäkt, är det inte våldtäkt. I dessa fall kommer rättegången därför handla om vad han trodde att hon tänkte; brottet utspelar sig i hans huvud, inte på hennes kropp.

Vidare uttalas att det krävs ”särskilda svårigheter” att avvisa sexuella handlingar. Särskilda svårigheter är då förekomsten av våld eller om offret befinner sig i en särskilt utsatt situation. Propositionens förslag bygger på antagandet om att samtycke föreligger då de omständigheter som negerar samtycke *inte* föreligger, det finns en stark presumtion för samtycke. Om sex har skett utan våld är det inte våldtäkt, likaså om offret inte befann sig i en utsatt position, då har det också skett frivilligt. Här finns en förståelse om individer med en fri vilja med möjlighet att samtycka. MacKinnon har en annan uppfattning.

MacKinnon menar att samhället kräver att kvinnor känner sig bekväma med att säga nej till män så länge de inte har någon annan form över makt henne. Kvinnor kan känna sig förvirrade av att de inte lyckas säga nej till en man som gör närmanden, men hennes upplevelse kommer inte bekräftas så länge det inte finns något annat maktförhållande att hänga upp denna förvirring på.⁶¹ Denna förvirring som kvinnor upplever beror enligt MacKinnon på att kön är en hierarki, även om intimiteten dem emellan gör att en maktbalans förutsätts.⁶²

⁶¹ MacKinnon, 1987 s. 90.

⁶² MacKinnon, 1983, s. 656.

4.2 Samtyckesutredningen

4.2.1 Lagens skyddsintresse

Leijonhufvud håller i denna del med proposition och säger att ”*den enskilda människans sexuella integritet*” är det skyddsvärda intresset. Leijonhufvud uttalar att en våldtäkt inte behöver leda till fysiska skador, men innebär nästan alltid psykiska men för offret. Samhället ska därför bekräfta att en sexuell integritetskränkning är ett brott även då våld inte använts och fysiska skador ej uppkommit. Våldsutövning och hot bör därför hållas skilda från sexualbrottet. Det avgörande är om personen har *deltagit frivilligt* eller inte.⁶³

4.2.2 Föreslagna lagändringar

I Samtyckesutredningen föreslogs⁶⁴ att det i 6 kap. 1 § BrB skulle finnas ett straffbud som kriminaliserar varje sexuell handling som utförs mot någon som inte frivilligt deltar. I denna bestämmelse återfanns inga krav på hot eller våld, eller att offret befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.⁶⁵ Leijonhufvud valde att använda orden *inte frivilligt deltar* istället för *bristande samtycke* för att undvika missförstånd om huruvida det krävs att parterna innan sexuellt umgänge skriver på ett ”samtyckeskontrakt” eller liknande. Betydelsen är i princip densamma.

Sexualbrottet som idag kallas våldtäkt och som återfinns i 1 § ska benämnas ”sexuellt utnyttjande” vilket ska tydliggöra att det endast behandlar det sexuella utnyttjandet. Begreppet våldtäkt ska istället användas endast vid brottstillfällen då våld, hot, eller annat tvång förekommit i samband med sex. Förövaren ska då dömas för (grovt) sexuellt utnyttjande i brottskonkurrens med det brott som våldet, hotet eller tvånget betecknas som.⁶⁶ Det ska fortfarande krävas uppsåt för straffansvar. Detta eftersom straffvärda fall som skett på grund av bristande hänsyn ryms under likgiltighetsuppsåt.⁶⁷

⁶³ Leijonhufvud 2008, s. 87.

⁶⁴ Förslaget finns i sin helhet i bilaga C.

⁶⁵ Leijonhufvud 2008, s. 92.

⁶⁶ Ibid, s. 93f.

⁶⁷ Ibid, s. 12.

Det är tydligt, att Leijonhufvud anser att alla sexualhandlingar som inte sker frivilligt, är något som samhället borde stävja. Precis som MacKinnon ser hon inte att våld är en förutsättning för våldtäkt. Det är frivilligheten som är i fokus.

