



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Tea Sundström

# Vem ansvarar för våldtäkten?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Ellika Sevelin

Termin: HT22

# Innehåll

<b>Summary</b>	<b>3</b>
<b>Sammanfattning</b>	<b>4</b>
<b>Förord</b>	<b>5</b>
<b>Förkortningar</b>	<b>6</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.2.1 Huvudfrågeställning	8
1.2.2 Underfrågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och teori	10
1.5 Forskningsläge	12
1.6 Material	13
1.7 Disposition och struktur	13
<b>2 Frivillighetsrekvisitet i uppsåtsbedömningen</b>	<b>14</b>
2.1 Våldtäkt och oaktsam våldtäkt	14
2.2 Frivillighetsrekvisitet	15
<b>3 Uppsåtsbedömningarna –diskursanalys</b>	<b>19</b>
<b>4 Sammanfattande analys</b>	<b>24</b>
<b>Källförteckning</b>	<b>26</b>

# Summary

This essay investigates whether the law or its practice can be said to impose on the plaintiff a responsibility in relation to the defendant's intent or negligence regarding the plaintiff's involuntary partaking in a sexual act with the defendant. We are hence located in the first two paragraphs of the sixth chapter in the Swedish criminal code, 6:1 and 6:1 a Brottsbalk (1962:700). My essay does however not primarily revolve around the current legal regulation on the matter, but around its implementation by "hovrätterna".<sup>1</sup> Why? The title of my essay mirrors an ambiguity which I mean has arisen by reason of NJA 2022 s. 237.<sup>2</sup> This ambiguity regards whose actions, those of the plaintiff or of the defendant, are legally deemed to determine the assessment of whether the defendant can be said to have realized or suspected that the plaintiff did not out of free will participate in the sexual act in question. HD's assessment in the stated verdict gives expression to an idea of the current legal situation which I fail to find legal support for. According to this idea the plaintiff's clearly manifested reluctance constitutes a prerequisite to the defendant's knowledge or suspicion of the plaintiff's involuntary participation in a sexual invite or act performed by the defendant. In order to better understand what I thus conceive of as a difference between the implementation of the law and the law itself I have chosen to examine if a similar idea exists within the legal implementation of "hovrätterna". My investigation has resulted first of all in the conclusion that the plaintiff does not have a responsibility to clearly manifest their reluctance in relation to a sexual invitation or act performed by the defendant in order for it to be estimated that the defendant has known or suspected their involuntary participation therein. Second of all it seems that the analyzed practice from "hovrätterna" gives expression to an idea rather opposite to that of the HD. According to this idea the plaintiff can, in line with the laws bidding, react however they please without this reaction hindering the insight, and thereby intent or negligence, of the defendant.

---

<sup>1</sup> Six adjudicating judicial authorities of a certain degree in the Swedish legal system.

<sup>2</sup> A verdict announced by the highest court of the Swedish legal system, by abbreviation called HD.

Title translation: "[W]ho is responsible of the rape?".

# Sammanfattning

I uppsatsen du har framför dig undersöker jag målsägandens ansvar i förhållande till en tilltalads uppsåt eller oaktsamhet avseende målsägandens ofrivilliga deltagande i en sexuell handling. Vi befinner oss alltså i de två första paragraferna av brottsbalkens sjätte kapitel, 6:1 och 6:1 a BrB. Min undersökning kretsar dock inte framförallt kring gällande rätt utan kring hovrätternas tillämpning av denna. Varför? Uppsatsens titel är avsedd att återspegla en oklarhet vilken jag menar har uppstått med anledning av NJA 2022 s. 237. Oklarheten avser vem av målsäganden och den tilltalade som bär ansvaret för att den tilltalade kan anses inse eller misstänka att målsäganden inte deltar frivilligt i en sexuell handling dem emellan. HD målar i domskälen en bild av gällande rätt beträffande nämnda lagrum vilken enligt min bedömning inte finner rättsligt stöd. Nämnd bild består i att den tilltalades insikt eller misstanke om målsägandens ofrivilliga deltagande förutsätter att målsäganden har givit tillräckligt tydligt uttryck för sin ovilja. HD ålägger därmed målsäganden ansvar för att övergreppet kan ses som en våldtäkt eller oaktsam våldtäkt. I syfte att bättre förstå vad jag sålunda uppfattar som ett glapp mellan gällande rätt och dess tillämpning har jag valt att undersöka huruvida denna HD:s bild förekommer även i hovrätterna.

Vid min genomgång av gällande rätt har jag kunnat konstatera att något dylikt krav på målsägandens manifesterande av sin ovilja inte uppställs i vare sig lagen eller i förarbetet. Inte heller i relevant prejudikat har jag funnit något stöd för ett sådant krav. Vad gäller undersökt hovrättspraxis stämmer den bild som vid diskursanalys framträtt närmast helt överens med gällande rätt. En motbild vilken tycks återspegla HD:s bild i NJA 2022 s. 237 framträder visserligen, men enbart i ett av de undersökta hovrättsmålen. Således har jag inte kunnat dra någon annan slutsats än att hovrätternas bedömningar i de undersökta målen inte ålägger målsäganden något särskilt ansvar i förhållande till den tilltalades insikt eller misstanke om målsägandens ovilja. Hovrätternas argumentationer ger snarare uttryck för att avlasta målsäganden sådant ansvar i det att hen är fri att reagera som hen vill utan att den tilltalade därmed kan anses förhindrad insikt.

# Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Ellika Sevelin för alla goda råd, till mina studiekamrater för ert stöd, till mina nära och kära för att ni varit min trygghet i stressen och sist men inte minst till dig för att du tar dig tiden att läsa uppsatsen.

# Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
HD	Högsta domstolen

## Diskursanalys

T	Tema
F	Frekvens

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Samtyckeslagen (2018:618) har varit i kraft under ett antal år nu och de flesta av oss vet att det är olagligt att ha sex med någon som inte vill, d.v.s. som inte deltar frivilligt, 6:1 BrB. Men hur ska den som vill ha sex med någon veta om denna någon vill eller inte?

