



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Sara Pedersen

Att hjälpa utan att stjälpa

Ofrivillighetsbedömningen vid våldtäktsbrott när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Linnea Wegerstad

Termin: VT 2023

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord.....	6
Förkortningar	7
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund och problembeskrivning	8
1.2 Syfte och frågeställningar.....	9
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Metod och material.....	10
1.4.1 Den rättsdogmatiska delen.....	11
1.4.2 Den empiriska delen	11
1.4.2.1 Tillvägagångssätt och urval	12
1.4.2.2 Metod för presentation och analys.....	14
1.4.3 Etiska överväganden	15
1.5 Teoretiska perspektiv.....	15
1.6 Terminologi och begreppsdefinitioner	17
1.7 Personer med psykiska funktionsnedsättningar.....	18
1.7.1 Intellectuell funktionsnedsättning/utvecklingsstörning.	19
1.7.2 Neuropsykiatriska funktionsnedsättningar	19
1.7.3 Rätten till likabehandling.....	20
1.8 Forskningsläget.....	21
1.9 Disposition.....	22
2 Ofrivillighet som utgångspunkt i sexualbrottslagstiftningen.....	24
2.1 Utvecklingen av sexualbrotten	24
2.2 Ofrivillighetsbegreppet.....	25
2.3 Otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation.....	27
2.3.1 Psykisk störning och särskilt utsatt situation	28
2.3.2 Otillbörligt utnyttjande	30
2.4 Uppsåt eller grov oaktsamhet	32
2.4.1 Uppsåt	32
2.4.2 Grov oaktsamhet	33
3 Ofrivillighetsbedömningen i rättstillämpningen när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning	34
3.1 Den ordinära ofrivillighetsbedömningen.....	35
3.2 Den särskilda ofrivillighetsbedömningen.....	39
3.2.1 Den särskilt utsatta situationen	39

3.2.1.1	Målsägandens person och agerande utreds och diskuteras i varierad utsträckning	39
3.2.1.2	I vissa fall beaktas även yttre omständigheter	44
3.2.2	Det otillbörliga utnyttjandet har en oklar innebörd i rättstillämpningen	45
3.2.2.1	Den tilltalades person och relationen till målsäganden beaktas när de är speciella	46
3.2.2.2	Resonemang om orsakssamband mellan målsägandens situation och deltagandet.....	47
3.2.2.3	Målsägandens initiativtagande och uttryckta frivillighet beaktas olika	48
3.3	Ofrivillighet – en bevis- eller rättsfråga?.....	51
3.4	Uppsåts- och oaktsamhetsbedömningen.....	52
4	Att hjälpa utan att stjälpa	55
4.1	Sexuell självbestämmanderätt, skydd och likabehandling ..	55
4.2	Förhållandet mellan sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar i sexualbrotten.....	56
4.3	Intresseavvägningens genomslag i ofrivillighetsbedömningarna.....	56
4.3.1	Den ordinära ofrivillighetsbedömningen	57
4.3.2	Den särskilda ofrivillighetsbedömningen	58
4.4	Brister i ofrivillighetsbedömningarna ur ett större perspektiv	60
5	Slutsatser.....	62
	Källförteckning	66
	Rättsfallsförteckning	71
	Rättsfall i rättsfallsstudien	71

Summary

This essay examines the legal framework and the legal assessments regarding involuntary sexual acts in rape cases when the plaintiff has a mental disability. People with mental disabilities (here: intellectual- and neuropsychological disabilities) have greater difficulties expressing themselves and understanding other people, which puts them at greater risk of being sexually abused. Both Swedish and international studies show that people with mental disabilities often experience desexualisation from their surroundings, despite having just as real and profound desire of intimacy and sexual relations as any other person. People with mental disabilities have the right to enjoy legal capacity on an equal basis with others and to have their will and preferences respected. Hence, it is important that the legal framework and the enforcement of it provide equal protection for people with mental disabilities against unwanted sexual interactions, at the same time as the right to sexual self-determination is respected.

Consequently, this essay examines how involuntariness should be assessed according to the law, and is being assessed in court, in rape cases when the plaintiff has a mental disability. With this focus, I aim to identify potential problems in this remark attributed to the interest of protection against unwanted sexual interactions and the right to self-determination. The essay is concentrated on the assessment of involuntariness in the first sentence of the first section in chapter six of the Swedish Criminal Code, and the assessment of improper exploitation of a vulnerable situation in the second part of the fourth sentence in the same section. The essay is based on a legal dogmatic method regarding the examination of the legal framework, and an empirical method regarding the examination of the assessments in court. The empirical part contains a thematic content analysis of court rulings in Tingsrätter (District Courts) and Hovrätter (Courts of Appeal) since HD (the Supreme Court) has not yet made a prejudicial ruling in the matter.

In conclusion, the legal framework regarding how the assessment of involuntariness should be made, is relatively unclear. I conclude that this is a contributing factor to why the assessments in courts appear somewhat uncertain, both regarding the meaning of the law and how the different assessments relate to each other. In general, the courts show some awareness of the difficult balance between protection and the right to self-determination in these cases. Nevertheless, many rulings lack the assessment of the plaintiff's mental disability and how this has affected the actions and the situation. Additionally, there are some structural problems regarding how questions about evidence and guilt are being managed, which furthermore affect the assessment of involuntariness. Overall, deficiencies in these regards affect the possibility to consider the individual right of self-determination in these cases, which affects people with these types of disabilities' ability to have legal sexual interactions, and further how they are portrayed by society and those around them.

Sammanfattning

Aktuell uppsats undersöker de rättsliga utgångspunkterna och bedömningarna av ett ofrivilligt deltagande i våldtäktsfall där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning. Målsäganden som har psykiska funktionsnedsättningar (i uppsatsen: intellektuell- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar) har större svårigheter att uttrycka sig och förstå andra människors kommunikationer, vilket gör att de löper större risk att utsättas för oönskade sexuella handlingar. Samtidigt visar både svensk och internationell forskning att personer med funktionsnedsättningar ofta behandlas av omgivningen som om de inte har ett verkligt intresse av sexuell närhet och relationer. Personer med funktionsnedsättningar har lika rätt som alla andra att erkännas rättskapacitet och få sina önsknings och viljor beaktade. Det är således av vikt att rätten och tillämpningen av densamma ger personer med psykiska funktionsnedsättningar samma skydd mot oönskade sexuella handlingar som alla andra åtnjuter, samtidigt som den sexuella självbestämmanderätten respekteras.

I uppsatsen undersöks således hur ofrivillighetsbedömningen enligt våldtäktslagstiftningen ska göras och hur bedömningen av ofrivillighet görs i domstol i fall där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning. Detta görs i syfte att belysa om det finns några problem hänförliga till intressena om skydd för oönskade sexuella handlingar och sexuell självbestämmanderätt. Fokus ligger på ofrivillighetsrekvisitet i första meningen i 6 kap. 1 § första stycket brottsbalken, samt bedömningen av ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation i styckets fjärde mening andra punkten. Uppsatsen utgår dels från en rättsdogmatisk metod vad gäller utredningen av gällande rätt, dels från en empirisk metod vad gäller undersökningen av ofrivillighetsbedömningar i domstol. Den empiriska delen utgörs av en tematisk innehållsanalys av underrättsavgöranden, då det saknas praxis från HD i dessa frågor.

Jag konstaterar vissa rättssäkerhetsproblem då gällande rätt är förhållandevis otydlig och oklar avseende hur ofrivillighetsbedömningen ska göras. Detta bedöms vara en bidragande faktor till osäkerheten i rättstillämpningen både vad gäller rekvisitens innebörd och deras förhållande till varandra. Domstolarna påvisar generellt en medvetenhet om intresseavvägningen som behöver göras. Däremot vid bedömningar av frivillighet enligt lagrummets första mening saknas ofta ett resonemang om målsägandens psykiska funktionsnedsättning och hur den påverkat denne. Vad gäller bedömningen av ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation, föreligger också skillnader i vilken utsträckning målsägandens psykiska funktionsnedsättning relateras till dennes förmåga att värna sin sexuella integritet. Vidare finns vissa strukturella problem gällande hur uppsäts- och bevisfrågor hanteras i dessa mål, som också indirekt påverkar ofrivillighetsbedömningen. Brister i dessa hänseenden påverkar möjligheten att beakta den sexuella självbestämmanderätten i fall där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning, vilket kan påverka omgivningens syn på dem och deras möjlighet att ha lagligt sexuellt umgänge.