4.2.3 Synen på kvinnans sexualitet och lagens normerande verkan

Leijonhufvud anser att ett betydande problem är samhällets och rättsväsendets syn på kvinnans sexualitet och ansvar. Idag anses kvinnan sexuellt tillgänglig tills hon aktivt motsätter sig, t.ex. genom våld eller ord, vilket också visats i studier och attitydundersökningar.⁶⁸ Lagstiftningen ska också motsvara den bild unga kvinnor och vuxenvärlden har av hur sex bör se ut, där sex istället ska vara något frivilligt och lustbetonat. Utredningen vill åtgärda detta genom en förändrad lagstiftning som i sin tur kommer ha normerande verkan.⁶⁹

En samtyckesreglering innebär att kvinnan inte är tillgänglig förrän hon på något sätt visat *att* hon vill. Det innebär att mannen måste försäkra sig om detta före sex. [...] Detta, att *mannen måste ta ansvar för sitt handlande och respektera kvinnans sexuella självbestämmanderätt*, är den självklara och nödvändiga förutsättningen för jämställdhet på sexuallivets område.⁷⁰

En samtyckesreglering skulle alltså enligt utredningen leda till en ”*påtaglig förändring av grundattityd till kvinnors sexuella självbestämmanderätt*”.⁷¹ Lagändringen skulle också betona att sex ska vara en frivillig akt där parterna känner varandras önskemål och känslor.⁷² Utgångspunkten kommer då bli att var och en har ett ansvar för att försäkra sig om förekomsten av ett samtycke och att avstå från sex om sådant saknas eller är osäkert.⁷³ Problemet i denna del är alltså att *män* inte tar ansvar och respekterar kvinnans självbestämmanderätt eftersom lagen inte tydligt berättar för mannen att han måste göra det.

När Leijonhufvud diskuterar att män ”ska ta ansvar” innebär detta också att de *kan* ta ansvar genom att de har inflytande och makt över förhållandet. Män ska ”respektera” kvinnors självbestämmanderätt. I denna del verkar Leijonhufvud ta för givet att det finns en hierarki mellan män och kvinnor som gör dessa uppmaningar nödvändiga. I

⁶⁸ Ibid, s. 63.

⁶⁹ Leijonhufvud. 2008, s. 64f.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid, s. 66.

⁷³ Ibid, s. 60.

denna del stämmer hennes åsikt troligtvis överens med MacKinnons. Leijonhufvud lägger dock snarare tyngdpunkten på vad jag tolkar som rättens *utbildande* verkan (det hon benämner *normerande*) snarare än att den ska verka avskräckande genom hot om straff. Problemet idag är helt enkelt att män inte förstår bättre.

Även om Leijonhufvud vill lagstifta förhållandevis långt in i vad MacKinnon beskrivit som det ”privata”, är Leijonhufvuds bild fortfarande att denna lagändring främst ska komma till uttryck i sovrummet där sex styrs av begär och ömsesidig förhandling.⁷⁴ I förhandlingen kommer kvinnors åsikt få extra tyngd av en samtyckeskonstruktion. MacKinnon skulle dock ställa sig tveksam till denna slutsats eftersom hon är kritisk till samtycke i stort. Mer om detta i nästa avsnitt.

4.2.4 Låg åtals- lagförings och anmälningfrekvens

Överlag ser Leijonhufvud en rad problem med hanteringen och bedömningen av våldtäktsfall. Förutom brister i lagstiftning och tillämpning av gällande rätt diskuteras också utredningsbrister: bristande kvalitet på bevissäkringen, misstro från polisens sida, förhör som inte ifrågasätter den misstänktes uppgifter och en *trovärdighetsbedömning* som utgår från offrets och den misstänktes sociala status.⁷⁵ Detta leder enligt henne till att få våldtäktsanmälningar leder till åtal.⁷⁶ Vidare diskuteras anmälningar: trots att anmälningarna ökat gällande våldtäkt har antalet lagförda inte stigit i alls samma takt. Friandefrekvensen är också mycket högre än vid andra brott i brottsbalken. Samtyckesutredningens praxisgenomgång visar hur andelen åtalade med utländskt ursprung är hög och även den som är tidigare straffad löper högre risk att åtalas än andra. I många fall för domstolarna ett fördomsfullt resonemang om hur våldtagen kvinna *bör* bete sig.⁷⁷

Dessa brister i samband med ett stort fokus på offret ser Leijonhufvud som betydande problem. Hon menar att en samtyckesmodell varit *lösningen* på detta problem genom

⁷⁴ MacKinnon 2005, s. 35.

