



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Vendela Edström

Vad är passiv (o)frivillighet?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Andreas Anderberg

Termin: VT23

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR	3
INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar.....	5
1.3 Avgränsningar.....	5
1.4 Metod och perspektiv	7
1.5 Material	8
1.6 Forskningsläge	8
1.7 Disposition	9
GÄLLANDE RÄTT	10
2.1 Våldtäkt och oaktsam våldtäkt	10
2.2 Allmänt om frivilligt deltagande	11
2.3 Frivillighetsrekvisitet i lagtext	12
2.4 Förarbeten	13
2.5 Doktrin	15
RÄTTSFALLSANALYS.....	17
3.1 Högsta domstolen.....	17
3.1.1 NJA 2019 s. 688.....	17
3.1.2 NJA 2022 s. 237.....	18
3.2 Hovrätter	19
3.2.1 Mål B 4901-22.....	19
3.2.2 Mål B 4398-21.....	20
3.2.3 Mål B 2909-22.....	21
3.2.4 Mål B 1736-23.....	21
ANALYS	23
KÄLLFÖRTECKNING	27

Summary

On June 1, 2018, a voluntariness requirement was introduced in the Swedish rape provision in Chapter 6, Section 1 of the Swedish Penal Code (BrB).

The new requirement implies that the absence of mutual voluntariness forms the basis for criminal liability. The actions of the victim and how their expressed voluntariness is assessed are of central importance in the evaluation. In my essay, I have examined the boundaries of the victim's voluntariness when it is not explicitly expressed through words or actions. Specifically, I have investigated how passivity on the part of the victim relates to the voluntariness requirement. Since the law came into force, the issue has been addressed by the Supreme Court in two different cases. When the question of the victim's passivity in relation to voluntariness has come up for consideration by the Supreme Court, it has been assessed in different ways. In one case, the victim's passivity resulted in a conviction, while in another case, it led to an acquittal. This raises the question of how passivity should be assessed and in which situations it indicates voluntariness or lack thereof. Another question that arises is how the same behavior can lead to different judicial outcomes in terms of legal certainty. Within the scope of this essay, I have attempted to find answers as to when passivity constitutes a basis for voluntariness and in which cases passivity during intercourse results in a rape conviction. In my investigation, I initially analyzed existing law and then examined both Supreme Court judgments along with several appellate court judgments. Through this work, I have identified certain assessment criteria in the legislative materials and subsequently tried to identify the specific circumstances upon which the courts based their evaluations. Based on the findings throughout the process, I have found that passivity can be interpreted as both voluntary and involuntary participation. An overall assessment must be made, taking into account, among other things, any previously communicated consent between the parties. This may lead to some uncertainty regarding situations that result in convictions. However, it is a necessary consequence in relation to sexual self-determination and legal certainty. Passive behavior must be capable of being interpreted in different ways to uphold the right to sexual self-determination.

Sammanfattning

Den 1 juni 2018 infördes ett frivillighetsrekvisit i den svenska våldtäktsbestämmelsen i 6 kap 1 § BrB. Det nya rekvisitet innebär att avsaknad av ömsesidig frivillighet ligger till grund för straffansvar. Målsägandens agerande och hur personen uttryckt frivillighet är av central betydelse för bedömningen. I min uppsats har jag undersökt vilka gränser målsägandens frivillighet ställs inför när denna inte explicit uttrycker frivillighet genom ord eller handling. Mer specifikt har jag undersökt hur passivitet från målsägandens sida förhåller sig till frivillighetsrekvisitet. Sedan lagen trädde i kraft har frågan behandlats av Högsta domstolen i två olika fall. När frågan om målsägandens passivitet i förhållande till frivillighet har blivit aktuell för prövning av Högsta domstolen har frågan bedömts på olika sätt. I det ena fallet resulterade målsägandens passivitet i en fällande dom, och i ett annat mål i en friande. Detta föranleder frågan hur passivitet ska bedömas och i vilka situationer det utgör ett uttryck för frivillighet respektive ofrivillighet. Ytterligare en fråga som aktualiseras är hur samma beteende föranleder olika domslut i relation till rättssäkerheten. Jag har inom ramen för denna uppsats försökt söka svar på i vilka fall passivitet utgör en grund för frivillighet och i vilka fall passivitet i samband med samlag leder till en våldtäktsdom. I min undersökning har jag inledningsvis analyserat gällande rätt och därefter båda Högsta domstolens domar tillsammans med ett antal hovrättsdomar. Genom detta arbete har jag funnit vissa bedömningsgrunder i lagens förarbeten och sedan försökt identifiera vilka konkreta omständigheter domstolarna grundat sin bedömning på. Baserat på det som framkommit under arbetets gång har jag funnit att passivitet kan tolkas som både uttryck för frivilligt respektive ofrivilligt deltagande. I bedömningen måste en helhetsbedömning ske där bland annat tidigare kommunicerat samtycke mellan parterna tas med i bedömningen. Detta kan föranleda en viss osäkerhet kring vilka situationer som leder till fällande domar. Det är däremot en nödvändig effekt i relation till den sexuellt självbestämmande och rättssäkerhet. Passivt beteende måste kunna tolkas på olika sätt för att upprätthålla rätten till sexuellt självbestämmande.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
Brå	Brottsförebygganderådet
HD	Högsta domstolen
Kap	Kapitel
NJA	Nytt juridiskt aktiv
Prop	Proposition
SvjT	Svensk juristtidning

Inledning

1.1 Bakgrund

Våldtäktsbestämmelsen har under årtionden genomgått betydande förändringar för att bättre anpassas till samhällets förändrade syn på sexualbrott och brottsoffrets rättigheter.¹ Flertalet röster från såväl politiker som rättsvetare har höjts med krav på införandet av ett frivillighetskriterium.² Den senaste reformationen genomfördes 2018 och resulterade i det som brukar benämnas som samtyckeslagen. Lagen innehåller, tillskillnad från tidigare, ett frivillighetsrekvisit.

