



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Therese Augustinsson

Ja, nej eller kanske?

En undersökning av frivillighetsrekvisitet i 6 kap. 1 § Brottsbalken

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Tova Bennet

Termin: HT 2020

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING.....	4
1.1 Syfte och frågeställning.....	5
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och perspektiv	6
1.4 Material	7
1.5 Disposition	8
2 FRIVILLIGHET GENOM TIDEN.....	9
2.1 Reformerna från 2005 till 2013.....	9
2.2 2018 års nyordning.....	11
3 FRIVILLIGHETSREKVISITET	13
3.1 Lagtexten.....	13
3.2 Rekvisitet i förarbetena	14
3.3 Rekvisitet enligt Högsta domstolen	16
4 KRITIK MED INRIKTNING PÅ FÖRUTSEBARHETEN.....	18
4.1 Remissinstanserna	18
4.2 Lagrådet.....	19
4.3 Suzanne Wennberg.....	20
4.4 Hanna Gustafsson Yakoub.....	20
5 RÄTTSFALLSANALYS	22

5.1 Omständigheterna i övrigt vid passivitet.....	22
5.2 Uttryck för frivilligheten.....	25
5.3 Bevissvårigheter.....	26
6 AVSLUTANDE DISKUSSION.....	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Summary

The purpose of this thesis is to examine the requirement of consent in chapter 6 section 1 of the Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700) from a legal security perspective. First by examining how the legislator described the requirement in the legislative history and in the text of the law and thereafter by analyzing court cases where the requirement has been applied. This is to decide if the criticism regarding the unpredictability of the legislation has been justified.

The discussion about the requirement of consent began more seriously in 2001 but not until the first of July 2018 the government voted for the so called “law of consent”. In the legislative history a few starting points are given in how the requirement should be used in the assessment of whether there has been a consent or not. However, in the end the legislator delegates to the adjudication to make an assessment in the individual case. The law was met with criticism. Among else, the legislator’s vagueness in the legislative history is one problem that has been highlighted.

Finally, the conclusion is that the unpredictability of the requirement of consent is not such a big problem that it is unacceptable. The court cases that are evaluating the new legislation have been comparatively congruous. There are some weaknesses that leads to some unpredictability. In the cases the judges have the hard task to do a normative assessment within an area without any legal standards of what that is a correct behavior. Yet the judges have been consistent and have followed those guidelines they were given in the legislative history. Considering those advantages the new law has meant, like the expanded focus on the sexual self-determination, the unpredictability has not been such a big issue that the law should not have been adopted because of it.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att ur ett rättssäkerhetsperspektiv undersöka frivillighetsrekvisitet i 6 kap. 1 § brottsbalken. Först genom att undersöka hur lagstiftaren beskrivit rekvisitet i förarbetena och lagtexten för att sedan analysera hovrättsdomar som tillämpat det. Detta för att avgöra om kritiken gällande oförutsebarheten i lagstiftningen varit befogad.

Diskussionen om frivillighet kom på allvar upp på lagstiftningsnivå 2001 men först den 1 juli 2018 röstades en samtyckeslag igenom. I förarbetena ges vissa utgångspunkter som ska användas vid bedömningen av om frivillighet förelegat. I slutändan överlämnas dock till rättsskipningen att göra en egen bedömning i det enskilda fallet. Lagen möttes av kritik, bland annat lagstiftarens otydlighet i förarbetena är ett problem som har lyfts fram om den nya lagen.

Slutligen blir slutsatsen att den oförutsebarhet som frivillighetsrekvisitet inneburit inte är så stor att den är oacceptabel. Domarna som kommit gällande den nya lagstiftningen har varit förhållandevis samstämmiga. Det finns visserligen svagheter som leder till viss oförutsebarhet. Domarna i målen får den svåra uppgiften att göra en normativ bedömning inom ett område där det inte finns några rättsliga standarder på vad som ska anses som ett korrekt beteende eller inte. Ändock har domarna varit konsekventa och följt de riktlinjer som getts i förarbetena. Med beaktande av de fördelar lagstiftningen har inneburit, framförallt med hänseende på det utökade utrymmet för det sexuella självbestämmandet så har oförutsebarheten inte varit så stor att lagen inte skulle införas på grund av den.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Dir.	Direktiv
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SVJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

När samtyckeslagen infördes den 1 juli 2018 var den nya utformningen inte helt okontroversiell. En uppdaterad våldtäktsbestämmelse där lagstiftaren slopade kravet på våld, hot eller utnyttjande av att brottsoffret befinner sig i en särskilt utsatt situation var resultatet av en långvarig diskussion. Röster hade hörts både inom rättsväsendet och samhället i övrigt, vilka poängterade vikten av att sex ska bygga på ett ömsesidigt samtycke.¹

Flera kritiker, däribland Lagrådet, menade att den nya lagen inte uppfyller det krav på förutsebarhet som kan krävas i en rättsstat med legalitetsprincipen som en av grundpelarna inom straffrätten.² Legalitetsprincipen är en av Sveriges viktigaste straffrättsliga grundprinciper som är föreskriven i grundlagen³ och framgår av art. 7 EKMR.⁴ Europadomstolen har uttalat att en bestämmelse ska vara formulerad med sådan precision att det för en enskild, åtminstone med juridisk rådgivning, ska vara förutsebart hur den ska tillämpas.⁵ Kritikerna menar att ordet frivillighet, är ett normativt begrepp med ett för brett omfång. På grund av det blir det svårförståeligt för allmänheten att veta vad som är tillåtet och otillåtet.⁶

Lagstiftaren har i propositionen till den nya lagen diskuterat var gränsen för frivillighet går. Kritik har dock riktats mot förarbetena som menar att beskrivningen av rekvisitet är för knapphändig och att den innehåller rena oklarheter och

¹ Se t.ex. Berglund s. 959 ff.; Asp s. 701 ff.

² Lagrådets yttrande över SOU 2016:60 s. 5.

³ 2 kap. 10 § regeringsformen.

⁴ Asp & Ulväng s. 45 ff.; Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms, Rom 4 november 1950, SÖ 1952:35; se även lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵ Lernestedt s. 346 f.; Olsson mot Sverige (Nr. 1) p. 61.a.

⁶ Se bl.a. Sveriges advokatsamfunds yttrande över SOU 2016:60 s. 1 f.; Hovrätten över Skåne och Blekinges yttrande över SOU 2016:60 s. 3 f.

motsägelser.⁷ I förarbetena försöker regeringen sätta en legal definition på uttrycket ”inte deltar frivilligt” men överlåter till rättstillämpningen att bedöma om ett frivilligt deltagande har förelegat i det enskilda fallet.⁸ Det är visserligen inget ovanligt tillvägagångssätt att överlåta till domstolarna att närmare bedöma vad ett rekvisit ska få för betydelse i praktiken. Lagen hade annars behövt en otroligt hög grad av detaljreglering. Frågan är om det är lämpligt att lämna över bedömningen till rättstillämpningen när det, som i det här fallet, är ett så odefinierat uttryck som frivillighet som ska tolkas.

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att ur ett rättssäkerhetsperspektiv granska det frivillighetsrekvisit som sedan 2018 är grunden i våldtäktsbestämmelsen. Uppsatsen innehåller en teoretisk del och en empirisk del. Först görs en teoretisk undersökning om hur rekvisitet ska förstås enligt lagstiftare och Högsta domstolen för att sedan gå över till en empirisk del för att analysera hur rekvisitet har tillämpats av hovrätterna och om det råder samstämmighet mellan tolkningarna. Med utgångspunkt i den kritik som riktats mot lagen gällande bristen på förutsebarhet ska det slutligen utredas om lagändringen har gett upphov till den problematik som det vid införandet funnits oro för.

