



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Frida Danielsen

## Vad är ett frivilligt deltagande?

*En utredning om våldtäktslagstiftningens frivillighetsrekvisit*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Andersson

Termin för examen: period 1 HT2019

# Innehåll

<b>SUMMARY</b> .....	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b> .....	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b> .....	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b> .....	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b> .....	<b>5</b>
1.1 Introduktion .....	5
1.2 Syfte och frågeställningar.....	5
1.3 Avgränsningar .....	6
1.4 Metod och material .....	7
1.5 Teoretiska utgångspunkter.....	9
1.6 Forskningsläge .....	10
1.7 Disposition .....	11
<b>2 VÅLDTÄKTSBROTTE</b> .....	<b>12</b>
2.1 Inledning .....	12
2.2 Tidigare reformer .....	12
2.2.1 2005 års reform – ett lägre krav på våld.....	12
2.2.2 2013 års reform – särskilt utsatt situation.....	14
2.3 Tidigare samtyckesutredningar .....	16
2.3.1 SOU 2001:14 Sexualbrotten – ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor 16	
2.3.2 Leijonhufvuds samtyckesutredning.....	17
2.3.3 SOU 2010:71 Sexualbrottslagstifningen – utvärdering och reformförslag .....	19
2.3.4 SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten .....	20
2.4 Nuvarande våldtäktslagstiftning .....	22
2.4.1 Uppsåtlig våldtäkt.....	22
2.4.2 Oaktsam våldtäkt .....	23
2.4.3 Sexualhandlingar som omfattas av våldtäktsbestämmelsen.....	26
2.5 Sammanfattning.....	27
<b>3 FRIVILLIGHETSREKVISITET</b> .....	<b>28</b>
3.1 Inledning.....	28
3.2 Frivilligt deltagande – första meningen.....	28
3.3 Våld eller hot – första punkten .....	32
3.4 Särskilt utsatt situation – andra punkten .....	34
3.5 Beroendeställning – tredje punkten.....	36
3.6 Kritik mot lagstiftningen .....	36
3.6.1 Lagrådets yttrande .....	36

3.6.2	Kommentar från Suzanne Wennberg .....	38
<b>3.7</b>	<b>Sammanfattning.....</b>	<b>39</b>
<b>4</b>	<b>SAMTYCKESTEORIER .....</b>	<b>41</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning.....</b>	<b>41</b>
4.1.1	Särskiljande samtycke .....	42
4.1.2	'Performative consent' .....	44
4.1.3	'Subjective consent' och 'performative consent' .....	46
<b>4.2</b>	<b>Sammanfattning.....</b>	<b>48</b>
<b>5</b>	<b>RÄTTSFALL ENLIGT DEN NYA LAGSTIFTNINGEN .....</b>	<b>50</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning.....</b>	<b>50</b>
5.1.1	Beviskrav och generella bevissvårigheter i våldtäktsmål.....	50
5.1.2	Uppsåt och oaktsamhet.....	51
<b>5.2</b>	<b>Friande domar .....</b>	<b>52</b>
5.2.1	'Konserten' .....	52
5.2.2	'Hemmafesten' .....	54
5.2.3	'Hotellrummet' .....	55
5.2.4	'Krogkvällen' .....	57
5.2.5	'Målsäganden som sov' .....	59
<b>5.3</b>	<b>Fällande domar .....</b>	<b>60</b>
5.3.1	'Gruppvåldtäkten' .....	60
5.3.2	'Middagsbjudningen' .....	62
5.3.3	'Tatueringen' .....	63
5.3.4	'Anstalten' .....	64
5.3.5	'Samlaget' .....	65
5.3.6	'Soffan' .....	67
<b>5.4</b>	<b>NJA 2019 s. 668 - Övernattningen.....</b>	<b>68</b>
<b>5.5</b>	<b>Sammanfattning.....</b>	<b>71</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS .....</b>	<b>72</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning.....</b>	<b>72</b>
<b>6.2</b>	<b>Vad är ett frivilligt deltagande? .....</b>	<b>72</b>
<b>6.3</b>	<b>Hur ska samtycke definieras?.....</b>	<b>73</b>
<b>6.4</b>	<b>Vad säger rättsfallen? .....</b>	<b>78</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER.....</b>	<b>85</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING .....</b>	<b>87</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING .....</b>	<b>92</b>

# Summary

The paper examines the new rape legislation with focus on voluntary participation. The purpose is to investigate what voluntary participation is and how the law is supposed to be understood. The legislation is critically reviewed, and the work questions the lack of an absolute requirement of performative consent. This is done on the basis of how sexual consent is to be defined – is it an act or an attitude? The thesis is based on the law and its preparatory works, and also examines court cases where voluntary participation has been crucial. How is voluntary participation interpreted by the courts and is this in accordance with the intention of the legislation?

The result is that the requirement ‘voluntary participation’ has an undefined and unclear meaning. It is the courts’ task to assess the voluntary nature and further case law is needed to develop the legal area. At the present, voluntary participation may or may not be expressed in a variety of ways, including through passivity and inner consent. A consequence of this is that the limit for criminality becomes unclear and it is difficult to predict whether a certain action is legal or not. However, the court cases bring some clarity on how to interpret voluntary participation and passivity does not appear to indicate consent. This is further confirmed by NJA 2019 s. 668 where the Swedish Supreme Court states that the scope for interpreting passivity as consent is limited. Other general tendencies from the legal cases are that the previous relationship between the parties and what happened between them before the sexual relation matters.

Finally, it can be noted that the new rape legislation seems to have fulfilled its purpose and that more cases than before can be considered rape. However, Issues such as lack of proof and lack of intent still remain. Furthermore, the chosen legislation can also be questioned since voluntary participation lacks a clear definition, which contributes to a lack of predictability and thereby a lack of legal certainty.

# Sammanfattning

Uppsatsen undersöker den nya våldtäktslagstiftningen med fokus på frivilligt deltagande. Syftet är att utreda vad ett frivilligt deltagande är och hur rekvisitet ska förstås. Lagstiftningen granskas kritiskt och arbetet ifrågasätter avsaknaden av ett absolut krav på frivillighetsrekvisitet. Detta görs med grund i hur ett sexuellt samtycke ska definieras – är det en gärning eller en inställning? Uppsatsen utgår därför från prop. 2017/18:177 och fokuserar sedan på hovrättsfall där frivilligheten har fått avgörande betydelse. Rättsfallen används för att utreda hur frivillighet tolkas av domstolarna och om det överensstämmer med lagstiftningens avsikt.

Resultatet är att frivillighet deltagande som rekvisit har en odefinierad och otydlig innebörd. Det är domstolarnas uppgift att bedöma frivilligheten och det krävs därför vidare rättspraxis för att utveckla rättsområdet. I dagsläget kan ett frivilligt deltagande uttryckas eller inte uttryckas på en mängd olika sätt, bl.a. genom passivitet eller ett inre samtycke. Detta leder till en otydlig straffbarhetsgräns där det är svårt att förutse handlingens tillåtlighet. Avgjorda rättsfall stramar till viss del upp frivillighetsrekvisitet och passivitet tycks som huvudregel inte visa på frivillighet. Detta bekräftas vidare i NJA 2019 s. 668 där HD uttalar att utrymmet för att tolka passivitet som samtycke är begränsat. Andra generella tendenser från rättsfallen är att parternas relation och vad som hänt mellan dem före det sexuella umgänget spelar stor roll för bedömningen.

Slutligen kan det konstateras att den nya våldtäktslagstiftningen verkar ha uppfyllt sitt syfte och att fler fall än tidigare kan bedömas som våldtäkt. Däremot kvarstår fortfarande problem som bevissvårigheter och brist på uppsåt, vilket förmodligen alltid kommer finnas i någon mån. Dessutom kan den valda lagstiftningen fortfarande ifrågasättas eftersom frivillighetsrekvisitet saknar en tydlig definition vilket bidrar till en bristande förutsebarhet och därigenom en bristande rättssäkerhet.

# Förord

Jag vill först rikta ett stort tack till min handledare Ulrika för hennes värdefulla kommentarer och konstruktiva återkoppling under hela mitt uppsatsarbete. Det har hjälpt mig att samla mina tankar och att verkligen fokusera på min uppsats.

Därefter vill jag tacka min familj för all kärlek och allt stöd som ni har gett. Ni har uppmuntrat mig när jag har behövt det och firat mina framgångar med mig. Ett särskilt tack till mina föräldrar för att ni alltid har funnits där, för alla gånger ni har diskuterat komplicerade juridiska frågor och hjälpt till när jag frågat. Tack till Hannes för att du tror på mig och för att du haft tålamod att stå ut med min frustration, ångest och förvirring under tentaperioder och uppsatsskrivande.

Det är med stor glädje och stolthet som jag lämnar in denna sista uppgift på juristprogrammet.

Frida Danielsen

Lund, 7 januari 2020

# Förkortningar

BDSM	Bondage & discipline, dominance & submission, sadomasochism
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
EKMR	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
f.	Följande
ff.	Flera följande
HD	Högsta domstolen
Jfr.	Jämför
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Nr	Nummer
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätten
Uppl.	Upplaga
Vol.	Volym

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion

Under sommaren 2018 trädde en ny sexualbrottslagstiftning i kraft som bygger på grundtanken att sexuellt umgänge ska vara frivilligt. Lagändringen har diskuterats inom ramen för samtyckesdebatten och innebär en förändring från tidigare svensk sexualbrottslagstiftning. Den nuvarande våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § BrB kriminaliserar samlag och jämförliga sexuella handlingar där en part inte deltar frivilligt.<sup>1</sup> Det infördes samtidigt en ny bestämmelse om *oaktsam våldtäkt* i 6 kap. 1 a § BrB vilket innebär att en gärningsman kan dömas för våldtäkt även utan uppsåt.

I den nya lagstiftningen har icke-frivilligt deltagande förts in som det centrala rekviritet och avgör därmed gränsen mellan straffrihet och straffbarhet. Det krävs alltså inte längre våld, tvång eller otillbörligt utnyttjande för att döma någon för våldtäkt. Även tidigare under 2000-talet har våldtäktslagstiftningen genomgått stora förändringar och frågan om en s.k. samtyckeslag har diskuterats vid ett flertal tillfällen. Av olika anledningar har en samtyckeslag dock inte införts förrän 2018.<sup>2</sup> Regeringen betonar i propositionen vikten av att lagtexten klart och tydligt uttrycker att det är just ofrivillighet som är avgörande för straffansvaret. Samlag och sexuella handlingar mot någons vilja är en kränkning av rätten till sexuell integritet och sexuell självbestämmande.<sup>3</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka den nya våldtäktslagstiftningens frivillighetsrequisit och hur rekviritet frivilligt deltagande ska förstås enligt lagens förarbeten samt hur bedömningen görs vid rättstillämpningen.

---

<sup>1</sup> Prop. 2017/18:177; 6 kap. 1 § BrB.

<sup>2</sup> Prop. 2017/18:177, s. 15 f.

<sup>3</sup> Prop. 2017/18:177, s. 22.



Uppsatsen tar därför sin utgångspunkt i prop. 2017/18:177 och redogör därefter för en del rättsfall som tillämpar den nya lagstiftningen. I propositionen diskuteras att tidigare våldtäktslagstiftning inte har varit helt tillfredsställande, bl.a. i förhållande till överrumplingsfall och passivitetsfall.

Jag avser utreda hur det nya frivillighetsrekvisitet ska tolkas enligt propositionen och hur domstolar bedömer frivilligheten i sina domar. Jag kommer därför att undersöka rättsfall som rör både frivillighetsrekvisitet och oaktsamhetsansvaret för att utreda om lagstiftningens syfte uppnås. Stärks den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten genom de nya bestämmelserna? Jag kommer också att utreda och diskutera olika teorier kring samtyckets definition i relation till frivillighetsrekvisitet.

För att uppnå uppsatsens syfte kommer jag att besvara följande frågeställningar:

1. Var går gränsen mellan frivilligt deltagande och icke-frivilligt deltagande?
2. Vilka olika definitioner av samtycke diskuteras och hur är den svenska lagstiftningen formulerad utifrån begreppet samtycke?
3. Vad bedöms som ett uttryck för frivillighet i praxis och hur förhåller sig detta till lagstiftarens avsikt?
4. Är det möjligt att dra några slutsatser utifrån avgjorda rättsfall?

## **1.3 Avgränsningar**

Uppsatsen är begränsad till att behandla det uppsåtliga och det oaktsamma våldtäktsbrottet medan övriga sexualbrott inte kommer att diskuteras. Arbetets fokus ligger på de förändringar som gjorts under 2000-talet och samtyckesdebatten. Samtliga lagförändringar av våldtäktsbestämmelsen kommer därför inte att utredas. Arbetet utreder inte heller försök till våldtäkt utan enbart fullbordade brott.

En vidare begränsning är att våldtäkt mot barn inte kommer att behandlas. Det finns ett absolut förbud mot att genomföra sexuella handlingar mot barn<sup>4</sup> i 6 kap. 4 § BrB och barn anses inte kunna samtycka till sexuella handlingar. Sammanfattningsvis kan det därför konstateras att utredningen undersöker fullbordade våldtäkter mot vuxna.

Det finns också en tidsmässig begränsning för de rättsfall som används inom uppsatsen. Jag har valt att behandla hovrättsfall från 1 juli 2018 när lagen trädde i kraft fram till och med 1 oktober 2019. Under sommaren 2019 avgjorde HD sitt första fall, NJA 2019 s. 668, rörande den nya våldtäktslagstiftningen, vilket också kommer att diskuteras.

## 1.4 Metod och material

Inom rättsvetenskapen och i många rättsvetenskapliga uppsatser används den klassiska rättsdogmatiska metoden.<sup>5</sup> I grunden handlar metoden om att fastställa vad som är gällande rätt med hjälp av de allmänt accepterade rättskällorna.<sup>6</sup> Detta innebär att relevant lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin studeras.<sup>7</sup> Fördelen med metoden är att uppgiften är tydlig och att rättskällornas auktoritet inte behöver ifrågasättas. Lagen står alltid högst i rangordningen och doktrinen står lägst.<sup>8</sup> Den här uppsatsen tar sin utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden eftersom delar av frågeställningarna fokuserar just på vad lagstiftningen innebär och hur den ska förstås.

Den rättsdogmatiska metoden har dock fått kritik för att dess uppgift är begränsad. Sandgren skriver att det finns ett behov av en metod vars uppgift är större och mer varierad och föreslår den *rättsanalytiska metoden*.<sup>9</sup> Även

---

<sup>4</sup> Med ordet *barn* avses barn under 15 år samt i vissa fall under 18 år, se 6 kap. 4 § BrB.

<sup>5</sup> Sandgren, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, s. 722.

<sup>6</sup> Sandgren, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, s. 724; <sup>6</sup> Kleineman, s. 21.

<sup>7</sup> Kleineman, s. 21.

<sup>8</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 43 f.

<sup>9</sup> Sandgren, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, s. 724; Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*.

Kleineman skriver om utvecklingen mot en mer analytisk metod och att den praktiserande juristen till större del ägnar sig åt en analys av rättens dimensioner och regler, snarare än ett rent fastställande av vad som gäller.<sup>10</sup> Rättsdogmatiken begränsas av sin bundenhet till det fåtal auktoritativa källor som kan användas samt att enbart gällande rätt undersöks.<sup>11</sup> Även om andra källor kan användas inom den rättsdogmatiska metoden utgör de inte rättskällor som fastställer gällande rätt varför deras värde blir marginellt.<sup>12</sup> Jareborg argumenterar däremot för att det ingår i rättsdogmatiken att gå utanför gällande rätt och diskutera frågan om bättre lösningar. Han menar att all vetenskap handlar om att hitta nya och bättre alternativ.<sup>13</sup>

Sandgren skriver att den rättsanalytiska metoden har en större uppgift eftersom den även analyserar rätten, exempelvis med fokus på olika värderingar eller från olika infallsvinklar. Metoden ger också större materialmöjligheter då bl.a. underrättspraxis, 'soft law', statistik och annat material kan användas. I metoden ingår det att fastställa gällande rätt men uppgifter fortsätter därutöver eftersom både fler och andra typer av frågor kan besvaras.<sup>14</sup> Den här metoden kommer också att användas i uppsatsen eftersom syftet sträcker sig utöver ett rent fastställande av gällande rätt. Metoden ger överlag ett friare arbete och det finns inga 'rätta svar'. Jag kommer också använda mig av underrättspraxis och i min analys kritiskt granska lagstiftningen, förarbetena och övrigt material.

Materialiet som uppsatsen bygger på är lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Propositionen till den nya våldtäktslagstiftningen, prop. 2017/18:177, har en betydande roll för arbetet. Eftersom uppsatsen också blickar tillbaka behandlas tidigare lagstiftningsreformer och flera tidigare samtyckesutredningar. Doktrinen som används fokuserar mycket på

---

<sup>10</sup> Kleineman, s. 24 f.

<sup>11</sup> Sandgren, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, s. 724 f.

<sup>12</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsskrivare*, s. 44.

<sup>13</sup> Jareborg, s. 5.

<sup>14</sup> Sandgren, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, s. 724 f.

diskussionen kring samtyckets innebörd och form men också på mer generella straffrättsliga frågor, som t.ex. uppsåt och bevisvärdering.

För att begränsa mitt urval av rättsfall har jag valt att använda mig av hovrättsfall som tillämpar den nya lagstiftningen. Hovrättsfallen har valts ut på basis att bristande frivillighet och åtal för oaktsam våldtäkt. Det är fall där den bristande frivilligheten har varit av avgörande betydelse för åtalet och att det då inte har förekommit något våld, hot eller utnyttjande som har påverkat frivillighetsbedömningen. Utöver dessa hovrättsfall behandlas också HD-avgörandet NJA 2019 s. 668. Rättsfallen kommer att användas främst för att analysera domstolarnas frivillighetsbedömningar.

## 1.5 Teoretiska utgångspunkter

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i våldtäktslagstiftningen och lagens förarbeten. Lagen och dess utfall kommer att kritiskt granskas i arbetets diskussionsdel. Detta kommer att leda in på resonemang kring rättssäkerhet med särskilt fokus på förutsebarhet.

Trots att rättssäkerhet är ett väletablerat begrepp är det svårdefinierat då det är inte helt klart vad som omfattas av begreppets innebörd.<sup>15</sup> Typiskt sett innebär rättssäkerhet att medborgarna ska skyddas mot godtyckliga ingrepp från staten.<sup>16</sup> Rättssäkerhet omfattar bl.a. oskuldspresumtionen, legalitetsprincipen, objektivitetsprincipen och förutsebarhet.<sup>17</sup> Kravet på förutsebarhet innebär kortfattat att både lag och rättstillämpning måste vara förutsebara, medborgarna måste på förhand veta vad som är tillåtet och otillåtet samt vilka sanktioner som kan aktualiseras.<sup>18</sup> Rättssystemet måste därför ge klara och tydliga svar som är lättillgängliga och lagen måste tillämpas korrekt så att man kan lita på reglernas innehåll.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Zila, s. 284 f.

<sup>16</sup> Nationalencyklopedin, *Rättssäkerhet*.

<sup>17</sup> Peczenik, s. 89.

<sup>18</sup> Jfr. prop. 1984/85:32, s. 11 f.

<sup>19</sup> Frändberg, s. 274 f.

Det finns också ett rättsutvecklingsperspektiv i uppsatsen eftersom våldtäktsbrottets bakgrund och utveckling utreds. Även nuvarande lagstiftning och avgjorda rättsfall vidareutvecklar rättsområdet och hur det nya våldtäktsbrottet ska förstås. Både lagstiftning och rättstillämpning är centrala rättskällor som kompletterar varandra och tillsammans bidrar till rättsutvecklingen.<sup>20</sup> Eftersom våldtäktsbrottet är helt nytt och frågan om frivillighet lämnas över till domstolarna blir rättsfallen vitala för hur lagen ska förstås.

Rekvisitet *frivilligt deltagande* har en avgörande betydelse enligt den nya lagen och utgör också fokus för utredningen. Begreppets innebörd och tolkning kommer att utredas och analyseras i senare kapitel. Det kan dock poängteras att rekvisitet *frivillighet* valdes före *samtycke* i våldtäktsbestämmelsen för att undvika förväxling med samtycke som ansvarsfrihetsgrund i 24 kap. 7 § BrB.<sup>21</sup> I uppsatsen kommer dock samtycke och frivillighet att användas synonymt med varandra för att texten ska få en bättre läsbarhet och språklig variation. Samtycke kommer alltså att användas i betydelsen samtycke till sexuell aktivitet och inte den innebörd som finns i 24 kap. 7 § BrB.

## 1.6 Forskningsläge

Samtycke och frågan om en samtyckesreglering har diskuterats livligt under flera års tid. Under 2000-talet har våldtäktsbrottet förändrats tre gånger och tre stycken statliga offentliga utredningar om en samtyckesreglering har tillsatts. Även en skuggutredning av Madeleine Leijonhufvud, på uppdrag av Miljöpartiet, har gjorts. Eftersom lagen enbart har varit i kraft i ungefär ett och ett halvt år finns det i dagsläget inte någon specifik forskning på lagens effekter eller utfall. Det mesta av materialet utgörs av tidigare utredningar och diskussioner kring just införandet av en samtyckesreglering.

---

<sup>20</sup> Jfr. Ramberg, s. 775.

<sup>21</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30.

Strax innan jul meddelade regeringen att Brå får i uppdrag att följa upp hur den nya sexualbrottslagstiftningen tillämpas. I uppgiften ingår att analysera om syftet med lagen har uppfyllts, dvs. om fler fall än tidigare går till åtal och fällande dom. Brå ska också undersöka om det finns några tolkningssvårigheter eller bevisproblem. Arbetet ska vara klart till sommaren 2020.<sup>22</sup> Justitieminister Morgan Johansson säger att det redan nu går att se lagstiftningens effekt i enskilda fall, men att Brå ska undersöka lagens effekter på ett kvalitativt plan.<sup>23</sup>

## 1.7 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju kapitel. I kapitel två redogörs kortfattat för våldtäktsbrottets bakgrund samt behandlar tidigare lagändringar, tidigare samtyckesutredningar och lagens nuvarande utformning. Kapitel tre behandlar samtyckesregleringen mer detaljerat och utreder hur frivillighetsrekvisitet ska tolkas enligt propositionen. I kapitel fyra diskuteras olika definitioner av samtycke och behandlar bl.a. om samtycke ska ses som en gärning eller en inställning. Därefter i kapitel fem finns rättsfallsredogörelsen som behandlar de hovrättsfall samt NJA 2019 s. 668 som har valts ut för uppsatsen med fokus på bristande frivillighet och oaktsam våldtäkt. Uppsatsen avslutas med en analys av uppsatsens resultat och egna reflektioner kring lagstiftningen och rättsfallen i kapitel sex följt av en kort avslutande slutsats i kapitel sju.

---

<sup>22</sup> Regeringens pressmeddelanden.

<sup>23</sup> Lönnæus.