⁷⁵ Leijonhufvud 2008, s. 36ff.

⁷⁶ Ibid, s. 41.

⁷⁷ Ibid, s. 42f.

att fokus hade riktats mot gärningsmannen och vad denna gjort för att försäkra sig om ett samtycke.⁷⁸

Om lagen hade byggt på ett samtyckesrekvisit hade det givit utredarna ett verktyg i förhören att kräva att den misstänka ska redovisa varför han – mot målsägandens berättelse om att hon inte ville – trodde att hon ville ha sex med honom, särskilt när hon sagt nej upprepade gånger och till slut låtit det ske av ren utmattning.⁷⁹

Leijonhufvud vill därför införa en *förklaringsbörda* för den misstänkta. Bevisbördan kommer fortfarande tillkomma åklagaren, men om de uppställda beviskraven är uppfyllda kan en *förklaringsbörda* övergå på den misstänkte.⁸⁰ Domstolen måste då klarlägga ”*om och i så fall hur den tilltalade gjorde för att försäkra sig om*” den andra parten frivilligt deltog eller ej.⁸¹ Om den misstänkte inte kan lämna en trovärdig förklaring kan en samtyckesinvändning från försvarets sida bortses från.⁸² Utredningen menar dock att denna förklaringsbörda inte är lika långtgående som den som finns vid samtyckesinvändning i t.ex. ett misshandelsmål, som regleras i 24 kap. 7 § Brb. Detta för att en sexuell handling är, till skillnad från en våldshandling, ”*normalt ömsesidig*”.⁸³

Att det bör krävas mer av den som påstår att han haft någons samtycke att utsätta denne för en våldshandling än för den som hävdar att han deltagit i en ömsesidig sexhandling är uppenbart.⁸⁴

Fokus vid lagföring kommer med ett samtyckesrekvisit övergå från offret och dennes uppträdande, till den misstänktes agerande i gärningsögonblicket. Detta anser Leijonhufvud liknar hur domstolen arbetar vid andra typer av brott.

Många av de problem som Leijonhufvud tar upp hade MacKinnon troligtvis också skrivit under på. De delar däremot inte syn på hur dessa bör lösas. MacKinnon har uttalat att en samtyckeskonstruktion ”*put the victim on trial*”.⁸⁵ Samtycke är även det ett subjektivt fakta. Det kräver att kvinnan blir trodd då hon anger att hon inte samtyckte och att mannen förstod detta. Leijonhufvud vill lösa detta med att införa en

⁷⁸ Ibid. s. 37.

⁷⁹ Ibid, s. 39.

⁸⁰ Ibid, s. 84.

⁸¹ Leijonhufvud 2008 s, 12.

⁸² Ibid, s. 84.

⁸³ Ibid, s, 85.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ MacKinnon, UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014.

förklaringsbörda. Jag ifrågasätter dock hur krävande denna förklaringsbörda kommer att bli. Samtyckesutredningen uttalade att sexuella handlingar normalt är ömsesidiga. Av denna anledning sa utredningen att förklaringsbördan gällande en samtyckesinvändning i sexualbrott ej ska vara lika betungande som den är i t.ex. misshandelsfall. MacKinnon å sin sida delar inte denna verklighetsbeskrivning: ”normalt” sex är precis det sex som ofta kränker kvinnor. För MacKinnon kvarstår problemen så länge grundsynen på sex som något ”naturligt” lustfyllt och fritt kvarstår. Det ignorerar den verklighet där ojämlikhet skapas och upprätthålls genom sex.