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar besvaras:

1. Var går gränsen för frivilligt deltagande enligt lagstiftaren?
2. Hur har frivillighetsrekvisitet tillämpats av domstolarna?
3. Har lagändringen bidragit till en mer oförutsebar lagstiftning?

⁷ Gustafsson Yakoub s. 114.

⁸ Prop. 2017/18:177 s. 33.

1.2 Avgränsningar

På grund av arbetets omfång men också för att kunna göra en så djupgående analys som möjligt har vissa avgränsningar gjorts. Först och främst är det endast våldtäktsbestämmelsen med tillhörande oaktsamhetsbrott som behandlas och inga andra sexualbrott. Oaktsamhetsbrottet som beskrivs i 6 kap. 1a § brottsbalken (BrB) rör just frivilligheten och i domarna rörande dessa fall görs ofta en noggrann utredning om frivilligheten vilket gör brottet intressant för det här arbetet. Med anledning av denna avgränsning är det endast brott mot vuxna som behandlas och brotten riktade mot barn utesluts.

Vidare kommer endast det rena frivillighetsrekvisitet att granskas. De situationer som beskrivs i 6 kap. 1 § 3 men. 1–3 p. BrB där frivillighet aldrig kan anses föreligga utesluts därför.

1.3 Metod och perspektiv

För att besvara den första frågan vilken hör till den teoretiska delen används den traditionella rättsdogmatiska metoden som syftar till att undersöka vilka rättsregler som finns samt att precisera vad dessa rättsregler innehåller.⁹ Utgångspunkt tas i rättskälleläran där lagstiftning, förarbeten, praxis och juridisk litteratur ligger till grund för att klargöra gällande rätt.¹⁰

Så som beskrevs ovan utgår uppsatsen från ett rättssäkerhetsperspektiv. Enligt Justitiekanslern innebär rättssäkerhet att enskilda ges en god och förutsebar rättsordning vars yttersta garanti är att ingen döms för ett brott om inte dennes skuld

⁹ Kleineman s. 26.

¹⁰ Kleineman s. 21.

är ställd utom rimligt tvivel.¹¹ Med denna utgångspunkt analyseras rätten för att se om den uppnår detta grundläggande krav.

Syftet med uppsatsen är inte endast att fastställa gällande rätt utan även att genom fråga två och tre analysera konsekvenserna av den nya lagstiftningen. I den empiriska delen har underrättspraxis granskats med utgångspunkt i den kritik som riktats mot lagen från remissinstanser och jurister vilket har gjort det lämpligt att även använda sig av den rättsanalytiska metoden. Metoden används med syftet att på ett djupare plan analysera rätten, dess motiv och värden. Den öppnar upp för att se på rätten ur andra infallsvinklar än den rättsdogmatiska då metoden tillåter användandet av andra rättskällor, som underrättspraxis.¹²

1.4 Material

Vid utredningen har i huvudsak primärkällor så som förarbeten och rättspraxis använts. Framförallt prop. 2017/18:177 har varit viktig för arbetet men även äldre förarbeten har använts. Utredningar har till viss del nyttjats men med iakttagande att bakom dessa kan det finnas politiska motiv.¹³ Till detta har stöd hämtats ur sekundärkällor som litteratur skriven av författare så som Petter Asp och Suzanne Wennberg. Försiktighet har iakttagits vid användandet av litteraturen på grund av dess lägre hierarkiska ställning och i första hand har erkända författare använts. Vid översynen av den kritik som riktats mot samtyckeslagstiftningen har artiklar använts tillsammans med remissinstansernas yttranden.

Vid urvalet av domar som analyserats i arbetet har en begränsning gjorts till hovrättsdomar där frivillighetsrekvisitet diskuterats. Sjutton hovrättsdomar har analyserats. Anledningen till att underrättsinstansers domar använts är dels för att

¹¹ Justitiekanslern s. 57.

¹² Sandgren s. 45.

¹³ Trolle Önnerfors & Wenander s. 20.

lagstiftningen fortfarande är ny och bara ett mål har tagits upp i Högsta domstolen gällande den nya lagen. Dels också för att syftet med uppsatsen är att undersöka om det nya rekvisitet förorsakat en oförutsebar lagstiftning och det är då intressant att se hur rekvisitet faktiskt tillämpas av underrätterna. Även om det är hovrättens domar som redogörs för finner författaren det intressant för arbetets syftes skull se om underinstanserna dömt olika och därför görs ibland en jämförelse med tingsrätternas domslut. Om det är vanligt förekommande att tings- och hovrätter gjort skilda bedömningar skulle det kunna tala för att lagstiftningen är otydlig.

Med hänvisning till den avgränsning som gjorts har de domar då det förekommit våld, hot eller utnyttjande av särskilt utsatt ställning uteslutits.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av sex kapitel. Efter att i detta första kapitel presenterat uppsatsens syfte och innehåll följer i andra kapitlet en kort tillbakablick över diskussionen som ledde till en lag byggd på frivillighet.

I kapitel tre görs sedan en djupdykning i frivillighetsrekvisitet med en redogörelse för vad lagstiftaren velat att frivillighet ska betyda i lagtexten och hur Högsta domstolen har tolkat rekvisitet. Därefter presenteras en del av den kritik som riktats mot den nya lagen i kapitel fyra. I femte kapitlet görs därefter en empirisk studie i hur framförallt hovrätterna tolkat bestämmelsen jämte slutsatser dragna av författaren.

I uppsatsens sista kapitel kommer författaren analysera de slutsatser som gjorts vid undersökningen av hovrätternas domar för att utifrån dem undersöka om den rädsla gällande bristande förutsebarhet som framförts av kritikerna till lagen be-sannats.

2 Frivillighet genom tiden

För att få en förståelse för den debatt som föranledde samtyckeslagens införande består det här kapitlet av en kort redogörelse för lagens historiska bakgrund. Med utgångspunkt i 2001 års utredning där diskussionen till en ny sexuallagstiftning med en våldtäktsbestämmelse byggd på frivillighet påbörjades fram till dagens lagstiftning.

2.1 Reformerna från 2005 till 2013

Under utredningen till 2005 års lagändring startade diskussionen som mer än tio år senare skulle leda till en samtyckeslagstiftning.¹⁴ Kriminalisering av ”Frozen fright”-situationer då brottsoffret blir som paralyserat under ett överfall, som inte omfattades av den dåvarande lagstiftningen ställde sig utredningen bakom¹⁵ men kom ändå fram till att en samtyckeslag var att gå för långt. Riskerna med en sådan lagstiftning ansågs för stora med hänsyn till det behov som då fanns. De risker utredningen här syftade på var att brottsoffret hamnade i fokus under rättegången och att bevissvårigheter skulle uppkomma.¹⁶

Någon samtyckeslagstiftning blev det inte. Däremot utvidgades våldtäktsbestämelsen till att omfatta otillbörligt utnyttjande av den som befunnit sig i hjälplöst tillstånd samt att vålds- och tvångskravet sattes ned. Genom att tillföra personer som befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd ville lagstiftaren ta in de fall där det inte förekommit något våld eller hot som vid sömn, medvetlöshet och allvarlig rädsla.¹⁷ Lagrådet kritiserade förslaget då de ansåg att regeringen inte hade

¹⁴ SOU 2001:14 s. 14.