Tidigare krav på våld, hot eller utnyttjande av hjälplöst tillstånd har ersatts med ett krav på ömsesidig frivillighet.³ Det nya kravet på frivillighet kan uttryckas på flera sätt. Bedömningen av om frivillighet föreligger utgår ifrån om frivillighet uttryckts genom ord, handling eller annat sätt. Bedömningen är oberoende av om det förekommit våld, hot eller utnyttjande. Avsaknad av frivillighet är efter lagändringen tillräckligt för att generera straffansvar.⁴

Trots det till synes tydliga kravet på frivillighet har lagen ställts inför utmaningar. En av dessa situationer är vad som händer när en person inte ger uttryck för frivillighet, men inte heller för ofrivillighet – det vill säga hur ska ett passivt deltagande bedömas? Förarbetena ger inget tydligt svar på frågan. Där framgår att passivitet i undantagssituationer kan tolkas som ett uttryck för frivillighet.⁵ Vilka dessa undantagssituationer är preciseras inte närmare. Söks svaret i stället i rättspraxis finner vi två olika tolkningar av hur passivitet kan tolkas i förhållande till frivillighet.⁶

¹ Asp 2010 s. 73

² Asp 2010 s. 74

³ Asp 2010 s. 68

⁴ Prop 2017/18:177 s.78

⁵ Prop 2017/18:177 s. 131

⁶ Se NJA 2019 s. 688 och NJA 2022 s. 237

Det sätt som lagen idag är konstruerad på bygger på en balansgång mellan upprätthållandet av sexuellt självbestämmande och rättssäkerhet. Alla människor har rätt att uttrycka frivillighet på valfritt sätt.⁷ Lagen måste samtidigt vara rättssäker och inte lämna luckor för godtycklig bedömning.⁸ Vilket resultat i den unika konstruktion bestämmelsen har idag. För att åskådliggöra komplexiteten som karakteriserar bestämmelsen är det intressant att ställa våldtäkt i relation till andra brott i brottsbalken. Exempelvis till brottet stöld som återfinns i 8 kap. 1 § BrB. För dem allra flesta framstår det nog som otänkbart att fria en person från stöld för att brottsoffret förhöll sig passiv vid tidpunkten för händelsen. Varför föranleder våldtäktsbestämmelsen i vissa fall en annan tolkning?

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att undersöka hur passivitet från målsägandens sida förhåller sig till kravet på frivillighet i 6 kap. 1-1a §§ BrB. Mot bakgrund av detta kommer uppsatsen också att lyfta gränsdragningsproblematik mellan frivilligt deltagande och passivitet. Slutligen ska undersökas om gällande rätt och domstolarnas bedömning föranleder rättssäkerhetsproblematik. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande frågeställningar besvaras;

- På vilka sätt utgör passivitet ett uttryck för ofrivilligt respektive frivilligt deltagande inom ramen för nuvarande lagstiftning?
- Hur har Högsta domstolen och hovrätterna resonerat kring passivitet i förhållande till kravet på frivilligt deltagande?
- Är den nuvarande lagen rättssäker/oförutsebar vad gäller passivt deltagande?

1.3 Avgränsningar

⁷ Prop 2017/18:177 s. 32

⁸ Prop 2017/18:177 s. 31-32

På grund av uppsatsens begränsade omfång har ett antal avgränsningar varit nödvändiga. Uppsatsen kommer enbart behandla passivitet i förhållande till våldtäkt i 6 kap. 1 BrB och oaktsam våldtäkt i 6 kap. 1a § BrB. Frivillighet är relevant även i förhållande till andra brott i brottsbalkens 6 kapitel, dessa har med anledning av uppsatsens begränsade omfång inte behandlats närmare. Vid redogörelse för de två nämnda bestämmelserna kommer fokus fästas vid de rekvisit som berör passivitet och frivillighet. Övriga rekvisit såsom sexuell handling och bevisning kommer inte analyseras mer än vad som krävs för att förstå innebörden av frivillighet respektive passivitet. Avgränsningen avser uppsatsens samtliga kapitel.

För att öka förståelsen för hur den gällande rätten ser ut har jag valt att genomföra en rättsfallsanalys. Antalet domar från Högsta domstolen uppgår idag till tre i antalet sedan den nya samtyckeslagen trädde i kraft. Två av dessa kommer att analyseras närmare.⁹ I avsaknad av fler prejudikat kommer analysen baseras på ett urval av fyra hovrättsdomar.¹⁰ Urvalet av domar har gjorts enligt följande kriterium;

- Den tilltalade står åtalad för våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt
- Domstolen har tagit ställning till situationer där målsäganden mer eller mindre förhållit sig passiv
- Domstolsprövningen ägde rum inom tidsperioden mellan februari 2022 fram till april 2023

Jag har valt att begränsa tidsperioden till att ligga så nära i tiden som möjligt för att på det sättet åskådliggöra den mest aktuella rätten. Långt ifrån alla våldtäktsdomar behandlar situationer där passivitet varit föremål för prövning. Enbart domar där rätten tagit ställning till kravet på frivillighet i förhållande till passivitet är därför av intresse.

⁹ NJA 2022 s.75 berör påföljdsvalet och behandlar inte frivilligt deltagande

¹⁰ Se källförteckning för hovrättsdomar

Hovrättens argumentation i andra delar av målet, exempelvis val av påföljd och omständigheter som inte står i relation till en frivillighetsbedömning kommer lämnas utan avseende.

Urvalet syftar till att exemplifiera hur lagen ser ut vid tillämpningen. Ett bredare underlag av prejudikat fodras för att ge en rättvis och hel täckande bild av gällande rätt, som inom ramen för min undersökning inte är möjlig.

1.4 Metod och perspektiv

För att besvara ovan ställda frågor kommer en rättsdogmatisk metod att användas. Den rättsdogmatiska metoden brukar traditionellt definieras som en metod med syfte att fastställa gällande rätt med hjälp av allmänt accepterade rättskällor.¹¹ Med rättskällor avses i förekommande fall praxis, förarbeten och doktrin.¹² Den rättsdogmatiska metoden kommer användas för att undersöka den redan befintliga rättsliga regleringen av frivillighetsrekvisitet i 6 kap. 1 § BrB. Detta innebär att lagtext, förarbeten, doktrin och praxis kommer att studeras och analyseras för att identifiera hur den rättsliga regleringen av bestämmelsen ser ut i förhållande till passivitet. Inom ramen för den rättsdogmatiska metoden avses enbart praxis från överinstanserna, vilket innebär att underinstansernas avgöranden enbart har en marginell betydelse.¹³ Den traditionella rättsdogmatiska metodens strikta tillämpning föranleder viss problematik eftersom Högsta domstolens prejudikat på området i skrivande stund uppgår till tre. Jag har därför valt att gå utanför den traditionella rättsdogmatiska metoden i kapitel tre för att exemplifiera hur rekvisiten har tolkats i hovrätterna. Syftet med hovrättsdomarna är inte att analysera effekterna av lagen eller den praktiska tillämpningen. Genom att analysera hur underinstanserna har tolkat frivillighet hoppas jag kunna få en bättre förståelse av den gällande rätten utifrån dem erkända rättskällorna.