MacKinnon menar att begreppet samtycke aldrig föreställt sig två jämställda parter; vi måste inse att samtycke inte är ett jämställt koncept. Det legitimerar istället endast den dominantas makt över den undergivna. Att kvinnor som Leijonhufvud trots detta förespråkar en samtyckesmodell förklarar MacKinnon med att förespråkarna tror att kvinnans ord faktiskt kommer betyda något i en rättegång om bara samtycke används. Vad dessa förespråkare missar, enligt MacKinnon, är att samtycke som begrepp ska representera begär: alltså vad kvinnan *verkligen ville*. I lagen finns dock inget som limiterar betydelsen till just detta.⁸⁶

4.2.5 Rättsliga synpunkter

Leijonhufvud ägnar också stor del av sin framställning åt att argumentera dels för att rättsläget är oklart, och därmed inte rättssäkert, och dels för att argumentera att svensk rätt inte lever upp till internationella åtaganden.

I den första delen riktas stark kritik mot Högsta Domstolen och deras resonemang i det s.k. Tumbadomen⁸⁷ och regeringen i proposition 2004/05:45 och hur de där tolkat våldtäktsbestämmelsen.⁸⁸ Leijonhufvud anser att både HD och regeringen i dessa fall gjort en missrepresentation av rättsläget. I Tumbafallet uttalar HD att Sverige i princip redan kriminaliserat sexuella handlingar utan samtycke. Detta eftersom hot och våld i sådana sammanhang utgör ett *bevisfakta* för att ett sexuellt umgänge inte skett

⁸⁶ MacKinnon, Catharine A. UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014, Genus, kropp och sexualitet. (TV-program). Utbildningsradion: Stockholm.

⁸⁷ NJA 2004 s. 231.

⁸⁸ Leijonhufvud 2008, s. 84.

frivilligt.⁸⁹ Detta anser Leijonhufvud innebär ett avsteg från *legalitetsprincipen* eftersom domstolarna misstolkat lagen.⁹⁰ Med en samtyckeskonstruktion i lagen hade rättsläget inte längre varit oklart.

Den andra delen rör den s.k. ”Bulgariendomen”⁹¹ som kom 2004 från Europadomstolen. I och med detta avgörande anser Leijonhufvud att Europakonventionen numera kräver att konventionsstaterna har en våldtäktslagstiftning som bygger på bristande samtycke.⁹² Denna slutsats delas inte av regeringen, vilket utretts i flertalet utredningar.⁹³

Jag kommer inte närmare gå igenom dessa argument eftersom jag inte tycker att de är en väsentlig del av problembeskrivningen. Snarare känns dessa delar som ett sätt att argumentera för sin sak med rättsväsendet på rättsväsendet vis. Juridiken har enkelt att förstå bindande internationella konventioner, men svårare att ta hänsyn till de andra problem som Leijonhufvud pekar på. Därför tror jag att hon valt att lägga stor vikt vid dessa delar.

⁸⁹ Ibid, s. 28.

⁹⁰ Ibid, s. 84.

⁹¹ Case of M.C. v. Bulgaria, 39272/98, ECHR 2004-03.

⁹² Leijonhufvud 2008, s. 67ff.

⁹³ Prop. 2012/13:111 s. 19ff.

5 Skillnader och likheter i problembeskrivningarna

5.1 Likheter

5.1.1 Lagens skyddsintresse

Båda texterna är överens om att *sexuell integritet* är det skyddsvärda intresset. MacKinnon kritiserar hur lagen tänker på sexuella övergrepp och reproduktiv exploatering som frågor om brott och kränkningar av privatlivet, istället för övergrepp till följd av ojämställdhet.⁹⁴ När ”problemet” konstrueras som något som begås mot en individs integritet konstrueras det som något som begås mot enskilda, inte mot en grupp av människor. Detta innebär att ”problemet” kan åtgärdas genom att lagstifta och förbjuda gärningar begångna av enskilda människor. Det döljer den systematik som MacKinnon pekar på existerar: att våldtäkt sker mot kvinnor av män på grund av ojämställdhet.

5.1.2 Liberal människosyn

Både propositionen och Leijonhufvud utgår från en människa som är fri att handla och tänka. När propositionen lägger tonvikt vid förövarens *uppsåt* innefattar detta ett antagande om en rationell individ medveten om sina handlingar; en medvetenhet som är absolut nödvändig för straffansvar. Hur offret uppfattar denna händelse blir i det närmaste oviktigt. Även Leijonhufvud utgår från att *uppsåt* är en viktig fråga, därför att övergrepp som sker till följd av ”bristande hänsyn” täcks under likgiltighetsuppsåt. I denna del kan man ana ett större intresse för offrets uppfattning, men förövarens uppfattning är ändå avgörande.