¹⁵ SOU 2001:14 s. 89.

¹⁶ SOU 2001:14 s. 127 f.

¹⁷ Asp s. 72.

analyserat Bulgarienfallet¹⁸ närmare och tyckte att det borde undersökas om ”hjälplost tillstånd” inte borde mjukas upp ytterligare.¹⁹

Diskussionen om en samtyckeslagstiftning fortsatte. År 2008 tillsatte regeringen en ny utredning för att undersöka införandet av en samtyckeslag.²⁰ Utredningen höll fast vid att ett byte till en ren samtyckeslagstiftning var fel väg att gå. De kom istället fram till att en komplettering av då gällande lagstiftning med en samtyckesbestämmelse som skulle fungera subsidiärt till våldtäktsbestämmelsen var lämpligt.²¹ Förslaget röstades ner, regeringen menade att dessa situationer täcktes av brottet våldtäkt.²² Samma oro som tidigare med bevissvårigheter och att fokus hamnar på brottsoffret uttrycktes och dessutom påpekades svårigheterna i att konstruera ett rättsligt giltigt samtyckesrekvisit.²³ Istället kom ytterligare en lagändring 2013 som innebar att ”hjälplost tillstånd” byttes ut till det mer utvidgade ”särskilt utsatt situation”. Lagstiftaren ville bland annat inbegripa situationerna med ”frozen fright” och överrumpling då praxis visat sig ställa för höga krav på rekvisitet ”hjälplost tillstånd”. Lagstiftaren höll fast vid att istället för en samtyckeslag lagföra de situationer där samtycke inte förelåg.²⁴

¹⁸ Europadomstolens dom den 4 december 2003 (M.C. mot Bulgarien). En 15-årig flicka stämde Bulgarien efter en nerlagd förundersökning då hon utsatts för sexuella övergrepp av två män efter att ha blivit erbjuden skjuts hem. Inget våld eller hot förelåg. Europadomstolen dömde Bulgarien för att genom sin lagstiftning inte skydda befolkningens sexuella integritet eftersom det endast var möjligt att döma någon för våldtäkt om det förelåg våld eller hot.

¹⁹ Lagrådets yttrande över SOU 2001:14 s. 2 ff.

²⁰ Dir. 2008:94 s. 1.

²¹ SOU 2010:71 s. 232 f.

²² Prop. 2012/13:111 s. 32 f.

²³ Prop. 2012/13:111 s. 19 ff.

²⁴ Prop. 2012/13:111 s. 24 ff.

2.2 2018 års nyordning

Fortfarande ansåg flera att det fanns fall då den dåvarande lagstiftningen inte var tillräcklig, till exempel när målsäganden blivit helt överrumplad och en ny utredning tillsattes 2016.²⁵ Utredningen sa att de nackdelar som tidigare utredningar hänvisat till som anledning till att inte införa en samtyckeslagstiftning skulle gå att undvika genom en tydlig lagstiftning. Fördelarna med ändringen skulle överväga de eventuella nackdelarna. Det framhölls dock att lagändringen troligtvis inte skulle innebära fler fällande domar då de allra flesta fall redan omfattades av den dåvarande lagstiftningen. Däremot fanns det andra fördelar, så som ett normativt budskap och att det skulle stämma bättre överens med uppfattningen på sexuellt umgänge i det moderna samhället.²⁶

I utredningsförslaget fanns det ett krav på att frivilligheten hade kommunicerats på något sätt. Genom förslaget ville utredningen att lagstiftningen suddade ut föreställningen om att ”endast ett nej är ett nej”.²⁷ Regeringen höll inte med om detta utan ansåg att även ett tyst samtycke skulle vara giltigt.²⁸ Inför lagrådsremissen togs därför kravet på uttryckt frivillighet bort och våldtäktsbrottet omformulerades till att det inte var tillåtet ”att ha sexuellt umgänge med någon som inte deltog frivilligt”, utan ytterligare beskrivningar.²⁹ Efter Lagrådets kritik som redovisas närmare för nedan valde regeringen att lägga till den formulering som gäller nu, att det särskilt ska beaktas om frivilligheten har kommit till uttryck genom ord, handling eller på annat sätt.³⁰

²⁵ SOU 2016:60 s. 178.

²⁶ SOU 2016:60 s. 184 f.

²⁷ SOU 2016:60 s. 196.

²⁸ Prop. 2017/18:177 s. 34.

²⁹ Lagrådsremiss s. 28 f.

³⁰ Prop. 2017/18:177 s. 33.

Lagstiftaren ville bygga en lagstiftning som stärkte självbestämmanderätten till sexuell integritet och ansåg att en samtyckeslag var rätt väg.³¹ De medgav att fördelarna med en samtyckeslagstiftning övervägde nackdelarna och att det fanns en lucka i lagen som behövde fyllas. Till exempel hade överrumplingsvåldtäkter på festivaler tidigare lagförts som sexuellt ofredande trots att handlingen i sig varit jämförlig med samlag. Sådana fall skulle med den nya lagstiftningen bli straffbara som våldtäkter.³²

Den radikala förändringen innebar att numera är det frivilligheten som avgör om samlaget är lagligt, istället för som tidigare då det var om våld eller hot använts, alternativt ett otillbörligt utnyttjande av en person som befinner sig i en särskilt utsatt situation.³³

Förutom införandet av ett frivillighetsrekvisit infördes även det nya brottet, oaktsam våldtäkt, 6 kap 1a § BrB. Införandet syftar på att kriminalisera situationer då gärningsmannen varit grovt oaktsam i förhållande till målsägandens ofrivillighet. Brottet är sekundärt till våldtäktsbestämmelsen.³⁴

³¹ Prop. 2017/18:177 s. 15.

³² Prop. 2017/18:177 s. 20 f.

³³ Bäcklund m.fl., Brottsbalken mm., kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-11-12.

³⁴ Prop. 2017/18:177 s. 84 f.

3 Frivillighetsrekvisitet

I det här kapitlet ges en redogörelse för frivillighetsrekvisitet med början i vad som står i lagtexten. Därefter för vad lagstiftaren beskrivit om rekvisitet i förarbetena för att i slutet klarlägga den tolkning Högsta domstolen har gjort.

3.1 Lagtexten

Vid införandet av samtyckeslagen valde lagstiftaren att i lagtexten inte uttryckligen ange vad som skulle benämnas som ”inte deltar frivilligt”. Istället överlämnades till rättstillämpningen att i varje enskilt fall fastställa om frivilligt deltagande förelegat. Ett krav på att frivilligheten kommit till uttryck var inte förenligt med lagändringens syfte och den delen av utredningens förslag ströks. Däremot skulle vad målsäganden gett uttryck för inte sakna betydelse. Det föreskrevs därför att det ”ska tas särskild hänsyn till om frivilligheten kommit till uttryck genom ord eller handling eller på något annat sätt”.³⁵

Paragrafens första stycke, första mening, deklarerar att samlaget eller den därmed jämförliga handlingen måste vara frivilligt. Sista meningen i första stycket bygger på den tidigare regleringen genom att de omständigheter som förut utgjorde rekvisiten för våldtäkt nu istället utgör tillfällen då frivillighet aldrig kan anses föreligga.³⁶

I lagtexten togs beslutet att använda sig av rekvisitet ”inte deltar frivilligt” istället för ”samtycke”. Problemet med begreppet samtycke ansågs vara att det redan har en bestämd betydelse i 24 kap. 7 § BrB där det fungerar som en ansvarsfrihetsgrund. Vid samtycke som ansvarsfrihetsgrund finns det tillfällen då samtycket

³⁵ Prop. 2017/18:177 s. 33.