Kapitel två och tre kommer redogöras utifrån de lege lata, vilket innebär att framställa rätten så som den ser ut.¹⁴ En argumentation utifrån de lege late

¹¹ Sandgren s. 51

¹² Sandgren s.47

¹³ Sandgren s. 52

¹⁴ Nääv och Zamboni s. 36

bidrar till möjligheten att finna brister i den gällande rätten så som den ser ut. I kapitel fyra kommer argumentationen utgå ifrån de lege ferenda och se om gällande rätt så som den beskrivits i kapitel två och tre ger upphov till problem i förhållande till rättssäkerhet.

1.5 Material

Uppsatsens material baseras i huvudsak på sedvanliga rättskällor som behandlar förhållandet mellan frivillighet och passivitet. Det är därför av relevans att behandla samtyckeslagen (2018:618) med dess tillhörande proposition 2017/18:177. Samtyckeslagen är den lag som reglerar våldtäkt idag och grunden till frivillighetsrekvisitets existens. För att förstå intentionerna till varför lagen är konstruerad på det sätt som framgår av lagtexten är det av intresse att söka svar i propositionen. Högsta domstolens avgöranden på området spelar också en viktig roll för att förstå hur lagen ska tolkas. Det är därför av betydelse att analysera NJA 2019 s. 688 och NJA 2022 s. 237 för att öka förståelsen för gällande rätt. Vidare kommer den juridiska doktrinen att användas för att bidra med andra juristers tolkningar av rättsläget. Två juristers artiklar som kommer behandlas närmare är Gustavssons och Wennbergs publikationer. Båda dessa författare har kommenterat och analyserat den nya lagen och bidragit med externa infallsvinklar på hur passivitet bör tolkas utifrån den nya lagen.

1.6 Forskningsläge

Den nya samtyckeslagen har i dagsläget varit i kraft i knappt fem år. Forskningsläget kring frivillighet i förhållande till passivitet är för närvarandet bristfällig. En av de studier som delvis har behandlat förhållandet är en rapport utgiven av brottsförebygganderådet (BrÅ) som publicerades 2020, med titeln ”Den nya samtyckeslagen i praktiken”.¹⁵ I rapporten presenteras ett avsnitt om tillämpningen och bedömningen avseende passivitet.¹⁶

¹⁵ BrÅ, rapport 2020:6

¹⁶ BrÅ, rapport 2020:6 s. 47

Vidare finns två artiklar som båda berör frivillighetskriteriet. Den första är skriven av Hanna Yakoub Gustavsson och har titeln ”Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet”.¹⁷ Den andra är skriven av Suzanne Wennbeg med titeln ”befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet”.¹⁸ Båda dessa artiklar är relevanta för uppsatsen och behandlas närmare i kapitel två.

1.7 Disposition

Uppsatsen är indelad i fyra kapitel.

Kapitel ett utgör uppsatsens ram och behandlar bland annat syfte och frågeställningar.

Kapitel två syftar till att redogöra för gällande rätt med fokus på frivillighetsrekvisitet och en redogörelse för inom vilka rekvisit passivitet kan tolkas in. Redogörelsen ligger till grund för att besvara frågeställning 1.

Kapitel tre utgör en rättsfallsanalys som inleds med avgöranden från Högsta domstolen och avslutas med avgöranden från hovrätterna. Syftet är att utreda hur domstolarna bedömt frivillighet i förhållande till passivitet och på så sätt utgöra grunden för frågeställning 2.

Kapitel fyra utgör uppsatsens avslutande kapitel. Här kommer en analys av den gällande rätt som presenterats i kapitel två knytas ihop med domstolarnas avgöranden. Inom ramen för den information som presenterats i tidigare kapitel ska eventuella brister i lagen åskådliggöras och ställas i relation till rättssäkerhet. Samtliga frågeställningar kommer att besvaras i detta kapitel.

¹⁷ Gustafsson, Yakoub 2020

¹⁸ Wennberg 2018/19

Gällande rätt

Följande kapitel redogör för våldtäktsbestämmelsen med utgångspunkt i rekvisiten som behandlar frivillighet. I framställningen kommer även en överskådlig redogörelse för brottet oaktsam våldtäkt och vilka skillnader som föreligger mellan brotten.

2.1 Våldtäkt och oaktsam våldtäkt

I brottsbalkens 6 kapitel återfinns kriminalisering för våldtäkt och andra sexualbrott. Syftet med lagändringarna som genomfördes år 2018 var att tydliggöra varje människas rätt till personlig- och sexuell integritet samt rätten till sexuellt självbestämmande.¹⁹

Våldtäktsbestämmelsen i dess nuvarande lydelse återfinns i 6 kap. 1 § BrB och har följande lydelse:

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

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, *allvarlig rädsla*, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen. (...)

Som framgår av lagtexten utgör passivitet inte ett eget rekvisit i nuvarande lag. Passivitet ryms däremot inom flera rekvisit i lagen. Kursiverade rekvisit är relevanta att behandla i förhållande till passivt deltagande i kommande framställning. Innan rekvisiten redogörs närmare är det viktigt att förstå hur

¹⁹ Prop. 2017/18:177 s. 1

bedömningen av frivillighet går till och vilka intressen som influerat dagens utformning av bestämmelsen.

2.2 Allmänt om frivilligt deltagande

För att förstå vilka våldtäktsdomar som leder till fällande dom är det viktigt att förstå bestämmelsens konstruktion. Våldtäktsbestämmelsen vilar på en grundtanke om frivillighet. Det betyder att en sexuell handling som genomförs frivilligt är straffri, och på motsatt sätt utgår straffansvar om frivillighet inte förekommit.²⁰ Den nya innebörden av 6 kap. 1 § BrB rymmer två olika typfall som måste beaktas i relation till frivillighet. Enligt *första meningen* måste frågan avgöras huruvida deltagandet varit frivilligt eller inte. Vidare måste prövas om den uttryckta frivilligheten är giltig enligt bestämmelsens *tredje mening*. Tredje meningen är uttömmande vad gäller situationer där uttryck för frivillighet aldrig är att anses som giltiga. Andra typer av uttryck kan på motsatt sätt godtas.²¹ Domstolarna utgår ifrån en bedömningsmodell är de initialt prövar frågan om målsägaren haft möjlighet att fritt ta ställning och uttrycka frivillighet utifrån bestämmelsens tredje mening. Om målsägaren utifrån omständigheterna i det enskilda fallet haft denna möjlighet stannar bedömningen där. Om uttryck för frivillighet inte kommit till uttryck enligt vad som stadgas i bestämmelsens tredje mening övergår bedömningen till att pröva frivilligheten i förhållande till den sexuella handlingen.²²