## 2 Våldtäktsbrottet

### 2.1 Inledning

Våldtäktsbrottets reglering och utformning har förändrats i takt med samhällets syn på sexualitet och sexualbrott.<sup>24</sup> Exempelvis kriminaliserades inomäktenskaplig våldtäkt 1965 samtidigt som våldtäktsbrottet och sexualbrotten flyttades till samma kapitel i BrB. Den sexuella integriteten blev därigenom lagstiftningens skyddsobjekt. År 1984 gjordes brottsbeskrivningen könsneutral och brottsbalkskapitlet bytte namn från sedlighetsbrott till sexualbrott.<sup>25</sup> Kortfattat karaktäriseras utvecklingen av att fokus har gått från *hur* det sexuella självbestämmandet har kränkts till *att* det har kränkts.<sup>26</sup>

I det här avsnittet redogörs kortfattat för våldtäktsbrottets utveckling och bakgrund. Först behandlas tidigare lagstiftningsändringar från 2000-talet och därefter tidigare samtyckesutredningar. Till sist redogörs för våldtäktsbrottets nuvarande utformning.

### 2.2 Tidigare reformer

#### 2.2.1 2005 års reform – ett lägre krav på våld

Det genomfördes en större förändring av sexualbrottslagstiftningen år 2005. Reformens syfte var att ”öka skyddet mot sexuella kränkningar och att ytterligare förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten”<sup>27</sup>. För våldtäktsbrottets del innebar den nya lagstiftningen att straffutrymmet utvidgades genom att fler fall kunde bedömas som våldtäkt.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Nationalencyklopedin, *Våldtäkt*.

<sup>25</sup> Prop. 2004/05:45, s. 20 f.

<sup>26</sup> Jareborg m.fl., s. 116.

<sup>27</sup> Prop. 2004/05:45, s. 1.

<sup>28</sup> Prop. 2004/05:45, s. 1.

I slutet av 2003 fälldes Bulgarien av Europadomstolen för brott mot artikel 3 och 8 i EKMR på grund av att landet saknade ett effektivt skydd mot sexuella övergrepp i målet *M.C. mot Bulgarien*. M.C. var målsägande i fallet och hade utsatts för sexuella övergrepp av tre män utan att varken våld eller hot hade förekommit. Männen friades eftersom Bulgariens lagstiftning krävde våld eller hot för straffansvar för våldtäkt. Europadomstolen slog dock fast att länderna, enligt EKMR, har en positiv skyldighet att effektivt bestraffa och lagföra alla sexuella handlingar utan samtycke, oavsett om offret har gjort fysiskt motstånd eller inte.<sup>29</sup>

Avgörandet innebar att samtyckesfrågan återigen lyftes i Sverige och om lagstiftningen skulle bytas ut mot en samtyckeslag för att följa Europadomstolens praxis och det krav som ställdes upp.<sup>30</sup> Så blev dock inte fallet eftersom lagen fortsatt behöll kraven på våld, hot eller utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd, även om straffutrymmet utvidgades.<sup>31</sup>

I propositionen till 2005 års lagstiftning diskuteras förenligheten med *M.C. mot Bulgarien* och regeringen motiverade förslaget genom ett hänvisade till NJA 2004 s. 231.<sup>32</sup> HD konstaterade i det här avgörandet att ett bristande samtycke var avgörande vid våldtäkt och att eventuellt våld, hot eller tvång utgör bevisfakta för att den sexuella handlingen inte har varit frivilligt.<sup>33</sup> Därigenom var sex utan samtycke redan kriminaliserat och Sveriges lagstiftning var förenlig med Europadomstolens praxis. Regeringen konstaterade att ett samtyckeskrav enbart skulle medföra att offret hamnade i större fokus under rättsprocessen, vilket man inte ansåg var önskvärt.<sup>34</sup>

Den första förändringen som gjordes var att kravet på våld vid våldtäkt sänktes. Den tidigare våldtäktslagstiftningen hade krävt *våld på person* men

---

<sup>29</sup> *M.C. mot Bulgarien*; Leijonhufvud, *Svensk sexualbrottslag*, s. 52-53.

<sup>30</sup> Leijonhufvud, *Svensk sexualbrottslag*, s. 52-53.

<sup>31</sup> Prop. 2004/05:45; Leijonhufvud, *Svensk sexualbrottslag*, s. 53.

<sup>32</sup> Prop. 2004/95:45, s. 37.

<sup>33</sup> NJA 2004 s. 231.

<sup>34</sup> Prop. 2004/95:45, s. 37; Jfr. Leijonhufvud, *Svensk sexualbrottslag*, s. 53.



vilket nu byttes ut till *våld mot person*.<sup>35</sup> Gällande begreppen är *våld på person*<sup>36</sup> en kvalificerad form av våld och kräver misshandel eller annan typ av betvingande av en persons rörelsefrihet.<sup>37</sup> Våldet ska också innebära eller framstå som trängande fara för den utsatta personen. Däremot innebär kravet *våld mot person* istället att det är tillräckligt att den utsatte blir ryckt i armen, knuffad eller fasthållen.<sup>38</sup> Redan innan ändringen gjordes hade dock domstolarna i praktiken tillämpat ett lägre krav på våld. Den nya lagstiftningen stämde därför bättre överens med det praktiska utfallet och innebar samtidigt att fler fall kunde bedömas som våldtäkt.<sup>39</sup>

Den andra förändringen tog sikte på utnyttjande av offrets hjälplösa tillstånd. Efter reformen spelade det inte längre någon roll hur eller varför offret befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Tidigare hade lagen krävt att det var gärningsmannen som försatt offret i ett hjälplöst tillstånd för att sedan otillbörligt utnyttja detta. Om offret redan befunnit sig i det hjälplösa tillståndet var det inte möjligt att döma för våldtäkt, utan enbart för sexuellt utnyttjande. Gränsdragningen mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande hade därför blivit kritiserad vilket åtgärdades med 2005 års reform. Detta innebar en utvidgning av straffutrymmet genom att våldtäktsbestämmelsen omfattade även de grövsta fallen av sexuellt utnyttjande. Genom reformen blev det möjligt att döma för våldtäkt oavsett varför offret var i ett hjälplöst tillstånd.<sup>40</sup>

## 2.2.2 2013 års reform – särskilt utsatt situation

Våldtäktsparagrafen uppdaterades igen 2013 och straffutrymmet utvidgades ytterligare när rekvisitet *hjälpöst tillstånd* ersattes med det *särskilt utsatt situation*. Från regeringens sida var poängen att tydliggöra att det är en våldtäkt även i de fall då offret är passivt.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Brå, *Rapport 2011:6*, s. 30.

<sup>36</sup> Kallas även för råntvång.

<sup>37</sup> Jareborg m.fl., s. 194.

<sup>38</sup> Prop. 2004/05:45, s. 43; Brå, *Rapport 2011:6*, s. 30.

<sup>39</sup> Prop. 2004/05:45, s. 43.

<sup>40</sup> Prop. 2004/05:45, s. 47-48.

<sup>41</sup> Prop. 2012/13:111 s. 1.

Bakgrunden till ändringen var att begreppet *hjälpöst tillstånd* inte fungerade som tänkt vid rättstillämpningen. Utredningen visade att domstolarna ställde för höga krav på när någon var i ett hjälpöst tillstånd.<sup>42</sup> Hjälpöst tillstånd omfattade t.ex. medvetlöshet, berusning eller psykisk störning.<sup>43</sup> Däremot var det mycket svårt att utreda och lagföra en våldtäkt om den utsatte hade varit berusad eller drogpåverkad och det saknades stödbevisning i fallet. Begreppet tillämpades även för snävt om offret hade en funktionsnedsättning.<sup>44</sup>

Utredningen uppmärksammande också ett särskilt problem gällande s.k. passivitetsfall där offret bemöter ett sexuellt övergrepp med passivitet, ofta på grund av rädsla vilket brukar kallas 'frozen fright'. Reaktionen kan bero på att offret vill slippa bli utsatt för våld, att offret inte vågar göra något motstånd eller att kroppen 'stänger av'. Problemet med 2005 års lagstiftning i relation till passiva offer var att det inte gick att döma någon för våldtäkt om det saknades våld, tvång eller utnyttjande. I dessa fall kunde domstolen enbart döma för sexuellt ofredande, trots att den sexuella handlingen var jämförlig med samlag och hade genomförts mot offrets vilja.<sup>45</sup> Det fanns därför ett bristfälligt skydd mot sexuella övergrepp för personer som var utsatta men som inte kunde anses befinna sig i ett hjälpöst tillstånd.<sup>46</sup>

Genom att införa särskilt utsatt situation som rekvisit skulle straffutrymmet vidgas och bättre skydda offren. Det hade föreslagits av Lagrådet 2005 men inte antagits då. Enligt propositionen befinner sig någon i en särskilt utsatt situation om hen t.ex. på grund av sömn eller berusning inte har möjlighet att skydda sin sexuella integritet. En helhetsbedömning ska göras och flera omständigheter kan tillsammans skapa en sådan situation. För att ytterligare

---

<sup>42</sup> Prop. 2012/13:111 s. 26.

<sup>43</sup> SFS 2005:90, se 6 kap. 1 §.

<sup>44</sup> Prop. 2012/13:111 s. 26.

<sup>45</sup> Prop. 2012/13:111, s. 26-27.

<sup>46</sup> Prop. 2012/13:111, s. 29-30.

förtydliga att passivitetsfallen omfattas av våldtäktsbestämmelsen infördes också *allvarlig rädsla* som rekvisit.<sup>47</sup>

Det kan påpekas att även vid 2013 års ändring diskuterades frågan om en samtyckeslag. Utredningen SOU 2010:71 föreslog att det skulle införas en ny bestämmelse om sexuellt övergrepp som kriminaliserade sexuella handlingar utan samtycke, vilket inte genomfördes.<sup>48</sup>

## 2.3 Tidigare samtyckesutredningar

### 2.3.1 SOU 2001:14 Sexualbrotten – ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor

Under 1998 tillsattes en utredning som skulle undersöka om den svenska våldtäktslagstiftningen istället borde baseras på samtycke. Uppdraget var att utreda om bristen på samtycke skulle avgöra straffansvaret och presenterade både för- och nackdelar med en sådan lagstiftning i SOU 2001:14. Kommitténs slutsats var att en samtyckesreglering inte borde införas men att våldskravet borde sänkas.<sup>49</sup>

Som skäl för en samtyckesregleringen lyftes t.ex. fram att lagstiftningen har en normerande och moralbildande verkan. Offrets ställning skulle därför kunna förstärkas genom en samtyckeslag samtidigt som det skulle bidra till ökad kvinnofrid och jämställdhet. Kommittén diskuterade också att kravet på tvång redan var uttunnat i praxis och att en samtyckeslag skulle innebära att våld eller tvång utgör bevisfakta för saknat samtycke, istället för rättsfakta.<sup>50</sup>

Som skäl mot en samtyckesreglering angav kommittén bl.a. att det riskerade att sätta offret i fokus under rättegången. Frågor som hur kvinnan markerade

---

<sup>47</sup> Prop. 2012/13:111, s. 29-30.

<sup>48</sup> Prop. 2012/13:111, s. 31.

<sup>49</sup> SOU 2001:14, s. 123, 138.

<sup>50</sup> SOU 2001:14, s. 124-127.

att hon inte var intresserad, hur hon betedde sig innan övergreppet och vilka kläder hon bar skulle kunna vara av betydelse för frågan om samtycke. Det stod inte heller klart att en samtyckesreglering skulle medföra en faktisk normerande verkan eller att kvinnans rättsställning skulle stärkas.<sup>51</sup> Kommittén diskuterade också osäkerheten kring hur samtycket skulle uttryckas. Måste det vara klart och tydligt i likhet med 24 kap. 7 § BrB eller kunde ett tyst samtycke godtas?<sup>52</sup> Kommittén drog slutsatsen att våldtäktsbrottet inte bör bygga på en samtyckesreglering men att kravet på tvång borde sänkas.<sup>53</sup>

### **2.3.2 Leijonhufvuds samtyckesutredning**

Miljöpartiet uppdrog 2008 åt Madeleine Leijonhufvud att analysera våldtäktslagstiftningen och undersöka om den borde ersättas med en samtyckesreglering och hur en sådan lag skulle se ut.<sup>54</sup> Enligt uppdraget skulle Leijonhufvud beakta rättssäkerheten och undersöka om kraven på våld, hot eller utnyttjande av hjälplöst tillstånd borde ersättas med en samtyckesreglering samt utreda en oaktsamhetsvariant av våldtäktsbrottet.<sup>55</sup> I utredningen bemötte Leijonhufvud ett antal av de argument som lyftes fram av kommittén i SOU 2001:14.

Det är viktigt att poängtera att utredningen inte var någon statlig offentlig utredning och den har heller aldrig varit aktuell för något lagstiftningsärende. 2008 års samtyckesutredning kan därför inte direkt jämföras med övriga SOU:er.<sup>56</sup> Däremot ger undersökningen en genomgripande bild av rättsläget och tillför viktig information till samtyckesdebatten.

Leijonhufvuds förslag var att lagstiftningen skulle ersättas med samtyckesreglering där det är straffbart att genomföra sexuella handlingar

---

<sup>51</sup> SOU 2001:14, s. 127-130.

<sup>52</sup> SOU 2001:14, s. 134.

<sup>53</sup> SOU 2001:14, s. 138 ff.

<sup>54</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 5.

<sup>55</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 9.

<sup>56</sup> Jfr. Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*.

mot någon som inte deltar frivilligt.<sup>57</sup> Poängen med uttrycket *frivilligt deltagande* var att begränsa straffansvaret till just gärningsögonblicket men också att markera att samlag är något man har *med varandra* och inte mot någon annan. Detta skulle vidare tydliggöra att viljeinriktningen är avgörande för straffbarheten.<sup>58</sup>

Hon föreslog vidare att brottsrubriceringen skulle vara *sexuellt utnyttjande* eller *grovt sexuellt utnyttjande* istället för våldtäkt. Om det även hade förekommit våld, hot, misshandel eller liknande vid övergreppet skulle dessa brott lagföras separat enligt andra tillämpliga bestämmelser i t.ex. 3 och 4 kap. BrB.<sup>59</sup> Sådana handlingar skulle alltså utgöra separata brott istället för omständigheter som gör brottet grovt.

I utredningen diskuterades att andra länder redan hade samtyckesregleringar, som t.ex. Storbritannien. Den brittiska regleringen utgick från att bristande samtycke avgjorde gränsen för straffbarhet. Straffansvar för våldtäkt fanns vid både uppsåt och oaktsamhet kring den utsattes bristande samtycke. Lagstiftningen räknade också upp ett antal typsituationer där avsaknaden av samtycke förutsattes. Det gällde t.ex. när våld hade förekommit, offret hade sovit eller inte haft möjlighet att kommunicera sitt samtycke.<sup>60</sup>

Leijonhufvud lyfte också frågan om lagstiftningens normerande verkan.<sup>61</sup> En följd av lagstiftning är att människors direkta beteenden påverkas. Därutöver påverkar lagstiftningen människors attityder i stort och även den allmänna synen på ett visst handlande. Detta kan t.ex. belysas med förbudet mot barnaga vilket har ändrat samhällets syn på våld som uppfostringsmedel. En samtyckesreglering skulle på samma sätt kunna befästa en ny syn på sex som bygger på aktiva aktörer och respekt för individens vilja.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 9 f.

<sup>58</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 12-13.

<sup>59</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 9 f.

<sup>60</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 54 ff.

<sup>61</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 63.

<sup>62</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 64-65.

En annan aspekt av den dåvarande lagstiftningen och lagstiftningens normerande verkan var hur kvinnan respektive mannen porträtterades. Leijonhufvud argumenterade att den dåvarande lagstiftningen utgick från att kvinnan och hennes kropp alltid var sexuellt tillgänglig. Om hon inte ville delta eller ville visa sig otillgänglig var hon tvungen att markera detta genom ett aktivt motstånd. En samtyckesreglering skulle vända på detta och poängtera att en kvinna är tillgänglig först när hon har uttryckt att hon vill delta. Samtidigt tvingas mannen respektera kvinnans sexuella självbestämmanderätt och det är mannens ansvar att ta reda på om hon vill delta eller inte före den sexuella handlingen genomförs.<sup>63</sup>

### **2.3.3 SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag**

I SOU 2010:71 utvärderades 2005 års sexualbrottslagstiftning och låg till grund för prop. 2012/13:111. Som nämnts tidigare konstaterade utredningen att våldtäktslagstiftningen var bristfällig särskilt gällande begreppet *hjälpöst tillstånd*. Begreppet var för snävt och täckte inte in alla fall som skulle behöva omfattas. Det gällde särskilt fall där offret är passivt.<sup>64</sup> SOU:n föreslog att samtycke bör finnas med i lagtexten men att våldtäktslagstiftningen inte skulle vara en ren samtyckesreglering. Istället bör det införas en ny bestämmelse rubricerad *sexuellt övergrepp* vid bristande samtycke som komplement till gällande lagstiftning.<sup>65</sup> Sammantaget hade dock 2005 års lagstiftning stärkt den personliga och sexuella integriteten.<sup>66</sup>

Gällande Europadomstolens uttalande i *M.C. mot Bulgarien* konstaterade utredningen att det inte krävs en uttrycklig samtyckeslag för att svensk lagstiftning ska vara förenlig med domstolens praxis. Den svenska lagstiftningen uppfyllde Europadomstolens krav även med rådande lagstiftning eftersom samtyckesfrågan fick stor betydelse i praxis. Däremot

---

<sup>63</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 63.

<sup>64</sup> SOU 2010:71, s. 16 ff, s. 223 ff.

<sup>65</sup> SOU 2010:71, s. 16 ff.

<sup>66</sup> SOU 2010:71, s. 180.

vore det enklare och mer tydligt att uppfylla EKMR:s krav genom en samtyckesreglering.<sup>67</sup>

Utredningen redogjorde också för ett antal för- och nackdelar med att införa en ren samtyckesreglering, vilka delvis stämde överens med de resonemang som diskuterades i SOU 2001:14. De huvudsakliga fördelarna var att det vore en naturlig fortsättning på straffrättsutvecklingen, den normerande verkan som lagstiftning har, att den misstänkte fortsätter vara i fokus genom att frågan om hur samtycket försäkrades skulle bli relevant samt att offret skulle bli bättre bemött i domstol.<sup>68</sup> Riskerna med en samtyckeslagstiftning var att målsägande skulle hamna i fokus för rättegången, att det var svårt att definiera ett samtycke och hur det skulle se ut. Vidare vore det inte rimligt att förvänta sig fler fällande domar enbart på grund av en samtyckeslag och det fanns även en del bevissvårigheter.<sup>69</sup> Slutsatsen var att en samtyckesreglering inte borde införas som sådan, utan att lagstiftningen istället skulle kompletteras med ett helt nytt brott där samtycke var det avgörande rekvisitet.<sup>70</sup>

### **2.3.4 SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten**

År 2014 tillsattes en ny utredning som skulle göra en översyn av våldtäktsbrottet med liknande syfte som tidigare utredningar.<sup>71</sup> En central del av utredningen var att undersöka om en samtyckesreglering krävdes för att sexualbrottslagstiftningen skulle bli heltäckande och effektiv. Utredningen konstaterade att det framförallt brast lagstiftningsmässigt när en sexuell handling genomförts med någon som inte ville delta men utan att det funnits tvång, utnyttjande av en utsatt situation eller beroendeställning. Det fanns därför behov att återigen ändra sexualbrottslagstiftningen. Förslaget som lades fram var att straffansvaret borde grundas på avsaknaden av ett frivilligt

---

<sup>67</sup> SOU 2010:71, s. 202 ff.

<sup>68</sup> SOU 2010:71, s. 207 ff.

<sup>69</sup> SOU 2010:71, s. 211 ff.

<sup>70</sup> SOU 2010:71, s. 232 ff, 237-238.

<sup>71</sup> SOU 2016:60, s. 13.

deltagande.<sup>72</sup> Det var denna utredning som kom att ligga till grund för den nuvarande lagstiftningen och prop. 2017/18:177.

Förslaget byggde på att deltagandet i en sexuell handling skulle vara frivilligt och att de tidigare rekvisiten i bestämmelsen skulle tas bort. Begreppet *frivillighet* valdes före *samtycke* eftersom samtycke redan förekommer i brottsbalken och definitionerna inte stämde överens med varandra. Utredningens förslag krävde också att valet att delta skulle komma till uttryck varför tysta eller underförstådda samtycken inte skulle godtas. För att någon skulle anses delta frivilligt skulle denna frivillighet kommuniceras, t.ex. genom ord eller handling. Därigenom fanns det inte heller något krav på att offret skulle göra motstånd eller säga nej om hen inte ville delta. Inte heller passivitet skulle kunna tolkas som ett frivilligt deltagande. Detta medförde också att frivilligheten måste uttryckas vid den aktuella stunden och handlingen. Samtycket kunde inte ges i förväg eller medföra att andra handlingarna också godtogs.<sup>73</sup> Den föreslagna lagändringen ställde dock inget krav på *hur* frivilligheten skulle uttryckas eftersom detta bedömdes vara individuellt parterna emellan samt att ett sådant krav skulle bli verklighetsfrämmande och svårtillämpat för domstolarna.<sup>74</sup>

Kommitténs förslag innebar vidare att en ändrad inställning eller uppfattning till det sexuella umgänget skulle komma till uttryck. Enligt utredningen kunde en person när som helst ångra sig eller dra tillbaka sitt deltagande men att den ändrade inställningen måste uttryckas klart och tydligt, främst av rättssäkerhetsskäl. Motparten måste kunna uppfatta och förstå att deltagandet inte längre var frivilligt, varför kommunikering ansågs nödvändigt.<sup>75</sup>

Utredningen låg som sagt till grund för prop. 2017/18:177 men det var inte alla föreslagna åtgärder från utredningen som togs med i propositionen. SOU 2016:60 föreslog att vissa brottsrubriceringar skulle byta namn, t.ex. skulle

---

<sup>72</sup> SOU 2016:60, s. 13-14.

<sup>73</sup> SOU 2016:60, s. 17-18.

<sup>74</sup> SOU 2016:60, s. 18.

<sup>75</sup> SOU 2016:60, s. 18.



våldtäkt bytas ut mot sexuellt övergrepp, vilket inte genomfördes vid ändringen 2018. Ett annat förslag som inte heller gick igenom var kravet på att frivilligheten skulle uttryckas, vilket kommer diskuteras mer nedan i kapitel 3.<sup>76</sup>

## 2.4 Nuvarande våldtäktslagstiftning

### 2.4.1 Uppsåtlig våldtäkt

Den nu gällande lagstiftningen innebär att gränsen för straffansvar vid sexuella handlingar går vid frivillighet.<sup>77</sup> I propositionen skriver regeringen att den tidigare våldtäktslagstiftningen har varit otillräcklig eftersom den inte har gett ett heltäckande skydd mot sexuella övergrepp. Exempelvis har överrumplingsfall på konserter lagförts som sexuella ofredanden och inte som våldtäkter, trots att den sexuella handlingen varit jämförlig med samlag. Lagstiftningens krav på medel eller utnyttjande av en persons utsatthet har inte fungerat som ett effektivt skydd för den sexuella integriteten och självbestämmanderätten. En samtyckeslagstiftning ger däremot tydligt uttryck för att sex och andra sexuella handlingar ska baseras på frivillighet och vara en ömsesidig handling mellan personer.<sup>78</sup>

Syftet med 2018 års lagstiftning är att lyfta fram och stärka den sexuella självbestämmanderätten och att skapa ett heltäckande skydd mot sexuella övergrepp.<sup>79</sup> Lagstiftningen innebär en utvidgning av straffutrymmet då fler överrumplingsfall och passivitetsfall ska bedömas som våldtäkt och inte som sexuellt ofredande. De sexuella handlingar som omfattas av brottet är desamma som tidigare.<sup>80</sup>

Våldtäkt är fortsatt kriminaliserat i 6 kap. 1 § BrB och brottet är numera formulerat på följande sätt:

---

<sup>76</sup> Jfr. prop. 2017/18:177, s. 94 ff.