När jag genom Tjejjouren håller workshops för skolelever brukar svaret illustreras med två ritade personer, en glad och en ledsen. Den glada personen, som vill, kan exempelvis visa detta genom aktivt kroppsspråk, ansiktsuttryck eller ord såsom ”ja” eller ”fortsätt”, o.s.v. Den ledsna personen, som inte vill, kan på samma sätt visa detta genom avvisande eller passivt kroppsspråk, minspel eller ord såsom ”nej” eller ”vänta”, o.s.v. Vi som håller workshopen lägger stor vikt vid att det alltså finns flera sätt för personer att visa sin inställning till ett sexuellt närmande, att alla sätt är lika giltiga och ska respekteras. Dessutom förklarar vi att om person A vill ha sex med person B, så har person A som utgångspunkt ett ansvar för att förvissa sig om att person B också vill detta. På samma sätt har person B som utgångspunkt ett ansvar för att förvissa sig om att person A fortfarande vill, ifall person A exempelvis blir passiv under samlaget. Risken är annars att person B eller A genom att fortsätta, om den andra inte deltar frivilligt, begår brottet våldtäkt eller oaktsam våldtäkt. Workshopen syftar på så vis till att informera unga om att den som blir utsatt för en våldtäkt inte bär ansvaret för denna. Stämmer det?

Bilden av gällande rätt som vi målar i workshopen grundar sig på och bör därför rimligen stämma överens med gällande rätt. Samtidigt tycks HD i sitt årsfärska avgörande NJA 2022 s. 237 måla en *annan* bild av gällande rätt. HD pekar här på att det utöver målsägandens höga grad av passivitet tillsammans med ”den handgriplighet som förekom” inte fanns andra tecken på att målsäganden nu inte var med på de sexuella handlingarna. HD ansåg därför inte att den tilltalade borde ha förstått att målsäganden inte deltog frivilligt.

Dessa till synes olika bilder väcker frågan om gällande rätt och dess tillämpning fullt ut stämmer överens beträffande innebörden av rekvisitet ”inte deltar frivilligt”, låt oss härefter kalla det frivillighetsrekvisitet. I syfte att närma mig ett svar på frågan undersöker jag i denna uppsats vad gällande rätt säger och hur bilden av gällande rätt målas i hovrättspraxis.

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

I denna studie avser jag redogöra för gällande rätt beträffande frivillighetsrekvisitets innebörd vid prövningen av en gärningspersons uppsåt eller oaktsamhet. Mitt huvudsakliga syfte med uppsatsen är att mot denna bakgrund analysera tillämpningen av rekvisitet vid uppsåtsbedömningarna i tio hovrättsmål.<sup>3</sup> Min undersökning kommer specifikt att ta sikte på diskurser avseende målsägandens ansvar i förhållande till den tilltalades uppsåt eller oaktsamhet. Vilket respektive ansvar som åläggs den tilltalade blir härvid också centralt. Undersökningen kretsar kring teorin att det i våldtäktsmål råder en outtalad premis att den som utsätts själv bär ansvar för att markera gränsen för sitt frivilliga deltagande.

### **1.2.1 Huvudfrågeställning**

Vilket ansvar i förhållande till en tilltalads uppsåt eller oaktsamhet avseende målsäganden ofrivilliga deltagande i en sexuell handling åläggs målsäganden genom hovrättspraxis? Hur förhåller sig det ansvaret till gällande rätt?

### **1.2.2 Underfrågeställningar**

1. Vilken innebörd har rekvisitet ”inte deltar frivilligt” i 6:1 BrB vid uppsåt- och oaktsamhetsprövning enligt gällande rätt?

---

<sup>3</sup> Begreppet uppsåtsbedömning avses träffa även bedömning av oaktsamhet.



2. Hur argumenterar hovrätterna i de undersökta målen kring målsägandens respektive den tilltalades agerande i förhållande till sistnämndas uppsåt eller oaktsamhet?<sup>4</sup>

### 1.3 Avgränsningar

Med anledning av den för en kvantitativ studie otillräckliga mängden HD-mål beträffande samtyckeslagen har jag ställts inför valet att undersöka tingsrätts- eller hovrättsmål. Eftersom den teori kring vilken min undersökning kretsar baserar sig på en undersökning av hovrättsmål har jag valt att fortsätta på det spåret. Jag har valt att begränsa antalet hovrättsdomar till tio stycken då karaktären av min studie förutsätter en viss kvantitet samtidigt som uppsatsens begränsade omfattning kräver ett nedskuret analysunderlag. Såsom inledningen ger vid handen är enbart våldtäktsmål avgjorda med stöd av samtyckeslagen och därefter kommen lagändring av relevans i uppsatsen. Jag har valt att begränsa min undersökning till gärningar enligt 6:1 BrB. Vilket innebär att oaktsam våldtäkt enligt 6:1 a BrB ligger innanför uppsatsens ram medan våldtäkt mot barn enligt 6:4 BrB faller utanför densamma. För att skära ned undersökningen begränsas denna vidare till 6:1:1 och 6:1 a:1 BrB. Lagrummens övriga stycken behandlas inte.

Uppsatsen koncentreras med anledning av ovan nämnd huvudfrågeställning till hovrätternas uppsåtsbedömningar. Hovrätternas argumentation i andra delar av målen är sålunda inte föremål för undersökningen. Med anledning härav har jag valt att begränsa även redogörelsen av gällande rätt till uppsåtsbedömningen vid våldtäkt och oaktsam våldtäkt. Min bedömning är att utrymme till en mer omfattande och samtidigt rättvisande redogörelse saknas. Således berörs inte heller bevisfrågor närmare. Att uppsåtsbedömningen i sig står i fokus innebär vidare att utgången i målen saknar relevans för analysen.