³⁶ Asp & Nilsson s. 8.

inte är giltigt, till exempel när samtycke föreligger på grund av villfarelse. Det skulle innebära en kriminalisering av icke önskvärda situationer, som då gärningspersonen lurar till sig samtycke till sexuellt umgänge genom att uppge sig vara en känd person. Situationen låg utanför lagstiftarens intentioner och regeringen valde därför en annan benämning.³⁷

3.2 Rekvisitet i förarbetena

Det finns som sagt inget krav på att frivilligheten ska uttryckas. Det har sin grund i självbestämmanderätten då var och en ska få bestämma över sitt deltagande i en sexuell handling. Både aktivt deltagande och passivitet ska godtas. Ett sådant krav skulle kriminalisera de situationer då någon genomför en sexuell handling med någon som frivilligt deltar utan att ge uttryck för det vilket ansågs otjänligt. Dessutom skulle ansvar hamna på målsäganden att på något vis synliggöra att hen inte vill delta vilket skulle lägga en olämplig belastning på brottsoffret.³⁸

Även om det inte finns något krav på att det ska ges uttryck för frivilligheten så ska det vid bedömningen om frivillighet förelegat särskilt beaktas om det kommit till uttryck eller visats genom personens agerande (”ord, handling eller på annat sätt”).³⁹ Vid bedömningen av vad målsäganden gett uttryck för är det dennes faktiska handlande som fokus ligger på. Även om målsäganden innerst inne varit negativt inställd till handlingen så är det inte en våldtäkt om målsäganden gjort uttryck för frivillighet. Lagstiftaren beskriver det som en rättssäkerhetsfråga då den som deltar i ett sexuellt umgänge med någon som gett uttryck för frivillighet normalt ska kunna förlita sig på den uttryckta viljan.⁴⁰ Motivet bakom den sexuella samvaron är alltså betydelselös. Oavsett om deltagandet beror på att personen

³⁷ Prop. 2017/18:177 s. 30 f.

³⁸ Prop. 2017/18:177 s. 32 f.

³⁹ Prop. 2017/18:177 s. 79 f.

⁴⁰ Prop. 2017/18:177 s. 33.

låter sig övertalas eller för att vinna sig karriärmässiga fördelar, så länge personen ger uttryck för att umgänget är frivilligt.⁴¹ Det avgörande är om personen haft möjlighet att fritt ta ställning till om denne ska delta i den sexuella handlingen.⁴² Som exempel på vad som kan räknas som ”annat sätt” är brottsoffret kroppsspråk och minspel.⁴³

När någon har sexuellt umgänge med en person så är det dennes ansvar att förvissa sig om att den andra samtycker. Denna skyldighet föreligger under hela det sexuella umgänget.⁴⁴ Utgångspunkten är att den som deltar frivilligt ger uttryck för den viljan på något sätt. Ett så kallat tyst samtycke ska endast i undantagsfall vara tillräckligt för att frivillighet ska anses föreligga. Kommer det till rättslig prövning så krävs det att den tilltalade kan visa på någonting mer som visar att det sexuella umgänget var frivilligt.⁴⁵ Vid passivitetsfallen kan det vara svårt att skilja på ett tyst samtycke och passivitet till följd av att frivillighet inte föreligger. Är det så att gärningspersonen känner osäkerhet kring om samtycke finns, till exempel vid passivitet eller dubbeltydiga signaler, så är det upp till hen att klargöra om det finns samtycke.⁴⁶

Frivilligheten måste föreligga då den sexuella handlingen företas. Det innebär att ett samtycke som ges på förhand inte kan användas som grund för att en senare genomförd sexuell handling var frivillig. Dessutom måste samtycket föreligga under hela genomförandet.⁴⁷ En person ska när som helst under den sexuella akten kunna ångra sig.⁴⁸

⁴¹ Bäcklund m.fl., Brottsbalken mm., kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-11-16.

⁴² Prop. 2017/18:177 s. 78.

⁴³ Prop. 2017/18:177 s. 80.

⁴⁴ Prop. 2017/18:177 s. 34.

⁴⁵ Prop. 2017/18:177 s. 80.

⁴⁶ Prop. 2017/18:177 s. 34.

⁴⁷ Prop. 2017/18:177 s. 79.

⁴⁸ Bäcklund m.fl., Brottsbalken mm., kommentaren till 6 kap. 1 § (JUNO) 2020-11-17.

3.3 Rekvisitet enligt Högsta domstolen

Sedan den nya lagstiftningen trädde i kraft har endast ett fall rörande lagen gått upp till Högsta domstolen. HD prövade om den tilltalade skulle dömas för våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt.⁴⁹

Omständigheterna i målet var att målsäganden och den tilltalade hade haft kontakt på sociala medier. Första gången de träffades var när målsäganden erbjöd den tilltalade att sova i hennes lägenhet. Målsäganden skrev innan mötet att hon inte ville ha sex. När den tilltalade kom in i lägenheten låg målsäganden i sängen med trosor på sig. Den tilltalade tog av sig så att han hade kalsonger på sig och la sig i sängen.⁵⁰ Under natten utfördes ett sexuellt samlag, med olika beskrivningar från målsäganden och den tilltalades sida om det varit frivilligt eller inte.⁵¹

Till att börja med diskuterar domstolen förhållandet mellan frivillighet och passivitet. De upprepar först det som sagts i förarbetena och lagtexten: att passivitet kan utgöra ett uttryck både för ett frivilligt och ofrivilligt deltagande. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt ska det särskilt beaktas om frivilligheten kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Domstolen menar att genom detta blir utrymmet för att bedöma passivitet som uttryck för ett val att delta i en sexuell handling begränsat. Genom uttalandet måste det ses som att HD stramar åt möjligheterna att åberopa passivitet som ett uttryck till samtycke. Det bör vara i linje med förarbetena där det skrevs att passivitet som uttryck för frivillighet skulle ses som en undantagssituation.

Att målsäganden tidigare skrivit att hon inte ville ha sex anser domstolen ger ett visst stöd för hennes berättelse att samlaget var ofrivilligt, även om de påpekade

⁴⁹ NJA 2019 s. 668 p. 7.

⁵⁰ NJA 2019 s. 668 p. 8.

⁵¹ NJA 2019 s. 668 p. 9–11 och 29.

att hon kunnat ändra sig från det att meddelandet skickades till att de hade samlag. Däremot det faktum att målsäganden lät den tilltalade sova i samma säng och att hon bara hade underkläder på sig innebar inte att hon deltog frivilligt.⁵² Detta är i överensstämmelse med det som beskrivits i förarbetena.

När det kommer till uppsåtsbedömningen slår domstolen fast att det inte var bevisat att den tilltalade visste eller förstod att målsäganden inte ville ha samlag. Däremot, eftersom målsäganden tidigare skrivit att hon inte ville ha sex så borde han insett att det fanns risk för att hon inte ville ha samlag med honom. Därtill beskrev den tilltalade att det ”kunde vara så att målsäganden sov” och ”att hon i princip varit helt passiv” under samlaget.⁵³ Det här gjorde att Högsta domstolen ansåg att den tilltalade varit grovt oaktsam i förhållande till risken att målsäganden inte deltog frivilligt och dömde honom för oaktsam våldtäkt.⁵⁴

⁵² NJA 2019 s. 668 p. 30–33.