<sup>77</sup> Prop. 2017/18:177, s. 21.

<sup>78</sup> Prop. 2017/18:177, s. 21 f.

<sup>79</sup> Prop. 2017/18:177, s. 21 f.

<sup>80</sup> Prop. 2017/18:177, s. 35 f.

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,

2. gärningsmannen otilbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller

3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

Är brottet 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 stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som 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 offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.<sup>81</sup>

Lagstiftningens innebörd och särskilt frivillighetsrekvisitet utreds mer ingående i nästa kapitel.

## 2.4.2 Oaktsam våldtäkt

Vid lagändringen infördes samtidigt det nya brottet *oaktsam våldtäkt* i 6 kap. 1 a § BrB vilket kriminaliserar våldtäkt där gärningsmannen har varit grovt oaktsam i förhållande till offrets ofrivilliga deltagande. Det är därför inte

---

<sup>81</sup> 6 kap. 1 § BrB.

längre nödvändigt att gärningsmannen har uppsåt för att göra sig skyldig till våldtäkt. Brottet oaktsam våldtäkt är sekundärt till det uppsåtliga våldtäktsbrottet och ska därför tillämpas endast när uppsåt saknas.<sup>82</sup>

Bestämmelsen ser ut så här:

Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för *oaktsam våldtäkt* till fängelse i högst fyra år.

Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar.<sup>83</sup>

För straffansvar krävs det att gärningsmannen har begått en sådan gärning som finns i 6 kap. 1 § BrB om uppsåtlig våldtäkt. De objektiva rekvisiten är alltså desamma som för en uppsåtlig våldtäkt. Gärningsmannen ska därutöver ha varit grovt oaktsam till huruvida den andra personen deltog frivilligt eller inte.<sup>84</sup> Regeringen skriver i propositionen att straffansvar ska träffa brott som är påtagligt straffvärda, vilket i regel kräver grov oaktsamhet.<sup>85</sup> Det finns två typer av oaktsamhet: medveten oaktsamhet och omedveten oaktsamhet. Båda formerna av oaktsamhet kan vara grov, men medveten oaktsamhet är i regel grov oaktsamhet.<sup>86</sup>

Medveten oaktsamhet är den allvarligare formen av oaktsamhet. Det föreligger när gärningsmannen misstänker att deltagandet inte är frivilligt men ändå genomför de sexuella handlingarna. Här handlar det om vad gärningsmannen *faktiskt har insett*.<sup>87</sup> Medveten oaktsamhet motsvarar i denna del likgiltighetsuppsåtet. Skillnaden är dock att gärningsmannen inte har varit likgiltig inför följden att risken inträffar.<sup>88</sup> Istället hoppas gärningsmannen på

---

<sup>82</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB; Prop. 2017/18:177, s. 84.

<sup>83</sup> 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>84</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>85</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>86</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>87</sup> Prop. 2017/18:177, s. 84 f.; Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>88</sup> Asp & Ulväng, s. 50.

att motparten deltar frivilligt.<sup>89</sup> Eftersom man vid medveten oaktsamhet har känt till risken, men inte följden, och handlat ändå är oaktsamheten typiskt sett grov.<sup>90</sup>

I rättsfallet NJA 2019 s. 668 kom HD fram till att gärningsmannen hade varit medvetet oaktsam eftersom han genomförde sexuella handlingar med målsäganden, trots att han var medveten om att det fanns en risk att hon inte deltog frivilligt. Av domskälen framgår det bl.a. att målsäganden tidigare hade meddelat gärningsmannen att hon inte ville ha sex med honom och han uppgav själv att målsäganden till största del var passiv under händelseförloppet.<sup>91</sup> Rättsfallet diskuteras mer i avsnitt 5.4.

Omedveten oaktsamhet handlar inte om vad gärningsmannen faktiskt har insett, utan om vad hen *borde ha insett*.<sup>92</sup> Gärningsmannen varken misstänker eller inser risken för att motparten inte deltar frivilligt, men hen borde ha insett risken. Även denna form av oaktsamhet kan bedömas som grov och därför medföra straffansvar.<sup>93</sup> För att bedöma om gärningsmannen varit omedvetet oaktsam måste det först konstateras om gärningsmannen kunde gjort något för att få insikt och sedan att hen borde ha gjort detta. Gärningsmannen kunde t.ex. ha tagit reda på frivilligheten genom att tänka efter eller fråga motparten.<sup>94</sup>

Det andra kravet, att gärningsmannen borde ha gjort något, är mer normativt och handlar om vilken grad av försiktighet som kan krävas i den aktuella situationen. Den här bedömningen påverkas i hög grad av situationens omständigheter och gärningsmannens förmåga.<sup>95</sup> Om det t.ex. finns tecken som tyder på att personen inte deltar frivilligt, såsom kraftig berusning, ökar gärningsmannens skyldighet att vidta åtgärd.<sup>96</sup> För att omedveten oaktsamhet

---

<sup>89</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>90</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>91</sup> NJA 2019 s. 668, p. 39-45.

<sup>92</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>93</sup> Prop. 2017/18:177, s. 84 f.

<sup>94</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>95</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>96</sup> Prop. 2017/18:177, s. 85; Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

ska ses som grov måste avvikelser från aktsamheten vara påtagliga. Enligt lagkommentaren kräver detta att det jakande svaret på borde-frågan måste ha en viss styrka och exemplifierar att det bör följas av ett eller flera utropstecken.<sup>97</sup>

### **2.4.3 Sexualhandlingar som omfattas av våldtäktsbestämmelsen**

En viktig gränsdragning mellan våldtäktsbrottet och andra sexualbrott är de sexuella handlingar som avses. De handlingar som kriminaliseras i 6 kap. 1 och 1 a §§ BrB är ”samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag”.<sup>98</sup> Innebörden av samlag och jämförbara sexuella handlingar är desamma som tidigare.<sup>99</sup>

#### **2.4.3.1 Samlag**

Den legala innebörden av samlag är vaginala samlag. Samlaget behöver dock inte vara fullbordat utan det är tillräckligt att könsdelarna har rört varandra. Andra typer av sexuella handlingar ska istället bedömas i förhållande till det andra rekvisitet, *sexuell handling jämförlig med samlag*.<sup>100</sup>

#### **2.4.3.2 Sexuell handling jämförlig med samlag**

Genom uttrycket *sexuell handling jämförlig med samlag* omfattas t.ex. orala och anala samlag samt vissa andra kvalificerade sexuella handlingar. Det centrala är att det är kränkningen ska vara lika allvarlig som ett påtvingat samlag. Fokus ligger alltså på den kränkningen som offret utsätts för och inte på själva sexualhandlingen.<sup>101</sup> Exempelvis omfattas handlingar som att föra in föremål, fingrar eller knytnäve i vagina eller anus. Även orala övergrepp kan omfattas av rekvisitet. Eftersom våldtäktsbestämmelsen är könsneutral spelar varken gärningsmannens eller offrets kön någon betydelse för

---

<sup>97</sup> Asp, 6 kap. 1 a § BrB.

<sup>98</sup> 6 kap. 1 § BrB.

<sup>99</sup> Prop. 2017/18:177, s. 35 f.

<sup>100</sup> Asp m.fl., s. 255; NJA II 1962 s. 171; NJA 1981 s. 253.

<sup>101</sup> Asp m.fl., s. 255 f.

bedömningen.<sup>102</sup> Det finns en del praxis på vilka handlingar som anses jämförliga med samlag men detta kommer inte att utredas vidare.

## 2.5 Sammanfattning

Under 2000-talet har våldtäktsbrottet genomgått ett antal förändringar och frågan om samtyckesreglering har både utretts och debatterats. 2005 och 2013 års reformer har båda utvidgat straffbestämmelser och därigenom medfört att fler sexuella övergrepp istället bedömdes som våldtäkt. Reformerna har fokuserat på att stärka lagens skyddsintressen; den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten. Dessa tidigare lagstiftningar har krävt att gärningsmannen ska ha använt sig av våld, tvång eller utnyttjat offrets utsatthet för att det ska bedömas som våldtäkt.<sup>103</sup>

Ett flertal samtyckesutredningar har också tillsatts under 2000-talet som på olika sätt diskuterat fördelarna och nackdelarna med en samtyckesreglering. Sammanfattningsvis har utredningarna bl.a. fäst vikt vid risken att målsäganden hamnar i ökad fokus vid en rättegång samt föreslagit kompletteringar av sexualbrottslagstiftningen, istället för att helt ersätta våldtäktsbrottet med en samtyckesreglering. Först 2016 i SOU 2016:60 föreslogs en ren samtyckesreglering som nytt våldtäktsbrott.

Det nuvarande våldtäktsbrottet är en ren samtyckesreglering som medför att samlag och jämförbara sexuella handlingar är otillåtna om de genomförs med någon som inte deltar frivilligt, dvs. inte samtycker. Lagen motsvarar till viss del tidigare lagstiftning eftersom omständigheter som våld och utnyttjande gör att ett deltagande aldrig kan vara frivilligt. Det uppsåtliga våldtäktsbrottet har också kompletterats med ett oaktsamhetsbrott. Oaktsam våldtäkt tar i huvudsak sikte på medveten oaktsamhet där gärningsmannen misstänker att motparten inte deltar frivilligt i det sexuella umgänget, utan att vara likgiltig inför risken.

---

<sup>102</sup> Asp m.fl., s. 255 f.; Prop. 2004/05:45 s. 136; Prop. 2012/13:111 s. 111.

<sup>103</sup> Jareborg m.fl., s. 114 f.

# 3 Frivillighetsrekvisitet

## 3.1 Inledning

Frivilligt deltagande är det avgörande rekvisitet i den nya lagstiftningen och utgör gränstragningen mellan straffrihet och straffbarhet. Frivillighetsrekvisitet ges ingen definition i lagtexten utan syftet är att frågan ska avgöras först vid rättstillämpningen.<sup>104</sup> De tre punkterna i första stycket räknar upp situationer där en person aldrig kan anses delta frivilligt och återspeglar till viss del tidigare sexualbrottslagstiftning.<sup>105</sup> I det här avsnittet utreds frivillighetsrekvisitet enligt propositionen. Avsnittet undersöker också hur frivilligheten ska bedömas av rättsväsendet och på vilka grunder. Därefter redogörs kortfattat för de tre punkterna i lagstiftningen som stadgar när ett deltagande aldrig är frivilligt. Även viss kritik mot lagstiftningen diskuteras.

## 3.2 Frivilligt deltagande – första meningen

Bedömningen av om ett deltagande är frivilligt lämnas över till rättstillämpningen som i det enskilda fallet ska avgöra frågan. Regeringen menar att det inte är lämpligt att ge någon legal definition på frivilligt deltagande.<sup>106</sup> Lagtexten stadgar däremot att det särskilt ska beaktas om frivilligheten har kommit till uttryck genom ord eller handling och det finns en del riktlinjer för frivillighetsbedömningen i propositionen.<sup>107</sup>

Enligt lagtexten finns det inget krav på att frivilligheten ska uttryckas. Regeringen ville hålla lagstiftningen neutral och menar att ett frivilligt deltagande kan uttryckas genom både aktivitet och passivitet.<sup>108</sup> Om det skulle finnas ett krav på uttryck skulle det skapa en risk för missvisande utfall. Man ville undvika att straffbelägga gärningar där ett tyst samtycke funnits

---

<sup>104</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

<sup>105</sup> Prop. 2017/18:177, s. 36 ff.

<sup>106</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

<sup>107</sup> 6 kap. 1 § BrB; Jfr. prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

<sup>108</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

men där det frivilliga deltagandet inte har uttryckts. Därför finns det inget krav på *att* frivilligheten ska uttryckas.<sup>109</sup>

Det finns inte heller något krav på *hur* frivilligheten ska uttryckas vilket hänger ihop med att varje person uttrycker sitt deltagande på sitt eget sätt. Lagstiftningen ska enbart definiera vad som är tillåtet respektive otillåtet och inte gå utöver detta. Ett krav på *hur* skulle också krävas inför varje, ny sexuell handling vilket vore verklighetsfrämmande. Det kan vidare vara svårt att skilja en sexuell handling från en annan.<sup>110</sup> Däremot måste frivilligheten kvarstå under hela det sexuella umgänget, men det krävs alltså inte något nytt uttryck inför varje 'ny' handling. Ett lämnat samtycke kan dock när som helst dras tillbaka.<sup>111</sup>

Lagtexten stadgar att både handlingar och ord särskilt ska beaktas vid bedömningen.<sup>112</sup> Det är det faktiska handlandet som ligger i fokus och vad personen har valt att göra eller inte. Viljeinriktningen hos en person är därför inte intressant för bedömningen av frivillighet. Att personen är positivt eller negativt inställd till umgänget är inte relevant så länge hen har gått med på att delta i den sexuella aktiviteten. Detta innebär att sexuella handlingar är straffria även om det har föregåtts av t.ex. påtryckningar eller övertalningsförsök. Tjatsex är alltså inte straffbart eftersom handlingarna *de facto* har tillåtits. Detta förutsätter givetvis att det inte har förekommit något våld, hot eller utnyttjande och att personen hade möjlighet att fritt välja sitt deltagande. Regeringen skriver att detta är en rättssäkerhetsfråga och att motparten måste kunna lita på valet att delta, oavsett den inre inställningen.<sup>113</sup>

Lagtextens utgångspunkt är att den som vill delta i en sexuell handling normalt agerar för det. Det finns dock inget krav på att säga varken ja eller nej till ett sexuellt umgänge. Passivitet kan därför betyda både att ett

---

<sup>109</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

<sup>110</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff.

<sup>111</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff, s. 79.

<sup>112</sup> Jfr. 6 kap. 1 § BrB.

<sup>113</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff., s. 78.



deltagande är frivilligt och att ett deltagande är ofrivilligt, vilket är något otydligt. Regeringen skriver dock att passivitet normalt sett innebär att deltagandet inte är frivilligt men att ett tyst samtycke undantagsfall kan vara godtas.<sup>114</sup> Om frågan däremot kommer upp i domstol och målsäganden säger att hen inte deltog frivilligt medan den tilltalade menar att det fanns ett tyst samtycke konstaterar propositionen att det krävs något ytterligare utöver det tysta samtycket. Det måste i så fall finnas andra omständigheter som tyder på att ett samtycke faktiskt har lämnats.<sup>115</sup> Bedömningen ska då fokuseras på vad gärningsmannen uppfattade som ett samtycke, t.ex. om något agerande från målsägandens sida tolkades som ett samtycke. Detta innebär att gärningsmannen ytterst har ett ansvar att försäkra sig om att motparten deltar frivilligt. Om signalerna är otydliga eller kan tolkas åt båda hållen ska gärningsmännen t.ex. fråga för att ta reda på om motpartens deltagande är frivilligt eller inte. Det här ansvaret kvarstår under hela det sexuella umgänget.<sup>116</sup> Sammanfattningsvis ska det göras en helhetsbedömning av målsägandens agerande och hur gärningsmannen tolkade det som frivillighet och varför.<sup>117</sup>

Regeringen lyfter också fram frågan om passivitetsfall i relation till diskussionen om tyst, inre samtycke. Att den utsatte är passiv, inte säger nej eller inte gör motstånd kan exempelvis bero på att hen är rädd, trött eller sjuk. Det kan också vara en försvarsstrategi för att inte förvärra situationen och undvika att den blir våldsam. I så fall kan passiviteten inte tolkas som ett inre samtycke. Det kan också vara så att den utsatte befinner sig i en särskilt utsatt situation vilket gör att deltagandet aldrig kan tolkas som frivilligt. I så fall omfattas fallet istället av våldtäktsbestämmelsens andra punkt.<sup>118</sup>

Möjligheten att välja sitt deltagande är av central betydelse vid s.k. överrumplingsfall. Med överrumplingsfall avses fall där offret

---

<sup>114</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 ff, s. 80.

<sup>115</sup> Prop. 2017/18:177, s. 80.

<sup>116</sup> Prop. 2017/18:177, s. 34 ff.

<sup>117</sup> Prop. 2017/18:177, s. 78.

<sup>118</sup> Prop. 2017/18:177, s. 80.

överhuvudtaget inte hinner ta ställning till frågan om sex eftersom hen överrumplas av handlingen. I propositionen nämner regeringen sexuella övergrepp vid t.ex. läkarundersökningar eller festivaler.<sup>119</sup>

Frivilligheten ska finnas där när den sexuella handlingen påbörjas men ska också finnas kvar under hela det sexuella umgänget. Ett deltagande kan därför vara frivilligt till en början, men övergår till ett övergrepp om personen ångrar sig eller inte vill fortsätta delta i handlingarna. Det är deltagandet vid handlingsögonblicket som avgör gränsdragningen och samtycket kan alltid dras tillbaka.<sup>120</sup>

Genom att använda *frivilligt deltagande* som rekvisit i bestämmelsen görs en viktig gränsdragning mot ansvarsfrihetsgrunden samtycke som regleras i 24 kap. 7 § BrB.<sup>121</sup> Brottsbalkens ansvarsfrihetsgrunder är undantagsregler som medför att en straffbelagd gärning inte utgör ett brott i det enskilda fallet på grund av olika anledningar, förutsatt att bl.a. skadan eller kränkningen som orsakas inte är oförsvarlig. Exempelvis utgör en boxningsmatch inte en misshandel eftersom slagen utdelas med samtycke sinsemellan de deltagande.<sup>122</sup>

För att samtycke som ansvarsfrihetsgrund ska vara giltigt ställs det relativt höga krav. Personen måste bl.a. vara behörig att lämna samtycket i relation till skyddsintresset, samtycket ska lämnas frivilligt och hen måste förstå innebörden av det. Detta innebär att personen som samtycker till en handling måste ha insikt om relevanta omständigheter och får därför inte vara i villfarelse. I annat fall är samtycket ogiltigt.<sup>123</sup> För våldtäktsbestämmelsens del skulle det i så fall innebära att ett samtycke blir ogiltigt om en person t.ex. ljuger om ett kändisskap eller användande av preventivmedel. Regeringen anser att sådant vilseledande inte bör medföra straffansvar.

---

<sup>119</sup> Prop. 2017/18:177, s. 78 f.

<sup>120</sup> Prop. 2017/18:177, s. 79.

<sup>121</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30, och 79.

<sup>122</sup> Asp & Ulväng, s. 35 och s. 42.

<sup>123</sup> Asp & Ulväng, s. 42.

Frivillighetsrekvisitet i bestämmelsen medför därför att ett deltagande kan vara frivilligt även om personen är i villfarelse kring vissa omständigheter. Det är inte straffbart att ljuga om t.ex. sin ålder, sysselsättning eller kändisskap i samband med sex. Därför är innebörden mellan det straffrättsliga samtycket i 24 kap. 7 § BrB inte detsamma som innebörden av frivillighetsrekvisitet i våldtäktsbestämmelsen.<sup>124</sup>

Det finns däremot vissa typer av vilseledande som kan vara straffbara även enligt våldtäktsbestämmelsen, närmare bestämt genom utnyttjandefallen i den andra punkten. Offret ska då ha varit i en särskilt utsatt situation och bli vilseledd om de faktiska omständigheterna. I propositionen exemplifieras detta med att en person förmås delta i en sexuell handling med någon som låtsas vara personens partner och ett sådant vilseledande är allvarligt och straffbart. Det kan bli aktuellt om personen t.ex. är synskadad eller är i ett mörkt rum och därför inte kan avgöra vems kropp det är.<sup>125</sup>

### **3.3 Våld eller hot – första punkten**

Enligt första punkten är ett deltagande inte frivilligt om det är en följd av misshandel, våld eller hot om brottslig gärning eller dylikt. Bestämmelsen tar sikte på samma typ av misshandel och våld som tidigare har gällt för våldtäktsbrottet.<sup>126</sup> Det görs dock en utvidgning av straffansvaret eftersom även s.k. utpressningshot numera inkluderas. Det är därför straffbart att hota om att t.ex. åtala någon eller sprida känsliga bilder på personen i syfte att tvinga fram ett sexuellt umgänge. Hotet behöver inte riktas direkt mot den utsatte utan kan också riktas mot dennes familj och anhöriga. Eftersom punkten till största del motsvarar tidigare lagstiftning är tidigare rättsfall och motiv fortfarande aktuella.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> Prop. 2017/18:177, s. 30 f. och s. 79.

<sup>125</sup> Prop. 2017/18:177, s. 79.

<sup>126</sup> Prop. 2017/18:177, s. 80.

<sup>127</sup> Prop. 2017/18:177, s. 80 f.

En annan utvidgning av straffansvaret är att det inte längre krävs att gärningsmannen för våldtäkten utför våldet eller hotet. Det är tillräckligt att gärningsmannen har uppsåt eller har varit grovt oaktsam till målsägandes ofrivilliga deltagande för att straffansvar ska kunna utkrävas. Regeringen menar att detta ansvar kan bli relevant vid t.ex. människohandel i prostitutionssyfte. På grund av människohandeln kan målsäganden befinna sig i en särskilt utsatt situation varför sexköparen kan dömas för våldtäkt. Om den sexuella tjänsten är framtvungad av någon annans våld är det våldet i sig tillräckligt för att sexköparen ska fällas och då finns det ingen anledning att titta på målsägandens särskilt utsatta situation.<sup>128</sup>

Under sommaren 2019 dömdes en man av Svea hovrätt för oaktsam våldtäkt eftersom han hade köpt sex av en kvinna som var utsatt för människohandel. På grund av människohandeln befann sig kvinnan i en särskilt utsatt situation och hennes deltagande kunde därför inte vara frivilligt, även om hon gett uttryck för frivillighet när hon sålde de sexuella tjänsterna. Gärningsmannen recenserade henne på en eskortsida efter det andra köptillfället där han skrev att han misstänkte trafficking. Båda rättsinstanserna ansåg att gärningsmannen hade varit grovt oaktsam eftersom han insåg risken för att målsäganden varit utsatt för människohandel, vilket gjorde att hon inte kunde delta frivilligt i det sexuella umgänget. Han var däremot inte likgiltig inför risken och saknade därför uppsåt. Eftersom han likväl hade insett risken, men hoppats på motsatsen, kunde han dömas för oaktsam våldtäkt.<sup>129</sup> Det här målet ligger egentligen utanför uppsatsens omfång eftersom den handlar om kvinnans särskilt utsatta situation. Däremot är domen av principiellt viktig betydelse eftersom den visar att lagändringen ger nya möjligheter.

Våldet eller hotet som används behöver inte ha någon direkt anslutning till de sexuella handlingarna. Ett deltagande kan ses som ofrivilligt även om våldet eller hotet skedde vid ett tidigare tillfälle. Det centrala är att deltagandet ska vara en följd av påtryckningsmedlet som använts. Det ska därför göras en

---

<sup>128</sup> Prop. 2017/18:177, s. 81 f.