Båda texterna talar också om samtycke, även om det skiljer sig i huruvida detta uttrycks i lagtexten. Att kunna samtycka förutsätter att du också kan icke-samtycka, delvis att du är fri. Den liberala idén om att *samtycke* är tillräcklig för att rättfärdiga ett handlande återfinns i båda texterna, även om Leijonhufvud har ett mål: att sex ska vara frivilligt och lustbetonat, vilket inte omnämns i propositionen. Där talas endast

⁹⁴ MacKinnon 2005, s. 128.

om rätten att skydda sin sexuella självbestämmanderätt. Rätten att fritt leva ut och uttrycka densamma verkar inte lika viktig.

För en radikalfeminist är dessa liberala tankar en chimär: MacKinnon skulle säga att ojämsställdheten mellan kvinnor och män gör idén om samtycke oväsentlig, eftersom endast tystnad räcker för att finna samtycke. Kvinnor är så limiterade i sin uppfattning av sina val att de kan vara både ovetandes om sin ”äkta” vilja och den kan även vara omöjlig att uttrycka.

5.2 Skillnader

5.2.1 Synen på sex

Medan propositionen inte tycker att ”övertalningssex” är ett sådant viktigt problem att en samtyckeslag är påkallad, anser Leijonhufvud detta vara ett problem som bör åtgärdas. Utredningen uttalade att ”tjatsex” innefattar någon typ av samtycke som inte kan bortses från. Det är här uppenbart att Leijonhufvud tycker det är viktigt att sex är frivilligt och något positivt, medan det från regeringens sida räcker med att ”samtycke” föreligger. Jag tror att denna förståelse av sex troligtvis är en av de stora skiljelinjerna mellan förslagen. I propositionens problembeskrivning inkluderas inget om dagens sexuella verklighet för vare sig kvinnor eller män. Istället ska det som uppfattas som kränkningar av den sexuella integriteten hindras. Dessa kränkningar är endast kränkningar för att någon inte uttryckt ett samtycke; om den utsatte faktiskt uppskattade eller önskade den sexuella handlingen är i sig oväsentligt. Sex är ”acceptabelt” så länge inte någon av grunderna som negerar samtycke föreligger (särskilt utsatt situation, våld, eller hot etc.), och detta anses tillräckligt för att skydda den sexuella integriteten. Samtyckesutredningen vill istället att sex ska vara lustfyllt och önskvärt. Detta är en verklighet de inte anser existerar idag. Den sexuella integriteten handlar om mer än att bara samtycka.

5.2.2 Kön som relevant faktor

Leijonhufvud har en problembeskrivning som tydligt beskriver sexualbrottens könade aspekt. Trots detta är hennes lagförslag könsneutralt. Det är dock uppenbart att hennes

förståelse av problemet är annorlunda från propositionens i denna del. Propositionen nämner överhuvudtaget inte kön som en relevant faktor i sin problembeskrivning. Istället är det *individer* som ska skyddas. Diskussionen förs nästan uteslutande på en lagteknisk nivå. Det finns också ett antagande om att problemet med sexualbrott kan lösas med hjälp av lagstiftningsåtgärder som är könsneutrala.

MacKinnon har som tidigare nämnt kritik mot till synes könsneutrala lagförslag. Dessa upprätthåller en bild av att de i verkligheten inte får olika effekt beroende av kön, när så inte är fallet. För henne är det inte heller möjligt att ignorera att sexuella övergrepp är intimt sammankopplade med manlig dominans över kvinnor. Det är både en praktik och ett upprätthållande av denna dominans.