⁵³ NJA 2019 s. 668 p. 38–39.

⁵⁴ NJA 2019 s. 668 p. 43.

4 Kritik med inriktning på förutsebarheten

I det här kapitlet redogörs för den kritik som riktats mot samtyckeslagen. Dels kommer den kritik som riktades mot lagen innan dess införande i form av remissinstansernas och Lagrådets yttranden tas upp. Dels kommer praktiserande juristers kritik redovisas för.

4.1 Remissinstanserna

Flera remissinstanser kom att kritisera lagförslaget, men låt minnas att det då var utredningens lagförslag med ett krav på uttryck för frivilligheten som de yttrade sig över.⁵⁵

Hovrätten oroades över den bristande preciseringen av frivilligheten och att det innebar en oförutsebarhet för de som ska efterleva lagen. De pekade på svårigheten att göra de normativa ställningstaganden som den otydliga lagtexten skulle ge upphov till då det just inom det sexuella området finns en så stor mångfald.⁵⁶

Sveriges advokatsamfund ansåg inte att frivillighetsrekvisitet nådde upp till de krav på förutsebarhet och tydlighet som måste ställas på straffrättslig lagstiftning.⁵⁷ Åklagarmyndigheten ifrågasatte om lagförslaget stod i enlighet med legalitetsprincipen när preciseringen av frivilligheten är så oklar och så stora svårigheter att förutse när straffansvar föreligger.⁵⁸

⁵⁵ Se bl.a. Sveriges advokatsamfunds yttrande över SOU 2016:60 s. 1 f.; Hovrätten över Skåne och Blekinges yttrande över SOU 2016:60 s. 3 f.

⁵⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinges yttrande över SOU 2016:60 s. 3.

⁵⁷ Sveriges advokatsamfunds yttrande över SOU 2016:60 s. 2.

⁵⁸ Åklagarmyndighetens yttrande över SOU 2016:60 s.

Slutligen var det även flera remissinstanser som påpekade att det fanns risk för att de bevissvårigheter som alltid funnits i sexualbrottsmål skulle riskera att bli ännu större med den nya lagstiftningen.⁵⁹

4.2 Lagrådet

Så som tidigare redogjorts för så togs delen om ett krav på uttryckt frivillighet bort inför lagrådsremissen.⁶⁰ Lagrådet kritiserade den svårighet det innebär att bedöma vad som är ett fritt deltagande. De skrev att gränsen mellan frivilligt och ofrivilligt deltagande kommer kunna dras först i efterhand när alla omständigheter är utredda och bedömda. Dessutom skulle målen i hög grad behöva avgöras genom ett ställningstagande från den enskilde domaren. Därmed kommer det behöva göras en normativ bedömning från fall till fall av vad som betraktas som ett fritt deltagande med utgångspunkt i omständigheterna kring den sexuella handlingen.⁶¹

Lagrådet menade att lagen skulle innebära att ett helt nytt grundläggande brottsrekvisit införs som inte har någon bestämd innebörd. Så länge det inte är ett fall som berörs av de tre punkterna när ett frivilligt deltagande aldrig föreligger så skulle det inte på förhand kunna förutses vilka förutsättningar som krävs för straffrättsligt ansvar. Denna oförmåga att kunna specificera frivilligheten gjorde att lagförslaget inte nådde upp till det krav på förutsebarhet som krävs menade Lagrådet och står i konflikt med legalitetsprincipen. Lagrådet avstyrkte därför förslaget.⁶²

⁵⁹ Svea hovrätts yttrande över SOU 2016:60 s. 2; Malmö tingsrätts yttrande över SOU 2016 s. 2.

⁶⁰ Lagrådsremiss s. 28 f.

⁶¹ Lagrådets yttrande över SOU 2016:60 s. 4 f.

⁶² Lagrådets yttrande över SOU 2016:60 s. 5.

4.3 Suzanne Wennberg

Efter Lagrådets kritik valde som sagt regeringen att lägga till den formulering som gäller nu.⁶³ Juristen Suzanne Wennberg menar i en artikel publicerad i Juridisk tidskrift att trots ändringen så undviks inte det faktum att det inte går att besvara frågan vad som är frivilligt deltagande förrän i efterhand.⁶⁴

Först skriver Wennberg om problematiken i att förarbetena är så pass otydliga. Hon kritiserar den oklarhet som föreligger gällande passiviteten. Först beskrivs den som något som ger uttryck för frivillighet, för att sedan beskrivas som ett uttryck för ofrivillighet för att sedan till slut beskrivas inte ge uttryck för någonting.⁶⁵

Wennberg kritiserar även det faktum att godtagandet av ett tyst samtycke innebär att straffansvar kan uppstå även om tyst samtycke föreligger. Om ett tyst samtycke funnits men samtycket inte uppenbarat sig för gärningspersonen förrän senare skulle hen kunna göra sig skyldig till ett otjänligt försök till våldtäkt. Fallet är teoretiskt och risken för att det skulle uppstå är liten men problematiken kvarstår.⁶⁶

4.4 Hanna Gustafsson Yakoub

I en artikel publicerad i SVJT ansluter sig juristen Hanna Gustafsson Yakoub (nedan Yakoub) till den kritik Wennberg uttryckt. Även Yakoub menar att de uttalanden som görs om passiviteten i förarbetena ger upphov till förvirring. Tanken med den andra meningen i nuvarande våldtäktsbestämmelse är att spegla den

⁶³ Prop. 2017/18:177 s. 33.

⁶⁴ Wennberg s. 301 f.

⁶⁵ Wennberg s. 301.

⁶⁶ Wennberg s. 301 f.

utgångspunkt som innebär att den som frivilligt deltar i sexuellt umgänge ger uttryck för den frivilligheten. Avsaknaden av ett sådant uttryck ska i normalfallet förstås så att deltagandet inte är frivilligt. Dock ska ett tyst samtycke i vissa undantagsfall vara tillräckligt.⁶⁷

Yakoub menar att den andra meningen ger upphov till utrymme för gränsdragningsproblem mellan vad som anses som ett passivt ”ja” och ett passivt ”nej”. Eller annorlunda uttryckt, hur avgörs skillnaden mellan ett passivt bemötande av en sexuell handling som uttryck för frivillighet och när det sexuella umgänget inte är frivilligt men brottsoffret drabbas av ”frozen fright”? Uppenbarligen finns det situationer då passivitet kan ses som ett uttryck för frivillighet, annars hade det inte nämnts som en undantagssituation i förarbetena. Vad denna undantagssituation i praktiken innebär råder det dock fortfarande oklarheter kring.⁶⁸

⁶⁷ Gustafsson Yakoub s. 114.

⁶⁸ Gustafsson Yakoub s. 115.

5 Rättsfallsanalys

I det här kapitlet går arbetet över från en teoretisk undersökning till en empirisk. Hovrättsdomar som behandlar frivillighetsrekvisitet har analyserats och utifrån dessa har det dragits slutsatser om hur rekvisitet tolkats av domstolarna.