<sup>129</sup> Svea hovrätt B 5624-19.

individuell bedömning om så är fallet och det är slutligen åklagarens ansvar att bevisa att deltagandet inte var frivilligt.<sup>130</sup>

I samband med denna punkt är det relevant att diskutera frivilligt sexuellt umgänge med inslag av våld, som exempelvis BDSM-sex. Om parterna är överens om att våld ska ingå som en del av det sexuella umgänget är deltagandet frivilligt och det utgör inte någon våldtäkt. Däremot påpekar regeringen i propositionen att det kan bli aktuellt med t.ex. misshandelsbrott om våldet överskrider vad parterna kommit överens om och området är därför inte helt oreglerat. Våldets omfattning och parternas överenskommelse ska i så fall bedömas utifrån reglerna om samtycke i 24 kap. 7 § BrB.<sup>131</sup>

Sammanfattningsvis kan det konstateras att första punkten reglerar olika påtryckningsmedel som används i samband med sexuella handlingar. Sådana påtryckningsmedel medför att deltagande alltid är ofrivilligt eftersom den utsatte inte har möjlighet att göra ett fritt val om sexuellt umgänge.

### **3.4 Särskilt utsatt situation – andra punkten**

Den andra punkten stadgar att ett deltagande inte är frivilligt om gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att den andra personen befinner sig i en särskilt utsatt situation. Även här kan tidigare praxis och motiv användas för vägledning eftersom det är samma rekvisit som tidigare. Rekvisiten är dock inte uttömmande varför även andra omständigheter kan skapa en särskilt utsatt situation. För att punkten ska vara tillämplig krävs det att personen är förhindrad att göra ett fritt val om sexuellt umgänge på grund av den särskilt utsatta situationen.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Prop. 2017/18:177, s. 81.

<sup>131</sup> Prop. 2017/18:177, s. 81.

<sup>132</sup> Prop. 2017/18:177, s. 82 f.

Som utgångspunkt omfattar våldtäktsbestämmelsen inte situationer där erbjudanden används för att förmå någon att delta i sexuellt umgänge. Däremot är det straffbart om personen inte har någon möjlighet att säga nej till erbjudandet. Det kan t.ex. vara om hen befinner sig i livsfara eller annan allvarlig fara.<sup>133</sup> Det kan också omfatta fall där någon inom kort behöver en viss medicin för att överleva och då blir erbjudandet om denna medicin, i utbyte mot sexuella handlingar, tvingande.<sup>134</sup> I sådana fall är valet att delta inte fritt och den sexuella självbestämmanderätten kränks varför sådana erbjudanden kan medföra straffansvar enligt 6 kap. 1 § BrB.<sup>135</sup>

Utsattheten behöver inte föreligga från början utan kan uppstå närsomhelst under det sexuella umgänget. Det här hänger ihop med tanken att frivilligheten måste bestå under hela förloppet och inte bara initialt. Om en person hamnar i en särskilt utsatt situation efter att det sexuella umgänget har påbörjats slutar deltagandet vara frivilligt varför det också ska avbrytas. I annat fall är det möjligt att utkräva straffansvar för umgänget.<sup>136</sup>

Lagtexten kräver att själva utnyttjandet ska vara *otillbörligt* vilket innebär att den sexuella handlingen ska vara ett angrepp på offrets sexuella integritet. Det ska vidare finnas ett orsakssamband mellan utsattheten och personens deltagande, där gärningsmannen uppnår sitt syfte genom utnyttjandet.<sup>137</sup> Ett klart exempel på ett otillbörligt utnyttjande är att sexuellt närma sig någon som sover eftersom den sovande personen inte har möjlighet att ta ställning till frågan om sex. Det finns dock, i vissa fall, ett visst utrymme att bedöma sådana handlingar som tillåtna. Här avses situationer där personerna känner varandra, såsom par, sambor eller gifta, där det är normalt för dem att väcka varandra genom just sexuella handlingar. Sådana handlingar ska inte vara straffbara.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> Prop. 2017/18:177, s. 81.

<sup>134</sup> Asp, 6 kap. 1 § BrB.

<sup>135</sup> Prop. 2017/18:177, s. 81.

<sup>136</sup> Prop. 2017/18:177, s. 82 f.

<sup>137</sup> Prop. 2017/18:177, s. 82 f.

<sup>138</sup> Prop. 2017/18:177, s. 82 f.

## 3.5 Beroendeställning – tredje punkten

Av den tredje punkten framgår det att ett allvarligt missbrukande av en beroendeställning i sexuellt syfte gör ett deltagande ofrivilligt. I denna del återspeglar lagtexten vad som tidigare har reglerats i 6 kap. 3 § BrB och rekvisitens innebörd förändras inte. Även här kan alltså tidigare motiv och avgöranden användas för vägledning fortsättningsvis.<sup>139</sup>

Med beroendeställning avses ett avhängighetsförhållande mellan gärningsmannen och offret som t.ex. ett anställnings- eller lydnadsförhållande.<sup>140</sup> Beroendeställningen behöver dock inte vara formell eller uttalad men det är inte heller tillräckligt med enbart en överordnad ställning. Beroendeställningen måste finnas mellan just gärningsmannen och offret.<sup>141</sup> Missbruket måste därutöver vara allvarligt vilket innebär att handlingen ska kunna ses som ett maktövergrepp mot en svagare part. Beroendeställningen ska vara avgörande eller åtminstone starkt påverkande för den svagare personens handlande.<sup>142</sup> Straffansvar förutsätter att gärningsmannen utövar en viss påverkan men hen behöver inte övervinna något större motstånd eller liknande.<sup>143</sup>

## 3.6 Kritik mot lagstiftningen

### 3.6.1 Lagrådets yttrande

Innan det nya våldtäktsbrottet infördes skickades ett lagförslag till Lagrådet.<sup>144</sup> Sexualbrottskommitténs förslag från 2016, som föregick prop. 2017/18:177, innehöll ett krav på att frivilligheten skulle uttryckas. Något tyst eller inre samtycke godtogs inte i förslaget och därigenom kunde tystnad och

---

<sup>139</sup> Prop. 2017/18:177, s. 83.

<sup>140</sup> Asp, 6 kap. 1 § BrB.

<sup>141</sup> NJA 2015 s. 536; Jareborg m.fl., s. 128.

<sup>142</sup> Asp, 6 kap. 1 § BrB.

<sup>143</sup> Prop. 2017/18:177, s. 83.

<sup>144</sup> Lagrådsremiss.

passivitet endast tolkas som icke-frivillighet.<sup>145</sup> Förslaget fick dock viss kritik för att det skulle kriminalisera handlingar som var frivilliga men där uttryck för frivilligheten saknades.<sup>146</sup> Kravet på att frivilligheten skulle uttryckas ströks därför när förslaget skickades på remiss till Lagrådet. Lagförslaget stadgade då att det var förbjudet att ha sex med någon som inte deltar frivilligt.<sup>147</sup>

Lagrådet avstyrkte förslaget som lämnades med hänvisning till att frivillighetsrekvisitet var för obestämt och att det inte var förutsebart vilka handlingar som var straffbara eller inte. Förslaget riskerade därför att strida mot den straffrättsliga legalitetsprincipen. I yttrandet konstaterade Lagrådet att en samtyckesreglering inte var något självklart eftersom rätten till sexuellt självbestämmande kunde garanteras även genom andra lagstiftningsmodeller.<sup>148</sup> Lagrådet resonerade bl.a. enligt följande. Gränsen för straffansvar gick vid ett icke-frivilligt deltagande och det var inte relevant om personen var positivt eller negativt inställd till handlingen. Istället var det avgörande om personen fritt hade kunnat ta ställning till handlingen. Frivillighetsbedömningen skulle utgå från personens agerande och frivilligheten skulle normalt sett uttryckas, varför avsaknaden av uttryck innebar att deltagandet inte var frivilligt. Tysta samtycken kunde dock godtas i undantagsfall. Lagförslaget innebar därför att domstolarna i efterhand skulle värdera handlingar, parternas relation och situationers helhet. Det var alltså omständigheterna i det enskilda fallet som skulle avgöra gränsen för straffansvar, varför gränsen blev oklar. Huruvida deltagandet hade varit frivilligt eller inte kunde avgöras först i efterhand vid en domstolsprövning. Bedömningen var därför också beroende av ett normativt ställningstagande från den enskilde domaren.<sup>149</sup> Det nya brottsrekvisitet hade en obestämd innebörd och det var inte möjligt att veta vilka handlingar som var straffbara

---

<sup>145</sup> SOU 2016:60, s. 17 f.

<sup>146</sup> Wennberg, s. 300; Lagrådsremiss, s. 29 ff.

<sup>147</sup> Lagrådsremiss, s. 28 ff.; Jfr. Wennberg, s. 300.

<sup>148</sup> Lagrådets yttrande, s. 130.

<sup>149</sup> Lagrådets yttrande, s. 131 f.



på förhand. Detta uppfyllde inte kraven på förutsebarhet, varför Lagrådet avstyrkte lagförslaget.<sup>150</sup>

### 3.6.2 Kommentar från Suzanne Wennberg

I en artikel ur *Juridisk Tidskrift* kommenterar Suzanne Wennberg den nya sexualbrottslagstiftningen och dess valda utformning. Efter Lagrådets yttrande ändrades lagförslaget igen genom att meningen om att eventuella uttryck för frivilligheten ska beaktas, vilket är hur lagstiftningen är utformad idag. Hon menar dock att Lagrådets kritik om att bedömningen först kan göras i efterhand kvarstår.<sup>151</sup>

Genom att lägga till att eventuella uttryck särskilt skulle beaktas försökte regeringen dels beakta kritiken om tysta medgivanden, dels förstärka att varje person har ett ansvar att försäkra sig om att motparten deltar frivilligt.<sup>152</sup> Förslaget i SOU 2016:60 förslag mötte kritik eftersom tysta samtycken aldrig godtogs, vilket kritiker menade skulle leda till överkriminalisering av tillåtna handlingar.<sup>153</sup> Regeringen motiverar därför i propositionen att varje person har en rätt att bemöta sexuella närmanden på sitt sätt och därmed även med passivitet. Samtidigt ska lagtextens utformning poängtera att man har ett ansvar att ta reda på motpartens inställning om signalerna är dubbeltydiga eller om det saknas signaler överhuvudtaget.<sup>154</sup>

Gällande just passivitetsfrågan och tysta samtycken skriver Wennberg att ”propositionen inte är helt lättolkad”<sup>155</sup> eftersom passivitet beskrivs betyda flera olika saker. I propositionen skriver regeringen att passivitet ger uttryck för samtycke men att det också kan ge uttryck för motsatsen. Utöver detta

---

<sup>150</sup> Lagrådets yttrande, s. 132.

<sup>151</sup> Wennberg, s. 298 f. och 301.

<sup>152</sup> Wennberg, s. 301.

<sup>153</sup> Wennberg, s. 301.

<sup>154</sup> Wennberg, s. 301; Jfr. prop. 2017/18:177, s 32.

<sup>155</sup> Wennberg, s. 301.

förmedlar propositionen även att passivitet inte uttrycket något överhuvudtaget.<sup>156</sup>

Wennberg menar att Lagrådets kritik mot lagen till viss del kvarstår, trots att uttryck för frivillighet särskilt ska beaktas. Frågan om ett frivilligt deltagande beror fortfarande på de enskilda omständigheterna och kan avgöras först i efterhand, varför lagstiftningens lämplighet kan ifrågasättas. Godtagandet av tysta samtycken motiverades med sexuell självbestämmanderätt och att man ska få bemöta sexuella närmanden även med passivitet. Samtyckeslagstiftningen ska skydda rätten till att vara passiv och Wennberg argumenterar därför att endast ett aktivt handlande ska kunna tolkas som frivillighet. Med andra ord, samtycket måste kommuniceras för att vara giltigt.<sup>157</sup> I detta ligger en skenbar motsättning eftersom rätten till passivitet kräver aktivitet, samtidigt som regeringen argumenterar för den raka motsatsen. Gränsdragningen mellan passivitet och aktivitet diskuteras i analysen och där reflekteras även över vad rätt till passivitet innebär och hur denna rätt bäst ska skyddas.

### 3.7 Sammanfattning

Genom frivillighetsrekvisitet går gränsen för straffbarhet vid icke-frivilligt deltagande. Frivilligt deltagande har inte någon legal innebörd utan ska avgöras från fall till fall. Det finns därför inget krav på *att* eller *hur* frivilligheten ska uttryckas. Däremot ska ord och handlingar bedömas och värderas vid en domstolsprövning för att utreda om de uttrycker frivillighet eller inte. Utgångspunkten är vidare att passivitet inte uttrycker ett frivilligt deltagande, men i undantagsfall kan passivitet betyda att ett samtycke har lämnats. De tre punkterna i 6 kap. 1 § BrB återspeglar i huvudsak tidigare lagstiftning och stadgar att vissa omständigheter medför att ett deltagande aldrig kan vara frivilligt, t.ex. om deltagandet beror på våld.

---

<sup>156</sup> Wennberg, s. 301.

<sup>157</sup> Wennberg, s. 301 f.

Lagrådet kritiserade den tidigare lagförslaget på grund av att frivillighetsrekvisitet var obestämt och straffbarheten inte var förutsebar, det var först i efterhand möjligt att avgöra om ett sexuellt deltagande var frivilligt eller inte. Wennberg menar i sin kommentar att denna kritik förmodligen kvarstår samt att det är mindre lämpligt att passivitet kan tolkas på så många olika sätt.

# 4 Samtyckesteorier

## 4.1 Inledning

Även om man i lagtext och i proposition talar om frivilligt deltagande bygger det nya våldtäktsbrottet på samtycke och det är också det den generella debatten har handlat om. Samtycke används som begrepp i prop. 2017/18:177 och det är därför relevant att diskutera hur samtycke ska definieras och vad som krävs för ett rättsligt relevant samtycke.<sup>158</sup> Frågan om det sexuella samtyckets definition har vidare diskuterats i t.ex. olika samtyckesutredningar men också i utländsk litteratur.<sup>159</sup>

I den svenska diskussionen finns t.ex. Petter Asp och hans bok *Sex och samtycke*. Asp diskuterar att samtycke först måste definieras, innan någon samtyckesreglering införs. Inom amerikansk kontext, med särskilt fokus på universitetspolicys, är det möjligt att se en utveckling åt s.k. 'affirmative consent'.<sup>160</sup> 'Affirmative consent' kan närmast översättas till bekräftande samtycke, men ursprungliga engelska termer kommer att användas i fortsättningen. Två artiklar som diskuterar 'affirmative consent' kommer att lyftas här. Enligt lagstiftning från Kalifornien är 'affirmative consent' ett bekräftande och frivilligt samtycke till det sexuella umgänget. Parterna har ett ansvar att försäkra sig om att de andra deltagande samtycker till handlingarna. Passivitet, tystnad eller brist på motstånd innebär inte att ett samtycke har lämnats.<sup>161</sup> I det här avsnittet redogörs för olika definitioner av samtycken och hur samtyckets form kan påverka en våldtäktslagstiftning. I analysen kommer detta sättas i relation till Sveriges nuvarande våldtäktsbrott och det diskuteras vilken form av samtycke som lagstiftningen tycks vila på.

---

<sup>158</sup> Prop. 2017/18:177; SOU 2016:60; Jfr. Wennberg, s. 298 f.

<sup>159</sup> Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*; Halley; Dougherty; Asp, *Sex och samtycke*.

<sup>160</sup> Jfr. Dougherty, s. 225; Halley, s. 257.

<sup>161</sup> California State Bill SB-967; Jfr. Dougherty, s. 226.

### 4.1.1 Särskiljande samtycke

I sin bok *Sex och samtycke* väljer Asp att benämna samtycke som *särskiljande* eftersom det avgör gränsen mellan ett tillåtet sexuellt umgänge och ett sexuellt övergrepp.<sup>162</sup> Han diskuterar vad som egentligen ska godtas som ett rättsligt relevant samtycke vid sexualbrott. Boken är utgiven 2010 innan samtyckeslagstiftningen trädde i kraft men Asp menar att det är viktigare att först avgöra vad som är ett giltigt samtycke, innan man diskuterar huruvida en samtyckeslagstiftning bör införas eller inte.<sup>163</sup>

Asp skriver att samtycke är något mer än ett enkelt ”ja” och att det måste ses i relation till situationens förutsättningar. Samtyckesbegreppet är normativt eftersom det beskriver hur något *bör* vara och måste definieras.<sup>164</sup> Genom att lämna ett samtycke disponerar man över en viss rätt. Utan samtycke är gärningen otillåten, och först när samtycket ges blir gärningen tillåten.<sup>165</sup>

Kontexten som samtycket lämnas i har avgörande betydelse för dess giltighet. Ett framtvingat samtycke är inte godtagbart, även om det faktiskt är ett ”ja” i viss mening. Ett sådant samtycke kan inte ges någon rättslig betydelse eftersom det inte har lämnats fritt. Inställningen till gärningen har inte heller varit positiv. Samtidigt är det inte heller möjligt att enbart titta på någons inställning, eftersom man kan samtycka till något utan att ha en positiv inställning. Man kan t.ex. bli ombedd att göra en viss arbetsuppgift som man egentligen inte vill göra men som man tackar ja till ändå. Så länge valet har varit fritt och påtryckningsmedel saknats kan ett samtycke, trots negativ inre inställning, tillmätas betydelse.<sup>166</sup> Asp uttrycker därför att ”samtycke handlar om vad vi *väljer att göra*, snarare än om vad vi innerst inne *vill*.”<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 97.

<sup>163</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 12 ff. och s. 83 f.

<sup>164</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 82.

<sup>165</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 83 f.

<sup>166</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 86 ff.

<sup>167</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 88.

Olika typer av samtycken krävs vid olika tillfällen. I vissa sammanhang finns det formkrav för giltighet, som t.ex. vid fastighetsöverlåtelser, medan ett samtycke vid andra tillfällen kan lämnas mer indirekt. Det är svårare att fastställa gränsen för ett giltigt sexuellt samtycke.<sup>168</sup> Sexuellt umgänge utgår normalt sett från en fysisk närhet vilket möjliggör mer indirekt och subtil kommunikation, än vid andra tillfällen. Asp skriver att det borde vara vanligare att sexuellt umgänge växer fram genom ökad beröring och ökad intimitet, snarare än genom uttryckliga överenskommelser. En part kan samtycka till ökad intimitet genom verbalt uttryck och kroppsliga rörelser men också genom att passivt tillåta det. Kommunikationsmöjligheterna är därmed mycket större vid sexuellt umgänge. Därför är det nästintill omöjligt att ha några generella regler för hur ett samtycke ska kommuniceras. Samtidigt är det svårt att skilja en passivitet som uttrycker samtycke från en passivitet som grundar sig i allvarlig rädsla.<sup>169</sup>

Ska ett inre, icke-manifesterat samtycke vara tillräckligt för ansvarsfrihet? Asp argumenterar för att samtycke bör ses som en gärning, snarare än en inställning. Samtycket är särskiljande eftersom samtycket medför att den samtyckande person behandlas som en autonom person, snarare än en sak eller som ett medel. Om det inte finns en samtyckesgärning behandlas den utsatte som en sak, oavsett om det finns ett inre samtycke eller inte. Samtyckesgärningen är också nödvändig för att gärningsmannen ska handla *med stöd av samtycket*.<sup>170</sup> Den sexuella självbestämmanderätten respekteras inte heller vid inre samtycken, vilket är ett av lagstiftningens skyddsintressen. Däremot är det fortfarande inte möjligt med något slags formkrav för samtyckesgärningen eftersom den kan uttryckas genom t.ex. beröring och gester såväl som underlåtenhet.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 114.

<sup>169</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 111 ff.

<sup>170</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 118.

<sup>171</sup> Asp, *Sex och samtycke*, s. 120 f.

## 4.1.2 'Performative consent'

Ur ett rättsfilosofiskt perspektiv diskuterar Tom Dougherty 'performative consent' och om kommunikation är en nödvändig förutsättning för ett giltigt samtycke.<sup>172</sup> 'Performative consent' innebär att ett giltigt samtycke kräver kommunikation mellan parterna och personlig inställning är därmed inte tillräckligt. Kommunikeringen kan ske både verbalt och icke-verbalt men tystnad eller passivitet måste tolkas och är därför tvetydigt.<sup>173</sup>

'Performative consent' står i kontrast mot tanken att sexuellt samtycke endast kräver en positiv inställning eller attityd hos personen i fråga om det sexuella umgänget. Om inställningen är avgörande behöver den varken uttryckas eller kommuniceras, vilket är det synsätt av samtycke som förespråkades av Leijonhufvud 2008.<sup>174</sup> Synsätten behöver inte nödvändigtvis ses som motsatser eftersom inställningen är relevant även för 'performative consent' såvida inställningen uttrycks. Att enbart ha en positiv inställning till sex utan att kommunicera detta är inte tillräckligt för ett giltigt samtycke.<sup>175</sup> Den centrala skillnaden mellan de två olika perspektiven är därmed huruvida samtycke måste kommuniceras eller inte.<sup>176</sup> Denna skillnaden är också i fokus för Doughertys artikel och argumentation.

Dougherty utreder först samtycke ur ett rättighetsperspektiv och diskuterar samtycke i relation till löften. Samtycke innebär att person A har en rättighet som korresponderar med person B:s skyldighet. Genom att A lämnar samtycke avstår hen från denna rättighet och frigör därmed B från dennes skyldighet. Som person har man en rättighet att inte ha sex men genom att lämna samtycke avstår man från denna rätt.<sup>177</sup> Löften däremot fungerar åt andra hållet och innebär istället att person A genom ett löfte skapar en skyldighet för sig själv och en rättighet för person B.<sup>178</sup>

---

<sup>172</sup> Se Dougherty.

<sup>173</sup> Dougherty, s. 229 f.

<sup>174</sup> Dougherty, s. 228 f; Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*, s. 13.

<sup>175</sup> Dougherty, s. 228 f.

<sup>176</sup> Dougherty, s. 230.

<sup>177</sup> Dougherty, s. 232 f.

<sup>178</sup> Dougherty, s. 233.

Eftersom löften skapar förpliktelser och rättigheter mellan personer argumenterar Dougherty att dessa måste kommuniceras. Båda parter måste vara medvetna om löftet och dess innebörd för att det ska fungera dem emellan. I det här sammanhanget är det otillräckligt med en persons inställning. Av detta följer att en ändrad inställning rörande ett löfte måste kommuniceras och det är personen med rättigheten som kan frigöra den andre från dennes förpliktelse. Detsamma gäller för samtycke.<sup>179</sup> Löften och samtycken ändrar därmed rättighets- och förpliktelsestrukturen mellan de inblandade parterna, vilket kräver kommunikering.<sup>180</sup>

Samtyckets kommunikering spelar även roll för ansvarsfrågan. Eftersom ett lämnat samtycke påverkar rättigheter och skyldigheter avgör det handlingens tillåtlighet. Om det finns ett krav på kommunikering av samtycket underlättar det vid ett eventuellt ansvarsutkrävande. För att kunna hålla någon ansvarig måste det finnas förutsebarhet och en viss förståelse för att handlingarna var otillåtna redan vid gärningstillfället.<sup>181</sup>

Däremot är det inte nödvändigt att kommunikeringen sker verbalt. Även mer implicit kommunikation kan godtas men indirekt kommunikation medför en risk eftersom dess innebörd måste tolkas av mottagaren.<sup>182</sup> En aspekt som lyfts upp är att sammanhanget avgör vilken typ av kommunikation som krävs. Ju viktigare ett intresse är och ju större kränkning eller skada som riskeras, desto tydligare kommunikation krävs. Dougherty jämför med olika medicinska ingrepp som t.ex. operationer. Om operationen är ingripande och kan få allvarliga konsekvenser måste samtycket vara tydligt och det får inte finnas något tolkningsutrymme. På samma sätt är sexuellt umgänge intimt och kan få allvarliga konsekvenser varför det kräver en tydligare

---

<sup>179</sup> Dougherty, s. 232 ff.