Kravet på frivillighet innehåller vissa begränsningar och räckvidden sträcker sig inte så långt att bristande frivillighet alltid leder till straffansvar. Exempelvis räcker det med att en person haft möjlighet att ta ställning till om denna vill delta eller inte. Om personen deltar på frivillig grund trots att personen innerst inne inte ville träffas det inte utav straffansvaret. Det innebär att så kallat ”tjatsex” enligt nuvarande lagstiftning inte leder till straffansvar oberoende av personens egentliga inställning till samlaget.²³

²⁰ Prop. 2017/18:177 s. 77

²¹ Prop. 2017/18:177 s. 38 se också Gustafsson Yakoub 2020 s. 115 ff

²² Gustafsson Yakoub 2020 s. 118

²³ Prop. 2017/18:177 s.78

Straffansvar förutsätter att gärningspersonen handlat med uppsåt i förhållande till avsaknaden av frivillighet.²⁴ Likgiltighetsuppsåt är tillräckligt i relation till kravet på icke-frivilligt deltagande, exempelvis i de situationer när något uttryck för frivillighet inte förekommit.²⁵

Utöver kravet på frivillighet resulterade 2018 års sexualreformer i att de subjektiva rekvisiten för våldtäkt utvidgades genom införandet av 6 kap. 1a § BrB som stadgar oaktsam våldtäkt. Skillnaden mot 6 kap. 1 § BrB utgörs av kravet på uppsåt. Genom den nya bestämmelsen kriminaliseras situationer när uppsåt föreligger i förhållande till den sexuella handlingen och gärningspersonen varit grovt oaktsam i förhållande till kravet på frivilligt deltagande.²⁶ Grov oaktsamhet betyder att gärningspersonen misstänkt eller borde ha misstänkt att den andra personen inte deltog frivilligt.²⁷ Enligt bestämmelsens andra stycke stadgas den nedersta gränsen för straffansvar. Om gärningen varit mindre allvarlig med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet utgår inte straffansvar enligt denna bestämmelse.²⁸

2.3 Frivillighetsrekvisitet i lagtext

I folkmun har den nya sexuallagstiftningen ofta benämnts som *samtyckeslagen*. Trots benämningen saknas ett explicit krav på ”samtycke” i den nuvarande lagstiftningen. Kravet på samtycke kommer i stället till uttryck genom rekvisitetet ”*inte deltar frivilligt*”.²⁹ Lagstiftaren har medvetet valt att hålla isär begreppet ”samtycke” från begreppet ”frivillighet”. Anledningen till att ett annat begrepp har valts i förhållande till våldtäkt är att ”samtycke” redan har en specifik betydelse i 24 kap. 7 § BrB. En annan term har enligt lagstiftaren varit nödvändigt i förhållande till våldtäkt eftersom begreppen annars skulle vara lika, men ha olika innehåll. Som exempel lyfts de tillfällen där

²⁴ Jrf 1 kap. 2 § BrB och Asp och Ulväng, Täckningsprincipens ABC, s.266

²⁵ Se Asp, Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 § BrB Lexion 18-08-2022 (JUNO)

²⁶ Se Asp, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 § Lexino 18-08-2022 (JUNO)

²⁷ Prop. 2017/18:177 s.85

²⁸ Prop. 2017/18:177 s. 85

²⁹ Se 6 kap. 1 § BrB

samtycke tillkommer i villfarelse. Enligt 24 kap. 7 § BrB resulterar det i att samtycket blir ogiltigt. Inom ramen för sexualbrott var syftet inte att villfarelse, om exempelvis uppgifter om könssjukdomar skulle vara straffgrundande.³⁰

Rekvisitet *inte deltar frivilligt* är ett normativt begrepp.³¹ Begreppets utformning möjliggör för rättstillämparen att i varje enskilt fall göra en bedömning avseende frivillighetens förekomst. Rättstillämparen står däremot inte helt fri i sin bedömning. Viss vägledning för att avgöra förekomsten av frivillighet återfinns i lagtexten i bestämmelsens andra mening. Bedömningen ska grundas på om: ”frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt”.³² Målsägarens agerande är genom denna skrivelse av central betydelse för bedömningen.

I vissa situationer kan frivillighet aldrig föreligga oavsett om målsägaren givit uttryck för frivillighet på det sätt lagtexten förespråkar. Dessa situationer anges i 6 kap 1 § 1-3p BrB. Passivitet anges inte explicit som en grund, men kan i vissa situationer utgöra en del av allvarlig rädsla som anges i 2p.³³

2.4 Förarbeten

Vid införandet av 2018 års samtyckeslag diskuterades om lagtexten skulle uppställa ett uttryckligt krav på att frivillighet måste kommuniceras genom ord eller handling. Ett sådant krav skulle resultera i att passivitet aldrig skulle kunna anses som ett uttryck för frivillighet.³⁴ Förslaget möttes av kritik från flera remissinstanser. Argumentet mot förslaget var att det skulle få oönskade effekter i praktiken. Ett exempel som visar på vilka oönskade konsekvenser som skulle kunna aktualiseras är de situationer där målsäganden deltar i en sexuell handling frivilligt, men inte ger uttryck för frivilligheten. Straffansvar skulle i det fallet utgå trots att samlaget varit frivilligt.³⁵

³⁰ Prop. 2017/18:177 s. 30 – 31

³¹ Prop. 2017/18:177 s. 30

³² 6 kap. 1 § BrB

³³ Prop 2017/18:177 s.19

³⁴ Prop 2017/18:177 s. 30 – 31

³⁵ Prop 2017/17:177 s. 32

I situationer där målsäganden sagt ”ja” men gärningspersonen insett att det inte utgör ett faktiskt samtycke, blir resultatet det motsatta. Där utgår inte straffansvar för ett ofrivilligt samlag.³⁶

Lagstiftaren har löst problematiken genom att utvidga frivillighetsbedömningen till att omfatta situationer där målsägaren ”uttryckligt, genom handling eller *på annat sätt*” uttrycker sin frivillighet. Målsägandens agerande genom exempelvis kroppsspråk eller mimik beaktas i bedömningen.³⁷ Tillägget ”på annat sätt” medför att passivt uppträdande i vissa fall kan tolkas som ett uttryck för frivillighet. Motivet bakom det utgörs av lagstiftarens vilja att återspegla rätten till sexuellt självbestämmande. Människors sätt att uttrycka frivillighet skiljer sig åt mellan individer och bör inte regleras av lagstiftaren. Både frivillighet som uttrycks aktivt såväl som av mer subtil natur ska godtas som uttryck för frivillighet. Ett sexuellt närmande som bemöts med passivt beteende måste utifrån den sexuella självbestämmanderätten medföra ett giltigt samtycke.³⁸