Förord

Först vill jag rikta ett otroligt tack till min handledare Linnea Wegerstad som lugnat, peppat och styrt upp mig och mina tankar denna termin mot resultatet av denna uppsats. Du har varit allt jag behövt i en handledare.

Näst vill jag rikta ett stort tack till mina vänner, såväl nya som äldre, för att ni har underlättat dessa fyra år och gjort denna tid både lättare och minnesvärd. Ett särskilt tack vill jag också rikta till min sambo som lyssnat på mina beräkningar av kvotdelar av arv, historiska presentationer av gamla lagar och kungar, och som varit uppe till fyra på natten för att försöka hjälpa mig att förstå balansräkningar. Jag tror att du har längtat (minst) lika mycket som jag till att dessa fyra år ska vara över.

Jag vill också tacka min familj som alltid trott på mig. Mina föräldrar har alltid sagt att jag kommer studera livet ut, vilket arbetet som jurist förutsätter. Men med ungefär tio år av olika studier vid universitet tycker de nog nu att det är dags att jag börjar omsätta all erhållen kunskap för att göra skillnad för någon. Juristprogrammet har gjort mig mer eftertänksam och reflekterande. Alla perspektiv och alla besluts för- och nackdelar övervägs numera i en ändlös spiral av självaffirmerande kaos. Att fatta såväl banala beslut som att välja tandkräm, som beslut om vad man ska arbeta med resten av livet, har aldrig varit svårare. Så, avslutningsvis, ett rungande tack till juristprogrammet för att allting för alltid numera kommer ”bero på”.

Lund, maj 2023

Sara Pedersen

Förkortningar

ASD	Autism Spectrum Disorder
CRPD	United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
LPT	Lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LSS	Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NPF	Neuropsykiatrisk funktionsnedsättning
Prop.	Proposition
PTSD	Post Traumatic Stress Disorder
RFSU	Riksförbundet för sexuell upplysning
SOU	Statens offentliga utredning
SvjT	Svensk juristtidning
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
WHO	World Health Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund och problembeskrivning

Sexuell självbestämmanderätt är ett grundläggande intresse för många människor beaktat dels önskan av närhet och relationer till andra, dels rätten att bestämma över den egna kroppen. Dessa intressen lyfts i förhållande till sexualbrottslagstiftningen som något envar ska tillförsäkras.¹ Det finns forskning som stödjer att personer med psykiska funktionsnedsättningar löper större risk att utnyttjas och utsättas för oönskade sexuella handlingar, vilket medför ett särskilt krav på skydd för dessa personer.² Samtidigt känner personer med psykiska funktionsnedsättningar ofta sig avsexualiserade av omgivningen och rätten, och att de inte upplever sig ha lika rätt till sexuella relationer som andra.³

Den 1 juli 2018 reformerades sexualbrottslagstiftningen till att stipulera att avgörande för vad som är brottslig är att deltagandet i en sexuell handling är ofrivilligt. I och med denna lagändring, formulerades lagen så att gärningar som tidigare utgjorde brottet våldtäkt, numera utgör omständigheter under vilka frivillighet *aldrig* kan föreligga, enligt 6 kap. 1 § första stycket fjärde meningen brottsbalken. Utgångspunkten för sexualbrotten är att varje människa har rätt att i varje given situation få bestämma över den egna kroppen och den egna sexualiteten, och bestämma om man vill ingå sexuella handlingar med någon annan eller inte.⁴ Med rekvisitet *ofrivillighet* avser lagstiftaren att på ett bättre sätt skydda den ovillkorliga rätten till självbestämmande och sexuell integritet.⁵

Sedan reformen år 2018 har Åklagarmyndigheten vid flera tillfällen angett som en prioriterad prejudikatfråga till Högsta domstolen (HD) vägledning vad gäller den nya ofrivillighetsbedömningen för sexualbrotten, och särskilt vad gäller fall där frivillighet inte kan anses föreligga.⁶ Åtminstone tio mål om våldtäkt mot personer med psykiska funktionsnedsättningar har sedan dess överklagats till HD, men inget har fått prövningstillstånd.⁷ Riksåklagaren har i ett överklagande från den 21 december 2021 begärt förtydligande av rättsläget gällande vad som krävs för att en person med psykisk störning ska anses ha befunnit sig i en särskilt utsatt situation, och när gärningspersonen

¹ Se ex. SOU 2016:60 s. 99, 175.

² Enujioko m.fl. (2021); O’Callaghan & Murphy (2007).

³ RFSU, Allmänna arvsfonden & Funktionsrätt Sverige (2021); Svae, Blixt & Söndena (2022); Curtice, Mayo & Crocombe (2012); O’Callaghan & Murphy (2007); Eastgate (2005).

⁴ SOU 2016:60 s. 99.

⁵ Prop. 2017/18:177 s. 21-23.

⁶ Se Åklagarmyndighetens prioriterade prejudikatfrågor (2020) s. 6, (2021) s. 5 samt (2022) s. 4.

⁷ Se Högsta domstolens slutliga beslut i målen: B3207-19; B4652-19; B5168-19; B1293-20; B2542-20; B2620-21; B4524-21; B7903-21; B7710-21; B2057-22.

ska anses ha otillbörligt utnyttjat detta,⁸ vilket inte heller fick prövningstillstånd.⁹

Rätten till sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar är viktiga intressen i förhållande till både positiva och negativa förhållningssätt till sex. Dessa intressen behöver balanseras både i lagstiftningen och i rättstillämpningen så att personer med psykiska funktionsnedsättningar tillgodoses ett lika fullgott straffrättsligt skydd för sin sexuella integritet som alla andra, samt att personer kan förutse under vilka omständigheter ett deltagande i en sexuell handling kan vara frivilligt och inte. Det finns dock väldigt lite svensk forskning som undersöker rättsläget i ljuset av dessa omständigheter. Det är således av vikt att få klarhet i hur ofrivillighet bedöms i fall där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning, och under vilka omständigheter en person aldrig kan delta frivilligt på grund av sin psykiska funktionsnedsättning.

Vad gäller användningen av begreppet ”psykisk funktionsnedsättning”, har jag initialt haft ett ganska brett angreppssätt med fokus på den typ av psykiska funktionsnedsättningar som medför kommunikativa och kognitiva svårigheter. Detta fokus har grundats i en tanke om att det främst är dessa svårigheter som medför svåra intresseavvägningar utifrån lagstiftningens grund i frivillighet, dels vad gäller målsägandens förmåga att förstå innebörden av deltagandet, dels vad gäller förmågan att kommunicera i dessa intima situationer. Begreppsanvändningen och avgränsningen av uppsatsens fokus har däremot behövt göras mot bakgrund av sökmöjligheterna och träffarna i rättsfallsundersökningen på grund av svårigheter att hitta en enhetlig begreppsapparat som domstolarna använder. Tillvägagångssättet för rättsfallsurvalet beskrivs mer i avsnitt 1.4.2. och begreppsanvändningen förklaras i avsnitt 1.6.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mot bakgrund av ovan avser jag att utreda hur ofrivillighetsbedömningarna ska göras och görs vid våldtäktsbrott när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning. Syftet är dels att utreda vad lagstiftningens rekvisit innebär, dels att belysa och problematisera hur självbestämmanderätten och skyddet mot oönskade sexuella handlingar hanteras i rätten. Med ett sådant angreppssätt tillåts en redogörelse inte bara för hur juridiken normativt är formulerad och avsedd att användas, utan även för hur rekvisiten ges innebörd och relateras till varandra, för att kunna se hur olika intressen får genomslag i praktiken.