Av de sjutton domar som analyserats ledde tio till fällande dom. I åtta skiljer sig hovrättens bedömning från tingsrättens, men i två av fallen rör ändringen en omrubricering från våldtäkt till oaktsam våldtäkt eller tvärtom. En avgränsning har gjorts för att endast ha med domar som rör just frivilligheten. I vissa domar finns det moment som innehållit våld och då har endast de moment som rör frivillighet berörts i den mån det varit möjligt att särskilja momenten.

5.1 Omständigheterna i övrigt vid passivitet

En stor del av den kritik som riktades mot den nya samtyckeslagen var otydligheten som förelåg rörande de fall då målsägaren förhållit sig passiv. Genom HD:s dom tydliggjordes det begränsade utrymmet som kan anses vara ett ”tyst samtycke” och detta verkar domstolarna efterlevt. Svea hovrätt konstaterar att den rena passivitet som den tilltalade beskrivit inte ändrar bedömningen som gjorts utifrån målsägandens berättelse att samlaget inte var frivilligt.⁶⁹ I ett annat mål skriver domstolen att det med beaktande av omständigheterna i övrigt inte funnits skäl för den tilltalade att tolka målsägandens passivitet som ett uttryck för frivillighet.⁷⁰

Det här för diskussionen vidare till det omfattande utrymme som omständigheterna som utspelat sig innan och efter övergreppet fått i flera av domarna. Vid

⁶⁹ Svea hovrätts dom B 9857–19 s. 6.

⁷⁰ Svea hovrätts dom B 5410–19 s. 5.

flera tillfällen leder det till slutsatsen att passiviteten inte ansetts vara ett uttryck för frivillighet.⁷¹ Till exempel när den tilltalade varit målsägandens pojkväs pappa.⁷² Ett konstaterande domstolen ofta gör är att det inte varit någon ”flörtig stämning” mellan parterna tidigare och att det talar emot att den tilltalade skulle kunna dra slutsatsen att målsäganden velat ha sexuellt umgänge.⁷³ I ett annat fall skriver hovrätten att det faktum att målsäganden flera gånger under kvällen avvisat den tilltalade när han gjort sexuella närmanden stärker målsägandens beskrivning att samlaget inte var frivilligt. Att målsäganden helt plötsligt ändrat sig efter att ha blivit överrumplad då hon sovit utan att visa frivillighet genom ord eller handling såg domstolen som orimligt.⁷⁴ Hovrätterna konstaterar att det inte funnits några omständigheter som gett gärningspersonen en anledning till att tolka passiviteten som ett uttryck för frivillighet.

I ett annat mål slår däremot Svea hovrätt fast att då målsäganden, innan hon och den tilltalade träffades första gången, skickat bilder och filmer av sexuellt innehåll till den tilltalade har gett upphov till att det funnits en sexuell anspelning mellan dem. Detta trots att både den tilltalade och målsäganden sagt att de inte haft några sexuella förväntningar på mötet. Domstolen menade att då målsäganden först förnekade att hon och den tilltalade pratade om sex innan mötet skapat en osäkerhet kring hennes berättelse. Hovrätten frikände den tilltalade i motsats till tingsrätten som dömde den tilltalade för våldtäkt.⁷⁵

Vad som däremot verkar fungera som en typ av ansvarsbefrielse är om den tilltalade har ställt frågor till målsäganden. I enlighet med vad lagstiftaren sagt i förarbetena så har domstolarna ansett att en tilltalad som vid osäkerhet frågat målsäganden om denna velat utföra den sexuella handlingen inte ansetts haft

⁷¹ Se bl.a. Göta hovrätts dom B 182–19 s. 4 f.; Svea hovrätts dom B 4230–19 s. 3 f.

⁷² Göta hovrätts dom B 182–19 s. 4 f.

⁷³ Se bl.a. Svea hovrätts dom B 794–19 s. 4; Svea hovrätts dom B 5410–19 s. 5.

⁷⁴ Svea hovrätts dom B 10579–18 s. 9.

⁷⁵ Svea hovrätts dom B 4844–20 s. 1 och 6.

uppsåt eller varit oaktsam i förhållande till frivilligheten.⁷⁶ Hovrätten för Övre Norrland frikände den tilltalade i ett sådant fall precis som tingsrätten. Domstolen fastslog först att det genom den tilltalades och målsägarens berättelser framgår att det i ren objektiv mening funnits inslag som varit ett övergrepp. Det kunde dock inte bevisas att den tilltalade haft uppsåt eller varit oaktsam. Genom att ställa flera kontrollfrågor, avbryta och fråga om målsäganden ville lämna lägenheten hade den tilltalade inte visat uppsåt eller sådan klandervärd oaktsamhet som krävs för att dömas till våldtäkt eller oaktsam våldtäkt.⁷⁷ Ett hovrättsråd var skiljaktig och menade att den stödbevisning målsäganden åberopat gav tillräckligt stöd för att dennes berättelse skulle ligga till grund för bedömningen, till skillnad från vad majoriteten ansåg. Den skiljaktiga domaren ansåg därför att den tilltalade skulle dömas för oaktsam våldtäkt.⁷⁸

Även i ett annat mål friades den tilltalade då han ställt frågor. Målsäganden hade då sovit i samma säng som denne. Den tilltalade frågade flera gånger om de kunde ha sex vilket målsägande, troligtvis i sömnen, svarade jakande på. Till skillnad från tingsrätten som dömde mannen för våldtäkt ansåg hovrätten inte att det var bevisat att den tilltalade visste om att målsäganden sov. Då han fått jakande svar på sina frågor kunde han inte anses haft uppsåt eller ha varit oaktsam.⁷⁹ I det fallet diskuterar domstolen inte målsägandens, av den tilltalade beskrivna, passivitet över huvud taget. Inte heller tar den upp att den tilltalade till tingsrätten sagt att han veckan innan frågat målsäganden om de skulle ha oralsex och hon då sagt nej.⁸⁰ Troligtvis ansåg inte hovrätten att det fanns ett behov av att undersöka de omkringliggande omständigheterna för att avgöra vad passiviteten gett uttryck för då den redan slagit fast att den tilltalade fått samtycke genom

⁷⁶ Se bl.a. Hovrätten för övre Norrlands dom B 445–19 s. 4 f.; Hovrätten för västra Sveriges dom B 1408–19 s. 4.

⁷⁷ Hovrätten för övre Norrlands dom B 445–19 s. 4 f.

⁷⁸ Hovrätten för övre Norrlands dom B 445–19 Bilaga A.

⁷⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom B 831–19 s. 4 f.