I förarbetena anfördes att både aktivt deltagande och passivitet godtas som uttryck för frivillighet. Lagstiftaren har varit medveten om svårigheten som uppkommer vid bedömningen av om passivitet i en viss situation ger uttryck för frivillighet eller ofrivillighet. Lagstiftaren har uppmärksammat en av situationerna. I situationer där målsäganden förhållit sig passiv eller på annat sätt givit dubbeltydiga signaler åligger det motparten att förvissa sig om att frivillighet föreligger.³⁹ Lagstiftaren har uppmärksammat att en sådan tolkning av passiviteten kan resultera i att uppsåtsrekvisitet i bestämmelsen uteblir. Därför bör de fall av passivitet som inte ger uttryck för frivillighet fångas upp av oaktsamhetskravet i 1 a § i dem fall där uppsåt inte kan styrkas.⁴⁰

³⁶ Prop 2017/18:177 s. 32

³⁷ Prop 2017/18:177 s. 80

³⁸ Prop 2017/18:177 s.32

³⁹ Prop 2017/18:177 s. 34

⁴⁰ Prop 2017/18:77 s.34

Utöver nämnda redogörelse rymmer lagtexten ett antal situationer där frivillighet aldrig kan anses föreligga.⁴¹ En av de situationer som omfattas av skyddet är när målsäganden befinner sig i ”allvarlig rädsla” som återfinns i 6 kap 1 § 2 p BrB. Dit hör situationer när offret befinner sig i rädsla av mer kvalificerat slag. Exempelvis när en person bemöter en sexuell handling med passivitet på grund av att denna blir paralyserad av skräck.⁴² Vart gränsen går mellan ett passivt frivilligt deltagande och ett passivt agerande resulterat av allvarlig rädsla berörs inte närmare i förarbetena.

2.5 Doktrin

Sexualbrottslagen har varit föremål för diskussion inom den juridiska doktrinen. Bland annat har sexualbrottskommitténs val att tillåta tysta samtycken kommenterats. Sexualbrottskommittén menade att frivillighet måste grundas på någon form av fysisk respons. Ett sådant krav hade inneburit att passivitet aldrig hade kunnat tolkas som ett uttryck för frivillighet.⁴³ Regeringen beslutade dock att tysta samtycken, som exempelvis passivitet utgör tillräckligt för att räknas som frivillighet.⁴⁴ Den förhållandevis otydliga gränsdragningsproblematiken mellan passivitet som uttryck för frivillighet respektive ofrivillighet bekräftas av Suzanne Wennberg. Wennberg har i sin artikel belyst problematiken kring förarbetenas otydlighet gällande passivitet. Wennberg har tolkat regeringens beslut som att passivitet utgör ett sätt att uttrycka frivillighet ”på annat sätt”. Vidare har hon ställt sig kritisk till det faktum att det inte går att avgöra vad som utgör frivillighet förens i efterhand.⁴⁵

En annan person som till stora delar ansluter sig till Wennbergs kritik av den nya samtyckeslagen är juristen Hanna Gustafsson Yakub. Hon lyfter upp delar av den kritik Lagrådet framförde i samband med utformningen av lagen.⁴⁶ Bland annat framförde Lagrådets kritik mot att frivillighetsrekvisitets

⁴¹ Se punkterna 1-3 i 6 kap. 1 § BrB

⁴² Prop 2017:18: 77 s. 19

⁴³ SOU 2016:60 s. 182-183

⁴⁴ Prop 2017/18:177 s. 34

⁴⁵ Wennberg 2018/19 s. 301

⁴⁶ Se avsnitt 2.3

nya formatering och obestämda innehåll riskerar att strida mot legalitetsprincipen. Följden av att tillämpa ett rekvisit som till sitt innehåll är tämligen obestämt är att det leder till en normativ bedömning av varje enskild rättstillämpare.⁴⁷ Ett av argumenten som lyfts fram av Yakub är gränsdragningsproblematiken som uppstår mellan frivillig passivitet och ofrivillig passivitet. Hon menade att det inte går att avgöra vilka situationer där passivitet godtas som ett uttryck för frivillighet.⁴⁸

Yakubs menade vidare att lagen lämnar utrymme för alternativa tolkningar i förhållande till frivilligheten. Hon ställde sig kritisk till regeringens tolkning av bestämmelsen.⁴⁹ Yakub menade att det finns andra sätt att tolka bestämmelsen som lämpar sig bättre utifrån ett förutsebarhetsperspektiv.⁵⁰ Hon menade att i de situationer frivillighet inte kommit till uttryck bör bedömningen i stället utgå ifrån bestämmelsens första mening. Enligt henne var denna tolkning att föredra eftersom det inte är möjligt att betrakta andra omständigheter som skulle kunna förneka ett frivilligt deltagande.⁵¹

⁴⁷ Lagrådets yttrande 2018-01-23 s. 4

⁴⁸ Gustafsson Yakub 2020 s. 114

⁴⁹ Se avsnitt 2.2

⁵⁰ Gustafsson Yakub 2020 s.118-119

⁵¹ Gustafsson Yakub 2020 s. 119

Rättsfallsanalys

Följande kapitel inleds med två rättsfall från Högsta domstolen. Därefter kommer fyra domar från hovrätterna att presenteras. Redogörelsen ämnar till att undersöka vilka faktorer som påverkat bedömningen av frivillighetsrekvisitet när målsägaren agerat passivt.

3.1 Högsta domstolen

3.1.1 NJA 2019 s. 688

Rättsfallet benämnd som *Övernattningen I* och prövar i huvudsak om den tilltalade haft tillräckligt uppsåt i förhållande till våldtäkten. Vid tidpunkten för den aktuella händelsen hade målsägaren (M) och den tilltalade (S-E.B) aldrig träffats tidigare. Parterna hade kommit i kontakt med varandra via sociala medier och kommunicerat med varandra genom sociala plattformar. S-E.B hade frågat om de skulle träffas och föreslagit att de skulle ha sex. M bjöd hem S-E.B till sin lägenhet men avböjde förslaget om att ha samlag via ett efterföljande sms. S-E.B svarade ”ok”. Vid tillfället för det första mötet kom S-E.B hem till M. Parterna låg i samma säng med separata täcken. M vaknade sedan av att S-E.B rörde vid hennes kropp vilket sedan övergick till ett vaginalt samlag. Det är enligt domstolen ostridigt att samlag förekom. M var under samlaget stel och visste inte hur hon skulle agera. S-E.B försökte vid något tillfälle vända hennes emot sig, men hon spjärnade emot och låg kvar på mage med ansiktet ned i kudden. S-E.B uppgav i förhör att han fortsatte den sexuella handlingen eftersom M inte sa nej. Han har vidare uppgett att det efter ett tag inte kändes bra vilket gjorde att han avbröt samlaget.⁵² Domstolen har i detta fall konstaterat att båda parter uppgett en samstämmig förklaring till händelseförloppet där M i allt väsentliga delar var passiv. M:s passivitet i kombination med det hon skickat tidigare där det framgått att hon inte vill ha sex talar med styrka för att den tilltalade i det initiala skedet av samlaget borde ha förstått att hon inte deltog frivilligt.⁵³ S-E.B kan med