⁸ Riksåklagarens överklagande av Svea hovrätts dom från 2021-11-23 i mål B5232-21.

⁹ Högsta domstolens slutliga beslut 2022-03-30 i mål B7903-21.

För att uppfylla syftena är frågeställningarna för uppsatsen följande

- Hur ska ett ofrivilligt deltagande bedömas enligt gällande rätt när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning?
- Hur görs bedömningen av ett ofrivilligt deltagande i domstol när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning?
- Hur förhåller sig gällande rätt och rättstillämpningen till intressena om sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar?

Bedömningen av ofrivillighet i den första och andra frågeställningen fokuseras i uppsatsen till dels ofrivillighetsbedömningen i 6 kap. 1 § första stycket första meningen brottsbalken (den ordinär ofrivillighetsbedömning), dels bedömningen av ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation enligt 6 kap. 1 § första stycket fjärde meningen andra punkten brottsbalken (den särskilda ofrivillighetsbedömningen).¹⁰

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsas i förhållande till vilka ofrivillighetsbedömningar som utreds, givet uppsatsens omfång. Andra omständigheter som tangerar förhållandet mellan otillbörligt utnyttjande och en särskild utsatt situation, eller punkterna ett och tre i paragrafens fjärde mening, utredas eller diskuteras inte i någon självständig utsträckning. Vad gäller psykiska funktionsnedsättningar är i enlighet med ovan begreppsproblematik uppsatsen avgränsad till intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar.

Ofrivillighetsbedömningen utgör grunden för alla sexualbrott i sjätte kapitlet i brottsbalken, men fokus för denna uppsats är våldtäktsbrotten, huvudsakligen på grund av uppsatsens omfång. Däremot ska betonas att flera resonemang som görs beträffande de olika intressena såklart är applicerbara även på övriga sexualbrott. Uppsatsen fokuseras inte i övrigt på den sexuella handlingen, och av denna anledning görs inte heller en omfattande redogörelse för definitionen av densamma. Uppsatsen är vidare avgränsad till situationer då målsäganden har fyllt 15 år, då ofrivillighetsbegreppet inte har samma betydelse vid sexuella handlingar mot barn som mot vuxna.

1.4 Metod och material

Uppsatsens syfte och frågeställningar fokuseras utifrån dels gällande rätt som utgörs av rättskällorna, dels hur gällande rätt tillämpas i domstol. För den andra frågeställningen avseende rättstillämpningen finns inga prejudicerande avgöranden på området, utan i stället har underrättsavgöranden använts. För

¹⁰ Denna begreppsanvändning definieras mer i avsnitt 1.6.

att besvara frågeställningarna tillämpades således olika metoder då under-
rättsavgöranden inte utgör rättskällor enligt rättskälleläran.¹¹ Tillvägagångs-
sättet är delvis inspirerat av andra forskare som har tillämpat ett multidiscipli-
plinärt tillvägagångssätt för att belysa hur gällande rätt behandlas i rättstill-
lämpningen.¹²

1.4.1 Den rättsdogmatiska delen

För att besvara den första frågeställningen används en *rättsdogmatisk metod*
för att identifiera och sammanställa rättsläget utifrån de av rättskälleläran ut-
pekade rättskällorna; lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹³ Lagar och
rättspraxis tillerkänns vanligen formell auktoritet. I vissa sammanhang tiller-
känns även förarbetsuttalanden formell auktoritet och får sitt huvudsakliga
värde av att de förmedlar lagstiftarens avsikter och hur lagstiftningen ska tol-
kas, vilket inte sällan används av domstolarna i rättstillämpningen. Doktrin
 däremot har en mer blygsam plats i rättskällelärans hierarki, och ges värde
främst beaktat styrkan och logiken i argumentationen. Doktrin har också möj-
lighet till större överblick över rättsområdet än lagstiftning och enskilda av-
göranden ibland har.¹⁴ Med detta sagt, används doktrin enbart i de delar den
kan komplettera och inte förändrar övriga rättskällors beskrivning av gällande
rätt. Den doktrin som används utgörs även av välkända författare på straffrät-
tens område, såsom Jareborg, Asp, Ulväng och Friberg, vilka är författare
som inte sällan hänvisas till i domstolsavgöranden. Vad gäller rättspraxis, an-
vänds en del äldre rättspraxis på området, på grund av avsaknaden av nyare
avgöranden. Viss försiktighet behöver iaktas då samhällssyn och lagstift-
ningens fokus har ändrats något. Dock har flera rekvisit såsom ”otillbörligt
utnyttjande” och ”särskilt utsatt situation” funnits med i lagstiftningen länge,
och av nyare förarbeten och utredningar framgår att tidigare rättspraxis i dessa
delar ska fortsättningsvis anses tillämpliga och vägledande.¹⁵

1.4.2 Den empiriska delen

I forskningsvärlden råder till viss grad skilda uppfattningar om vad som anses
inrymmas inom den rättsdogmatiska metoden. Jareborg hävdar att rättsdog-
matik rekonstruerar rättssystemets normativa verklighet, men att forskning
kan gå utanför gällande rätt för att nyansera den rättsdogmatiska argumen-
tationen. Jareborg menar att rättsdogmatisk forskning inte kan bortse från dom-
stolars roll i rättstillämpningen, och att rättsdogmatiken blir förhållandevis
meningslös utan förankring i det som sker utanför dess normativa system.¹⁶
Rättssociologisk forskning gör skillnad på ”law in books” och ”law in action”,
och tillmäter båda olika värden.¹⁷ Enbart ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt

¹¹ Kleineman (2018) s. 38–39; Trolle Önnerfors och Wenander (2022) s. 20.

¹² Se bland annat Bennet (2020).

¹³ Jareborg (2004) s. 8; Kleineman (2018) s. 28.

¹⁴ Kleineman (2018) s. 28-29, 33-34.

¹⁵ Detta redogörs mer för i kapitel 2.

¹⁶ Jareborg (2004) s. 6-9.

¹⁷ Hydén (2018), s. 209-216.

riskerar att vara otillräckligt för att besvara frågor om hur rekvisiten behandlas i förhållande till varandra och hur olika intressen avvägs. På områden där förekomsten av prejudikat från HD är få, såsom är fallet för denna uppsats, kan underrättsavgöranden användas då de kan ha anpassats till rätts- och samhällsutvecklingen och kan därför bättre beskriva hur lagstiftningen ges innehåll.¹⁸ Vidare är det inte ovanligt på sexualbrottslagstiftningens område, att lagstiftaren överlämnar bedömningar av rekvisits innebörd till rättstillämpningen.¹⁹

För att således besvara den andra frågeställningen används en empirisk metod i form av en strukturerad studie av underrättsavgöranden. Denna metod valdes dels för att utreda hur rekvisiten ges innebörd när de tillämpas i praktiken och för att identifiera eventuella problem i rättstillämpningen, dels för att se hur olika intressen som representeras av rekvisiten får genomslag. Den empiriska delen avser således inte att avgöra vad gällande rätt är, utan ämnar ge information om hur gällande rätt tillämpas.

1.4.2.1 Tillvägagångssätt och urval

Den andra frågeställningen besvaras bäst av att hitta så många rättsfall som möjligt för att kunna ge en bred bild av rättstillämpningen i dessa fall. Således har tillvägagångssättet och urvalet av rättsfall varit strukturerat och objektivt i förhållande till forskningsfrågorna. Mot bakgrund av uppsatsens omfång har syftet däremot inte kunnat vara att bidra med en heltäckande representation av rättstillämpningen, vilket självklart påverkar generaliserbarheten av analysen och slutsatserna. Dock utgör varje avgörande ett svar på hur gällande rätt har tillämpats i aktuellt fall. Urvalsprocessen som beskrivs nedan har resulterat i totalt 23 avgöranden, varav 13 är avgjorda i hovrätt.