För att kunna se närmare på vilket ansvar som åläggs målsäganden vid uppsåtsbedömningarna har jag valt att enbart undersöka hovrättsmål vari

---

<sup>4</sup> Mål där hovrätten hänvisar till tingsrättens skuldbedömning är markerade med \* i källförteckningen.

målsäganden inte har gett tydligt uttryck för sitt ofrivilliga deltagande, varmed åsyftas att målsäganden i hög grad varit passiv. Mål vilka uteslutande angår situationer enligt 6:1:1:1–3 p. BrB, varvid målsägandens viljeuttryck såsom framgår av redogörelsen nedan saknar betydelse, faller således utanför uppsatsen ram. Gällande rätt avseende dessa punkter behandlas av den anledningen mycket översiktligt. För att få ett så informationsrikt och pålitligt urval som möjligt har jag även valt bort domar där en tydlig uppsåtsbedömning saknas. Vissa av hovrättsdomarna behandlar mer än ett händelseförlopp. Redogjorda avgränsningar har på samma vis avgjort beträffande vilket händelseförlopp som uppsåtsbedömningen har undersökts. Då det varit svårt att hitta tillräckligt många domar av beskrivet slag har jag valt att använda de jag kunnat finna. Ett av dessa utgör det till NJA 2022 s. 237 föregående hovrättsmålet. Jag menar dock att HD-domen inte förtar värdet av målet som hovrättspraxis.

Uppsatsen riktar sig till läsare med kunskap om grundläggande straffrätt, vilken således inte kommer att redogöras för. Det ska kort även nämnas att 6:1 BrB i och med lag (2022:1043) har fått en i delar ny lydelse. Med hänsyn dels till att ändringarna inte innebär någon förändring avseende de grundläggande rekviritens praktiska innebörd,<sup>5</sup> dels till att lagen inte tillämpas i något av de undersökta målen har jag valt att i min redogörelse av gällande rätt inte närmare behandla lagändringen. En korrekt redogörelse kräver dock att jag utgår från uppdaterad lydelse av 6:1 BrB.

## 1.4 Metod och teori

Det ska inledningsvis nämnas att mitt val att begränsa uppsatsen till hovrättsmål vari målsäganden inte har givit tydligt uttryck för sitt ofrivilliga deltagande även fyller en funktion med avseende på min metod. Genom att enbart undersöka uppsåtsbedömningar i mål där målsäganden förhållit sig passiv hoppas jag kunna klarlägga vilken betydelse hovrätterna tillmäter frånvaron av målsägandens tydligt manifesterade ovilja.

---

<sup>5</sup> Se prop. 2021/22:231 s. 24 f., 34 f.

Min teori består i en av de slutsatser vilka Ulrika Andersson når i sin avhandling *Hans (ord) eller hennes* från 2004. Här analyserar Andersson bl.a. hovrätternas diskurser i åttio mål från året 1999 avseende rättsskydds-subjektets, d.v.s. våldtäktsoffrets, kön, kropp och sexualitet vid prövningen av de gränsdragande rekvisiten. Observera att Andersson inte analyserar gällande rätt utan hovrätternas argumentation vid tillämpningen av denna. Med begreppet gränsdragande rekvisit åsyftar Andersson delen av den kriminaliserade handlingen vilken markerar den rättsliga gränsen mellan ömsesidiga sexuella relationer och sexuella övergrepp.<sup>6</sup> Vi avhandlingens publikation tog de gränsdragande rekvisiten sikte på förövarens användande av tvång eller någon annan form av utnyttjande.<sup>7</sup> Sedan samtyckeslagnes ikraftträdande träffar begreppet rimligtvis istället närmast den utsattas ofrivilliga deltagande, 6:1:1 men. BrB. Som jag förstår Anderssons slutsats kan den formuleras som att det i våldtäktsmål råder en outtalad premis att den som utsätts själv bär ansvar för att markera gränsen för övergreppet.<sup>8</sup> Min tolkning baserar jag på den formulering av slutsatsen vilken Andersson själv använder i sitt undervisningsmaterial.<sup>9</sup> Tolkningen ska självfallet ses i ljuset av avhandlingen. I min studie har jag valt formuleringen *gränsen för sitt frivilliga deltagande* istället för *gränsen för övergreppet*. Eftersom den rättsliga gränsen för våldtäkt som nämnt numera går vid den utsattas ofrivilliga deltagande menar jag att denna formulering blir tydligare.

Härvid passar det bra att adressera frågan huruvida det väcker problem att som teori använda en slutsats vilken skrevs när gällande rätt baserades på en annan lagstiftning än den nu rådande. Jag menar på att Anderssons slutsats ekvivalent min teori tar avstamp i perspektivet att mänsklig rättstillämpning bär på en oundviklig subjektiv dimension vilken existerar oberoende av gällande rätt och således kan studeras separat från denna. Både Anderssons ovan beskrivna och min nedan beskrivna studie av hovrätternas diskurser är studier av just denna dimension. Skillnader i gällande rätt då och nu saknar således betydelse för uppsatsen.

---

<sup>6</sup> Se Andersson s. 18.

<sup>7</sup> Se Andersson s. 95 ff.

<sup>8</sup> Se Andersson s. 235–240.

<sup>9</sup> Se referens under *undervisningsmaterial* i källförteckning.

Vidare ska några ord sägas om mitt val av metod. Uppsatsen är en kvantitativ studie vilken aktualiserar både diskursanalytisk och rättsdogmatisk metod. Med hjälp av den rättsdogmatiska metoden avser jag klarlägga hur frivillighetsrekvisitet i 6 kap. 1 § BrB förstås enligt gällande rätt. Då alltför lite utrymme här finns till att ge en fullgod beskrivning av diskursanalytisk metod kommer jag att koncentrera beskrivningen till hur jag avser använda metoden i min uppsats. Hovrätternas resonemang i uppsåtsbedömningarna förstås i förhållande till diskursanalysen som beroende dels av vilka sakomständigheter domstolen ansett relevanta att lyfta in, dels av vilken vikt domstolen tillmäter respektive omständighet. Med anledning av att hovrätterna i nio av tio mål finner att den tilltalade har haft någon form av insikt om, och därmed subjektiv skuld till, målsägandens ofrivilliga deltagande blir den givna ingången till diskursanalysen att undersöka omständigheter med anledning av vilka hovrätterna finner att den tilltalade har haft sådan insikt. Observera att fokus i analysen ligger på hovrätternas bedömning av insikten i sig, snarare än dess form. Tekniskt består min analys i att jag ser på återkommande teman i hovrätternas argumentationer för att på så vis identifiera diskurser avseende ovannämnda omständigheter. Teorin vävs in genom att jag i flytande samband med diskursanalysen avser bedöma huruvida identifierade diskurser talar för eller emot en underliggande föreställning hos hovrätterna i linje med denna. Mitt syfte med den slutliga sammanfattande analysen är att med hänvisning till diskursanalysen besvara huvudfrågeställningen.