⁵² NJA 2019 s. 688 domskäl 10-11

⁵³ NJA 2019 s. 688 domskäl 31-41

beaktande av ovan omständigheter klandras för att ha varit oaktsam i förhållande till frivilligheten och dömdes för oaktsam våldtäkt.

3.1.2 NJA 2022 s. 237

Rättsfallet benämns som *Övernattningen II*. I fallet hade målsägaren (M) och den tilltalade (HN) känt varandra sedan en tid tillbaka. Deras samvaro bestod i huvudsak av sexuell samvaro men även andra aktiviteter förekom. M har beskrivit deras relation som ”mjuk och romantisk”.⁵⁴ Kvällen den 30 maj bestämde dem sig för att ses. Konversationen innehöll ingenting som tydde på att dem skulle ha sex, men båda var underförstådda med det. M kom senare under kvällen hem till HN och de genomförde ett frivilligt samlag. HN var berusad och M upplevde honom hårdare än vanligt. Vid ett tillfälle tog han ett strypgrepp om M:s hals. Hon tyckte inte om det och la en hand på hans axel för att få honom att sluta. HN upphörde omedelbart och släppte greppet om halsen. Därefter somnade parterna, M vaknade inte förrän hon märkte att HN tog på henne. HN använde hennes hand för att onanera. M beskriver att hon var trött och inte riktigt hängde med på händelseförloppet, men för att inte göra honom upprörd tänkte hon ge honom oralsex tills han fick utlösning. M:s beskrivning av det fortsatta händelseförloppet utgår från att hon upplevde att HN skiftat i sitt beteende och antingen blev mycket upphetsad eller aggressiv. HN tog då ett hårt grepp i hennes hår och förde det till sitt könsorgan. M blev passiv samtidigt som HN med kraft förde hennes huvud fram och tillbaka utan att M gjorde något. Efter oralsexet gjorde HN upprepade försök att tränga in i målsägaren vaginalt, medan hon förhöll sig passiv.⁵⁵

HN har berättat att han var mycket berusad och inte minns detaljer kring den aktuella händelsen. Han minns att M gav honom oralsex medan han höll i hennes hår men uppger att han inte höll i henne för att kontrollera henne.

⁵⁴ NJA 2022 s. 237 domskäl 15

⁵⁵ NJA 2022 s. 237 domskäl 17

Vidare uppger han att om M på något sätt visat att hon inte ville, så som hon gjorde i förhållande till strypgreppet hade han slutat.⁵⁶

Tingsrätten och Hovrätten har i skuldfrågan landat i olika bedömningar. Tingsrätten friade HN medan Hovrätten dömde honom för oaktsam våldtäkt.⁵⁷ Högsta domstolen ansluter sig i detta fall till tingsrättens och hovrättens bedömning avseende förhållandet att den tilltalade faktiskt inte insåg att målsägaren inte deltog frivilligt.

Vidare konstaterar domstolen att det förhållande att M i hög grad var passiv, tillsammans med den handgripenhet som förekom talar för att HN haft anledning att misstänka att oralsexet inte var frivilligt. Högsta domstolen har beaktat om det finns andra omständigheter utöver passiviteten som talar för att HN borde förstått att samlaget inte var frivilligt. Bland annat har parternas tidigare relation beaktats och det faktum att M tidigare uttryckt ofrivillighet genom att lägga en hand på HN:s axel. Vidare konstateras att det inte fanns några andra omständigheter som talade för att frivillighet inte förelåg. Högsta domstolen menar att händelsen inte är så klandervärd att den kan bedömas som grov vilket gör att kravet för att dömas för oaktsam våldtäkt inte är uppfyllt. Den tilltalade friades.⁵⁸

3.2 Hovrätter

3.2.1 Mål B 4901-22

Målsägaren (S) och den tilltalade (T) var sedan tidigare kompisar med varandra och hade under tidpunkten för den aktuella kvällen kommit i kontakt med varandra på en fest. S och T har uppgett samstämmiga förklaringar till vad som hände den aktuella kvällen. Det hela började med att parterna hade sedan sovit över på adressen där festen var och låg i samma säng. T hade utan att fråga S börjat vidröra henne utan att få någon respons. T:s

⁵⁶ NJA 2022 s. 237 domskäl 18

⁵⁷ Se Mål B 2564-20 och B 2343-20

⁵⁸ NJA 2022 s. 237 domskäl 21

handlingar är jämförliga med ett samlag. S förhöll sig passiv under hela händelseförloppet och ingenting tyder på att hon visade samtycke genom ord eller handling.⁵⁹ T fotograferade också delar av händelsen. Hovrätten bedömer S:s passivitet som ett uttryck för ofrivillighet och att det måste ha insett risken för T att frivillighet saknades. Domstolen dömde T för oaktsam våldtäkt.

3.2.2 Mål B 4398-21

Följande redogörelse avser enbart åtalspunkt 1.1. Målsägaren (A) och den tilltalade (WJ) hade kommit i kontakt med varandra via Tinder och inledde en tid efter det en parrelation med varandra. Enligt A:s uppgifter var relationen stundtals stormig och hon upplevde att den tilltalade hade ett starkt kontrollbehov över henne och relationen.⁶⁰ Ofta spenderade de tid ihop hemma hos A eller hos WJ, där också hans son bodde varannan vecka. Under tidpunkten för den aktuella händelsen var paret hemma hos WJ tillsammans med hans son som sov i sovrummet. Händelsen inleds med att paret befinner sig tillsammans i sovrummet med den sovande sonen. WJ hade föreslagit att dem skulle ha sex varpå målsägaren svarat nej och att dem borde sova i stället. Båda två hade sedan förflyttat sig ut till soffan där ett samlag genomförts. Enligt hovrätten är det i målet ostridigt att ett samlag genomförts.⁶¹ A har hela tiden förhållit sig passiv, genom att vara tyst och titta upp i taket. Vilket WJ noterat genom att efter samlaget genom att kommentera att hon inte var tillräckligt aktiv. Enligt hovrätten är det möjligt att den tilltalade tolkade målsägarens ”nej” som ett nej till att ha samlag i sovrummet där sonen sov. Omständigheten att målsägaren själv gått till soffan utan tvång ger stöd till uppfattningen att den tilltalade inte haft anledning att misstänka att frivillighet saknades även i förhållande till samlaget i soffan. Utöver att målsägaren varit passiv menar hovrätten att det inte finns några andra omständigheter som talar för att den tilltalade borde försäkrat sig om att frivillighet förelåg. Den tilltalade frias från våldtäkt.⁶²