Materialinsamlingen har utgått från sökdatabasen Infotorg Juridik. Sökningen gjordes utifrån avsikten att hitta rättsfall där målsäganden hade en psykisk funktionsnedsättning, men då domstolarna är inkonsekventa i sin begrepps-användning²⁰ har jag gjort flera olika sökningar. Först söktes på ”psykisk funktionsnedsättning”, men detta gav väldigt få resultat eftersom domstolarna sällan använder detta begrepp. Sedan söktes på ”psykisk störning”, vilket gav väldigt många resultat dels då detta är ett rekvisit i lagen som vissa tillstånd kvalificeras som i avgörandena, dels då domstolarna ofta citerar lagtexten vari rekvisitet ingår. Utifrån dessa resultat och uppsatsens avgränsningar, har rättsfallsstudien avgränsats till de typer av psykiska funktionsnedsättningar som var möjliga att hitta vid en sökning i Infotorg, vilka är intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar.

Sökningen avgränsades till ”avgöranden”, ”tingsrätter” och ”hovrätter”, vilket inledningsvis genererade 2 588 avgöranden, varav 1 314 avgöranden var

¹⁸ Nyström & Zanderin (2022) s. 29-30.

¹⁹ Se exempelvis Prop. 2017/18:177 s. 33.

²⁰ Läs mer om detta i kapitel 3.

publicerade mellan 2018–2023²¹. En manuell granskning av träffarna gjordes utifrån nedan inkluderings- och exkluderingskriterier.

<i>Inkluderingskriterier</i>	<i>Exkluderingskriterier</i>
<ul style="list-style-type: none"> + Mål som på något sätt berörde 1 kap. 6 § första stycket första meningen, eller fjärde meningen andra punkten brottsbalken. + Avgöranden var domstolen tillämpade gällande lagrum i dess lydelse efter den 1 juli 2018 – 15 mars 2023. + Våldtäktsbrott, eller fall där åklagaren åtminstone åtalade för våldtäktsbrott ursprungligen. 	<ul style="list-style-type: none"> - Våldtäkt mot barn. - Avgöranden där psykisk funktionsnedsättningen enbart diskuterades i förhållande till den tilltalade. - Avgöranden som enbart avsåg demenssjukdom, Alzheimers och psykisk ohälsa, då de av domstolarna främst hänfördes till ”sjukdomar” och inte ”psykiska funktionsnedsättningar.”

Sökningen har givet uppsatsen omfång och fokus på ofrivillighet avgränsats till avgöranden som tillämpat lagstiftningen i dess lydelse efter den 1 juli 2018. Det finns ett rättsfall som har inkluderats i uppsatsen även om domstolen inte bedömde gärningen som en våldtäkt, utan som sexuellt övergrepp, men åklagaren åtalade gärningen som våldtäkt men så kunde inte styrkas. Skillnaden mellan dessa två brott utgörs enbart av hur den sexuella handlingen karaktäriseras, medan ofrivillighetsbedömningen och omständigheterna därtill är desamma.

Därefter påbörjades en mer ingående granskning av rättsfallen, där urvalet fokuserades utifrån fall där det framgick att målsäganden hade en psykisk funktionsnedsättning. Vissa mål har fått avgränsas bort dels då det inte tydligt framgick att målsäganden hade en psykisk funktionsnedsättning, dels att den inte beskrivits i förhållande till de för uppsatsen aktuella ofrivillighetsbedömningarna. Många avgöranden gav träff på grund av att domstolen hade citerat hela våldtäktsparagrafen, men där omständigheterna som var aktuella i målen endast gällde exempelvis berusning, sömn eller liknande.

Vidare fokuserades urvalet utifrån situationer där ofrivillighetsbedömningen huvudsakligen grundades i våldtäktsparagrafens första mening eller den andra punkten i våldtäktsparagrafens fjärde mening (utnyttjandefallen). Som

²¹ Datumet för sista sökningen var 2023-03-15.

redogörs för senare, ska det vid bedömningen om någon otillbörligt har utnyttjat att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation, göras en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter. Det medför att urvalet utgörs både av fall där den psykiska funktionsnedsättningen ensamt har påverkat ofrivillighetsbedömningen, och fall då den psykiska funktionsnedsättningen tillsammans med andra omständigheter påverkat ofrivillighetsbedömningen. Dock, mot bakgrund av att syftet och frågeställningen i denna del avser att utreda hur ofrivillighetsbedömningen görs och att funktionsnedsättningens relation till omgivningen kan spela roll, rymms ett sådant resultat ändå inom ramen för uppsatsen.

1.4.2.2 *Metod för presentation och analys*

Rättsfallsstudier kan användas för att illustrera praktiska, rättsliga problem men det finns ingen handfast metod för hur en sådan ska utföras. Rättsfallsstudier kan göras på vilka rättsfall som helst, så länge analysen beaktar instansordningsprincipen och återges objektivt.²² Även denna del har inspirerats av andra forskare med liknande syften.²³

Rättsfallen presenteras och analyseras utifrån samma utgångspunkter som den rättsdogmatiska utredningen. Det är däremot givet uppsatsens omfång och syfte svårt att göra uttömmande analyser av varje rättsfall, vilket i flera fall hade varit intressant för att kunna se domstolarnas fulla resonemang. Ett sådant tillvägagångssätt hade däremot inneburit att färre rättsfall hade kunnat tas med, vilket inte hade svarat mot uppsatsens syfte och frågeställningar lika väl. Således redovisas rättsfallen inte med en komplett redogörelse för samtliga relevanta omständigheter, utan presenteras mer som en exemplifiering av hur bedömningarna görs. Avgörandena presenteras och analyseras utifrån teman i domskälen som upptäckts under inläsningens gång, det vill säga genom en induktiv²⁴ tematisk metod. Analysen präglas av en kvalitativ textanalys av domskälen, samtidigt som presentationens struktur till viss del försöker spegla kvantitativa aspekter, såsom om en viss bedömning förekommit i flera fall. En sådan presentations- och analysform ger bidrar således med både kvalitativa och kvantitativa reflektioner, för att kunna besvara hur rekvisiten används i rättstillämpningen och hur de olika intressena får genomslag. De tematiska uppdelningarna presenteras i kapitel tre i direkt anslutning till rättsfallsstudien.

Presentationen av rättsfallen utgår vidare från de omständigheter som domstolen lägger grund för bedömning, eftersom uppsatsens forskningsfrågor grundas i domstolens bedömning och inte parternas. Vid rättsfallsstudier kan det vara svårt att avgöra vilka faktorer som beaktas vid en bedömning och korrelationen mellan olika faktorer. Presentationen och analysen av rättsfallen utgår således huvudsakligen från vad som explicit framgår av domskälen

²² Svensson (2022) s. 27, 33.

²³ Jfr. Bennet (2020) s. 45-47.

²⁴ Jfr. Alvesson & Sköldberg (2017) s. 12.

som omständigheter som påverkat ofrivillighetsbedömningarna. I vissa delar, vilka särskilt betonas, gör jag tolkningar av domskälen som inte explicit uttrycks, men som av uppställningen i domskälen, dess struktur och skälens utformning, åtminstone impliceras.

1.4.3 Etiska överväganden

Under genomförandet av undersökningen har flera etiska överväganden behövt göras. För det första ska beaktas att sexualbrott är en brottsform med särskilt integritetskänsliga aspekter avseende det ofta intima händelseförloppet. Mot bakgrund av detta har flera åtgärder vidtagits vid presentationen av de utvalda rättsfallen, såsom anonymisering av de olika aktörernas namn och egenskaper, samt särskilt utmärkande platser och liknande. Det ska betonas att dessa mål även av domstol behandlas med sekretesskydd, särskilt till skydd för målsägandens person. Det har även i den utsträckning det varit möjligt, utelämnats en mer ingående beskrivning av intima detaljer i gärningen, då dessa uppgifter inte är nödvändiga utifrån uppsatsens fokus.