5.2.3 Fokus vid lagstiftningsövervägande

För Leijonhufvud är det ett stort problem att så få personer döms för våldtäkt. Detta är inte något som omnämns i propositionen. Istället läggs där stor fokus på behovet av att upprätthålla höga beviskrav och rättssäkerhet. Leijonhufvud vill å andra sidan införa en förklaringsbörd för misstänkta. Här är propositionens och Leijonhufvud fokus riktat åt två helt olika håll. MacKinnon hade sagt att propositionen tydligt tar mannens perspektiv eftersom förövarna i övervägande del är män. Samtycke förkastas med argumentet att det annars inneburit en bristande rättsäkerhet. Eftersom förövarna oftast är män är det tydligt vilket kön som skyddas i detta övervägande.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftning – utvärdering och reformförslag

Propositioner

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

Prop. 2004/05:45

Rättsfall

NJA 2004 s. 231

Case of M.C. v. Bulgaria, 39272/98, ECHR 2004-03

Litteratur

Bacchi, Carol: *Foucault, Policy and Rule: Challenging the Problem-Solving Paradigm*. Aalborg 2010

Bacchi, Carol: ”Introducing the ’What’s The Problem Represented To be’-approach”.
I: *Engaging with Carol Bacchi – Strategic Interventions and Exchanges* (red.:
Angelique Bletsas och Chris Beasley) Adelaide 2012

Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk Metodlära*, Lund 2013

Leijonhufvud, Madeleine: *Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten*. Stockholm, 2008

MacKinnon, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State. *Signs*, Vol. 8, Nr. 4. (Sommar, 1983): 635-658.

MacKinnon, Catharine A., *Feminism Unmodified: Discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987

MacKinnon, Catharine A., *Women's lives, Men's laws*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2005

Winther Jørgensen, Marianne och Phillips, Louise: *Diskursanalys som teori och metod*, Lund 2000

Elektroniska källor

Nils-Olof Berggren, Agneta Bäcklund, Lena Holmqvist, Madeleine Leijonhufvud, Johan Munck, Per Ole Träskman, Dag Victor, Suzanne Wennberg, Fredrik Wersäll,

Brottsbalken (1 jan. 2014), kommentaren till 6 kapitlet om sexualbrott (<http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=74435>), uppslagsdatum: 2014-12-10

TV-program

MacKinnon, Catharine A. UR Samtiden – Nordiskt Forum 2014, Genus, kropp och sexualitet. (TV-program). Utbildningsradion: Stockholm. (<http://www.ur.se/Produkter/184566-UR-Samtiden-Nordiskt-forum-2014-Genus-kropp-och-sexualitet>) uppslagsdatum: 2014-11-26

Bilaga A

2005 års författning: 6 kapitlet 1 och 3 §§ Brottsbalken

1 §

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

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, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.

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 skall särskilt beaktas, om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgräp sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.

3 §

Den som förmår en person att företa eller tåla en sexuell handling genom att allvarligt missbruka att personen befinner sig i beroendeställning till gärningsmannen döms för sexuell utnyttjande av personen i beroendeställning till fängelse i högst två år.

Är brottet grovt, döms för grovt sexuellt utnyttjande av person i lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om fler än en förgräp sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen annars visat särskild hänsynslöshet.

Bilaga B

Proposition 2012/13:111 förslag till 6 kap. 1 § Brottsbalken

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 bedömande 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. *Lag (2013:365)*.

Bilaga C

Författningsförslag från Samtyckesutredningen 2008

Förslag till ändring i brottsbalken (1962:700)

Härigenom föreskrivs ifråga om brottsbalken:

dels att 6 kap. 1 § ska ha följande lydelse

Dels att 6 kap. 15 § ska ha följande lydelse,

Dels att 6 kap. 2 och 3 §§ ska upphöra att gälla

Föreslagen lydelse:

6 kap. 1 § Brottsbalken

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 en 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*.

6 kap. 15 § Brottsbalken

För försök till sexuellt utnyttjande, grovt sexuellt utnyttjande, våldtäkt mot barn, grov våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn, sexuellt övergrepp mot barn, grovt sexuellt övergrepp mot barn, utnyttjande av barn för sexuell posering, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering, köp av sexuell handling av barn, köp av sexuell tjänst, koppleri och grovt koppleri döms till ansvar enligt vad som föreskrivs i 23 kap.

Detsamma gäller fråga om förberedelse och stämpling till grovt sexuellt utnyttjande, våldtäkt mot barn, grov våldtäkt mot barn, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering och grovt koppleri samt underlåtenhet att avslöja sådant brott.