⁸⁰ Ystads tingsrätts dom B 3279–18 s. 9 f.

frågorna. Däremot genom att ”fråga” var gränsen går genom att med fingret smeka och penetrera målsägaren analt när denne tidigare sagt nej till analsex, vilket den tilltalade i ett annat mål gjort, inte motbevisar att den tilltalade haft uppsåt till att utföra ett sexuellt övergrepp.⁸¹

5.2 Uttryck för frivilligheten

Uttrycket för frivilligheten var något som lagstiftaren lämnade över till domstolarna att bedöma i det enskilda fallet. Som redan konstaterats har domstolarna varit restriktiva med att betrakta ren passivitet som ett uttryck för frivilligheten och har då efterlyst andra omständigheter som bevisar frivilligheten. Det finns dock även andra fall då uttrycket för frivilligheten varit föremål för diskussion. Vad som först ska nämnas är överrumplingsfallen vid exempelvis konserter eller patientsituationer. Då görs ingen frivillighetsbedömning alls då frivillighet aldrig kan anses föreligga eftersom målsäganden inte haft möjlighet att ta ställning till den sexuella handlingen.⁸²

Den tilltalade har i två fall uttryckt att, trots att målsägaren sagt nej, så hade den tilltalade ändå ”fått känslan av” att det varit frivilligt. Den tilltalade dömdes i båda fallen för våldtäkt.⁸³ Svea hovrätt hänvisade till Stockholms tingsrätts dom i det ena fallet. Den tilltalade beskrev då att han sett varje nej som isolerat till den särskilda handlingen och eftersom målsäganden ”var blöt” hade han en känsla av att hon ville trots att hon därutöver nästintill varit helt passiv.⁸⁴

I ett annat fall låg den tilltalade och målsäganden i en soffa med andra personer. Under kvällen hade det inte varit någon flörtig stämning mellan dem. Den

⁸¹ Svea hovrätts dom B 1633–19 s. 3 med hänvisning till Mora tingsrätts dom B 1315–18 s. 34 f.

⁸² Se bl.a. Göta hovrätts dom B 87–19 s. 3 f.; Svea hovrätts dom B 4065–19 s. 3 f.

⁸³ Svea hovrätts dom 794–19 s. 9; Göta hovrätts dom B 182–19 s. 2 med hänvisning till Örebro tingsrätts dom B 5646–18 s. 8 f. och 16.

⁸⁴ Stockholm tingsrätts dom B 13985–18.

tilltalade påstod att målsäganden rört sig fram och tillbaka mot honom vilket han tolkat som att hon ville något. Målsäganden påstod att hon kan ha kommit emot den tilltalade någon gång eftersom de legat nära varandra. Den tilltalade har sedan smekt målsäganden och penetrerat hennes underliv med fingrarna. Eftersom hon då förhöll sig helt passiv tolkade han det som ett samtycke.⁸⁵ Hovrätten ansåg att trots att den tilltalade uppfattat att hon rört sig fram och tillbaka så kan det, med utgångspunkt i de omständigheter som förelåg, inte räcka för att den tilltalade ska kunna tolka det som ett uttryck för frivillighet när hon sedan förhållit sig helt passiv genom hela händelseförloppet.⁸⁶

Uttrycket för frivilligheten ska föreligga genom hela det sexuella umgänget och följa med mellan momenten. Det är dock inget krav att frivilligheten kommer till uttryck mellan varje moment, precis som i övrigt. Däremot när målsäganden visat att frivillighet inte funnits för ett moment ligger det på den tilltalade att förvissa sig om frivillighet föreligger för andra moment därefter eller om uttrycket för ofrivillighet gäller all sexuell kontakt.⁸⁷

5.3 Bevisvärigheter

Ett av de största problemen med våldtäktsmål, som fanns långt innan samtyckeslagen infördes, är svårigheten att nå upp till det beviskrav som ska vara uppfyllt. Det här är ett problem som ett par remissinsatser påpekade skulle bli allt mer utbredd när våldtäktsbestämmelsen skulle bygga på frivillighet istället för hot eller tvång. Ofta är det ord-mot-ord-situationer som uppstår och till skillnad från de

⁸⁵ Södertörns tingsrätts dom B 256–19 s. 5 ff.

⁸⁶ Svea hovrätts dom B 5410–19 s. 5.

⁸⁷ Se bl.a. Hovrätten för västra Sveriges dom B 2589–20 s. 3 f.; Svea hovrätts dom B 10474–18 s. 4 f.

fall då det utspelats våld så finns det sällan några synliga bevis på målsäganden eller den tilltalade.⁸⁸

På grund av osäkerheten kring vad frivillighet innebär kan ett problem bli att målsäganden först inte förstår, eller vill förstå att det har varit ett sexuellt övergrepp denna blivit utsatt för. Det går inte att bortse från att det i många av de fall som blir aktuella när det rör sig om en avvägning om frivillighet förelegat eller inte rör sig om gränsfall. Långt bort från den stereotypiska våldtäkten med inslag av hot och våld. Det här gör att det kan ta lång tid från att övergreppet inträffade till att målsägaren berättar om det för någon och anmäler vilket ofta talar till nackdel för denne ur ett bevisperspektiv. I ett par fall beskriver domstolen att det faktum att målsägaren först inte spontant beskrivit att hon blivit utsatt för en våldtäkt utan först efter påtryckningar gör att vittnesmålen tappar tyngd i bevishänseende.⁸⁹

⁸⁸ Se bl.a. Svea hovrätts dom B 10955–19 s. 3 ff.; Hovrätten för nedre Norrlands dom B 532–19 s. 3 ff.

⁸⁹ Se bl.a. Svea hovrätts dom B 10955–19 s. 4 f.; Svea hovrätts dom B 4844–20 s. 7.

6 Avslutande diskussion

Genom den nya samtyckeslagen har Sverige fått en sexuallagstiftning som grundas på frivillighet. Den nya lagen har fått kritik då den innehåller ett rekvisit som är för ospecificerat för att kunna accepteras ur ett rättssäkerhetsperspektiv. För att fastställa hur domstolarna har tolkat rekvisitet, samt undersöka om lagändringen har lett till en så oförutsebar lagstiftning som befarats har jag analyserat domar från hovrätterna som behandlat frivillighet.

Domstolarnas bedömning av frivilligheten är överlag förhållandevis jämn. Domarna har en liknande utformning och har samma utgångspunkter för att fastställa om frivillighet har förelegat eller inte. I de flesta fall där det varit fråga om passiviteten varit ett uttryck för frivillighet har omständigheterna runt den sexuella handlingen fått stor betydelse vilket bör ses som naturligt i fall där det är parternas berättelser om själva övergreppet som står emot varandra. Däremot har en enskild omständighet, till exempel att målsäganden legat utan kläder i samma säng, inte ansetts vara tillräckligt för att det skulle anses föreligga samtycke. Jag menar att ett problem som här kan uppstå är att dra gränsen. Vad ska anses som omkringliggande omständigheter som inte kan betraktas som ett uttryck för frivillighet och vilka omständigheter skulle kunna tala för att passiviteten varit ett uttryck för frivillighet? Flera gånger skriver hovrätten att avsaknaden av en flörtig stämning talar mot att gärningspersonen kunde tolka passiviteten som ett uttryck för frivillighet men skulle då en flörtig stämning tala för motsatsen? Domstolarna kan ju inte mena att en person inte ska kunna flörta med en person för att sedan bli drabbad av ”frozen fright” vid ett övergrepp en stund senare utan att det ska ses som ofrivilligt.

Hovrätterna har visat på en konsekventhet angående det som lagstiftaren uttalade i förarbetena och som Högsta domstolen bekräftat: att passiviteten endast i

undantagsfall kan ses som ett uttryck för frivillighet. I samtliga fall som undersökts där passivitet har förelegat har domstolen kommit fram till att omständigheterna inte varit sådana att denna kunnat tolkas som ett uttryck för frivillighet. Den konsekventa bedömningen anser jag talar för att lagstiftningen inte varit allt för oförutsebar. Överlag bör det kunna konstateras att uttrycket för frivillighet ska vara tydligt om det sedan följs av en passivitet men om det istället följs av ytterligare handlingar som ansetts vara uttryck för frivillighet har mer subtila handlingar accepterats. Precis som lagstiftaren sagt har domstolarna konstaterat att vid de fall då gärningspersonen varit osäker på om frivillighet förelegat så har frågor och varsamhet lett till att den subjektiva delen av brottet inte varit uppfyllt.