För det andra, ska beaktas att uppsatsen rör personer som har någon form av psykisk funktionsnedsättning, vilket också kan vara känsliga uppgifter. Där emot är uppgifter om målsägandens funktionsnedsättning och hur den kommer till uttryck just det som uppsatsen avser utreda, och har därför inte kunnat utelämnas. Beskrivningen av målsägandenas olika tillstånd har emellertid försökt göras på ett så generellt sätt som möjligt, utan att förlora den individuella prägeln som nedsättningen innebär.

För det tredje, har jag också försökt tänka på hur jag som utomstående person bör skriva och formulerar mig gällande personer med psykiska funktionsnedsättningar. Det är viktigt att tala inkluderande och respekterande om personer med funktionsnedsättningar, samtidigt som en måste förhålla sig korrekt både kliniskt och begreppsligt. Det är angeläget att en som utomstående forskare är medveten om denna balansgång, för att kunna tala om problem som tillkommer vissa personer utan att uttrycka sig alienerande. Samtidigt kan en behöva kategorisera, definiera och generalisera personer och situationer för att på ett meningsfullt sätt kunna angripa och belysa ett särskilt problem.²⁵ Jag försöker i så stor utsträckning som möjligt således notera de individuella dragen hos varje målsäganden så som de beskrivs i rättsfallen, samtidigt som jag inte helt kan komma ifrån vissa generaliseringar i analyser och slutsatser.

1.5 Teoretiska perspektiv

I enlighet med den tredje frågeställningen används intressena gällande sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar som verktyg för att analysera och problematisera ofrivillighetsbedömningar i både gällande rätt och i rättstillämpningen. Dessa intressen har valts då de är två

²⁵ Jfr. Bennet (2020) s. 55-56.

grundläggande intressen som ska skyddas av sexualbrottslagstiftningen²⁶, men som i vissa fall kan ges olika innebörd och därmed komma i konflikt med varandra.

Straffrätten ska bland annat skydda personers autonomi genom att uppställa förbud eller påbud för beteenden, samtidigt som straffrätten också ska kunna skydda individer när de inte kan skydda sig själv eller tillvarata sitt eget bästa.²⁷ Vad som gör sexualbrotten särskilt klandervärda är att gärningen utgör ett angrepp på den enskildes autonomi på ett område där autonomi tillmäts särskilt stort värde. Detta beror på att sexuella handlingar innefattar en hög grad av intimitet och att rätten att bestämma över sin kropp är en rätt som anses vara särskilt skyddsvärd.²⁸

Asp betonar att ett samtycke utifrån självbestämmanderätten egentligen innefattar flera typer av samtycken som tillsammans bildar vad han kallar ett ”särskiljande samtycke”.²⁹ Den första delen av ett särskiljande samtycke är den enskildes acceptans, vilken kan vara explicit eller implicit. Det förutsätts inte en positiv eller negativ inställning, utan enbart acceptans. Den andra delen består av en kontextualisering av de omständigheter under vilka acceptansen givits, för att utröna om en samtyckesgärning överhuvudtaget kan ges betydelse och ses som ett meningsfullt uttryck för den enskildes självbestämmanderätt. Den tredje delen handlar om under vilka omständigheter samtyckeslämnaren har befogenheten att disponera över intresset vilket denne lämnar samtycke till, det vill säga förfoganderätten till sin sexualitet.³⁰ Samtyckesdynamiker kan däremot enligt Gunnarsson vara komplexa, då viljor och val ofta betingas av samspelet med omgivningen. Den fria viljan och autonomi formas relationellt och skapas genom samspel med andra människor, och därför är självbestämmandet mer komplext än att det bara är något som existerar inom alla.³¹ Självbestämmanderätten måste därför ses utifrån omständigheterna i kontexten och är ett flerdimensionellt växelspel mellan flera personer i en kontinuerlig reaktionell process.³² Det behöver även skiljas mellan yttre och inre samtycken och att de inte nödvändigtvis behöver spegla varandra, samt att det är viktigt att förstå orsakerna till att folk kan gå med på att göra saker som inte nödvändigtvis speglar deras innersta vilja.³³

Initialt kan skyddet för sexuell integritet ses som ett uttryck för statens skyldighet att tillförsäkra envar skydd mot integritetskränkande, sexuella handlingar.³⁴ Den sexuella självbestämmanderätten kan ses som en rätt hos envar

²⁶ Prop. 2017/18:177 s. 21-23

²⁷ Lernestedt (2003) s. 212-217, 222.

²⁸ Asp (2010) s. 36-37, 42-45.

²⁹ Asp (2010) s. 107.

³⁰ Asp (2010) s. 91.

³¹ Gunnarsson (2020) s. 21.

³² Gunnarsson (2020) s. 57, 88-92.

³³ Gunnarsson (2020) s. 340-346.

³⁴ Eklund & Lindell (2005) s. 23; Zila (1990) s. 298.

att bestämma över sin kropp och sin sexuella samvaro. Det kan dock diskuteras om skyddet för sexuell självbestämmanderätt och skyddet för sexuell integritet faktiskt kan skiljas från varandra. Asp argumenterar för att kärnan i sexualbrott utgörs/bör utgöras av en kränkning av den sexuella självbestämmanderätten, och att faktumet att den sexuella självbestämmanderätten har kränkts är det som också gör att den sexuella integriteten har kränkts. Den fysiska integriteten är på så sätt inte ett självständigt intresse som kan värderas separat från den enskildes självbestämmanderätt.³⁵ På samma sätt kan definitionen av oönskade sexuella handlingar anses grundas i ett angrepp på den sexuella integriteten, och därmed den sexuella självbestämmanderätten. Jag använder detta svåra förhållande mellan dessa begrepp i denna uppsats för att nyansera innebörden och eventuella problem med ofrivillighetsbedömningarna.

1.6 Terminologi och begreppsdefinitioner

Utöver ovan nämnda begrepp som används som analysverktyg, kan något kort sägas om ett par andra begrepp som används genomgående i uppsatsen.

Jag använder i uppsatsen termen *psykisk funktionsnedsättning* främst för att uppsatsen tar sin utgångspunkt i intressen och problem som existerar utanför lagstiftningens begrepps användning, nämligen vissa personers svårigheter att utöva sexuell självbestämmanderätt utan att bli sexuellt utnyttjade. Detta begrepp används även i forskningsstudier och olika myndighetsskrifter. Lagstiftningen stipulerar rekvisitet *psykisk störning*, men med en sådan begrepps användning hade fokus grundats i rekvisitets juridiska betydelse. Det är naturligtvis också en del av föremålet för uppsatsen, men i rättstillämpningen varierar det mycket huruvida domstolarna använder termen *psykisk störning* eller en annan, vilket jag tror beror på att gällande rätt inte ger en tydlig inramning av vilka diagnoser som innefattas i rekvisitet. Rekvisitet *psykisk störning* är enbart en exemplifiering, givet lagrummets utformning med kravet att ändå kvalificera ett tillstånd så som en särskilt utsatt situation. I de utvalda målen behandlar domstolarna själva funktionsnedsättningen på samma sätt som i fall där den klassificeras som en psykisk störning (läs mer om detta i kap. 3). Således tror jag inte att begrepps användningen i aktuell uppsats spelar någon juridisk betydelse, utan det avgörande är huruvida tillståndet kvalificeras som en särskilt utsatt situation eller inte. Då olika källor använder olika begrepp kan jag inte heller upprätthålla en enhetlig begrepps användning. I de delar där lagstiftaren använder *psykisk störning* kommer jag naturligtvis använda detta begrepp också. Gällande de delar då jag däremot inte refererar till någon annans begrepps användning, använder jag *psykisk funktionsnedsättning* för att betona att det inte nödvändigtvis är det juridiska rekvisitet som är avgörande, med notering att även dessa funktionsnedsättningar kan givet gällande rätt och rättstillämpningen klassificeras som en *psykisk störning*. Användningen av begreppet *psykisk funktionsnedsättning* är däremot inte heller

³⁵ Asp (2010) s. 119–120.

utan svårigheter, då det är ett ganska vagt begrepp som kan innefatta många olika typer av funktionsnedsättningar. Det kan således här påminnas om, så som framhävdes i uppsatsens inledande avsnitt, att jag använder begreppet som ett samlingsbegrepp för intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar, vilka definieras mer i avsnitt. 1.8.