Slutligen ska påpekas att mina eventuella slutsatser är relevanta i förhållande till de undersökta målen och möjligen som underlag till frågor för framtida studier. Jag gör således inte anspråk på att genom studien kunna dra några generaliserbara slutsatser.

## 1.5 Forskningsläge

Mängden tidigare undersökningar avseende frågeställningar dylika min egen är timpligen liten. Två undersökningar ska dock nämnas. Den första är självfallet Ulrika Anderssons avhandling *Hans (ord) eller hennes* ur vilken jag som nämnt hämtat min teori. Men hänsyn till att många år har gått och att

en helt ny brottsdefinition har trätt ikraft sedan Andersson publicerade sin avhandling menar jag att det är dags för att återigen företa en undersökning på området. Den andra nämnvärda undersökningen är Sara Anderssons rättsvetenskapliga uppsats *Sexualbrottsoffer i domstolen*. Då uppsatsen skrevs år 2013 motiveras relevansen av min uppsats även i förhållande till detta verk utifrån ovan nämnd anledning.

## **1.6 Material**

Som grund för uppsatsen har jag framförallt använt samtyckeslagen (2018:618) och dess proposition respektive tio hovrättsmål angivna i källförteckningen. Till min teori och metod har jag som nämnt använt Anderssons *Hans ord eller hennes*. Brås rapport 2020:6 är av relevans för uppsatsen framförallt eftersom tillämpningen av samtyckeslagen däri följs upp. Rapporten hänvisas även till som grund för min beskrivning av uppsåt och grov oaktsamhet. Jag använder till viss del även doktrin och prejudikat för att beskriva vissa delar av det gällande rättsläget.

## **1.7 Disposition och struktur**

Till att börja med undersöker jag gällande rätt avseende frivillighetsrekvisitets innebörd vid uppsåtsbedömning, d.v.s. den första underfrågeställningen. Därefter fortsätter jag till att behandla den andra underfrågeställningen genom en temabaserad diskursanalys av hovrätternas argumentationer avseende den tilltalades uppsåt eller oaktsamhet. I samband med analysen diskuterar jag även huruvida identifierade diskurser talar för eller emot förekomst i hovrätternas uppsåtsbedömningar av en outtalad premiss enligt teorin. Med hänvisning härtill går jag vidare till att besvara huvudfrågeställningen, d.v.s. vilket ansvar i förhållande till den tilltalades uppsåt eller oaktsamhet som hovrätterna ålägger målsäganden vid uppsåtsbedömningarna och hur det ansvaret förhåller sig till gällande rätt.

## 2 Frivillighetsrekvisitet i uppsåtsbedömningen

### 2.1 Våldtäkt och oaktsam våldtäkt

Redogörelsen nedan av gällande rätt tar sett till domstolsprocessen vid efter att domstolen funnit det styrkt bortom rimligt tvivel att den tilltalade har gjort sig skyldig till en gärning vilken uppfyller de brottskonstruerande rekvisiten enligt 6:1 BrB på ett i lagrummet angivet vis och därmed är att anse som rättsstridig.<sup>10</sup> En förutsättning är även att den tilltalades berättelse inte ansetts förta värdet av bevisningen.<sup>11</sup>

Våldtäkt kriminaliseras genom 6:1 BrB och utgör ett brott enligt brottsbalkens mening, jfr. 1:1 och 1:3 BrB. För våldtäkt döms enligt 6:1:1 BrB den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Våldtäktsbrottet kan enbart begås uppsåtligen, jfr. 1:2:1 BrB. Enligt den s.k. täckningsprincipen krävs att gärningspersonen kan sägas ha haft uppsåt både till genomförandet av den sexuella handlingen och till omständigheten att den andra personen inte deltog frivilligt.<sup>12</sup> Insiktssuppsåt eller likgiltighetsuppsåt kan härvid bli aktuella.<sup>13</sup> Insiktssuppsåt är för handen om den tilltalade var medveten om att målsäganden inte deltog frivilligt.<sup>14</sup> För att likgiltighetsuppsåt ska föreligga krävs att den tilltalade både insåg risken för att målsäganden inte deltog frivilligt och var likgiltig inför denna omständighet.<sup>15</sup>

I 6:1 a BrB stadgas det separata brottet oaktsam våldtäkt, jfr. 1:1 och 1:3 BrB. Såsom framgår direkt av lagstiftningen är den kriminaliserade gärningen

---

<sup>10</sup> Se Asp och Ulväng, *Kriminalrättens grunder*, s. 58–64.

Se gällande processen även ex. NJA 2017 s. 316 I p. 5 och II p. 26.

<sup>11</sup> Se ex. NJA 2019 s. 668 p. 36.

<sup>12</sup> Se Asp och Ulväng, *Täckningsprincipens ABC*, s. 266.