<sup>180</sup> Dougherty, s. 236 f.

<sup>181</sup> Dougherty, s. 245 f.

<sup>182</sup> Dougherty, s. 243 f.



kommunikation. På grund av detta är det därför inte lämpligt att tolka passivitet eller tystnad som ett samtycke.<sup>183</sup>

Sammanfattningsvis innebär 'performative consent' att samtycket måste uttryckas utåt för giltighet. Däremot behöver kommunikationen inte ske verbalt, men ju otydligare ett uttryck är, desto mer måste man försäkra sig om dess innebörd. Samtyckets kommunikation spelar också en viktig roll i relation till att hålla någon ansvarig för sexuella övergrepp, eftersom man måste kunna veta på förhand om något är tillåtet eller otillåtet, rätt eller fel.<sup>184</sup>

### **4.1.3 'Subjective consent' och 'performative consent'**

I sin artikel diskuterar Janet Halley samtyckesutvecklingen och problematiserar kring de olika formerna av samtycke. Hon argumenterar bl.a. att lagstiftning som bygger på 'affirmative consent' riskerar att överkriminalisera eftersom fler situationer än lämpligt bedöms som otillåtna. Hennes kritik grundar sig i att 'affirmative consent' inte har en klar eller entydig definition.<sup>185</sup> Halley utgår från en kalifornisk lagstiftning som stadgar att alla universitet ska ha policys för sexuella övergrepp som bygger på just 'affirmative consent'.<sup>186</sup> Diskussionen om 'affirmative consent' har uppstått inom 'dominance feminism' och Halley ifrågasätter den här utvecklingen.<sup>187</sup> Som jag förstår artikeln motsvarar 'dominance feminism' ungefär radikalfeministiska teorier.

Halley delar upp samtycke i delarna 'subjective consent' och 'performative consent'. 'Subjective consent' handlar om personens inställning till det sexuella umgänget. Detta kan i sin tur delas upp i två undergrupper, 'positive consent' och 'constrained consent'. 'Positive consent' tar sikte på den inre inställningen, att en person samtycker för att hen genuint vill det.

---

<sup>183</sup> Dougherty, s. 249 ff.

<sup>184</sup> Dougherty.

<sup>185</sup> Halley, s. 258.

<sup>186</sup> Halley, s. 258.

<sup>187</sup> Halley.

'Constrained consent' innebär däremot att en person samtycker för att det är det bästa alternativet. 'Performative consent' står i motsats till 'subjective consent' och innebär, som sagt, att samtycket uttrycks genom handlingar eller ord.<sup>188</sup>

'Constrained consent' kan tydliggöras med hjälp av exemplet att en kvinna samtycker till sex eftersom angriparen annars skulle skada henne fysiskt. Kvinnan samtycker till sex, genom både 'constrained consent' och 'performative consent'. Däremot saknar hon den faktiska viljan till det sexuella umgänget och det finns alltså inte 'positive consent'.<sup>189</sup> Oavsett är detta en våldtäkt eftersom hotet om våld gör samtycket ogiltigt. Halley lyfter fram att de feministiska idéerna menar att kvinnor lever under ett ständigt tvång i förhållande till män genom den patriarkala kulturen. Det innebär i så fall att ett samtycke aldrig kan lämnas frivilligt, vilket Halley anser är olämpligt.<sup>190</sup>

För att ytterligare illustrera problemet med samtyckets definition använder Halley sig av följande exempel. En kvinna är sexuellt attraherad av någon annan, men att det av moraliska eller sociala skäl skulle vara 'fel' att de har sex. Det kan t.ex. bero på att någon av dem är gift med någon annan, att personen är av 'fel' kön eller att kvinnan förväntas vara oskuld tills dess att hon gifter sig. De har sex med varandra frivilligt men kvinnan ångrar sig och intalar sig själv att sexet var påtvingat. Kvinnan var ambivalent inställd till det sexuella umgänget, och saknade kanske 'positive consent' men hon gav uttryck för samtycke ('performative consent'). De olika samtyckena kan existera oberoende av varandra, vilket är ett problem med 'affirmative consent'.<sup>191</sup>

Halley argumenterar vidare att lagar och andra regeldokument som bygger på 'affirmative consent' lämnar ett stort tolkningsutrymme eftersom det inte är

---

<sup>188</sup> Halley, s. 265.

<sup>189</sup> Halley, s. 265.

<sup>190</sup> Halley, s. 266.

<sup>191</sup> Halley, s. 266 f.

tydligt vilket samtycke som faktiskt avses. Genom denna otydlighet kan fall som ovan omfattas av en straffbestämmelse, även om det fanns t.ex. 'performative consent' för det sexuella umgänget men inte 'positive consent'.<sup>192</sup> 'Affirmative consent' innebär typiskt sett ett medvetet och frivilligt samtycke, vilket tyder på att det är ett 'subjective consent' som avses. Ska det i så fall vara 'positive consent' eller 'constrained consent'? Det är just den här osäkerheten som Halley är kritisk mot eftersom normen som skapas är alltför otydlig och riskfylld.<sup>193</sup>

Om lagen är otydlig riskerar det att få allvarliga konsekvenser. 'Performative consent' innebär visserligen att det finns ett objektiva och observerbart beteende men det finns också risk för falska anklagelser. Om 'constrained consent' får en alltför vid definition skulle en stor mängd fall kunna bedömas som våldtäkt, om man utgår från att det alltid finns ett visst tvång mellan män och kvinnor. På samma sätt skulle 'positive consent' inkludera alltför många situationer eftersom det enbart handlar om inre inställning och gärningsmannens handlande inte spelar någon roll. Halley argumenterar att en sexualbrottslagstiftning som bygger på 'affirmative consent', oavsett om det krävs 'subjective consent' eller 'performative consent', skulle få ett snedvridet utfall där handlingar som är tillåtna skulle bedömas som straffbara. En sådan lagstiftning hämmar en hälsosam syn på sex samtidigt som den kriminaliserar både slumpmässigt och oproportionerligt.<sup>194</sup>

## 4.2 Sammanfattning

Vilka typer av samtycken som är rättsligt giltiga kan ses som en grundläggande fråga vid en samtyckesreglering. Den svenska regleringen är relativt fri gällande vad som uttrycker ett frivilligt deltagande. Petter Asp poängterar vikten av att definiera samtycke som första steg eftersom begreppet är normativt och därmed styr lagstiftningen och dess effekter.

---

<sup>192</sup> Halley, s. 266 ff.

<sup>193</sup> Halley, s. 268 f.

<sup>194</sup> Halley, s. 276 ff.

Andra samtyckesteorier fokuserar på skillnaden mellan 'performative consent' och 'subjective consent' för att diskutera huruvida ett samtycke måste uttryckas eller om det är den inre inställningen som avgör. Det är möjligt att uttrycka ett samtycke utan att vara positivt inställd till själva saken och därför bör samtyckets innebörd definieras. Hur den svenska våldtäktslagstiftningen ska förstås i relation till det här avsnittet kommer att diskuteras i analysen.

# 5 Rättsfall enligt den nya lagstiftningen

## 5.1 Inledning

Avsnittet redogör för våldtäktsmål från hovrätterna där den nya våldtäktslagstiftningen tillämpats och där bristande frivillighet har varit avgörande. Även HD:s prejudikat från 2019 behandlas. Utredningen fokuserar på frivillighetsbedömningarna men bevisvärdering och uppsåt kommer att behandlas i viss mån. Av etiska skäl har jag valt att endast återge den tilltalades initialer och att ge rättsfallen fingerade namn. Målnummer för hovrättsfallen framgår av rättsfallsförteckningen.

### 5.1.1 Beviskrav och generella bevissvårigheter i våldtäktsmål

Våldtäkt och andra sexualbrott är sådana brott som är mycket svåra att utreda. I många fall finns det så pass stora bevissvårigheter att utredningen läggs ned och målet hamnar därmed aldrig i domstol. Oftast saknas det vittnen vilket leder till att ord står mot ord och stödbevisning krävs för en fällande dom.<sup>195</sup> Den muntliga bevisningen, dvs. målsägandens berättelse, är oftast central och avgörande i sexualbrottsmål. Beviskravet som ska uppfyllas är *ställt bortom rimligt tvivel* och det är åklagarens uppgift att bevisa våldtäkten.<sup>196</sup>

Både målsägandens och gärningsmannens berättelser ska bevisvärderas. Domstolen ska värdera berättelsernas trovärdighet och huruvida någon berättelse får stöd från övrig bevisning eller inte, t.ex. från ett vittnesmål eller dylikt. Betydelsen av stödbevisning och beviskravet i våldtäktsmål har behandlats ett flertal gånger av HD.<sup>197</sup> Det ska dock poängteras att HD:s uttalanden inte är bindande för andra domstolar eftersom bevisprövningen är

---

<sup>195</sup> Åklagarmyndigheten, *Sexualbrott*.

<sup>196</sup> Polisen & Åklagarmyndigheten, *Tillsynsrapport 2019:1*, s. 46.

<sup>197</sup> NJA 2009 s. 447; NJA 2010 s. 671; NJA 2017 s. 316 I och II.

fri. Trots det får bedömningarna stor betydelse i praktiken när underrätterna avgör våldtäktsmål.<sup>198</sup>

Av HD:s praxis framgår bl.a. att om målsägandens berättelse är trovärdig och stämmer överens med övrig utredning och bevisning kan det vara tillräckligt för att den tilltalade ska bli dömd.<sup>199</sup> I NJA 2017 s. 316 I konstaterade HD följande att det inte går att ange någon universell metod eller modell för bevisbedömningen.<sup>200</sup> HD resonerade dock fortsättningsvis kring i vilken ordning som de olika bevisen bör behandlas. Först ska åklagarens bevisning till stöd för åtalet bedömas och värderas. Om denna bevisning är tillräckligt ska sedan den tilltalades berättelse och dess stödbevisning värderas som motbevisning. Om motbevisningen är starkare än åklagarens bevisning ska åtalet ogillas och den tilltalade ska frias.<sup>201</sup>

Frågan om bevissvårigheterna vid våldtäktsmål diskuterades också i SOU 2016:60. Kommittén poängterar att det inte är rimligt att förvänta sig att en samtyckeslagstiftning kommer leda till fler fällande domar eftersom alla befintliga bevissvårigheter kommer att kvarstå. Åklagaren kommer fortfarande ha full bevisbörda för åtalet och själva beviskravet ändras inte. Eventuellt kan en samtyckesreglering leda till fler anmälningar varför det statistiskt kanske skulle se ut som att antalet fällande domar blir färre. Kommittén resonerar dock också att ett oaktsamhetsansvar eventuellt kan leda till en viss ökning av fällande domar.<sup>202</sup>

## 5.1.2 Uppsåt och oaktsamhet

Huvudregeln är att det krävs uppsåt vid brott för att medföra straffansvar. Oaktsamhetsansvar är därmed en undantagsreglering och kräver att det

---

<sup>198</sup> Dahlman & Kroths-Aspegren, s. 327 f.

<sup>199</sup> NJA 2009 s. 447 I och II; NJA 2010 s. 671.

<sup>200</sup> NJA 2017 s. 316 I, p. 6-7.

<sup>201</sup> NJA 2017 s. 316 I, p. 6-7.

<sup>202</sup> SOU 2016:60, s. 15 f.

uttryckligen anges i den relevanta straffbestämmelsen för att vara straffbart.<sup>203</sup>

Det finns tre typer av uppsåt och normalt sett spelar det inte någon roll vilken typ av uppsåt det rör sig om för en fällande dom.<sup>204</sup> Utan att närmare gå in på de olika uppsåtsformerna kan uppsåt förklaras som att gärningsmannen förstår vad hen gör genom sitt beteende.<sup>205</sup>

Oaktsamhet tar istället sikte på situationer där gärningsmannen inte har sådan insikt i gärningen som krävs vid uppsåt. Oaktsamhet förekommer i två former, medveten oaktsamhet och omedveten oaktsamhet.<sup>206</sup>

## 5.2 Friande domar

### 5.2.1 'Konserten'

I rättsfallet från Göta Hovrätt behandlas frågan om ett övergrepp under en konsert. I tingsrätten dömdes den tilltalade, A.J., för våldtäkt medan han friades i hovrätten.

Målsäganden hade varit på en konsert tillsammans med kompisar när hon kände en hand på sin rumpa och antog att det var av misstag. Därefter kände hon dock hur hon blev penetrerad med ett eller två fingrar i underlivet genom sina kläder. Hon reagerade genom att vända sig om och konfronterade gärningsmannen bakom sig som försökte lämna platsen. Det fanns ingen annan nära nog som skulle kunna ha utfört handlingen. Hon kontaktade polis på området och gärningsmannen greps av polisen ett tag efter själva övergreppet.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> Se 1 kap. 2 § BrB.

<sup>204</sup> Asp m.fl., s. 13 f.

<sup>205</sup> Asp m.fl., s. 12.

<sup>206</sup> Asp m.fl., s. 13.

<sup>207</sup> 'Konserten', tingsrättens dom, s. 4 f.

Den tilltalade nekade däremot till anklagelserna och uppgav att han inte hade gjort något.<sup>208</sup>

Hovrätten gjorde inte någon utförlig frivillighetsbedömning eftersom det rörde sig om ett överrumplingsfall där målsäganden inte kunde ta ställning till frågan om sexuellt umgänge.<sup>209</sup> Hennes frivillighet var inte det centrala i målet, men likväl avgörande för åtalet, och hovrätten konstaterade att målsäganden blivit utsatt för en våldtäkt. Däremot ansåg hovrätten att det inte var ställt utom rimligt tvivel att A.J. var gärningsmannen. Målsäganden konfronterade visserligen A.J. men det kunde inte uteslutas att hon tog fel på gärningsmannen. Det var ingen som såg A.J. utföra händelsen, händelseförloppet var snabbt och det var många personer som rörde sig på platsen. Det gick därför inte att utesluta att någon annan kunde ha utfört handlingen, varför den tilltalade frikändes.<sup>210</sup>

Två domare var skiljaktiga och ansåg att det var styrkt att A.J. var gärningsmannen. De motiverade sin position med att målsägandens reaktion avbröt handlingen och att det enbart var A.J. som var tillräckligt nära för att kunna ha utfört våldtäkten. De framhöll också att det här var ett sådant typfall av överrumplingsvåldtäkt där ofrivilligheten var det avgörande.<sup>211</sup>

Ytterligare en domare var skiljaktig rörande domskälen men inte den friande utgången i sig. Hon menade att det inte var bevisat att den sexuella handlingen var jämförlig med samlag eftersom det inte var styrkt att målsäganden blivit penetrerad med fingrar. Målsäganden hade därför inte blivit utsatt för någon våldtäkt men ett sexuellt ofredande, vilket åklagaren inte hade påstått. Därför skulle A.J. frias.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> 'Konserten', tingsrättens dom, s. 5 f.

<sup>209</sup> Jfr. prop. 2017/18:177 s. 78 f.

<sup>210</sup> 'Konserten', hovrättens dom, s. 3 ff.

<sup>211</sup> 'Konserten', hovrättens dom, s. 7 f.

<sup>212</sup> 'Konserten', hovrättens dom, s. 9 f.



Inte heller tingsrätten gjorde någon bedömning av målsägandens frivillighet. Målsägandens berättelse ansågs detaljerad och trovärdig och fick stöd från övrig bevisning i målet. Det fanns inga skäl att ifrågasätta hennes uppgifter om våldtäkten och om att A.J. var gärningsman.<sup>213</sup>

## 5.2.2 'Hemmafesten'

I målet hade parterna börjat hångla med varandra vilket sedan övergick i ett samlag. Den tilltalade V.L. och målsäganden hade lämnat olika uppgifter om målsägandens frivilliga deltagande i samlaget. Tingsrätten dömde V.L. för våldtäkt medan han friades i hovrätten då stödbevisningen inte var tillräcklig.

Målsäganden och V.L. hade befunnit sig i en bostad med sina respektive kompisgäng. Samtliga hade druckit alkohol och när kompisarna gick iväg för att handla mat stannade V.L. och målsäganden kvar i bostaden och det var då de sexuella handlingarna tog plats. Både målsäganden och V.L. har uppgett att de började hångla frivilligt men därefter har de lämnat olika uppgifter om händelseförloppet.<sup>214</sup>

Målsäganden uppgav att hon hånglade med V.L. men att hon sade nej och förde bort hans händer när han förde in sina fingrar i hennes underliv. När han därefter förde in sin penis i henne sade hon återigen nej och puttade bort honom. Han gjorde dock samma sak igen. Flera gånger sade hon nej och han måste ha förstått att hon inte ville delta. Han styrde sedan in henne i ett sovrum och hade sex med henne. Hon orkade inte längre säga nej eftersom han ändå inte lyssnade på henne.<sup>215</sup>

V.L. uppgav däremot att de började kyssas och att målsäganden besvarade hans handlingar. Hon sade inte nej och knuffade inte heller bort honom. Hon tackade ja till att gå till sovrummet och klädde självmant av sig sina trosor.

---

<sup>213</sup> 'Konserten', tingsrättens dom, s. 8.

<sup>214</sup> 'Hemmafesten', tingsrättens dom, s. 7 f.

<sup>215</sup> 'Hemmafesten', tingsrättens dom, s. 7.

Hon visade med sina handlingar att hon ville ha sex då hon bl.a. höll om honom, kysste och smekte honom.<sup>216</sup>

Hovrätten konstaterade att uppgifterna om målsägandens frivillighet stod i klar motsats till varandra. För en fällande dom krävdes det att målsägandens berättelse fick ett starkt stöd från övrig bevisning. Hovrätten bedömde dock att även om delar av bevisningen gav visst stöd åt målsägandens berättelse gav andra delar visst stöd åt V.L.:s berättelse. Det var därför inte ställt utom rimligt tvivel att V.L. hade begått en våldtäkt.<sup>217</sup>

Av tingsrättens domskäl framgår att målsäganden klart och tydligt hade beskrivit hur hon genom både ord och handlingar uttryckt att hon inte ville delta medan V.L. istället beskrivit att hon tydligt gett uttryck för sin frivillighet. Bådas berättelser bedömdes som trovärdiga men en chattkonversation motsade till viss del vad V.L. hade uppgett. I konversationen säger han sig tro på målsäganden och att han var mycket berusad, vilket V.L. hade förklarat som att han trodde saken skulle försvinna om han skrev så till henne. Eftersom han därigenom hade lämnat olika uppgifter om händelsen bedömdes hans berättelse som mindre trovärdig. Målsägandens berättelse fick också starkt stöd av andra personers iakttagelser av hennes beteende och mående.<sup>218</sup>

### **5.2.3 'Hotellrummet'**

I det här fallet dömdes de båda tilltalade, M.S. och S.G. i tingsrätten för våldtäkt men friades från åtalet av hovrätten på grund av bristande bevisning. M.S. och S.G. åtalades för att ha genomfört både samlag och andra jämförliga sexuella handlingar med målsäganden som inte deltog frivilligt på ett hotellrum. Åklagaren menade också att det hade förekommit visst våld i samband med övergreppen.

---

<sup>216</sup> 'Hemmafesten', tingsrättens dom, s. 8.

<sup>217</sup> 'Hemmafesten', hovrättens dom, s. 3 och s. 6 f.

<sup>218</sup> 'Hemmafesten', tingsrättens dom, s. 12 ff.

Eftersom hovrätten friade på grund av bevisbrist gjorde domstolen ingen egentlig frivillighetsbedömning av målsägandens deltagande. Hovrätten konstaterade att målsäganden hade berättat om de sexuella övergreppen men att berättelsen ibland hade varit oklar och icke-sammanhängande. Hon var vid tillfället kraftigt berusad och hon hade spår av amfetamin och kokain i blodet. Hovrätten ansåg vidare att stödbevisningen inte gav sådant stöd till hennes berättelse som krävdes för att beviskravet skulle vara uppfyllt. Stödbevisningen tydde visserligen på att målsäganden hade blivit utsatt för övergrepp men att det inte var möjligt att säga vad som har hänt eller vem som var skyldig.<sup>219</sup>

Inte heller tingsrätten gjorde någon uttalad frivillighetsbedömning men bedömde målsägandens berättelse som tillförlitlig och att den fick stöd från övrig bevisning. Målsäganden uppgav bl.a. att hon sade nej ett flertal gånger, att hon försökte slita sig loss genom att värja sig fysiskt med händer, knipa ihop benen och putta bort M.S. och S.G. när de gjorde närmanden. Hon smsade även både sin kompis under kvällen för hjälp och ringde till polisen flera gånger.<sup>220</sup> Målsägandens berättelse fick också stöd från en videofilm där M.S. närmar sig henne samtidigt som hon uttrycker att hon inte vill ett flertal gånger. Det fanns även ett fotografi där S.G. har sin hand på målsägandens bröst. Vittnesmål från andra efter händelsen gav vidare stöd åt hennes berättelse.<sup>221</sup>

Både M.S. och S.G. förnekade att de hade haft sexuellt umgänge med målsäganden och deras berättelser var samstämmiga och detaljerade. Däremot fanns målsägandens DNA på M.S. penis, vilket han inte hade lämnat någon trovärdig förklaring till.<sup>222</sup> Tingsrätten ansåg sammantaget att målsägandens berättelse var trovärdig och fick stöd från övrig bevisning och den lades till grund för bedömningen. Därför dömdes båda för våldtäkt.

---

<sup>219</sup> 'Hotellrummet', hovrättens dom, s. 5-6.

<sup>220</sup> 'Hotellrummet', tingsrättens dom, s. 10 ff. och s. 25.

<sup>221</sup> 'Hotellrummet', tingsrättens dom, s. 25.

<sup>222</sup> 'Hotellrummet', tingsrättens dom, s. 25.