I uppsatsen använder jag även termer som jag själv utvecklat för att särskilja de olika sätt på vilka ofrivillighet kan bedömas. Jag använder termen *ordinär ofrivillighetsbedömning* för frivillighetsbedömningen som görs mot bakgrund av våldtäktsparagrafens första mening, och som är mer generellt utformad. Vidare använder jag termen *särskild ofrivillighetsbedömning* för att definiera bedömningen av frivillighet enligt fjärde meningens andra punkten i samma stycke, det vill säga bedömningen av gärningspersonens otillbörliga utnyttjande av att målsäganden befunnit sig i en särskilt utsatt situation. En åtskillnad har gjorts mellan ofrivillighetsbedömningarna, då de sker på olika sätt och innefattar olika rekvisit, samt för att lättare kunna strukturera upp analysen av bedömningarna. Jag har även valt att använda uttrycket *ofrivillighetsbedömning* i stället för *frivillighetsbedömning*. En användning av *ofrivillighet* fäster vikt vid att det är just ofrivillighet som rekvisit, som är den utgångspunkt som straffansvaret grundas i.

I uppsatsens fjärde kapitel lyfts även ett kort resonemang om *rättssäkerhet* och *straffrättens handlingsdirigerande syfte* i förhållande till brister i ofrivillighetsbedömningen. Rättssäkerhetsbegreppet är mångtydigt, men i förevarande uppsats används det för att betona förutsebarhet och trygghet i lag och i rättstillämpning.³⁶ Utifrån denna definition lyfts rättssäkerheten som bristande i situationer när rättssystemets svar är oklara och otydliga, och om regler är vaga, mångtydiga eller komplicerade.³⁷ Rättssäkerhetskravet används i uppsatsen även i ljuset av straffrättens handlingsdirigerande syfte, och att lagstiftning och rättstillämpningen måste vara tydlig och förutsebar för att på ett effektivt sätt kunna förmedla vad som är ett önskat beteende, för att kunna skydda individer.³⁸ Det finns en uppfattning om att rättssäkerhetsbegreppet även innehåller ett krav på skydd mot andra individer,³⁹ men i denna uppsats används inte rättssäkerhetsbegreppet så brett. I stället lyfts brister gällande skyddet mot andra individer snarare som en följd av bristande rättssäkerhet, men inte som samma sak som det.

1.7 Personer med psykiska funktionsnedsättningar

I detta avsnitt ges en kort redogörelse för de för uppsatsen avgränsade psykiska funktionsnedsättningarna; intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar. Beskrivningarna är inte uttömmande men redovisar de grundläggande diagnostiska kriterierna och svårigheterna som personer med

³⁶ Zila (1990) s. 284; Frändberg (2019) s. 25-26.

³⁷ Frändberg (2019) s. 34.

³⁸ Lernestedt (2003) s. 15, 201-203; Frändberg (2019) s. 28-30.

³⁹ Se exempelvis Ehrenkrona (2007) s. 38-39.

dessa diagnoser kan ha i förhållande till sex, frivillighet och självbestämmanderätt. Redogörelsen utgår från definitionerna i ICD-11 och DSM-5⁴⁰. Därefter följer en kort redogörelse för likabehandlingsrätten för personer med funktionsnedsättningar, för att belysa det särskilda kravet som kan ställas på rätten i dessa hänseenden.

1.7.1 Intellektuell funktionsnedsättning/utvecklingsstörning

Av de rättsfall jag har undersökt är intellektuell funktionsnedsättning, även kallad utvecklingsstörning, den mest förekommande psykiska funktionsnedsättningen bland målsäganden.

Enligt ICD-11, DMS-5 och 1177 innebär intellektuell funktionsnedsättning en nedsatt kognitiv, social och praktisk utveckling. Diagnosen indelas vanligen i fyra svårighetsgrader: lindrig, medelsvår till måttlig, svår och mycket svår. Nedsättningen innebär vanligen svårigheter på flera olika områden, däribland praktiska svårigheter som att ta hand om sig själv, och kommunikativa problem som att läsa, skriva, uttrycka sig, begränsat ordförråd och språkbruk samt svårigheter med tonfall, längre meningar och fraser. Vidare innebär det ofta svårigheter i sociala samspel, dels att förstå och uttrycka sociala koder, dels att läsa av andra människor och situationer. Kognitivt har personer med intellektuell funktionsnedsättning även nedsatt omdömes- och slutledningsförmåga, samt svårt för abstrakt tänkande. Behovet av stöd varierar väldigt mycket, och det är inte heller ovanligt att många med intellektuell funktionsnedsättning även har andra funktionsnedsättningar eller sjukdomar.⁴¹

1.7.2 Neuropsykiatriska funktionsnedsättningar

I kategorin ”neuropsykiatriska funktionsnedsättningar” (NPF) ingår flera olika funktionsnedsättningar såsom ADHD, Autismspektrumtillstånd (ASD) och tal- och språkstörningar.⁴² Enligt Riksförbundet Attention, en intresseorganisation för personer med NPF, innebär NPF en nedsatt kognitiv förmåga att hantera information och sinnesintryck, och personer har generellt problem med att planera, prioritera och förstå sociala koder.⁴³

Enligt DSM-5 är **ADHD** (Attention Deficit Hyperactivity Disorder) en uppmärksamhets- och hyperaktivitetsstörning. Det finns olika former av ADHD, och ofta varierar nedsättningens uttryck från person till person. Vanligen medför ADHD svårigheter att fokusera, koncentrera sig och reglera impulsivitet, vilket inte sällan påverkar självkänslan och humöret. ADHD kan även

⁴⁰ ICD-11 (International Classification of Diseases 11th revision), är World Health Organizations (WHO) globala standardmanual för diagnosticering, och DSM-5, Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders är den amerikanska versionen, vilka är de mest utbredda systemen för att kategorisera psykiska sjukdomar.

⁴¹ ICD-11 (2019) avsnitt 6A00; DSM-5 (2013) s. 33-41; 1177 (A).

⁴² 1177 (B); Riksförbundet Attention (2018) s. 5.

⁴³ Riksförbundet Attention (2018) s. 5.

påverka personliga egenskaper såsom värderingar, intressen och förväntningar.⁴⁴

ASD, eller Autism Spectrum Disorder (tidigare innefattande aspergers och atypisk autism), är ett samlingsnamn för olika neuropsykiatriska funktionsnedsättningar och utgör ett brett spektrum, vilket gör att svårigheterna varierar från person till person. De olika nedsättningarna medför vanligtvis svårigheter att kommunicera och relatera till sociala samspel och att interagera och förstå sociala koder, kroppsspråk och ansiktsuttryck, samt en känslighet för olika typer av sinnesintryck och beröring.⁴⁵

Tal- och språkstörningar innebär en påtaglig störning i svårigheten att utveckla och förstå språk, och omfattar brister i uttal, ordförråd, meningsbyggnader, språkförståelse och språkanvändning. För det mesta har personer svårt att uttrycka sig, omvandla sina tankar till ord och att dra slutsatser från andras språkbruk.⁴⁶

1.7.3 Rätten till likabehandling

Av Förenta nationernas (FN) konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar (CRPD)⁴⁷ föreskrivs särskilt hur vissa rättigheter ska tillgodoses personer med funktionsnedsättningar utifrån likabehandling. Enligt artikel 1 är syftet med konventionen att främja och skydda personer med funktionsnedsättningar lika rättigheter med respekt för deras inneboende värde.