<sup>13</sup> Se Brå rapport 2020:6 s. 52.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

härvid densamma som enligt 6:1 BrB. Skillnaden mot våldtäkt består i att skuldkravet är sänkt beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, se 6:1 a:1 BrB. Notera att skuldkravet avseende övriga rekvisit är oförändrat. Genomförandet av ifrågavarande sexuell handling måste således alltjämt täckas av gärningspersonens uppsåt, jfr. 6:1 a:1 och 1:2:1 BrB. Grov oaktsamhet bör enligt propositionen i regel anses föreligga då gärningspersonen är s.k. medvetet oaktsam, d.v.s. faktiskt inser risken för att målsäganden inte deltar frivilligt men genomför den sexuella handlingen ändå.<sup>16</sup> I fall där ovan beskrivet likgiltighetsuppsåt brister enbart i det andra ledet bör gärningen således normalt omfattas av det straffbara området för oaktsam våldtäkt. I vissa klart klandervärda fall kan även omedveten oaktsamhet, innebärande att gärningspersonen inte har insett risken för målsägandens ofrivilliga deltagande men borde ha gjort det, betecknas som grov. Fall där gärningspersonen inte har bemödat sig om att kontrollera de närmare förhållandena trots att det funnits starka skäl att göra det nämns härvid som exempel.<sup>17</sup>

## 2.2 Frivillighetsrekvisitet

Låt oss gå vidare till att se på själva frivillighetsrekvisitet, d.v.s. ”inte deltar frivilligt” 6:1:1 BrB. Rekvisitets innebörd kan beskrivas som obestämd såtillvida att det i lagstiftningen inte närmare preciseras under vilka förutsättningar ett deltagande är att anse som frivilligt, se 6:1 BrB.<sup>18</sup> Med reservation för uppräkningsparagrafen i 6:1:1:1–3 p. BrB av omständigheter under vilka en person aldrig kan anses delta frivilligt, preciseras i lagtexten inte heller under vilka förutsättningar ett deltagande är att anse som ofrivilligt, se 6:1 BrB. I förarbetet diskuterades att i lagen uppställa krav på att valet att delta måste ha kommit till uttryck för att ett deltagande ska kunna anses frivilligt.<sup>19</sup> Regeringen beslutade emot ett sådant krav med hänvisning bl.a. till att en del av den sexuella självbestämmanderätten, vilken lagstiftningen är avsedd att återspegla, består i att bemöta sexuella närmanden som man

---

<sup>16</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 85. Se även NJA 2019 s. 668.

<sup>17</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 85.

<sup>18</sup> Jfr. även prop. 2017/18:177 s. 31.

<sup>19</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 31-32.

vill.<sup>20</sup> Olika uttryck för såväl frivillighet som ofrivillighet kan således bli aktuella vid uppsåtsbedömningen. I linje härmed kan såväl passivitet som aktivitet ge uttryck för frivilligt deltagande.<sup>21</sup> Notera dock att den bristande frivilligheten måste ha kommit till uttryck genom målsägandens faktiska handlande för att frivillighetsrekvisitet ska kunna anses uppfyllt i enlighet med avsnittets första stycke och uppsåtsbedömning bli aktuell.<sup>22</sup>

För att öka förutsägbarheten beträffande vilket deltagande som inte kan anses vara frivilligt valde regeringen att i lagtexten ange att det vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte särskilt ska beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt, se 6:1:1:3 men. BrB.<sup>23</sup> Med begreppet *annat sätt* avses exempelvis kroppsspråk eller minspel.<sup>24</sup> Jag ansluter mig till Asps tolkning av lokutionen som en generell tolkningsanvisning innebärande att viss restriktivitet bör iakttas med att finna att frivillighet föreligger när frivillighet inte kommit till uttryck och motsatt.<sup>25</sup> Tolkningen ligger i linje med propositionsuttalandet att ”utgångspunkten bör vara att den som deltar frivilligt i en sexuell handling ger uttryck för sin vilja att delta på något sätt och att avsaknaden av sådana uttryck normalt får förstås som att deltagandet inte är frivilligt”.<sup>26</sup> Trots att målsägandens passivitet som ovan nämnt kan ge uttryck för frivillighet ska den således som utgångspunkt förstås som ett tecken på motsatsen. Det straffbara området avgränsas vidare genom uppräknigen i 6:1:1:1–3 p. BrB av omständigheter under vilka en person aldrig kan anses delta frivilligt. När en sådan omständighet föreligger är deltagandet att anse som ofrivilligt även om målsäganden har gett uttryck för att delta frivilligt.<sup>27</sup> Uppsåtsbedömningen i sådana mål blir således begränsad till vad den tilltalade har insett eller bort inse angående aktuell omständighet.<sup>28</sup> Notera beträffande 6:1:1:1 p. att en särskilt utsatt situation

---

<sup>20</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 31-32.

<sup>21</sup> S.k. tyst samtycke, se prop. 2017/18:177 s. 34.

<sup>22</sup> Se prop. 2017/18 :177 s. 33.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 80.

<sup>25</sup> Se Asp, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 §, avsnitt 2.2.2 Om den generella anvisningen om att det ”särskilt ska beaktas” om frivilligheten kommit till uttryck, Lexino 2022-08-18 (JUNO).

<sup>26</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 33.

<sup>27</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 80.

<sup>28</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 83.



föreligger endast då deltagandet är en *följd av* våldsutövande. Våld kan således förekomma i samband med en sexuell handling utan att denna därmed är straffbar. Det avgörande är huruvida samtliga parter har valt att delta i sexet av fri vilja eller p.g.a. våldsutövandet.<sup>29</sup>

Rätten att bemöta sexuella närmanden som man vill motsvaras med nödvändighet av en avsaknad skyldighet att reagera på ett visst sätt. Således har en person som av någon mot sin vilja utsätts för en sexuell handling inte något ansvar för att säga nej eller tydligt visa sin motvilja till deltagande i handlingen.<sup>30</sup> Istället gäller som utgångspunkt att den som utför en sexuell handling mot en annan person har ett ansvar för att förvissa sig om att den andra personen vill delta. Detta krav på den som utför den sexuella handlingen gäller inte bara vid det inledande skedet utan kvarstår under hela tid som det sexuella umgänget består.<sup>31</sup> Såsom framgår av propositionen gäller utgångspunkten särskilt om en person vill ha sex med någon som förhåller sig passiv eller ger dubbeltydiga signaler. Om osäkerhet uppstår får gärningspersonen då förvissa sig om att deltagandet är frivilligt.<sup>32</sup> Samtidigt gäller enligt propositionen att vad som rimligen kan krävas av gärningspersonen för att hen ska kunna förlita sig på att den andra personen deltar frivilligt bör bero på situationen i dess helhet med särskilt beaktande, enligt beskrivning ovan, av om frivillighet har kommit till uttryck på något sätt.<sup>33</sup> Något absolut krav uppställs således inte på att den tilltalade förvissas sig om målsägandens vilja. Den generella utgångspunkten förefaller sett till propositionen vara att frågor rörande vad hos målsägandens agerande som gjorde att gärningspersonen uppfattade att det fanns ett samtycke har central betydelse.<sup>34</sup>

I anslutning härtill kan påpekas att ett flertal remissinstanser beträffande förslaget till samtyckeslagen framförde farhågor om ett ökat fokus på målsäganden som resultat av den nya lagens ikraftträdande.<sup>35</sup> Brå följde upp

---

<sup>29</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 81.