## 5.2.4 'Krogkvällen'

I rättsfallet friades den tilltalade N.F. av både tingsrätt och hovrätt eftersom det inte var bevisat att han varken hade haft uppsåt eller varit grovt oaktsam till de sexuella handlingarna. Det var enbart brottet oaktsam våldtäkt som prövades av hovrätten. Åklagaren hade gjort gällande att målsäganden sov under delar av händelsen och att hon därmed befann sig i en särskilt utsatt situation. Målsäganden hade därutöver uppgett att hon inte deltog frivilligt i det sexuella umgänget.<sup>223</sup>

Det var utrett att N.F. hade fört upp sina fingrar i målsägandens underliv och att handlingen avbröts på målsägandens begäran. N.F. hade också uppgett att han hade utfört oralsex på målsäganden.<sup>224</sup>

Parterna hade träffats på krogen och gått tillbaka till målsägandens lägenhet tillsammans med hennes två vänner. De hade flirtat under kvällen och kysst varandra på krogen.<sup>225</sup> Målsäganden uppgav att hon trodde att N.F. hade lämnat lägenheten när hon gick in till sitt sovrum. I sovrummet drog han av hennes kjol och strumpbyxor och penetrerade henne med sina fingrar varpå hon reagerade och konfronterade honom. Hon hade inte visat att hon ville ha sex på något sätt. Efter händelsen lämnade hon upprört sovrummet och mötte sina vänner i ett annat rum i lägenhet.<sup>226</sup>

N.F. berättade att de hade kysst varandra i sovrummet och han uppfattade det som att hon deltog frivilligt. Gällande de sexuella handlingarna provade han sig fram långsamt och uppfattade det som att hon tyckte det var skönt. Hon sade t.ex. inte emot och började andas tyngre. Först när han förde upp sina fingrar reagerade målsäganden plötsligt genom att säga ifrån och hon bad

---

<sup>223</sup> 'Krogkvällen', hovrättens dom, s. 3 f.

<sup>224</sup> 'Krogkvällen', hovrättens dom, s. 3.

<sup>225</sup> 'Krogkvällen', tingsrättens dom, s. 6 ff.

<sup>226</sup> 'Krogkvällen', tingsrättens dom, s. 7 f.

honom att gå därifrån. Hennes reaktion var plötslig och så fort han förstod att något var fel slutade han och lämnade sedan lägenheten.<sup>227</sup>

Hovrätten konstaterade att parternas berättelser skiljde sig åt och att de till viss del var oförenliga. Enligt båda instanser var ingen berättelse mer trovärdig än den andra. Enligt hovrätten konstaterade var det utrett att de sexuella handlingarna hade ägt rum och domstolen lade N.F.:s berättelse som grund för bedömningen. Först prövade hovrätten frågan om målsäganden hade sovit under händelseförloppet, såsom åklagaren påstått. Målsäganden hade dock lämnat oklara och osäkra uppgifter om huruvida hon sov eller inte under händelseförloppet varför hovrätten ansåg att det inte var visat att hon sov. N.F. hade därför inte utnyttjat att målsäganden befann sig i en särskilt utsatt situation.

Därefter prövade hovrätten frågan om målsäganden deltog frivilligt eller inte. Med stöd av vittnesmålen från de två vännerna kom hovrätten fram till att målsäganden inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna. Vännerna vittnade om att målsäganden var mycket upprörd efteråt och att hon hade lämnat sovrummet utan kläder på underkroppen. Det fanns inte heller något som tydde på att hon medvetet skulle ljuga om brottet.<sup>228</sup>

Hovrätten konstaterade vidare att N.F. utförligt hade redogjort för sin upplevelse av situationen och att han hade övervägt sina handlingar innan han fortsatte. Han trodde att målsäganden ville ha sex och hennes reaktion var plötslig och oväntad. Uppgifterna tydde därför inte på att N.F. misstänkte eller anade att målsäganden inte deltog frivilligt. Situationen medförde inte heller att han borde ha förstått detta. Hovrätten ogillade därför åtalet om oaktsam våldtäkt och friade den tilltalade.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> 'Krogkvällen', tingsrättens dom, s. 8 ff.

<sup>228</sup> 'Krogkvällen', hovrättens dom, s. 3 f.

<sup>229</sup> 'Krogkvällen', hovrättens dom, s. 3 f.

### 5.2.5 'Målsäganden som sov'

Målet handlar om sexuella handlingar som genomfördes under tiden som målsäganden sov. Den centrala frågan i målet var om den tilltalade, G.F., hade förstått eller hade anledning att misstänka att målsäganden sov. G.F. dömdes för våldtäkt av tingsrätten men frias av hovrätten.

Målsäganden och G.F. var vänner sedan tidigare och träffades den aktuella kvällen för att festa tillsammans. Båda hade druckit alkohol under kvällen och G.F. hade även tagit kokain. Målsäganden skulle sova över hos den tilltalade eftersom hon bodde på landet och hade svårt att ta sig hem. Hon hade tidigare sovit hos honom i samma säng. Hon var fullt påklädd när hon gick och lade sig.<sup>230</sup>

Målsäganden uppgav sedan att hon vaknade av att hon låg på mage och hade ont i ändtarmsöppningen av att G.F. penetrerade henne. Hon skrek och puttade bort honom. Hon kände också att han hade varit inne i hennes vagina. När hon vaknade hade hon enbart kläder på överkroppen och hon hade inte själv tagit av sig kläderna på underkroppen. Hon var mycket upprörd, lämnade lägenheten utan byxor och ringde till polisen.<sup>231</sup>

G.F. uppgav att han och målsäganden hade haft en konversation i sängen och att han frågat henne om olika sexuella handlingar. Hon svarade 'mm' på hans frågor och det var först därefter som han utförde handlingarna. Målsäganden hade också genom kroppen visat att hon ville delta, t.ex. genom att sära på benen. Eftersom hon svarade 'mm' på hans frågor uppfattade han det som att hon samtycke och han tror inte att hon kunde ha sovit. Målsäganden låg i huvudsak tyst och stilla under händelseförloppet. Hon vände sig själv om och lade sig på mage. G.F. uppgav vidare att han kan ha kommit åt hennes anal av misstag. Han förstod inte vad som hände när hon blev upprörd och lämnade lägenheten.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> 'Målsäganden som sov', tingsrättens dom, s. 5.

<sup>231</sup> 'Målsäganden som sov', tingsrättens dom, s. 6 ff.

<sup>232</sup> 'Målsäganden som sov', tingsrättens dom, s. 9 f.

Enligt hovrätten var målsägandens berättelse trovärdig och tillförlitlig samtidigt som den stöddes av målets övriga utredning. Hennes berättelse lades därför till grund för domen. Eftersom hon sov deltog hon inte frivilligt i de sexuella handlingarna. Hovrätten konstaterade vidare att det inte var styrkt att G.F. misstänkt att målsäganden sov och därmed inte deltog frivilligt. T.ex. fick han jakande svar på sina frågor och han uppgav att han inte skulle genomfört handlingarna om han visste att hon sov. Även målsäganden bekräftade att hon kan ha svarat 'mm' på någon fråga och att G.F. blev förvånad när hon vaknade och avbröt samlaget. Eftersom G.F. inte hade insett risken för att målsäganden sov dömdes han varken för uppsåtlig eller oaktsam våldtäkt.<sup>233</sup>

## 5.3 Fällande domar

### 5.3.1 'Gruppvåldtäkten'

Rättsfallet handlar om en gruppvåldtäkt med fyra stycken tilltalade, D.K., Ar.O., Ak.O. och A.R. I både tingsrätt och hovrätt dömdes tre av dem för grov våldtäkt medan A.R. frikändes från åtalet då det inte kunde uteslutas att målsäganden misstagit sig om hans deltagande.

D.K., Ar.O. och Ak.O. förnekade brott, men medgav att de hade haft samlag och andra sexuella handlingar med målsäganden som deltog frivilligt. Det var därför klarlagt att de sexuella handlingarna hade ägt rum varför den centrala frågan var om målsäganden hade deltagit frivilligt eller inte.<sup>234</sup>

Målsäganden hade haft kontakt med D.K. via sociala medier och de hade bestämt träff. Hon hämtades av de tilltalade med bil på natten och var i de tilltalades lägenhet i drygt 19 timmar. Målsäganden uppgav att hon sade att hon inte ville flera gånger och att hon försökte värja sig fysiskt. De tilltalade

---

<sup>233</sup> 'Målsäganden som sov', hovrättens dom, s. 3 ff., jfr. tingsrättens dom, s. 18 f.

<sup>234</sup> 'Gruppvåldtäkten', hovrättens dom, s. 7, tingsrättens dom, s. 9 f.

menade däremot att hon tillfrågades uttryckligen, svarade ja och även via sitt agerande visade att hon ville delta.<sup>235</sup> Hovrätten bedömde att målsägandens berättelse hade ett högt bevisvärde medan de tilltalades utsagor värderades lägre. Målsägandens berättelse ansågs klar och tillförlitlig och hon gav rimliga förklaringar till sitt agerande. Berättelsen fick även stöd av vittnesuppgifter. De tilltalades berättelser överensstämde visserligen sinsemellan men kunde i vissa delar ifrågasättas. Bl.a. hade D.K. väsentligen ändrat sina uppgifter vid huvudförhandlingen och Ak.O. hade först sent in i utredningen medgett att han hade haft sex med målsäganden.<sup>236</sup>

Gällande frivilligheten resonerade hovrätten att D.K., Ar.O. och Ak.O. hade berättat om det sexuella umgänget på ett sätt som inte gav stöd åt påståendet att målsäganden deltog frivilligt eller att upplevelsen varit positiv för henne. Istället förstärktes bilden av att målsäganden flyttades runt i olika positioner och att det sexuella umgänget skedde på de tilltalades villkor, vilket målsäganden hade uppgett. Berättelserna gav inte heller stöd åt att hon skulle ha uttryckt att hon deltog frivilligt. Hovrätten ansåg vidare att det inte var troligt att målsäganden skulle genomföra handlingarna frivilligt eftersom hon aldrig hade träffat de tilltalade tidigare. Likaså uppgav målsäganden att hon flera gånger uttryckligen sade nej och att hon försökte göra fysiskt motstånd. Eftersom de inte lyssnade på henne gav hon till slut upp och slutade kämpa emot. Målsäganden deltog därmed inte frivilligt i det sexuella umgänget.<sup>237</sup>

Eftersom åklagaren hade påstått att målsäganden deltog till följd av våld samt att hon varit i en särskilt utsatt situation bedömdes även detta av hovrätten. Målsäganden hade berättat om visst våld vid övergreppen, vilket ansågs styrkt, men hovrätten konstaterade att det inte framgick att hon deltagit på grund av just våldsanvändningen. Därefter bedömde hovrätten att målsäganden hade befunnit sig i en utsatt situation eftersom hon varit på en okänd plats med okända personer, hon var rädd och gärningarna skedde delvis

---

<sup>235</sup> 'Gruppvåldtäkten', tingsrättens dom, s. 9 f.

<sup>236</sup> 'Gruppvåldtäkten', hovrättens dom, s. 7 f.

<sup>237</sup> 'Gruppvåldtäkten', hovrättens dom, s. 8 f.



på natten. Däremot hade målsäganden också kunnat lämna lägenheten under hela tiden och hon hade haft tillgång till sin telefon. Omständigheterna visade på att hon hade befunnit sig i en utsatt situation, vilket bidragit till våldtakterna, men hon hade inte varit en sådan särskilt utsatt situation som avses i lagtext.<sup>238</sup> Varken våldet eller hennes utsatta situation hade därför varit avgörande för våldtakterna, utan målet utfall var beroende av hennes bristande frivillighet i det sexuella umgänget.

### 5.3.2 'Middagsbjudningen'

Den tilltalade G.S. dömdes av både tingsrätten och hovrätten för våldtäkt. Den huvudsakliga bevisningen var målsägandens berättelse men också en inspelning under själva övergreppet som målsäganden själv startade. Det handlar om två fall av våldtäkt under samma kväll. Målsäganden hade varit på middag hos G.S. och hans fru och skulle sova över i deras lägenhet. Den första åtalpunkten var att G.S. med kraft dragit av målsägandens byxor och därefter utfört sexuella handlingar på henne. Den andra åtalpunkten var att han har särat på hennes ben och betvingat henne med sin kroppstyngd.<sup>239</sup>

Åtalpunkt 2 är inte relevant för den här uppsatsen eftersom våld hade förekommit och deltagandet är då aldrig frivilligt. För åtalpunkt 1 är dock frivilligheten avgörande och den kommer därför att behandlas vidare.

Hovrätten instämde i stora delar till tingsrätten vad gäller bevisvärdering, frivillighet och uppsåt.<sup>240</sup> Den aktuella kvällen hade målsäganden sovit över hos G.S. och hans fru. Under natten kom G.S. in till hennes sovrum och slickade hennes vagina, anus samt penetrerade henne med fingrarna. Vid ett flertal tillfällen ifrågasatte hon vad G.S. gjorde och bad honom att gå därifrån. Hon kände sig maktlös och hon var rädd att han skulle bli aggressiv och skada henne ytterligare. Hon svarade nej på hans frågor om olika sexuella

---

<sup>238</sup> 'Gruppvåldtäkten', hovrättens dom, s. 10.

<sup>239</sup> 'Middagsbjudningen', hovrättens dom, s. 8.

<sup>240</sup> 'Middagsbjudningen', hovrättens dom, s. 8 f.

handlingar men han gjorde dem ändå.<sup>241</sup> G.S. uppgav att målsäganden deltog frivilligt, att hon kysste honom tillbaka och att hon aktivt tog av sig kläderna. Han uppgav också att målsäganden däremot aldrig tog något initiativ och att hon svarade nej på hans frågor om olika sexuella handlingar. Han uppfattade dock hennes nej som isolerade till den aktuella handlingen och inte till det sexuella umgänget i stort. Han fick en känsla av att hon ändå ville och tolkade inte hennes 'nej' som allvarligt menade.<sup>242</sup>

Målsägandens berättelse bedömdes som trovärdig och tillförlitlig av både tingsrätten och hovrätten och fick stöd av målets utredning i övrigt.<sup>243</sup> Hon blev överrumplad av G.S. när hon låg och sov och inget tidigare hade hänt mellan dem under tidigare. Redan från början bad målsäganden G.S. att sluta och båda parterna uppgav att hon svarade nej på alla hans frågor. I övrigt var målsäganden passiv och uttryckte inte något samtycke till de sexuella handlingarna. Hon gav därmed inte honom någon anledning att tro att hon ville delta. G.S. uppgav att han fick en känsla av att målsäganden ville delta trots att hon sade nej. Han kunde dock inte förklara varför eller koppla den här känslan till några direkta handlingar från målsägandens sida. Han funderade inte heller riktigt över huruvida hon ville delta eller inte. Det hade även förekommit visst våld vid våldtäkten, men det hade inte varit avgörande för hennes deltagande.<sup>244</sup> Både tingsrätten och hovrätten ansåg därmed att målsäganden inte deltog frivilligt, vilket G.S. insett, och han dömdes för våldtäkt av båda instanser.<sup>245</sup>

### 5.3.3 'Tatueringen'

I rättsfallet väcktes åtal på grund av övergrepp som skedde vid ett tatueringstillfälle. Den tilltalade D.A.V. dömdes av både tingsrätten och hovrätten för våldtäkt.

---

<sup>241</sup> 'Middagsbjudningen', tingsrättens dom, s. 13 ff.

<sup>242</sup> 'Middagsbjudningen', tingsrättens dom, s. 15 ff.

<sup>243</sup> 'Middagsbjudningen', tingsrättens dom, s. 26, hovrättens dom, s. 8 f.

<sup>244</sup> 'Middagsbjudningen', tingsrättens dom, s. 30 ff.

<sup>245</sup> Jfr. 'Middagsbjudningen'.

Målsäganden hade varit i den tilltalades bostad för att tatuera sig och hade därför inga byxor på sig. Efter ungefär 45 minuter flyttade D.A.V. sin hand närmare och närmare målsägandens underliv. Han hade handen innanför hennes trosor och ett finger i hennes underliv ett flertal gånger under tatueringstillfället. Målsäganden var passiv under övergreppet och smsade samtidigt med en kompis om vad som hände. Hon gjorde inga fysiska rörelser och hon vågade inte säga ifrån eftersom hon var rädd och kände sig instängd.<sup>246</sup>

D.A.V. nekade till handlingarna och menade att han inte hade rört henne längs med kroppen eller haft handen innanför hennes trosor. Däremot hade han handen nära hennes underliv eftersom han var tvungen att stretcha huden för att kunna tatuera henne.<sup>247</sup>

Gällande målsägandens frivillighet och D.A.V.:s uppsåt till detta resonerade hovrätten att målsägandens handlande inte kunde tolkas som att hon har deltagit frivilligt i handlingarna. Parterna hade inte någon privat relation till varandra utan hon var där för att tatueras. Hon var ensam och avklädd hemma hos honom på grund av tatueringen. Under händelseförloppet var målsäganden till största del passiv men grät vid något tillfälle. Hon visade inte något sexuellt intresse för honom överhuvudtaget. På grund av situationen och avsaknaden av frivillighetsuttryck måste D.A.V. ha förstått att målsäganden inte deltog frivilligt i de sexuella handlingarna.<sup>248</sup>

### **5.3.4 'Anstalten'**

Målet handlar om en våldtäkt som skedde på en kriminalvårdsanstalt. Målsäganden var där i egenskap av präst och hon hade enskilda samtal med den tilltalade F.P. vid två olika tillfällen. Vid den ena tillfället stoppade F.P.

---

<sup>246</sup> 'Tatueringen', tingsrättens dom, s. 6-10.

<sup>247</sup> 'Tatueringen', tingsrättens dom, s. 11 ff.

<sup>248</sup> 'Tatueringen', hovrättens dom, s. 3 f.

sin penis i målsägandens mun och fick utlösning. Både hovrätten och tingsrätten dömde F.P. för våldtäkt då målsäganden inte deltog frivilligt i den sexuella handlingen.

Målsäganden uppgav att hon inte deltog frivilligt och hon gav inte någon indikation på att hon ville delta. Hon gjorde fysiskt motstånd genom att hon försökte hålla F.P. borta från sig och att hon hade försökt dra tillbaka sitt huvud när han förde in sin penis i hennes mun. Hon protesterade även verbalt mot handlingarna. Hennes berättelse bedömdes vara trovärdig och fick stöd av vittnesmål.<sup>249</sup> F.P. uppgav till sitt försvar att det rörde sig om en voodoo-ritual som inte var av sexuell natur. Han menade också att målsäganden samtyckt till ritualen. Däremot fanns det inget i målet som tydde på att målsäganden skulle velat delta i en sådan ritual. Hovrätten ansåg att hans berättelse hade vissa motsägelser och svårförklarliga moment och att den inte var klar, logisk eller detaljrik, varför åklagarens bevisning lades till grund för skuldfrågan.<sup>250</sup>

Hovrätten skriver också i domen att målsäganden inte hade gett något uttryckligt samtycke utan att hon hade protesterat både verbalt och fysiskt. F.P. hade även med visst våld tvingat målsäganden till handlingen och försökt lugna henne. Sammantaget hade han därmed förstått att målsäganden inte deltog frivilligt.<sup>251</sup>

### **5.3.5 'Samlaget'**

I fallet hade två personer haft frivilligt samlag med varandra när den tilltalade F.S. hade försökt stoppa upp hela handen, alternativt sin knutna näve, i målsägandens underliv. Tingsrätten dömde F.S. för våldtäkt medan hovrätten ändrade domen till oaktsam våldtäkt.

---

<sup>249</sup> 'Anstalten', hovrättens dom, s. 4.

<sup>250</sup> 'Anstalten', hovrättens dom, s. 5.

<sup>251</sup> 'Anstalten', hovrättens dom, s. 5.

Målsäganden uppgav bl.a. att hon och F.S. inte tidigare hade pratat om eller haft sådan penetration som åtalet gällde. Hon sade nej två gånger när han försökte föra upp handen och knuffade sedan bort honom. På morgonen efter konfronterade hon honom och han växlade därefter mellan att erkänna handlingen och att säga att han inte mindes. Vid tillfället var han påtagligt berusad.<sup>252</sup>

F.S. uppgav att han i stort saknade minnesbilder från kvällen och att han var påverkad av alkohol. Han bekräftade att målsäganden konfronterade honom dagen efter. De hade inte tidigare gjort liknande saker eller diskuterat sådana sexuella handlingar.<sup>253</sup>

Gällande handlingarna och målsägandens frivillighet anslöt hovrätten sig till tingsrättens bedömning, att målsägandens berättelse var trovärdig och att den delvis styrktes av F.S.:s egna uppgifter om konfrontationen och den chattkonversation där han uttryckte ångest över händelsen.<sup>254</sup> Målsäganden uppgav vidare att hon sade nej men att F.S. troligen inte hörde henne.<sup>255</sup> Av domskälen framgår också att avsaknaden av uttryck för frivillighet typiskt sett ska bedömas som att deltagandet inte är frivilligt. Det finns också ett ansvar att försäkra sig om att motparten deltar frivilligt och frivilligheten ska bestå under hela händelseförloppet. F.S. och målsäganden hade inte tidigare pratat eller genomfört sådana sexuella handlingar och F.S. försäkrade sig inte om hennes samtycke.<sup>256</sup>

Hovrätten ansåg att F.S. inte hade varit likgiltig inför risken att målsäganden inte deltog frivilligt men att han likväl hade insett den här risken. Han hade därmed varit medvetet oaktsam och dömdes för oaktsam våldtäkt.<sup>257</sup>

---

<sup>252</sup> 'Samlaget', tingsrättens dom, s. 6.

<sup>253</sup> 'Samlaget', tingsrättens dom, s. 6.

<sup>254</sup> 'Samlaget', hovrättens dom, s. 3.

<sup>255</sup> 'Samlaget', tingsrättens dom, s. 7 ff.

<sup>256</sup> 'Samlaget', tingsrättens dom, s. 3 f och s. 7 f.

<sup>257</sup> 'Samlaget', hovrättens dom, s. 3 f.

### 5.3.6 'Soffan'

I målet dömdes den tilltalade P.S. för våldtäkt av tingsrätten medan hovrätten dömdes honom för oaktsam våldtäkt. Gällande själva händelseförloppet berättade målsäganden och P.S. i huvudsak samma sak. Den sexuella handlingen var att P.S. hade penetrerat målsägandens underliv med sina fingrar när de låg i en soffa tillsammans.

P.S. hade först haft handen på målsägandens midja, lår, och rumpa innan han drog ner hennes trosor, rörde och penetrerade hennes underliv. Målsäganden var passiv och reagerade inte på hans rörelser. P.S. uppgav att målsäganden rörde sin rumpa mot honom vilket han tolkade som att hon var intresserad. Hennes passivitet tolkade han vidare som att hon ville ha sex med förklaringen att tjejer aldrig säger något när de vill ha sex. Först när hon efteråt började gråta förstod han att hon inte ville delta eller att hon hade ångrat sig.<sup>258</sup>

Hovrätten ansåg att målsägandens uppgifter var trovärdiga och fick delvis stöd från andra vittnesuppgifter och hennes berättelse lades därför till grund för bedömningen.<sup>259</sup> Gällande frivilligheten skriver hovrätten att målsäganden inte på något sätt hade visat ett sexuellt intresse för P.S. Parterna hade inte ögonkontakt med varandra och hon gav ingen fysisk respons eller annat agerande som skulle kunna tolkas som frivillighet. De kände inte heller varandra sedan innan och det hade inte förkommit något flirtande tidigare under kvällen. Hovrätten skriver också att målsäganden visserligen inte hade reagerat aktivt *mot* P.S.:s sexuella handlingar men att hennes passivitet inte kunde tolkas som ett samtycke på grund av situationens helhet.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> 'Soffan', tingsrättens dom s. 7 och s. 12.

<sup>259</sup> 'Soffan', hovrättens dom, s. 4 f.

<sup>260</sup> 'Soffan', hovrättens dom, s. 5.