Av andra stycket framgår att så som funktionsnedsättning räknas varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, som i samspel med olika hinder kan motverka personers fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra. Konventionsstaterna ska vidare säkerställa att personer med funktionsnedsättningar har effektiv tillgång till rättssystemet på lika villkor som andra enligt artikel 13. Konventionsstaterna ska också enligt artikel 16 vidta ändamålsenliga lagstiftningsåtgärder för att skydda personer med funktionsnedsättningar mot övergrepp och utnyttjanden.

Enligt artikel 12 föreskrivs att konventionsstaterna ska tillförsäkra personer med funktionsnedsättningar samma rätt att bli erkända som personer i lagens mening, och att de ska åtnjuta rättskapacitet på lika villkor som alla andra, i alla hänseenden. Staterna ska säkerställa att personers rättigheter, önskemål och preferenser respekteras i alla åtgärder hänförliga till rättskapaciteten. Det finns ingen vedertagen definition av rättskapacitet, men det finns olika förslag, bland annat att rättskapacitet ska innebära kapaciteten att både ha

⁴⁴ DSM-5 (2013) s. 59-65; ICD-11 (2019) avsnitt 6A05.

⁴⁵ DSM-5 (2013) s. 50-59; ICD-11 (2019) avsnitt 6A02.

⁴⁶ DSM-5 (2013) s. 41-45; ICD-11 (2019) avsnitt 6A01.

⁴⁷ Svenskt tillträde 2006-12-13, New York, SÖ 2008:26.

rättigheter och att bli erkänd som en person som kan utkräva dessa rättigheter, vilket också innebär rätten till skydd för sina rättigheter.⁴⁸ I många rättssystem kan den rättsliga kapaciteten vara betingad av den mentala kapaciteten. Mental kapacitet handlar om en persons psykiska och kognitiva förmåga att fatta beslut, medan rättslig kapacitet handlar om huruvida en persons handlingar och beslut ska tillmätas *rättslig* giltighet. Det finns dock mycket kritik till sådana system och deras rigida struktur och utgångspunkter.⁴⁹ Artikeln omfattar inte explicit rätten att samtycke till sex eller sexuella relationer, men av formuleringen ”alla hänseenden” kan denna rätt tolkas in däri.⁵⁰

1.8 Forskningsläget

Forskningsläget gällande förhållandet mellan sex, samtycke och funktionsnedsättningar är ur svensk synpunkt relativt dåligt. Bland annat har Handikappförbundets samarbetsorgan haft ett projekt baserat på intervjuer och enkäter med personer med funktionsnedsättningar, om våld, funktionshinder och maktstrukturer i syfte att identifiera och belysa problem som drabbar dessa personer. Studien visade att många upplevde övergrepp av olika slag kopplade till deras funktionsnedsättning, och att det finns ett behov av ytterligare information och stöd för personer i dessa situationer.⁵¹ I ett annat projekt bedrivit av bland annat Riksförbundet för sexuell upplysning (RFSU) har det gjorts en kartläggning av sexuell hälsa hos personer med funktionsnedsättningar, för att belysa hur denna personkategori inte sällan känner sig avsexualiserade av samhället. Studien visar att personer med funktionsnedsättningar likväl har en verklig önskan av närhet, relationer, sexuell hälsa och föräldraskap, men att de ofta upplever att lagar och beslutsfattare inte tillerkänner dem dessa möjligheter på lika villkor som andra.⁵² Studien visar även att personer med funktionsnedsättningar i större utsträckning än andra utsätts för sexuellt våld och våld i nära relationer. De upplever även skambeläggande från omgivningen, samt inskränkningar i möjligheten att fritt få välja om och när de ska ha sex och vilka relationer de får ha.⁵³

Internationellt finns det mer vetenskaplig forskning på området, men forskningen fokuseras vanligen på respektive länders policyer eller regleringar. Flera studier och artiklar lyfter den svåra intresseavvägningen mellan att skydda personer från övergrepp och att inte frånta dem rätten till frivilligt sex, samt att det kan uppstå paternalistiska problem i rätten ofta grundade i kunskapsbrister och bristande förståelse för personer med olika funktionsnedsättnings vilja och rätt till sexuellt samliv och relationer. Det lyfts även att rätts-tillämpningen ofta är restriktiv med att tillerkänna personer med funktionsnedsättningar förmåga till sexuellt samtycke, vilket ofta har en negativ effekt

⁴⁸ Series & Nilsson (2018) s. 10-12.

⁴⁹ Series & Nilsson (2018) s. 15.

⁵⁰ Se resonemang av Arstein-Kerslake (2015) s. 1461.

⁵¹ Handikappförbundets samarbetsorgan & Finndahl (2005).

⁵² RFSU, Allmänna arvsfonden & Funktionsrätt Sverige (2021) s. 13-15.

⁵³ RFSU, Allmänna arvsfonden & Funktionsrätt Sverige (2021) s. 20-23.

på deras hälsa.⁵⁴ Flera studier påvisar även att personer med funktionsnedsättningar ofta har begränsad kunskap och förståelse för sexualitet, sexuell samvaro och sina sexuella rättigheter, samtidigt som de har en verklig önskan av sexuell närhet. Sådana omständigheter medför inte sällan att personer med funktionsnedsättningar har sämre förutsättningar för att navigera sin sexualitet och sexuella relationer, vilket ofta gör dem sårbara och utsatta.⁵⁵ I flera studier lyfts även att personer med funktionsnedsättningar löper betydligt större risk att bli utsatta för sexuella övergrepp än andra, och att det därför också finns ett verkligt behov av att stärka deras rättsliga skydd.⁵⁶

I flera studier lyfts att rättstillämpningen har utformats utifrån ett test för att avgöra om personer har kapacitet att fatta egna beslut, grundat i förmågan att förstå relevanta omständigheter, förmåga att införskaffa sig kunskap och reflektera över omständigheterna, samt förmåga att kommunicera sitt beslut. Studier lyfter dock vikten av att rättstillämpningen behöver utgå från varje individs egen förmåga för att inte verka diskriminerande.⁵⁷ En lagstiftning som föreskriver särskilda brott vid övergrepp mot personer med funktionsnedsättningar beskrivs som problematiska, och riskerar att utgöra en barriär för personer med sådana funktionsnedsättningar och deras möjligheter till verkliga intima relationer. Det finns även en risk att sådan lagstiftning skapar normativa och sociala föreställningar om att vissa personer inte kan eller borde ha sexuellt samliv.⁵⁸ Lagstiftningen och rättstillämpningen behöver således hitta en balans för att uppnå större flexibilitet och möjligheter till sexuellt samtycke och sexuell hälsa för personer med funktionsnedsättningar. Detta kan ske genom att i större utsträckning se till hur enskilda personer uttrycker sig och vilken förståelse de har för sex och sexuella övergrepp.⁵⁹

1.9 Disposition

Den fortsatta delen av uppsatsen är uppdelad i tre avsnitt innan slutsatserna presenteras, var varje avsnitt besvarar varsin frågeställning. I kapitel två presenteras således först gällande rätt utifrån uppsatsens fokus, för att utreda vad rättskällorna säger om hur ofrivillighetsbegreppet ska förstås och hanteras. Även skuldkravet för våldtäktsbrottet presenteras kort, mot bakgrund av att skuldbedömningen berörs kort i rättsfallspresentationen, och att skuldfrågor indirekt kan få betydelse för ofrivillighetsbedömningen och det skyddsvärda i sexualbrotten.

⁵⁴ Svae, Blixt & Søndena (2022); Onstot (2019); Mackenzie & Watts (2013); Curtice, Mayo & Crocombe (2012); Reed (1997).

⁵⁵ Svae, Blixt & Søndena (2022); Curtice, Mayo & Crocombe (2012); O'Callaghan & Murphy (2007); Eastgate (2005).

⁵⁶ Enujioke m.fl. (2021); O'Callaghan & Murphy (2007).

⁵⁷ Arstein-Kerslake & Flynn (2016); Arstein-Kerslake (2015); Mackenzie & Watts (2013).

⁵⁸ Arstein-Kerslake & Flynn (2016); Arstein-Kerslake (2015).