<sup>30</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 32.

<sup>31</sup> Se prop. 2017/18:177, s. 34.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 83.

<sup>35</sup> Se prop. 2017/18:177 s. 22.

bl.a. denna farhåga genom sin rapport 2020:6 men någon säker slutsats kunde inte dras p.g.a. delade meningar bland de tillfrågade. Värt att notera är dock att omkring hälften av tillfrågade domare och försvarsadvokater uppfattade att fokus på målsäganden har ökat eller i viss mån ökat med anledning av samtyckeslagens ikraftträdande.<sup>36</sup>

Slutligen bör något sägas om prejudikat. HD har med tillämpning av samtyckeslagen hitintills avgjort tre mål avseende våldtäkt och oaktsam våldtäkt. Av dessa förhåller sig två relevanta i förhållande till min uppsats.<sup>37</sup> NJA 2019 s. 668 återspeglar gällande rätt såsom beskriven ovan. Detsamma kan enligt min bedömning inte sägas angående NJA 2022 s. 237. Samtidigt fyller sistnämnd dom inte heller ut gällande rätt på något tydligt vis.<sup>38</sup> Således har jag valt att inte lägga den till grund för min redogörelse.

---

<sup>36</sup> Brå rapport 2020:6 s. 91.

<sup>37</sup> Den tredje HD-domen berör grov våldtäkt, se NJA 2022 s. 75.

<sup>38</sup> Jfr. domskälen NJA 2022 s. 237.

### 3 Uppsåtsbedömningarna – diskursanalys

Som nämnt under metodavsnittet syftar denna del av uppsatsen till att genom diskursanalys identifiera teman avseende omständigheter med anledning av vilka hovrätterna finner att en tilltalad kan anses ha förstått eller insett risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Det sagda ska inte förstås som att förekomst av ett enskilt tema i sig varit tillräckligt för konstaterande av en tilltalads insikt. Temabegreppet avses istället träffa ett vid konstaterande av insikt mer eller mindre frekvent förekommande beaktande. Frekvensen av ett visst tema speglar således hovrättens beaktanden och inte nödvändigtvis den faktiska förekomsten i målen av omständigheten vilken temat avser. I det följande redogör jag tillsammans med exemplifierande citat ur domskälen för de teman vilka jag kunnat identifiera samt för hur de förhåller sig till teorin.

T1: Målsäganden var passiv (F 7/10)

Den vanligast förekommande omständigheten vilken hovrätterna nämner vid bedömningen av den tilltalades insikt är att målsäganden var passiv. Målsägandens passivitet behandlas av hovrätterna således som en indikation vilken den tilltalade kan förväntas ha uppfattat på att deltagandet inte var frivilligt. Den underliggande föreställningen tycks därmed vara att passivitet i sig utgör en avvikande reaktion i förhållande till önskad sexuell samvaro, vilket den tilltalade i sin tur åläggs ansvar för att förstå. Passivitetsdiskursen talar sålunda emot att hovrätterna utgår från en outtalad premiss enligt vilken målsäganden själv bär ansvar för att markera gränsen för sitt frivilliga deltagande.

”För hovrätten är det tydligt att den uteblivna responsen från målsägandens sida har gett ■■■ anledning att fundera över om hon verkligen ville ha sexuell umgänge med honom.”<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> B 2564-20.

I mer än hälften av målen där hovrätterna beaktar målsägandens passivitet påtalas i samband därmed att målsäganden inte har agerat på något sätt som av den tilltalade kunnat tolkas som ett frivilligt deltagande.<sup>40</sup> Hovrätternas beaktande av dessa omständigheter tillsammans skulle kunna förstås som att påpekandet av målsägandens frånvarande viljeuttryck konkretiserar hans passivitet. Min sammantagna bild av hovrätternas resonemang är dock att omständigheterna betraktas som separata och eventuellt samspelande.

”Det är utrett att Sekretess A förhöll sig *passiv* under samlaget och att hon *varken genom ord eller handling gav uttryck för frivillighet.*”<sup>41</sup>

T2: Målsäganden har inte gett uttryck för frivillighet (F 6/10)

I två av målen vari hovrätterna beaktar att målsäganden inte givit uttryck för frivillighet omtalas vidare denna omständighet som insiktsgivande utan att eventuell passivitet överhuvudtaget nämns. Jag menar på att det sagda ger ytterligare stöd för att hålla isär hovrätternas beaktande av dessa omständigheter. Den dominerande diskursen avseende målsägandens viljeuttryck tar som temat antyder sikte på frånvaron av positivt viljeuttryck, snarare än närvaron av negativt viljeuttryck. Indikation på målsägandens ofrivilliga deltagande anses alltså föreligga redan med anledning av sådan frånvaro. Den underliggande föreställningen förefaller såsom vid passivitet vara att den tilltalade bär ansvar för att uppfatta denna frånvaro.

”Av det anförda framgår att inget i det målsäganden berättat om hur hon uppträdde eller sa vid tillfället [...] visar att målsäganden på något sätt antytt, lämnat signaler eller vidtagit någon handling som av [redacted] kunnat uppfattas som att hon ville utföra ett oralt samlag med honom.”<sup>42</sup>

En motbild till denna diskurs framkommer genom ett av målen. Härvid konstaterar hovrätten att den omständigheten att målsäganden har givit uttryck

---

<sup>40</sup> 4/7 mål, se hovrättsdomar i källförteckningen.