## 5.4 NJA 2019 s. 668 - Övernattningen

Den 11 juli 2019 meddelade HD sin första dom med anledning av den nya våldtäktslagstiftningen. Den tilltalade S-E.B. var bl.a. åtalad för våldtäkt, våldtäkt mot barn och sexuellt ofredande. HD meddelade prövningstillstånd för våldtäkts- och påföljdsfrågan. Den sexuella handlingen var att S-E.B. hade penetrerat målsägandens underliv med sina fingrar utan hennes samtycke.<sup>261</sup>

De frågor som prövades av HD var om S-E.B. skulle dömas för våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt, samt vilken påföljd som skulle beslutas.<sup>262</sup> Det som var utrett i målet var att målsäganden och S-E.B. hade haft kontakt via sociala medier och bestämde att S-E.B. skulle komma hem till henne och sova över eftersom de inte bodde i samma ort. S-E.B. hade tidigare föreslagit att de skulle ha sex. Innan de träffades hade målsäganden skrivit till honom att hon inte ville ha sex. Målsäganden låg i sängen när S-E.B. kom till lägenheten på natten. Hon låg under täcket i trosor och han lade sig bredvid henne i sängen men med ett eget täcke.<sup>263</sup>

Målsäganden berättade vidare att hon reagerade när S-E.B. började ta på hennes bröst och underliv och stelnade till. Först förde han in sina fingrar i hennes underliv, sedan hade han vaginalt samlag med henne då han fick utlösning. Under händelsen låg hon på mage och hennes ansikte var bortvänt från honom. Hon tog inte själv av sig sina trosor och hon visade inte på något sätt att hon ville delta i det sexuella umgänget. Hon berättade vid halv fyra på morgonen för en kompis vad som hade hänt.<sup>264</sup>

S-E.B. uppgav att målsäganden hade rullat mot honom och att han inte visste om hon var vaken eller inte men att han uppfattade att hon ville ha sex. Målsäganden vände sig mot honom och han började ta på hennes kropp samt förde in fingrarna i hennes underliv. Eftersom målsäganden inte sade nej eller

---

<sup>261</sup> NJA 2019 s. 668, p. 1-4.

<sup>262</sup> NJA 2019 s. 668, p. 7.

<sup>263</sup> NJA 2019 s. 668, p. 8.

<sup>264</sup> NJA 2019 s. 668, p. 10.

på annat vis protesterade fortsatte han. Hon hjälpte själv till att ta av sina trosor och de hade därefter samlag. Under samlaget var målsäganden helt passiv men han uppfattade att hon samtyckte och att hon ville ha sex. Han avbröt samlaget efter en stund eftersom det inte kändes bra och han blev osäker på om målsäganden faktiskt ville.<sup>265</sup>

I sin bedömning konstaterade HD först att de sexuella handlingarna hade ägt rum och att de omfattades av våldtäktsbestämmelsen.<sup>266</sup> HD ansåg att målsägandens berättelse var klar och sammanhängande och hennes uppgifter var tillförlitliga. Uppgifterna fick också visst stöd från vad vittnena hade uppgett. Att målsäganden tidigare meddelat S-E.B. att hon inte var intresserad av att ha sex med honom den kvällen stödde hennes berättelse, även om hon kunde ha ändrat uppfattning. Parterna hade därutöver båda berättat att hon mestadels varit passiv under händelsen. Målsäganden deltog inte frivilligt i de sexuella handlingarna och HD gick sedan vidare för att bedöma S-E.B.:s uppgifter i förhållande till åklagarens bevisning.<sup>267</sup>

Gällande frivilligheten och hur den ska uttryckas skriver HD att faktumet att parterna låg i samma säng med enbart underkläder *inte* innebär att målsäganden deltog frivilligt.<sup>268</sup> S-E.B.:s uppgifter hade i viss mån varit kortfattade och motstridiga, men att inget tydde på att han medvetet försökt undanhålla eller lämna felaktig information till domstolen. Hans uppgift om att målsäganden själv tagit av sig trosorna var visserligen en sådan handling som kan uttrycka frivillighet. Dock fanns det brister i hans utsaga som inte påverkade värderingen av åklagarens bevisning. HD anförde att det var ställt utom rimligt tvivel att S-E.B. genomfört handlingarna utan målsägandens samtycke.<sup>269</sup>

---

<sup>265</sup> NJA 2019 s. 668, p. 11.

<sup>266</sup> NJA 2019 s. 668, p. 29.

<sup>267</sup> NJA 2019 s. 668, p. 30-32.

<sup>268</sup> NJA 2019 s. 668, p. 33.

<sup>269</sup> NJA 2019 s. 668, p. 34-36.



Rörande skuldfrågan resonerade HD på följande sätt. Med tanke på meddelandet som målsäganden skickat till S-E.B. var det visat att S-E.B. insåg att hon antagligen inte ville ha sex med honom. Han uppgav att han trodde hon deltog frivilligt eftersom hon hade rullat emot honom och låtit honom röra henne. Han uppfattade också att hon hjälpte honom ta av hennes trosor. Samtidigt har han dock uttryckt att målsäganden var passiv och att han i början var osäker på om hon sov eller inte. Han hade därmed agerat i osäkerhet kring målsägandens frivillighet. Han avbröt vidare samlaget när han uppfattade att hon inte längre ville fortsätta. HD konstaterade att S-E.B. insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt men att han inte hade varit likgiltig inför den här risken, eftersom han avbröt samlaget. Däremot hade S-E.B. varit grovt oaktsam eftersom han insåg risken för att målsäganden inte samtyckte till de sexuella handlingarna och att han, trots detta, genomförde dem. Han dömdes därför för oaktsam våldtäkt av HD.<sup>270</sup>

I domen lyfter HD också fram frågan om passivitet och hur det ska tolkas som ett uttryck för frivillighet. I punkterna 14 och 15 skriver domstolen följande:

[...] En person som mot sin vilja utsätts för ett sexuellt närmande har inte något ansvar för att säga nej eller för att på annat sätt uttrycka sin motvilja. En person som deltar frivilligt i ett sexuellt umgänge behöver inte heller visa sin vilja till sexuellt umgänge. (Se a. prop. s. 31 f.).

15. Frivillighetsrekvisitet tar sikte på det faktiska handlandet och inte på personens inre inställning, samtidigt som det i förarbetena anges att passivitet kan ge uttryck för samtycke. Det sagda innebär att passivitet kan utgöra ett uttryck för att deltagandet inte är frivilligt men också ett uttryck för ett frivilligt deltagande. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Den sistnämnda regeln måste anses innebära att utrymmet för att bedöma en ren passivitet som uttryck för ett val att delta i en sexuell handling är begränsat. Bedömningen av om deltagandet har varit frivilligt eller inte ska grundas på situationen i dess helhet.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> NJA 2019 s. 668, p. 38-45.

<sup>271</sup> NJA 2019 s. 668, p. 14-15.

HD:s dom ger viss klarhet i frågan om hur passivitet och samtycke ska tolkas i relation till varandra. Domstolen konstaterade att det finns ett *begränsat utrymme* för att se passivitet som ett uttryck för frivillighet eftersom lagtexten stadgar att handlingar och ord som uttrycker frivillighet särskilt ska beaktas. Domen överensstämmer här med uttalanden i propositionen om att frivillighet som utgångspunkt förutsätter uttryck och att passivitet enbart i vissa fall kan ses som ett samtycke.<sup>272</sup>

## 5.5 Sammanfattning

Domstolarnas frivillighetsbedömning är inte alltid helt tydlig eller utförlig, vilket beror på det enskilda fallet. I vissa situationer krävs det t.ex. inte någon egentlig bedömning, såsom vid överrumplingsvåldtäkt, eftersom offret då aldrig tagit ställning till frågan om sexuellt umgänge. Vid frivillighetsfrågan har domstolarna bl.a. tittat på parternas handlande och agerande för att utreda om deltagandet har varit frivilligt eller inte. Domstolarna tar också många gånger fasta på att målsäganden sagt nej och försökt göra fysiskt motstånd vilket styrker ofrivillighet. Därutöver har gärningsmannen behövt förklara sina ställningstaganden och varför hen trodde att målsäganden samtyckte, vad i målsägandens beteende som gav uttryck för samtycke. Det har även varit relevant vad som har hänt innan själva våldtäkten – om parterna har flirtat eller visat sexuellt intresse för varandra, t.ex. genom fysisk eller verbal respons. Sammantaget har domstolarna analyserat parternas agerande, rörelser och vad som tidigare har hänt mellan parterna. I de flesta fallen har målsägandens passivitet inte bedömts som uttryck för frivillighet utan snarare tvärtom. HD:s dom förstärker ytterligare att frivilligheten som regel ska uttryckas och att gärningsmannen måste ta reda på frivilligheten om läget är osäkert.

---

<sup>272</sup> Jfr. prop. 2017/18:177, s. 31 f.

# 6 Analys

## 6.1 Inledning

Samtyckesfrågan har länge varit föremål för debatt inom straffrätten men också i samhället. Drygt ett år efter införandet av den nya våldtäktslagstiftningen har ett antal rättsfall avgjorts i både tingsrätter och hovrätter. Även HD har avgjort ett mål där den nya lagen fick avgörande betydelse. I detta kapitel kommer jag att diskutera och analysera våldtäktsregleringen och frivillighetsrequisitet. Jag kommer kritiskt diskutera hur samtycke och frivilligt deltagande definieras. Rättsfallen och frivillighetsbedömningarna kommer att problematiseras i förhållande till lagstiftningens syfte och skyddsintressen.

## 6.2 Vad är ett frivilligt deltagande?

Den nya sexualbrottslagstiftningen bygger på bristande frivillighet och det är därmed straffbart att genomföra samlag eller jämförbara sexuella handlingar med någon som inte deltar frivilligt. Frivillighetsrequisitet kompletteras med de tre punkterna i lagtexten som stadgar att ett deltagande aldrig kan vara frivilligt i vissa fall. Punkterna blir tillämpliga om deltagandet är en följd av våld, otillbörligt utnyttjande eller allvarligt missbrukande av en beroendeställning. Då spelar det ingen roll om frivilligheten har uttryckts eller inte. Genom reformen har också ett oaktsamhetsansvar för våldtäkt införts.

Målet med lagstiftningen är att förstärka och skydda varje persons sexuella självbestämmanderätt och sexuella integritet genom att markera att sex utan samtycke är lika med våldtäkt. Lagen ställer inget krav på *att* frivilligheten ska uttryckas och heller *hur* frivilligheten ska uttryckas. Detta motiveras med att lagstiftningen skulle vara neutral och inte begränsa det sexuella uttrycket utan enbart stadga var som är tillåtet respektive otillåtet. Däremot ska

rättstillämparen *särskilt beakta* om frivilligheten har uttryckts genom t.ex. ord eller handlingar.

Genom den valda utformningen kan både aktivitet och passivitet ge uttryck för frivillighet. Av propositionen framgår det dock att ett frivilligt deltagande typiskt sett innebär något slags uttryck och att passivitet endast i undantagsfall ska tolkas som samtycke. Passivitet beskrivs även kunna uttrycka icke-frivillighet men samtidigt ingenting alls. Propositionen ger inte särskilt mycket konkret ledning angående vad som är ett uttryck för frivillighet utan frågan lämnas i huvudsak över till domstolarna.

Eftersom det inte finns något absolut krav på att frivilligheten ska uttryckas blir gränsen mellan frivillighet och icke-frivillighet svår att dra. Den enskilda bedömningen är avgörande och det går inte att generellt säga vad som är tillåtet respektive otillåtet. Det centrala i dagens lagstiftning är istället om personen har haft möjlighet att fritt välja sitt deltagande utan otillåtna påtryckningar. De andra delarna av lagstiftningen, som när ett deltagande aldrig kan vara frivilligt samt oaktsamhetsansvaret, är däremot tydligare och lättförståeliga. Punkterna om våld, utnyttjande och beroendeställning motsvarar i huvudsak tidigare lagstiftning och medför inte något nytt på området. Däremot är oaktsamhetsansvaret också en ny reglering, precis som frivillighetsrekvisitet.

### **6.3 Hur ska samtycke definieras?**

Den nuvarande våldtäktslagstiftningen bygger på ett frivillighetsrekvisit men begreppet samtycke nämns inte i lagtexten. Däremot förekommer begreppet samtycke i propositionen, i tidigare samtyckesutredningar och i annat material. Särskilt i propositionen används begreppet samtycke parallellt med frivillighet. En viktig fråga blir då hur samtycke eller frivillighet ska definieras, både som begrepp men också inom ramen för våldtäktslagstiftningen.

Vikten av att definiera vad ett samtycke är betonas av Petter Asp i boken *Sex och samtycke*. För att överhuvudtaget kunna ha en samtyckeslag måste vi först veta vad som är ett giltigt och rättsligt relevant samtycke. Den här definitionen är central för att vi ska kunna veta vad gränsen för straffbarhet går. Varken lagstiftningen eller förarbetena ger någon entydig och klar definition av frivillighet och samtycke. Det finns dock viss ledning i propositionen som kan tolkas i ljuset av diskussionen om samtyckets definition.

När det gäller hur samtycke ska definieras är det möjligt att urskilja två huvudgrupper; samtycke är en gärning (jämför 'performative consent') och samtycke är en inställning (jämför 'subjective consent'). Båda dessa definitioner ingår i begreppet 'affirmative consent'. Det bygger på tanken att samtycke ska fungera som en bekräftelse och lämnas frivilligt. Med andra ord, endast ett ja är ett ja. Härigenom betonas att sexuella handlingarna är tillåtna först när någon har sagt ja och man ska inte behöva säga nej eller göra något aktivt motstånd. Det här är en utveckling som också framträder i den svenska samtyckesdebatten och att detta behövs för att kunna skydda den sexuella självbestämmanderätten. Redan 2008 konstaterade Leijonhufvud hur kvinnan framställdes som sexuellt tillgänglig genom dåtidens lagstiftning.

Även om utvecklingen mot 'affirmative consent' är positiv är den också problematisk eftersom begreppet inte har någon entydig definition, vilket poängteras av Halley. Det kan avse det uttryckta samtycket såväl som den inre inställningen. Problematiken består i att ett uttryckt samtycke kan existera utan att en positiv inre inställning finns. Om man ska använda sig av en samtyckesreglering måste man därför vara beredd på att definiera samtycket för att lagstiftningen inte ska bli otydlig.

Hur ska då dagens sexualbrottslagstiftning förstås? I SOU 2016:60 fanns det ett absolut krav på frivillighetsuttryck. Utredningen uttryckte därför klart och tydligt att samtycke är en gärning, dvs. något man gör och inte någon inre inställning. Genom detta absoluta krav blev också gränsen för straffbarhet tydlig. Om man har sex med någon som inte har uttryckt att deltagandet är

frivilligt är gärningen straffbar. Precis som nuvarande lagstiftning fanns det däremot inget krav på *hur* frivilligheten skulle uttryckas.

Det absoluta kravet på frivillighetsuttryck togs dock bort vid lagstiftningsarbetet och i prop. 2017/18:177 föreslogs istället att uttryck för frivillighet *särskilt ska beaktas*, vilket också är hur lagstiftningen ser ut idag. Samtyckets uttryck spelar därför roll vid en domstolsprövning men det avgör inte själva straffbarheten och lagen går inte lika långt som SOU 2016:60. Ett obligatoriskt krav på uttryck ansågs vara problematiskt vid tysta samtycken som inte uttryckts samt att det i så fall skulle kräva nytt uttryck inför varje ny sexuell handling. Det här ansågs orealistiskt och skulle vara för svårt att definiera.

Vad innebär då det här för samtyckets definition – ska det ses som en gärning eller som en inställning? Varken propositionen eller lagtexten gör något entydigt ställningstagande. Däremot framgår det av propositionen att den inre inställningen inte avgör samtyckets giltighet. Om personen har en positiv eller negativ inställning är inte relevant och därmed skiljer sig dagens lagstiftning från t.ex. Leijonhufvuds samtyckesutredning. Lagen verkar därmed bygga på tanken att samtycke är en gärning. Att samtycke ska ses som en gärning förstärks ytterligare av propositionens uttalanden om att den som deltar frivilligt normalt ger uttryck för detta och att passivitet typiskt sett innebär icke-frivillighet. Man förutsätter alltså att frivilligheten typiskt sett uttrycks och att ett samtycke enbart i undantagsfall kan ges genom passivitet, vilket även bekräftas av NJA 2019 s. 668.

Poängen bakom 'performative consent' och att definiera samtycke som en gärning handlar till stor del om rättssäkerhet. Av propositionen framgår det att man av rättssäkerhetsskäl måste kunna förlita sig på ett uttryck för frivillighet, oavsett inre inställning. Samtidigt blir rättssäkerheten något åsidosatt eftersom passivitet kan tolkas som samtycke i vissa fall.

Huvudregeln är dock att passivitet *inte* betyder samtycke. Samtidigt fortsätter resonemanget med att passivitet i vissa fall faktiskt kan uttrycka frivillighet samt att passivitet i andra fall inte uttrycker något överhuvudtaget. Detta leder till att både propositionen och lagstiftningen blir svårtolkade. Det finns därför anledning att till viss del ifrågasätta den valda lagstiftningen. Om propositionen och lagstiftningen är otydliga för jurister är de också svåra att förstå för folk i allmänhet och det är inte önskvärt att ha en otydlig och svårförståelig sexualbrottslagstiftning.

Samtidigt kan det ifrågasättas hur man bäst ska kunna värna om rätten till passivitet. Enligt lagstiftaren skyddar man rätten till passivitet bäst genom att det inte finns ett krav på aktivt samtycke. På så sätt får man möjlighet att uttrycka sexuellt deltagande även genom passivitet. Wennberg menar däremot att rätten till passivitet förutsätter att det finns ett krav på att aktivt uttrycka sitt deltagande, vilket blir motsägelsefullt. För att ha rätt till passivitet måste man vara aktiv. Som jag ser det är grundproblemet dock att frivillighet/samtycke aldrig fullt ut definierades, vilket får till följd att passivitet kan tolka på flera olika sätt. Därigenom är det svårt att säga vad som är rätten till passivitet. Är rätten till passivitet att kunna uttrycka frivillighet *genom* passivitet eller är det att *passivitet inte ska tolkas* åt varken det ena eller andra hållet? Genom att passivitet är mångtydigt finns det en risk att passiviteten feltolkas av motparten. I så fall lämnas ytterligare en svår tolkningsfråga över till domstolen, i en måltyp som redan karaktäriseras av bevissvårigheter och svåra avvägningar.

En annan följd av att inte kräva frivillighetsuttryck är att tysta, inre samtycken blir giltiga, vilket var lagstiftarens syfte. Man ville helt enkelt inte begränsa de sexuella uttrycken för att verkligen säkerställa att lagens intressen skyddas. Här kan man dock lyfta in Asps resonemang om att agera *med stöd av* ett samtycke. Om samtycke ses som en gärning kränks den sexuella självbestämmanderätten om samtycket inte har uttryckts, oavsett den inre inställningen, eftersom personen aldrig fått möjligheten att välja sitt deltagande. Det finns alltså inte nödvändigtvis enbart ett sätt att stärka lagens

skyddsintressen. Ett inre samtycke ger inte någon rätt att agera på samma sätt som ett kommunicerat samtycke. Det är också motsägelsefullt att acceptera inre samtycken samtidigt som propositionen hävdar att frivillighetsrekvisitet tar sikte på det faktiska handlandet och inte den inre inställningen.

Den här motsägelsen går visserligen att förklara om man menar att inre samtycke handlar om sådana fall där man genom sin underlåtenhet att reagera uttrycker frivillighet. Dock är det svårt att skilja passivitet som samtycke från passivitet som uttryck för ofrivillighet, vilket även uppmärksammas av propositionen. Eventuellt kan denna problematik lösas genom att det finns ett krav att man ska försäkra sig om att deltagandet är frivilligt om uttrycken inte är tydliga.

Gällande inre samtycken konstaterar propositionen vidare att det vid en domstolsprövning kräver något annat som tyder på att samtycket faktiskt existerade. Ett försvar med hänvisning till ett inre samtycke är alltså inte tillräckligt utan det måste finnas andra omständigheter som också tyder på att deltagandet var frivilligt. Något annat i målsägandens agerande måste av den tilltalade ha uppfattats som ett samtycke. Ett inre samtycke är därmed inte tillräckligt vid en rättslig prövning, dvs. när frågan verkligen ställs på sin spets. Vad är då poängen med att i teorin acceptera inre samtycken? En annan fråga jag ställer mig gällande inre samtycken är om problemet är fiktivt. Varför skulle en våldtäktsanmälan göras om det verkligen har funnits ett inre samtycke? Här utgår jag givetvis från att de flesta personer inte ljuger och felaktigt polisanmäler händelser. Jag har därför svårt att se varför frågan om ett verkligt inre samtycke skulle bli aktuellt vid en domstolsprövning.

Grundtanken med 'performative consent' och att se samtycke som en gärning handlar om att meddelandet om samtycket måste kunna nå mottagaren. Om samtycket inte har kommunicerats utåt på något sätt, hur kan då mottagaren vara säker på att det finns ett samtycke överhuvudtaget? Det här synsättet ger en tydligare gränsdragning av straffansvaret och tillåter parterna att förstå



handlingens tillåtlighet på förhand. Som lagen ser ut nu kan bedömningen, som Lagrådet kritiserat, först göras i efterhand.

Genom lagen vet vi att sex utan frivilligt deltagande är straffbart, men vi vet inte fullt ut vad ett frivilligt respektive ofrivilligt deltagande innebär. Propositionen ger begränsad klarhet i hur samtycke ska definieras och förstås. Däremot är det möjligt att se en tendens mot att samtycke ses som en gärning, snarare än en inställning. Samtidigt når det inte riktigt hela vägen, eftersom det saknas ett absolut krav på uttryck. Det verkar därför som att lagstiftaren har försökt hålla samtyckesbegreppet öppet och fritt vilket tyvärr leder till en otydlig lagstiftning med bristande förutsebarhet. Bl.a. ville man inte formalisera samtycke alltför mycket eftersom det skulle skapa en verklighetsfrånvärd lagstiftning. Man har därmed valt en övergripande och otydlig lagstiftning för att dels täcka in fler fall, dels för att inte begränsa den sexuella integriteten. Detta har gjorts på bekostnad av rättssäkerheten eftersom förutsebarheten brister.

## 6.4 Vad säger rättsfallen?

Eftersom frågan om frivillighet har lämnats över till domstolarna är existerande och kommande rättsfall centrala för förståelsen av sexualbrottslagstiftningen. Uppsatsens urval av rättsfall är begränsat eftersom jag medvetet valt att fokusera på avgjorda hovrättsfall men ger fortfarande en del ledning för hur vi ska tolka frivillighet och passivitet. Framförallt NJA 2019 s. 668 är av stor betydelse för områdets utveckling.

En första allmän reflektion kring rättsfallen är att frivillighetsbedömningen inte alltid är helt tydlig och den vävs emellanåt samman med både bevis- och uppsätsfrågor. Vissa domar är självklart mer strukturerade och lättförståeliga än andra men själva bedömningen är inte nödvändigtvis helt enkel att förstå. En förklaring till detta kan ha att göra med att förarbetena och lagen i sig också präglas av otydlighet och osäkerhet, vilket gör det svårt för domstolar att veta exakt vad som är viktigt och oviktigt.