En problematik med den otydlighet frivillighetsrequisitet inneburit i kombination med den bevissvårighet som föreligger i våldtäktsmål skulle kunna vara ett utökad krav ställt på brottsoffret. Helst så fort som möjligt ska hen berätta för någon vad hen blivit utsatt för, utan att på något sätt bli påverkad till att berätta det. Det sätter ett stort krav på brottsoffret att förstå att det hen blivit utsatt för av till exempel en partner varit en våldtäkt. Trots att gränsen mellan frivillighet och ofrivillighet uppenbarligen är flytande vilket är en negativ effekt av lagändringen.

Domstolarna har visat en konsekvent och tydlig rättstillämpning där det klart framgått vad som gör att de sexuella handlingarna ansetts som ofrivilliga och vad den tilltalade kunnat göra för att undvika situationen. De har gjort en egen bedömning i det enskilda fallet men med utgångspunkt i de uttalanden som lagstiftaren har gjort och därefter gjort en avvägning om frivillighet funnits.

Problemet kvarstår att mycket av bedömningen hänger på domarnas ställningstaganden i det enskilda fallet med en risk för att de gör bedömningar som inte stämmer överens med de sexuella och sociala preferenser som har gällt mellan parterna i just det målet. Framförallt är det problematiskt att domare ska

bestämna vilka omständigheter kring våldtäkten som kan anses som uttryck som talar för och emot frivilligheten. Även om det inte är unikt i just våldtäktsmål att ett visst mått av normativa bedömningar appliceras på det enskilda fallet så blir det extra problematiskt när det handlar om sex. Det är ett område där det råder så stor mångfald och det är svårt att sätta en ”allmän standard” för hur människor uttrycker sina sexuella preferenser.

Att hovrätten i sex fall bedömt frivilligheten annorlunda än tingsrätten kan tala för en osäkerhet kring rekvisitets innebörd. I flera av domarna där hovrätten gjort en annan bedömning än tingsrätten så handlar det dock om bevisvärderingen, inte bedömningen av frivilligheten. Min bedömning är att de olika instanserna inte har gjort så pass skilda bedömningar att det kan tyda på en allt för stor otydlighet kring frivillighetsrekvisitet.

Sammanfattningsvis har jag efter denna analys kunnat konstatera att rädslan för otydligheten kring frivilligheten varit till viss del obefogad. Åtminstone kan den inte anses så oförutsebar att den skulle strida mot legalitetsprincipen då det torde krävas ganska mycket för det. Vissa otydligheter finns fortfarande rörande exakt vilka situationer som räknas in under frivillighet och utrymmet för domarens normativa bedömningar är kanske lite för stort. Så som svensk lagstiftning är utformad så måste dock i många fall en bedömning göras av rättstillämparen i det enskilda fallet. Annars skulle det krävas en betydligt mer detaljrik lagstiftning. Efter att ha gått igenom domar kan jag konstatera att med tanke på de fördelar samtyckeslagen inneburit, så som att betona den sexuella självbestämmanderätten, så kan oförutsebarheten gällande frivillighetsrekvisitet inte anses som så stor att den inte bör accepteras.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Offentligt tryck

Propositioner

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 offentligt tryck

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

Lagrådsremiss *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.*

Lagrådets yttrande 2004-09-21, *En ny sexualbrottslagstiftning.*

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

Övrigt

Bäcklund, Agneta; Johansson, Stefan; Trost, Hedvig; Träskman, Per Ole; Wennberg, Suzanne och Wersäll, Fredrik, *Brottsbalken m.m.*, 6 kap. 1 § BrB (JUNO Version: SU 16) 2020-05-06.

Domstolsverkets yttrande över SOU 2016:60, 2017-01-31.

Hovrätten över Skåne och Blekinges yttrande över SOU 2016:60, 266–16, 2017-02-14.

Malmö tingsrätts yttrande över SOU 2016:60, 502–16, 2017-02-17.

Svea hovrätts yttrande över SOU 2016:60, 2016/1009, 2017-01-31.

Sveriges advokatsamfunds yttrande över SOU 2016:60, R-2016/2094., 2017-01-27.

Åklagarmyndighetens yttrande över SOU 2016:60, ÅM2016-136, 2017-02-08.

LITTERATUR

Asp, Petter, *Sex & samtycke – en lagstiftningsteknisk fråga*, JT 2013/14, nr 4, s. 959–968.

Asp, Petter; Nilsson, Göran, *Brottsbalken 6 kap.: en kommentar*, Stockholm, 2018.

Asp, Petter; Ulväng, Magnus, *Kriminalrättens grunder*, 2., omarb. uppl., Uppsala, 2013.

Berglund, Kerstin, *Samtyckesutredningen*, JT 2008/09, nr 3, s. 701–719.

Gustafsson Yakoub, Hanna, *Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet*, SVJT 2020, s. 107–119.

Justitiekanslerns andra rättssäkerhetsprojekt: *Rättssäkerheten i brottmål*, Stockholm, 2009.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod* i Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Lund, 2018.

Lernestedt, Claes, *Kriminalisering: problem och principer*, Stockholm: Univ., 2003, Uppsala, 2003.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Stockholm, 2018.

Trolle Önnerfors, Elsa & Wenander, Henrik, *Att skriva rätt: goda råd för att skriva uppsats i juridik*, Andra upplagan, Stockholm, 2019.

Wennberg, Suzanne, *Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet*, JT 2018/19, nr 2, s. 298–304.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Tingsrätter

Mora tingsrätts dom 2019-01-25 i mål B 1315–18.

Stockholm tingsrätts dom 2019-01-04 i mål B 13985–18.

Södertörns tingsrätts dom 2019-05-03 i mål B 256–19.

Ystads tingsrätts dom 2019-02-20 i mål B 3279–18.

Örebro tingsrätts dom 2018-12-21 i mål B 5646–18.

Hovrätter

Göta hovrätts dom 2019-02-26 i mål B 87–19.

Göta hovrätts dom 2019-02-28 i mål B 182–19.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2019-05-02 i mål B 831–19.

Hovrätten för nedre Norrlands dom 2019-06-28 i mål B 532–19.

Hovrätten för västra Sveriges dom 2019-06-25 i mål B 1408–19.

Hovrätten för västra Sveriges dom 2020-09-18 i mål B 2589–20.

Hovrätten för övre Norrland 2019-09-25 i mål B 445–19.

Svea hovrätts dom 2018-12-21 i mål B 10474–18.

Svea hovrätts dom 2018-12-21 i mål B 10579–18.

Svea hovrätts dom 2019-03-18 i mål B 794–19.

Svea hovrätts dom 2019-06-05 i mål B 4065–19.

Svea hovrätts dom 2019-06-05 i mål B 4230–19.

Svea hovrätts dom 2019-06-28 i mål B 5410–19.

Svea hovrätts dom 2019-10-25 i mål B 1633–19.

Svea hovrätts dom 2019-12-17 i mål B 10955–19.

Svea hovrätts dom 2020-03-30 i mål B 9857–19.

Svea hovrätts dom 2020-06-18 i mål B 4844–20.

Högsta domstolen

NJA 2019 s. 668.

Europadomstolen

Olsson mot Sverige (Nr. 1). Ser. A, No. 130, 1988.