<sup>41</sup> B 474–21.

<sup>42</sup> B 233–20.

för sin ofrivillighet på ett inte tillräckligt tydligt sätt innebär att någon vikt inte kan läggas därvid.

”När det gäller målsägandens uttalanden i samband med händelsen om att hon inte ville genomföra en sexuell handling ”just nu” utan ville lyssna på musik, konstaterar hovrätten att uttalandet ur ■■■■■ perspektiv lämnar visst tolkningsutrymme. Det talar därför varken för eller mot åtalet med någon avsevärd tyngd.”<sup>43</sup>

Hovrättens underliggande föreställning tycks här istället vara att den tilltalades insikt förutsätter att målsäganden manifesterat sin ovilja på ett tydligt sätt. Motbilden speglar på så vis den föreställning vilken tycks ligga till grund i NJA 2022 s. 237. Vid föreställningen enligt motbilden åläggs således målsäganden ensam ansvaret för den tilltalades insikt. Motbilden talar därmed för teorin. Med hänsyn till att motbilden förekommer i enbart ett av nio hovrättsmål får uttrycksdiskursen dock sammantaget, i likhet med passivitetsdiskursen, sägas tala emot en outtalad premiss enligt teorin. Observera att de övriga tre målen varvid hovrätten inte nämner frånvaro av målsägandens viljeuttryck i bedömningen överlappar med målen varvid passivitet beaktas, sålunda skapar dessa tre mål inte någon motbild.

T3: Den tilltalade har inte förvissat sig om målsägandens frivilliga deltagande (F 4/10).

Hovrätterna påtalar i fem av målen att den tilltalade inte har förvissat sig om målsägandens frivillighet. I fyra av dessa mål knyts den tilltalades uteblivna förvissning till hans insikt om målsägandens ofrivillighet. I det återstående målet knyts det uteblivna agerandet istället till den tilltalades likgiltighet, varför målet inte tagits med under temat. Det framstår således vid en överblick av målen inte helt klart hur hovrätterna uppfattar betydelsen av denna omständighet. Vad gäller nämnda fyra mål ger diskursen uttryck för att den tilltalades legitima uppfattning av målsägandens passivitet som tecken på frivillighet förutsätter att den tilltalade försäkrat sig om målsägandens vilja. Ett uteblivet förvissande tycks sett till hovrätternas diskurser motsatsvis innebära

---

<sup>43</sup> B 2563–22.

att den tilltalade kan anses klandervärd i sin insikt. Eftersom förvissandediskursen på så vis belastar enbart den tilltalade talar även denna emot teorin.

”■■■■, som endast haft sex med Sekretess A vid ett par tillfällen innan, har vid gärningstillfället uppenbarligen inte på något sätt förvissat sig om huruvida Sekretess A;s passivitet givit uttryck för frivillighet, utan helt förlitat sig på att tidigare frivillighet alltjämt förelegat.”<sup>44</sup>

T4: Den tilltalade har utövat våld eller mer våld än vanligt (F 3/10)

Hovrätterna omtalar i aktuella mål omständigheten att den tilltalade har använt våld eller mer våld än vanligt som en särskild anledning för den tilltalade att inse risken för att målsäganden inte delar frivilligt. Diskursen ger således uttryck för att utövande av våld innebär ett ökat ansvar för den tilltalade att iaktta aktsamhet beträffande målsägandens vilja. Våldsdiskursen tar såsom förvissandediskursen sikte enbart på den tilltalades agerande och talar därmed emot teorin.

“Dessa omständigheter sammantaget med det förhållandet att ■■■■ under stora delar av förloppet utövat våld mot målsäganden talar enligt hovrättens mening för att han insett att det fanns en risk för att målsäganden inte deltog frivilligt.”<sup>45</sup>

T5: Den tilltalade och målsäganden har aldrig eller enbart ett fåtal gånger träffats tidigare (F 3/10).

Ett mer sällan men likväl förekommande beaktande tar sikte på omständigheten att den tilltalade och målsäganden inte känner varandra. I de aktuella målen ligger hovrätternas beaktande i själva omnämmandet av omständigheten, snarare än i närmare avvägning av denna. Ur ett diskursanalytiskt perspektiv kan dock omnämmandet i sig tillmätas vikt, med hänvisning till att hovrätterna har valt att lyfta in omständigheten i bedömningen. Diskursen kan därmed sägas ge uttryck för att omständigheten att parterna inte känner

---

<sup>44</sup> B 474–21.

<sup>45</sup> B 849–20.

varandra, i mer eller mindre försvårande riktning, ökar ansvaret för den som vill företa en sexuell handling med någon annan, vid en process den tilltalade, att iaktta aktsamhet. Fastän bekantskapsdiskursen således tar sikte på situationen snarare än ageranden, talar alltså även denna emot teorin.

”Med beaktande av hennes uppgifter, att hon och ■■■ endast hade träffats vid något enstaka tillfälle tidigare och inte kände varandra samt [...]. Av samma skäl måste ■■■ ha förstått att risken för att målsäganden inte deltog frivilligt var avsevärd [...].”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> B 3851–22.

## 4 Sammanfattande analys

Genom min diskursanalys av hovrättsdomarna har jag kunnat identifiera fem teman i hovrätternas bedömningar av huruvida den tilltalade har förstått eller insett risken för att målsäganden inte deltog frivilligt. Samtliga av dessa teman tar sikte på omständigheter vilka av hovrätterna bedöms i någon mån föranleda insikt om målsägandens ofrivilliga deltagande.<sup>47</sup> De två mest frekvent förekommande teman består i dels att målsäganden var passiv (T1), dels att målsäganden inte gett uttryck för frivilligt deltagande (T2). Övriga tre teman tar sikte på att den tilltalade inte försäkrat sig om målsägandens frivilliga deltagande (T3), att den tilltalade utövat våld (T4) och att den tilltalade och målsäganden inte känner varandra (T5).