NJA 2019 s. 668 reder till viss del ut både passivetsfrågan samtidigt som domen fastslår att vissa handlingar inte är ett uttryck för frivillighet. Av domen framgår det att ren passivitet som huvudregel inte uttrycker frivillighet. Detta bekräftar och förstärker utgångspunkten från propositionen att frivillighet typiskt sett uttrycks. HD:s dom är särskilt viktigt eftersom passivitet enligt propositionen kan betyda flera olika saker.

En annan viktig aspekt av NJA 2019 s. 668 är att domen belyser och exemplifierar vissa handlingar i relation till frivillighetsuttryck. Exempelvis framgår det av domen att ligga i samma säng och enbart ha underkläder på sig inte ger uttryck för frivillighet och att sådana val inte nödvändigtvis är sexuella. Det här kan givetvis ses som en självklarhet, men ställningstagandet från HD är viktigt. Det förtydligar att fysisk tillgänglighet inte är tillräckligt som ett uttryck för frivillighet. HD konstaterar vidare att en handling som att ta av sig trosorna kan tyda på frivillighet, men att det måste bedömas utifrån situationens helhet.

Av målet framgår det också att man har rätt att när som helst ändra sig och dra tillbaka sitt samtycke. Detta gäller även om det sexuella umgänget har inletts, vilket överensstämmer med propositionen. Detta bekräftas ytterligare i målet 'Samlaget' eftersom det hade börjat som ett frivilligt sexuellt umgänge som övergick till en våldtäkt när den tilltalade förde upp sin hand i hennes vagina. Även här beaktar domstolen att parterna inte tidigare pratat om den typen av sexuella handlingar och att den tilltalade inte försäkrade sig om att målsäganden ville prova det.

En del av frivillighetsrekvisitet är att en helhetsbedömning av situationen ska göras. Rättsfallen har gemensamt att domstolarna tittar på vad som har hänt tidigare mellan parterna. I vilket syfte har de träffats, känner de varandra sedan tidigare och har de flirtat tidigare under kvällen? Jag förstår det som att domstolarna vill utreda vad som har lett fram till det sexuella umgänget och om det ger stöd för frivillighet eller inte. Det är t.ex. möjligt att jämföra

'Krogkvällen' med 'Soffan'. Fallen är relativt lika på så sätt att parterna inte tidigare kände varandra utan träffades samma kväll som de sexuella handlingarna ägde rum. Däremot blir utgångarna i fallen olika eftersom den tilltalade frias i målet 'Krogkvällen' medan den tilltalade i 'Soffan' fälls för oaktsam våldtäkt. I båda fallen konstaterades det att vardera målsäganden inte deltog frivilligt i det sexuella umgänget. Den största skillnaden mellan fallen är att i 'Krogkvällen' hade parterna flirtat med varandra och även kysst varandra och den tilltalade följde med målsäganden hem från krogen. Han hade redogjort för sina överväganden för de sexuella handlingarna och han hade inte någon anledning att misstänka eller att ana att målsäganden inte deltog frivilligt. Han avbröt också de sexuella handlingarna så fort han förstod att målsäganden inte deltog frivilligt. I målet Soffan tog hovrätten bl.a. fasta på att parterna inte flirtat med varandra tidigare och målsäganden hade inte visat något sexuellt intresse. Därför kunde målsägandens passivitet inte tolkas som ett samtycke.

I nästan alla av målen har målsäganden i någon utsträckning varit passiv, vilket inte har bedömts som ett uttryck för frivillighet. Det här går väl i linje med NJA 2019 s. 668 och propositionen. I vissa mål har passiviteten kompletterats med verbalt och fysiskt motstånd. Det är likväl viktigt för rättsutvecklingen att frivillighet och icke-frivillighet tydliggörs genom rättspraxis. Domarna visar på en tendens att inte tolka passivitet som samtycke, vilket är viktigt i förhållande till problematiken kring samtyckets definition. Rättsfallen stramar på så sätt upp definitionen av samtycke och förstärker tanken att samtycke egentligen bör ses som en gärning. Resonemang som t.ex. 'hon gjorde inget motstånd' verkar inte längre ses som ett godtagbart försvar.

Även med den nya lagstiftningen kvarstår problem som bevisvärigheter och brist på skuld hos gärningsmannen. I målet 'Hemmafesten' uppgav målsäganden att hon både sade nej och gjorde fysiskt motstånd, medan den tilltalade menade motsatsen. Övrig bevisning gav inte något särskilt stöd till någon av versionerna. Det här är ett sådant fall där ord stod mot ord och

domstolen har en mycket svår uppgift när det gäller att väga det ena mot den andra, vilket inte har förändrats av den nya lagstiftningen. Jag ser inte heller hur man ska komma åt sådana här fall genom fler lagstiftningsreformer. Visserligen skulle fallet inte tidigare ha lett till åtal för just våldtäkt, eftersom det saknades våld och utnyttjande, men bevisproblematiken finns fortfarande kvar. I slutändan faller det på beviskravet, som av goda skäl är högt ställt.

Liknande problem finns i målet 'Hotellrummet' eftersom utgången där också avgjordes på bristande bevisning. Målsäganden var i det här fallet påverkad av både alkohol och narkotika och hennes berättelse var inte helt tydlig. Det här är också ett sådant fall där det finns omfattande bevissvårigheter. Däremot fanns det DNA-bevisning och hovrätten ansåg att det var styrkt att målsäganden blivit utsatt för sexuella övergrepp. Det var dock inte styrkt vilka handlingar det rörde sig om och vem som var gärningsman/män. Kanske hade det blivit en fällande dom om åtalet rörde något annat än våldtäkt, särskilt med tanke på den DNA-bevisning som fanns. Samtidigt illustrerar fallet svårigheterna när målsäganden varit berusad eller drogpåverkad och hur detta påverkar berättelsens trovärdighet.

Två fall som också liknar varandra något är 'Målsäganden som sov' och 'Middagsbjudningen'. I båda fallen hade den tilltalade frågat målsäganden om sexuellt umgänge och fått jakande ('Målsäganden som sov') respektive nekande svar ('Middagsbjudningen'). Problemet i 'Målsäganden som sov' var att hon hade sovit och svarat på frågorna i sömnen. Att hon sovit hade dock inte uppfattats av gärningsmannen och han saknade därför både uppsåt och oaktsamhet. Det finns ett ansvar att man ska försäkra sig om att den andre personen samtycker men hur långt sträcker sig det här ansvaret? Det borde ju vara tillräckligt att man får ett jakande svar, men rättsfallet illustrerar här en risk. Det här blir också en fråga om straffrättens och ansvarsfrågans konstruktion. Trots att målsäganden inte deltar frivilligt kan det brista i skuldfrågan, vilket resulterar i en friande dom. Det blir en svår avvägning mellan rättssäkerheten för gärningsmannen att kunna lita på det jakande svaret och de svåra konsekvenser som målsäganden lider för att hon svarade

på en fråga medan hon sov. I så fall blir målsäganden indirekt ansvarig för konsekvensen av de saker som hon har sagt i sömnen. I det här sammanhanget blir det nästintill omöjligt att skydda båda parter och en samtyckesreglering kan inte lösa alla komplexa problem som finns vid sexualbrott.

Det är därför svårt att se hur man ska lagstifta för att skydda t.ex. sovande personer från övergrepp. Enligt propositionen är det tillåtet att väcka någon med sexuella handlingar, förutsatt att det är ' normalt' mellan parterna. Lagstiftningen är här öppen och tillåtande för att undvika överkriminalisering. Däremot stämmer det inte särskilt bra överens med syftet att skydda den sexuella självbestämmanderätten, även om det kan vara brukligt i t.ex. förhållanden.

I 'Middagsbjudningen' var situationen omvänd eftersom gärningsmannen fick nekande svar på frågorna men trots det genomfört handlingarna. Detta vägdes samman med att målsäganden i övrigt hade varit passiv och inte tagit några egna initiativ. I det här fallet blir skuldfrågan tydligare eftersom varken hennes ord eller hennes handlingar kunde tolkas som frivillighet. I målet var det också två åtalpunkter för våldtäkt, varav den ena hade genomförts med hjälp av våld. Den åtalpunkten hade alltså med största sannolikhet även fungerat enligt tidigare lagstiftning medan den andra åtalpunkten var helt beroende av bristande frivillighet.

Målet 'Gruppvåldtäkten' är intressant i förhållande till nuvarande och tidigare lagstiftning. För att kunna åtala och döma någon för våldtäkt enligt tidigare våldtäktslagstiftning krävdes det att gärningsmannen hade använt bl.a. våld eller utnyttjat offrets särskilda situation. Detta är även omständigheter som överförs till den nya lagen och medför att deltagandet aldrig kan vara frivilligt. I domskälen till målet diskuteras både våld och särskilt utsatt situation. Hovrätten kommer i sin bedömning fram till att inget av detta har funnits i sådan grad att deltagandet 'automatiskt' blir ofrivilligt, utan målet avgörs på målsägandens bristande frivillighet. Det är just diskussionen kring målsägandes utsatthet som jag tycker är intressant. Hovrätten skriver

nämligen att hon varit i en utsatt situation, men att det inte har varit en *särskilt* utsatt situation. Detta baseras på att det inte fanns några uppgifter om att målsäganden varit förhindrad att lämna platsen samt att hon hade haft tillgång till sin telefon. Jag tolkar det som att *på grund av* att målsäganden hade haft möjlighet att lämna eller ringa efter hjälp var hon inte i en särskilt utsatt situation. En första aspekt av detta är att resonemanget ger sken av att målsäganden själv har ett ansvar att ta sig därifrån och avbryta övergreppet, vilket jag inte anser stämmer överens med varken lagens syfte eller den allmänna uppfattningen kring en samtyckesreglering. Poängen med samtyckesregleringen, och som lagen får tolkas, är att förstärka idén om att samtycke är ett aktivt val, en gärning, även om det inte görs hela vägen. Det finns inte heller något krav på att göra aktivt motstånd eller själv avbryta något övergrepp, även om det i många fall händer. Det får ändå beaktas att hon befann sig i en okänd lägenhet med fyra stycken främmande män som upprepade gånger förgrep sig på henne. Enligt min uppfattning är det en mycket utlämnande situation och det kanske inte är så enkelt att t.ex. ringa polisen i sammanhanget eftersom det kanske skulle medföra värre konsekvenser än att stanna kvar i lägenheten. Den andra aspekten av domen är att det troligen inte hade blivit en fällande dom enligt den gamla lagstiftningen, med tanke på hovrättens resonemang.

Målet 'Anstalten' är ett något udda rättsfall i sammanhanget och det är svårt att exakt säga vad fallet bidrar med. Precis som de andra fallen är målsägandens ofrivillighet avgörande för åtalet och målets utgång. Hon hade inte visat något sexuellt intresse och gjorde motstånd.

Rent generellt är det nog för tidigt att dra egentliga slutsatser av den nya lagens effekter. Däremot är det möjligt att se vissa tendenser i rättsfallen. Genom att brottet oaktsam våldtäkt har införts omfattar den nya lagen självklart fler fall än enligt tidigare lagstiftning. Rättsfallen belyser också att det nya brottet oaktsam våldtäkt är tillämpligt.

Av de rättsfall som jag har gått igenom har jag fått uppfattningen att lagen faktiskt fungerar och att fler fall än tidigare kan gå till åtal för våldtäkt. Fall som 'Tatueringen' och 'Konserten' är särskilt intressanta eftersom det rör sig om passivitet respektive överrumpling, vilket har varit svårbedömda fall enligt tidigare lagstiftning. Speciellt 'Konserten' är ett sådan typfall som lagstiftningen avsåg att träffa och också gör. Vid överrumplingsfall är det sexuella handlingen helt oväntad och det finns aldrig någon möjlighet att uttrycka frivillighet eller icke-frivillighet. Därigenom blir det i princip självklart att deltagande inte är frivilligt eftersom möjligheten att ta ställning till sexuellt umgänge saknas. Även om inte alltid har lett till fällande domar har lagen fått effekt eftersom det faktiskt har varit möjligt att åtala för våldtäkt. Enligt tidigare sexualbrottslagstiftning hade det enbart varit aktuellt med andra sexualbrott. Det går också att se att den nya lagen har gjort skillnad eftersom det i många av fallen slås fast att målsäganden inte deltog frivilligt, oavsett målets utgång. Att ofrivilligheten konstateras tror jag är viktigt eftersom det markerar att handlingen var otillåten, att det sexuella umgänget inte var frivilligt, oavsett om domen blir friande eller fällande. Detta skickar viktiga signaler till samhället och skapar ett nytt normativt synsätt för sexuellt umgänge som stämmer överens med den nya lagstiftningen.

En central aspekt av rättsfallen är att de ger viss ledning och tydlighet i förhållande till frivilligheten. Propositionen är i vissa delar otydlig och syftet är att frågan om frivillighet ska avgöras av domstolarna. Därför är det av stor betydelse att frivillighetsbedömningarna görs och att vi får exempel på vad som är ett frivillighetsuttryck och inte. Genom NJA 2019 s. 668 vet vi t.ex. att det inte är ett frivillighetsuttryck att ligga avklädda i samma säng. Även om detta inte är något banbrytande konstaterande är det relevant och viktigt för rättsutvecklingen framåt.

## 7 Avslutande kommentarer

Genom den nya sexualbrottslagstiftningen har Sverige fått ett våldtäktsbrott som är frivillighetsbaserat. Våldtäktsbrottet har alltså utvecklats från en tvångslagstiftning till en samtyckesreglering med syftet att ytterligare stärka sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. Det avgörande rekvisitet är frivilligt deltagande och frågan om vad som är ett frivilligt deltagande har lämnats relativt öppen av lagstiftaren. Istället är det upp till rättstillämpningen att avgöra om deltagandet var frivilligt eller inte. Lagens avgörande rekvisit är därmed odefinierat och det är svårt att säga exakt var gränsen mellan frivillighet och ofrivillighet går. På så sätt avvaktar lagstiftaren praxis från HD och övriga domstolar som ska utveckla och definiera frivillighet.

För att försöka fastställa hur frivilligt deltagande ska tolkas har jag tittat på olika definitioner av sexuellt samtycke och i huvudsak finns det två linjer; samtycke som en gärning och samtycke som en inställning. 2018 års lag verkar i viss utsträckning baseras på idéer om 'performative consent', dvs. att samtycke är en gärning. Det finns dock fortfarande utrymme för att passivt eller tyst samtycka till sexuellt umgänge, vilket inte är en handling eller ett uttryck. Därför kan lagens frivillighetsrekvisit tolkas som något av en hybrid mellan gärning och inställning. Denna svåra gränsdragning leder till en osäkerhet kring när en handling är straffbar eller inte och förutsebarheten blir bristfällig. Rättssäkerheten kan därmed uppfattas som åsidosatt eftersom lagstiftaren inte ville begränsa varje persons sexuella uttryck. Därmed står två viktiga värden mot varandra och där straffrättens förutsebarhet verkar ha fått stå tillbaka.

Rättsfallen visar att situationens helhet spelar stor roll och domstolarna har ofta tagit fasta på hur parterna har samspelat innan de sexuella handlingarna ägde rum. Genom NJA 2019 s. 668, men även genom de andra fallen, kan man utläsa att passivitet som huvudregel inte tyder på frivillighet. Fallen visar vidare att det i princip krävs någon handling som tyder på sexuellt intresse



men att t.ex. vara avklädd inte är detsamma som ett samtycke. Eftersom lagen enbart varit i kraft under ungefär ett och ett halvt års tid är det förmodligen för tidigt för att dra några egentliga slutsatser om lagens skydd och effekt. Rättsfallen visar dock att fler fall än tidigare kan bedömas som våldtäkt, t.ex. vid överrumplingsfall och på så sätt fungerar lagen som tänkt var. Samtidigt stramar målen till viss del upp lagens osäkerhet kring frivilligheten. Däremot finns det fortfarande vissa otydligheter i lagstiftningen som medför problem när det gäller att bedöma passivitet och tysta samtycken. Andra problem kvarstår i rättstillämpningen, som bevisvärigheter och brist på skuld.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Propositioner

Prop. 1984/85:32 Om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet m.m.

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

### Statens offentliga utredningar

SOU 2001:14 Sexualbrotten – ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor.

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag.

SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten.

### Övrigt

Lagrådsremiss 2017-12-21 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

Lagrådets yttrande 2018-01-23 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

## Litteratur

Asp, Petter: *Brottsbalk (1962:700) Lexino 6 kap. 1 §*, 2019-08-19.

[Förkortad: Asp, 6 kap. 1 § BrB].

Asp, Petter: *Brottsbalk (1962:700) Lexino 6 kap. 1 a §*, 2019-08-19.

[Förkortad: Asp, 6 kap. 1 a § BrB].

Asp, Petter: *Sex och samtycke*. Iustus förlag. Uppsala 2010.

Asp, Petter, Friberg, Sandra, Göransson, Frida, Johannisson, Sven, Larsson, Mattias, Leijonram, Eric, Nilsson, Göran, Roos, Mari-Ann, Sandahl, Karin, Ulväng, Magnus, Wallinder, Lars, Zila, Josef & Ågren, Jack: *Brottsbalken (kapitel 1-12): en kommentar*. Karnov Group. Stockholm 2018.

Asp, Petter & Ulväng, Magnus: *Straffrätt: en kortfattad översikt*. Uppl. 2.

Iustus förlag. Uppsala 2019.

Dahlman, Christian & Kroths-Aspegren, Andreas: 'Varför är bevisning som uppfyller beviskravet i våldtäktsmål inte tillräcklig i mål om olaga hot?'. I: *SvJT* 2018, s. 327-342.

Dougherty, Tom: 'Yes Means Yes: Consent as Communication'. I:

*Philosophy & Public Affairs* 2015 vol. 43 nr. 3, s. 224-253.

Frändberg, Åke: 'Om rättssäkerhet'. I: *Juridisk tidskrift* 2000/01 nr. 2, s. 269-280.

Halley, Janet: 'The Move to Affirmative Consent'. I: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2016 vol. 42, nr. 1, s. 257-279.

Jareborg, Nils: 'Rättsdogmatik som vetenskap'. I: *SvJT* 2004, s. 1-10.

Jareborg, Nils, Friberg, Sandra, Asp, Petter & Ulväng, Magnus: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*. Uppl. 2. Iustus förlag. Uppsala 2015.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod'. I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Uppl. 1. Studentlitteratur. Lund 2013, s. 21-45.

Leijonhufvud, Madeleine: *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*. Thomson förlag. Stockholm 2008. [Förkortad: Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen*].

Leijonhufvud, Madeleine: *Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftande tillbakablick*. Nordstedts juridik. Stockholm 2015. [Förkortad: Leijonhufvud, *Svensk sexualbrottslag*].

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Uppl. 1. Fritze. Stockholm 1995.

Ramberg, Christina: 'Prejudikat som rättskälla'. I: *SvJT* 2017, s. 773-782.

Sandgren, Claes: 'Rättsanalytisk metod. En väg framåt?'. I: Karnell, Gunnar (red.), *Liber amicorum Jan Rosén*. Eddy.se [distributör]. Visby 2016, s. 721-730.

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Uppl. 3. Nordstedts juridik. Stockholm 2015.

Sandgren, Claes: 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?'. I: *Tidsskrift för Rettsvetenskap* 2005 vol. 118 nr 4-5, s. 648-656.

Wennberg, Suzanne: 'Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet?'. I: *Juridisk tidskrift* 2018/19, nr 2, s. 298-304.

Zila, Josef: 'Om rättssäkerhet'. I: *SvJT* 1990, s. 284-305.

## Rapporter

Brottsförebyggande rådet: *Rapport 2011:6 Polisanmälda våldtäkter mot barn: en uppdaterad kunskapsbild*. Stockholm 2011.

<https://www.bra.se/publikationer/arkiv/publikationer/2011-06-11-polisanmalda-valdtakter-mot-barn.html>, hämtad 2019-10-01. [Förkortad: Brottsförebyggande rådet, *Rapport 2011:6*].

Polisen & Åklagarmyndigheten: *Tillsynsrapport 2019:1 Våldsbrott i nära relationer och sexualbrott mot vuxna - En gemensam granskning av polisens och åklagarens handläggning*. Göteborg 2019.

<https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/rapporter/tillsynsrapporter/tillsynsrapport-20191-vald-i-nara-relationer-och-sexualbrott-mot-vuxna.pdf>, hämtad 2019-10-01. [Förkortad: Polisen & Åklagarmyndigheten, *Tillsynsrapport 2019:1*].

## Elektroniska källor

Lönnaeus, Olle: 'Morgan Johansson: Vill ha kvitto på att våldtäktslagen funkat'. *Sydsvenskan* 2019-12-14, <https://www.sydsvenskan.se/2019-12-14/morgan-johansson-vill-ha-kvitto-pa-att-valdtaktslagen-funkat>, hämtad 2019-12-17.

Nationalencyklopedin: *Våldtäkt*, <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/v%C3%A5ldt%C3%A4kt>, hämtad 2019-09-11.

Nationalencyklopedin: *Rättssäkerhet*, <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/r%C3%A4ttss%C3%A4kerhet>, hämtad 2019-12-16.

Regeringens pressmeddelanden: *Regeringen ger Brå uppdrag om nya sexualbrottslagstiftningen*,

<https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2019/12/uppdrag-sexualbrottslagstiftningen/>, hämtad 2019-12-17.

Åklagarmyndigheten: *Sexualbrott*, <https://www.aklagare.se/om-brottsligheten/olika-brottstyper/sexualbrott/>, hämtad 2019-10-25.

# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

NJA II 1962 s. 171

NJA 1981 s. 253

NJA 2004 s. 231

NJA 2009 s. 447 I och II

NJA 2010 s. 671

NJA 2015 s. 536

NJA 2017 s. 316 I och II

NJA 2019 s. 668 – 'Övernattningen'

## Hovrätterna

'Anstalten' – Svea Hovrätt dom 2019-10-01 i mål nr B 8828-19

'Gruppvåldtäkten' – Hovrätten för Västra Sverige dom 2019-03-08 i mål nr B 1211-19

'Hemmafesten' – Hovrätten för Nedre Norrland dom 2019-06-28 i mål nr B 532-19

'Hotellrummet' – Svea hovrätt dom 2019-09-13 i mål nr B 8193-19

'Konserten' – Göta hovrätt dom 2019-02-26 i mål nr B 87-19

'Krogkvällen' – Hovrätten för Västra Sverige dom 2019-06-25 i mål nr B 1408-19

'Middagsbjudningen' – Svea hovrätt dom 2019-03-18 i mål nr B 794-19

'Målsäganden som sov' – Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2019-05-02 i mål nr B 831-19

'Samlaget' – Hovrätten för Nedre Norrland dom 2019-08-28 i mål nr B 1064-19

'Soffan' – Svea hovrätt dom 2019-06-28 i mål nr B 5410-19

Svea hovrätt dom 2019-07-15 i mål nr B 5624-19

'Tatueringen' – Svea hovrätt dom 2019-06-05 i mål nr B 4230-19

## **Europadomstolen**

*M.C. mot Bulgarien*, nr 39272/98, dom meddelad 2003-12-04 [Förkortad:

*M.C. mot Bulgarien*]