⁵⁹ Mål B 4901- 22 se s. 2

⁶⁰ Mål B 4398 - 21 se s. 6-7

⁶¹ Mål B 4398 - 21 s. 6

⁶² Mål B 4398 - 21 s. 7

3.2.3 Mål B 2909-22

Åtalet berör våldtäkt, alternativt oaktsam våldtäkt mellan den tilltalade (Y) och målsägaren (S) som inte hade någon tidigare relation till varandra. Under tidpunkten för den aktuella händelsen hade S tillsammans med sin Y befunnit sig hemma hos en kompis. Kompisen till S hade sedan tidigare en sexuell relation till Y som S kände till. Alla tre hade umgåtts hemma hos kompisen för att dricka alkohol och lyssna på musik. Under kvällen hade de samtalat om sex och samtalet hade utmynnat i vad dem hade för sexuella preferenser. Samtalen övergick sedan till att vännerna börjat massera varandra. Y hade frågat S om hon kunde utföra oralsex på honom, vilket S motsatte sig till. Händelsen övergår sedermera till att Y tar av S byxorna och för in ett finger i hennes underliv innan han genomför ett vaginalt samlag. Samlaget avbröts av kompisen som märkte att S grät. Hovrätten tillmäter betydelse till den omständighet att S och Y aldrig hade träffats innan händelsen.⁶³ Utöver det beaktas det förhållande att Y varit den drivande i den sexuella akten medan S förhållit sig passiv och vänt bort huvudet när samlaget genomfördes. Hovrätten menar att det passiva förhållandet sett till övriga omständigheter talar för att Y borde haft en större vaksamhet beträffande frivilligheten. Ytterligare en aspekt hovrätten menar styrker detta är det faktum att S tidigare sagt nej till oralsex talat för att Y borde insett att det fanns en risk för att samlaget inte var frivilligt. Hovrätten menar att omständigheterna talat för att Y haft anledning att kontrollera att frivillighet förelåg, han dömdes därför för oaktsam våldtäkt.

3.2.4 Mål B 1736-23

Åtalet berör våldtäkt alternativt oaktsam våldtäkt mellan den tilltalade (L) och målsägaren (S). Parterna kände varandra sedan tidigare genom kyrkan och hade tidigare gått på en dejt med varandra utan att fysisk beröring förekommit. Vid tidpunkten för den aktuella kvällen hade S tillsammans med en kompis kontaktat L i syfte att köpa alkohol. L hade tillsammans med en

⁶³ Mål B 2909-22 s. 5

kompis mött upp de båda vännerna och tagit med drickan. Alla hade tillsammans druckit och S hade blivit berusad. Hon och hennes kompis hade sedan följt med L hem. Väl inne i lägenheten hade båda kompisarna lagt sig på sängen varpå kompisen snabbt somnat medan S låg vaken. L befann sig också i sovrummet och började då vidröra S på bröstet och sedan förde han upp ett finger i hennes slida. L frågade S om de skulle ”hålla på” vilket S inte besvarade. I sammanhanget är det ostridigt att L utfört en sexuell handling på S och båda parter har uppgett att hon förhöll sig passiv. Enligt hovrätten måste L insett att det funnits en risk för att S inte deltog frivilligt med beaktande av att hon låg helt passiv tillsammans med den omständighet att hon vid tillfället var mycket berusad.⁶⁴ Inte heller hade S givit någon respons på L:s förslag om att ”hålla på”. Hovrätten konstaterar att L varit grovt oaktsam i förhållande till frivilligheten. Hovrätten framför vidare att omständigheterna i detta fall är mindre allvarigare. Här lägger domstolen betydelse i att händelsen varit mycket kortvarigt, att L självmant avslutat samt att den inte förekommit något hot eller våld och inte heller varit förödmjukande. Hovrättens samlande bedömning landar i att händelsen är att se som mindre grov och inte når upp till kravet för att dömas till oaktsam våldtäkt. L frias därför.⁶⁵

⁶⁴ Mål B 1736-23 s. 3

⁶⁵ Mål B 1736-23 s. 4

Analys

Baserat på framställningen i kapitel två går det att identifiera två rekvisit i nuvarande lagstiftning som omfattar passivt beteende. Det första rekvisitet återfinns i bestämmelsens tredje mening och utgörs av situationer när målsägaren till följd av "allvarlig rädsla" bemöter övergreppet med passivitet. Passivitet som uppstår på grund av allvarlig rädsla kan aldrig tolkas som ett uttryck för frivillighet.

Det andra rekvisitet utgörs av tillägget "på annat sätt" i bestämmelsens andra mening. Passivitet kan genom det rekvisitet fungera som ett sätt att uttrycka frivillighet, förutsatt att beteendet inte är en reaktion på allvarlig rädsla. I detta sammanhang är det viktigt att framhålla huvudregeln som stadgar att bedömningen ska utgå ifrån hur frivillighet har uttryckts. Passivitet i sig ger inte uttryck för vare sig frivillighet eller ofrivillighet. Jag tolkar lagstiftarens intuition som att passivitet som huvudregel tolkas som ofrivilligt deltagande och enbart i undantagssituationer tolkas som uttryck för frivillighet. Lagstiftaren har inte närmare berört konkret vilka situationer som omfattas av undantaget. Däremot har lagstiftaren uppställt ett krav som ålägger motparten att förvissa sig om att frivillighet föreligger i dem situationer detta är oklart. Lagstiftaren har framhållit att en helhetsbedömning måste ske och andra omständigheter måste beaktas. Det är med andra ord inte helt givet att det passiva beteendet i sig blir det avgörande för målets utgång. Att tolka passivt beteende på detta sätt gör att lagen i vissa avseenden inte kommer döma ut straffansvar till våldtäkt när det i realiteten är ofrivilligt samlag. En person som är passiv till en våldtäkt där passiviteten inte är en reaktion på allvarlig rädsla kan ändå föranleda tolkningen att samlaget var frivilligt.