Såsom följer av min diskursanalys ovan tycks en underliggande föreställning hos hovrätterna vara att frånvaro av aktivitet och av uttryck för frivillighet utgör avvikande reaktioner på önskade sexuella närmanden. I linje härmed tycks en ytterligare underliggande föreställning vara att en tilltalad kan och bör uppfatta en sådan frånvaro i målsägandens agerande, vilket i sig belastar den tilltalade. Denna observation underbyggs vidare genom förvissningsdiskursen i fyra mål under tema tre (T3). Diskursen ger härvid som nämnt uttryck för att den tilltalade vid målsägandens agerande enligt ovan måste försäkra sig om målsägandens frivilliga deltagande för att inte kunna anses klandervärd i sin insikt. Vidare kan konstateras att hovrätternas våldsdiskurs under tema fyra (T4) på ett tydligt sätt ålägger den tilltalade ett ansvar för att vara uppmärksam på risken, vid utövande av våld, för att målsäganden inte deltar frivilligt. Bekantskapsdiskursen under tema fem (T5) riktar sig som vi sett mot en situation snarare än ageranden. Effekten av diskursen vid hovrätternas bedömningar blir dock som vi sett att den tilltalades ansvar i varierande mån tycks öka.

Resultatet av diskursanalysen måste således sägas vara att hovrätternas argumentationer i undersökta mål sammantaget inte ger uttryck för en outtalad premis bestående i att målsäganden själv bär ansvar för att markera gränsen

---

<sup>47</sup> Förklaringen härtill finner ni under metodavsnittet.



för sitt frivilliga deltagande. Den motbild som framkommer genom ett av hovrättsmålen föranleder av ovan redovisade skäl inte någon annan slutsats.

Lås oss därmed gå vidare till att se på vilket ansvar för att manifesteras sitt ofrivilliga deltagande som åläggs målsäganden genom hovrättsmålen. Såsom framgår av analysen ovan bedöms målsägandens passivitet eller frånvarande uttryck för frivillighet vid nio av tio uppsåtsbedömningar utgöra indikationer på ofrivilligt deltagande vilka den tilltalade förväntas uppfatta. I fem av målen tycks hovrätterna betrakta dessa omständigheter som i sig eller i kombination med den aktuella situationen tillräckliga för konstaterande av den tilltalades insikt. I fyra av målen beaktar hovrätterna därtill omständigheten att den tilltalade inte har förvissat sig om målsägandens frivillighet som en anledning att betrakta den tilltalade som klandervärd i sin insikt. Således ger hovrättsdiskurserna uttryck för att målsäganden avlastas snarare än åläggs ansvar i förhållande till den tilltalades insikt. Slutsatsen kan formuleras som att hovrätternas bedömningar i de undersökta målen inte ålägger målsäganden något särskilt ansvar i förhållande till den tilltalades insikt eller misstanke om målsägandens ovilja.

Detta icke-ansvar för målsäganden ligger enligt min bedömning helt i linje med gällande rätt. Som framgår av min redogörelse uppställer varken lagen eller propositionen för ofrivillighetens legitimitet några krav avseende målsägandens sätt att uttrycka denna. En annan sak är att målsägandens ofrivilliga deltagande som nämnt måste speglas av hans faktiska handlande för att frivillighetsrekvisitet ska kunna anses uppfyllt och uppsåtsbedömning överhuvudtaget bli aktuell.

Slutligen kan noteras att fråga kvarstår, då hovrätternas tillämpning av gällande rätt i de tio undersökta domarna således återspeglar den bild av gällande rätt vilken vi på Tjejjouren målar i våra workshops, hur den bild vilken HD målar i NJA 2022 s. 237 ska förstås.

# Källförteckning

## *Tryckta källor*

### **Offentligt tryck**

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

Prop. 2021/22:231 Skärpt syn på våldtäkt och andra sexuella kränkningar.

### **Rättsfall**

#### Högsta domstolen

NJA 2017 s. 316 I och II.

NJA 2019 s. 668.

NJA 2022 s. 237.

#### Göta hovrätt

B 2564–20.

#### Hovrätten för Nedre Norrland

B 233–20.

#### Hovrätten över Skåne och Blekinge

B 849–20.

#### Hovrätten för Västra Sverige

B 4901–22.

B 3851–22.

#### Svea hovrätt

B 9857–19.

B 474–21.\*

B 2563–22.

B 12172–21.

B 1606–22.\*

## **Litteratur**

Andersson, Ulrika: *Hans ord eller hennes? En konsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*. 1 uppl., Malmö 2004.

Asp, Petter - Ulväng, Magnus – på grundval av texter Nils Jareborg: *Kriminalrättens grunder*. 2 uppl., Uppsala 2013.

Asp, Petter – Ulväng, Magnus: *Täckningsprincipens ABC*. Juridisk Publikation 2009.

Länk: [http://juridiskpublikation.se/wp-content/uploads/2014/10/22009\\_Petter-Asp-Magnus-Ulv%C3%A4ng.pdf](http://juridiskpublikation.se/wp-content/uploads/2014/10/22009_Petter-Asp-Magnus-Ulv%C3%A4ng.pdf).

## **Övrigt**

### Lagkommentar

Asp, Peter: Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 §, avsnitt 2.2.2 Om den generella anvisningen om att det ”särskilt ska beaktas” om frivilligheten kommit till uttryck, Lexino 2022-08-18 (JUNO).

### Rapport

Brå rapport 2020:6 *Den nya samtyckeslagen i praktiken. En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt*. Stockholm 2020.

Länk: [https://bra.se/download/18.7d27ebd916ea64de5306522c/1614334749612/2020\\_6\\_Den\\_nya\\_samtyckeslagen\\_i\\_praktiken.pdf](https://bra.se/download/18.7d27ebd916ea64de5306522c/1614334749612/2020_6_Den_nya_samtyckeslagen_i_praktiken.pdf).

### Undervisningsmaterial

Andersson, Ulrika: Föreläsning sexualbrotten II, Lund 08-04-22.

Presentation tillgänglig i Blackboard.