För att återknyta till min första frågeställning drar jag följande slutsats; Passivitet på grund av allvarlig rädsla kan aldrig tolkas som ett uttryck för frivillighet enligt bestämmelses tredje mening. I de situationer passivitet inte är en följd av allvarlig rädsla kan det fungera som ett uttryck för frivillighet

enligt bestämmelsens andra mening. I dessa situationer fodras en helhetsbedömning av det enskilda fallet för att avgöra om passiviteten var ett uttryck för frivillighet eller inte. Exakt vilka omständigheter som är av betydelse för att avgöra frågan överlämnas till rättstillämparen.

Utifrån framställningen i kapitel tre kan ett antal relevanta omständigheter identifieras som betraktats i samband med passivt beteende. Domstolarnas helhetsbedömning av situationerna ligger i linje med vad förarbetena föreskriver. Det som blir intressant är vilka omständigheter som givit upphov till fällande, respektive friande domar när passivitet varit föremål för prövning.

En omständighet som tagits med i bedömningarna är de situationer där ofrivillighet tidigare kommunicerats antingen under samma kväll eller innan parterna träffades. Det syns bland annat i fall där målsäganden manifesterat sin ovilja genom att uttryckligen sagt nej tidigare, eller genom sms avböjt samlag.⁶⁶ I dessa situationer har domstolen ansett att passiviteten tillsammans med den tidigare kommunicerade oviljan leder till att motparten haft anledning att förvissa sig om att frivillighet föreligger. I dessa situationer har passiviteten inte tolkats som ett uttryck för frivillighet.

På motsatt sätt visar domstolarnas bedömningar att passivitet som ensam grund för ofrivillighet inte räcker om målsäganden i tidigare sexuell samvaro uttryckt ovilja genom ord eller handling och i senare skede bemöter övergreppet med passivitet. Exempelvis när målsägaren tidigare manifesterat sin ovilja genom att lägga en hand på den tilltalades axel och i senare skede uppträder passivt uppkommer inte samma krav på motparten att förvissa sig om frivillighetens existens.⁶⁷ I denna situation spelar det ingen roll om motparten insåg att målsäganden var passiv. Jag tolkar domstolens bedömning i denna situation på så sätt att om målsägaren under tidigare samlag genom ord eller handling kvarstår denna plikt på målsägaren.

För att återkoppla till frågeställning 2 drar jag följande slutsats; Domstolarna har inte dömt ut straff för våldtäkt enbart på grund av att målsäganden

⁶⁶ Se NJA 2019 s. 688 och Mål 2909-22

⁶⁷ Se NJA 2022 s. 237 se domskäl 21

varit passiv. En helhetsbedömning har gjorts där det betraktats vad som har uttryckts tidigare, både avseende frivillighet och ofrivillighet. Det finns också en skillnad i om målsäganden tidigare under samlag uttryckt ofrivillighet på ett tydligt sätt. Om så är fallet kvarstår denna skyldighet för målsäganden och passivitet kan i dessa fall inte ensam leda till straffansvar.

När det gäller lagens tillämpning i förhållande till rättssäkerhet är det intressant att se tillbaka på syftet med lagen och vilka intressen som legat till grund i processen. Lagstiftaren har i lagstiftningsprocessen försökt balansera rätten till sexuellt självbestämmande i relation till rättssäkerhet. Intresset att värna om den sexuella självbestämmanderätten kommer till uttryck på så sätt att bestämmelsens utformning tillmäter acceptans för att alla människor är olika, även vad gäller uttryck för frivillighet. Passivitet måste på grund av detta tillåtas utgöra ett uttryck för frivillighet. Från lagstiftarens sida har det inte varit önskvärt att kriminalisera handlingar som i realiteten utgör frivilligt samlag. Konsekvensen av att låta passivitet utgöra uttryck för både frivillighet och ofrivillighet är att det är svårt att på förhand avgöra vilka situationer som är straffbara. Det bekräftas i de två domarna från Högsta domstolen som behandlats ovan. Båda domarna har behandlat situationen där målsäganden agerat passivt, trots det blir utgångarna i målet olika. Det leder till frågan om rättstillämparen i det enskilda fallet åläggs för mycket subjektivt ställningstagande för att avgöra frågan. En annan aspekt som bekräftades i NJA 2022 s. 237 är att rätten ålägger målsägaren en större skyldighet att självmant agera för att manifesteras sin ovilja. Däremot hade det inte varit möjligt att tillmäta den sexuella självbestämmande rätten lika stark räckvidd om domaren inte hade möjlighet att i varje enskilt fall betrakta situationen och omständigheter i övrigt.

Sammanfattningsvis rör det sig mellan en svår balansgång mellan två starka intressen. Jag tolkar lagstiftarens val av utformningen av frivillighetskriteriet som det som bäst överensstämmer med lagens syfte. Trots att lagen rymmer vissa luckor är dessa troligtvis mer önskvärda än att tumma på den sexuella självbestämmande rätten. Svaret på min sista och avslutande fråge-

ställning är att lagen delvis är oförutsägbar vad gäller tolkningen av passivitet. Däremot är intresset att värna om den sexuella självbestämmande rätten starkare än att påförhand bestämma hur beteendet ska tolkas. Alla människors rätt att uttrycka frivillighet på valfritt sätt rättfärdiga det faktum att det inte på förhand går att avgöra vad passivitet betyder i det enskilda fallet.

Källförteckning

Propositioner

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

Litteratur

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

Asp, Petter, *Sex & Samtycke*, Iustus Förlag, 2010.

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund 2018.

Gustafsson Yakoub, Hanna, *Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet*, SVJT 2020.

Sandström, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattande*, 5 uppl., 2021.

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

Kommentarer

Asp, *Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 § Lexino 18-08-2022 (JUNO)*.

Högsta domstolen

NJA 2019 s. 688

NJA 2022 s. 237

Hovrätter

Göta hovrätt dom 2021-01-08 Mål B 2564-20

Göta Hovrätt dom 2022-05-17 Mål B 4398-21

Hovrätten för västra Sverige dom 2022-10-05 Mål 4901-22

Svea hovrätt dom 2022-05-25 Mål B 2909-22

Svea hovrätt dom 2023-04-05 Mål B 1736-23

Tingsrätter

Skaraborgs tingsrätt dom 2020-06-15 Mål nr B 2343-20

SOU:er

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

Lagrådet

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

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

load/18.7d27ebd916ea64de5306522c/1614334749612/2020_6_Den_nya_samtyckeslagen_i_praktiken.pdf .