⁵⁹ Onstot (2019); Mackenzie & Watts (2013); Curtice, Mayo & Crocombe (2012).

Därefter följer kapitel tre som innehåller en presentation och analys av under-rättsavgöranden som utgör grunden för svaret på den andra frågeställningen. I denna del har jag valt att presentera rättsfallen ihop med min analys av dem, dels för att på ett bättre sätt betona det som jag ansett varit det viktiga i rättsfallen, dels för att göra innehållet mer tillgänglig för läsaren. Rättsfallen presenteras tematiskt, vilket redogörs mer för i inledningen av kapitel tre.

I kapitel fyra analyseras och diskuteras resultatet av kapitel två och tre, mot bakgrund av de teoretiska analysverktygen; sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar. Denna del presenteras separat för att kunna ge en sammantagen reflektion av hur dessa intressen mer generellt balanseras och får genomslag i ett större perspektiv.

Uppsatsen avslutas med de slutsatser som kunnat dras mot bakgrund av de uppställda frågeställningarna, samt med en kort reflektion om vad framtiden för aktuella rättsfrågor kan behöva.

2 Ofrivillighet som utgångspunkt i sexualbrottslagstiftningen

I detta avsnitt redogörs för hur bedömningen av ett ofrivilligt deltagande ska göras enligt gällande rätt utifrån både den ordinära och särskilda ofrivillighetsbedömningen, samt skuldkravets innebörd.

2.1 Utvecklingen av sexualbrotten

Våldtäktsbrottet har historiskt sett varit föremål för många reformer gällande hur den kriminaliserade handlingen ska se ut, givet hur rättsutvecklingen har påverkats av samhällets moraluppfattning kring sexualitet och sexuellt umgänge. Innan brottsbalken infördes fokuserades regleringen utifrån att skydda familjen och mannens ära.⁶⁰ Vid brottsbalkens införande år 1962 uppställdes krav om tvång genom våld eller hot som innebar trängande fara, eller försätandet av kvinnan i vanmakt.⁶¹ Det fanns då ett separat brott som utgjordes av att en gärningsperson hade könsligt umgänge med någon som befann sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd, eller som utnyttjade nedsättning eller rubbning av annans själsverksamhet.⁶² Reformerna efter detta har i stor utsträckning präglats av att utforma lagen för att den på ett bättre sätt ska skydda envars sexuella självbestämmanderätt och integritet. Det har skett dels genom utvidgande av den sexuella handlingen (såsom från samlag, till jämförbara sexuella handlingar, samt könsneutralisera den)⁶³, dels genom omformulering och utvidgande av omständigheterna under vilka handlingen kan företas för att vara straffbar (såsom från tvång till frivillighet, och omständigheter som präglat olika särskilda situationer)⁶⁴. Det har funnits flera utredningar som diskuterat om en samtyckesbaserad lagstiftning ska genomföras, med blandade åsikter.⁶⁵

Efter Sexualbrottskommitténs utredning år 2016 föreslogs att sexualbrottslagstiftningen skulle baseras på *ofrivilligt deltagande*⁶⁶, vilket genomfördes den 1 juli 2018. Omständigheter som tidigare var de som konstituerade själva våldtäktsbrottet flyttades till en punktlista som utgör fall där frivillighet *aldrig* kan föreligga. Vidare infördes även ett oaktsamhetsansvar för fall av grov oaktsamhet, för att utsträcka skyddet ytterligare till fall där gärningspersonen borde försäkrat sig om att målsäganden inte ville delta frivilligt.⁶⁷ Ett stort antal remissinstanser ansåg dock fortfarande inte att en samtyckeslagstiftning skulle genomföras, huvudsakligen för att det fanns risk för svåra tolknings-

⁶⁰ Leijonhufvud (2008) s. 23-24.

⁶¹ Prop. 1962:10 s. A 17.

⁶² Prop. 1962:10 s. B 161.

⁶³ Se exempelvis Prop. 1983/84:105 s. 17; SOU 1982:61; SOU 1976:9.

⁶⁴ Se exempelvis Prop. 1991/92:35 s. 24; Prop. 2004/05:45 s. 45.

⁶⁵ Se exempelvis Prop. 2004/05:45; Leijonhufvud (2008); Prop. 2012/13:111.

⁶⁶ SOU 2016:60 s. 15.

⁶⁷ Prop. 2017/18:177 s. 23.

och bevisproblem, samt att mycket fokus riskerade att hamna på offrets beteende.⁶⁸ Lagrådet kritiserade förslaget, dels utifrån att en lagstiftning baserad på bristande frivillighet inte nödvändigtvis skulle vara det bästa sättet att skydda den sexuella självbestämmanderätten på, dels då formuleringen kring hur uttryck för frivillighet ska bedömas ansågs oklar.⁶⁹ Den 1 augusti 2022 genomfördes den senaste ändringen för att skärpa synen på sexualbrott genom en höjning av minimistraffen, införandet av så kallade distansövergrepp i lagtexten samt ett utvidgande av rekvisitet ”samlag”.⁷⁰

2.2 Ofrivillighetsbegreppet

De huvudsakliga skälen till att samtyckeslagstiftningen genomfördes var att ytterligare stärka den ovillkorliga rätten till sexuell integritet och självbestämmanderätt. Kravet på utnyttjande och tvång ansågs inte tillräckligt effektivt ge fokus åt självbestämmanderätten. Vidare ansågs en frivillighetsbaserad lagstiftning fungera normskapande för människors värderingar om hur man ska se på sex som en ömsesidig handling. En ofrivillighetsbaserad lagstiftning ansågs därmed vara rätt steg för att uppnå ett heltäckande straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp, med bättre fokus på självbestämmanderätten.⁷¹ Med detta fokus avses att personer som utsätts för sexuella handlingar mot sin vilja inte ha något ansvar att säga nej eller uttrycka sin motvilja.⁷²

Lagstiftaren har aktivt valt att använda begreppet *frivillighet* snarare än *samtycke* för att skilja sexualbrotten från den allmänna ansvarsfrihetsgrunden i 24 kap. 7 § brottsbalken. Bakgrunden till detta är att lagstiftaren inte anser att innebörden av begreppen är desamma och att en användning av samtyckesbegreppet skulle inkludera situationer under sexualbrotten som inte borde höra dit.⁷³ Frivillighet kan således föreligga trots att målsäganden inte har haft full insikt i alla relevanta omständigheter som kan ha betydelse för valet att delta i den sexuella handlingen, till skillnad från samtyckets generella ansvarsbefriande verkan i 24 kap. 7 § brottsbalken. Att en person ljugit om vissa omständigheter, exempelvis vem man är, huruvida preventivmedel används, ålder eller liknande, medför inte att deltagandet anses ofrivilligt. Däremot kan ofrivillighet anses föreligga om det råder sådan villfarelse att målsägande inte haft möjlighet att förstå vem som den sexuella handlingen utförs med.⁷⁴

Bedömningen av om frivillighet har förelegat eller inte ska göras mot bakgrund av situationen i dess helhet⁷⁵ och vid bedömningen kan beaktas

⁶⁸ Prop. 2017/18:177 s. 20.

⁶⁹ Prop. 2017/18:177 s. 130-132.

⁷⁰ Se mer i Prop. 2021/22:231.

⁷¹ Prop. 2017/18:177 s. 21-23.

⁷² Prop. 2017/18:177 s. 31-32.

⁷³ Prop. 2017/18:177 s. 30.

⁷⁴ Prop. 2017/18:177 s. 79.

⁷⁵ NJA 2019 s. 668 p. 15.

personernas agerande före, under och efter den sexuella handlingen.⁷⁶ Av förarbetena framgår att det inte ska fastställas en legaldefinition av vad frivillighet innebär, utan det är något som överlämnas till rättstillämpningen att avgöra i varje enskilt fall.⁷⁷ Avgörande för bedömningen ska dock vara om personen har haft möjlighet att fritt ta ställning till om denne ska delta i den sexuella handlingen eller inte.⁷⁸

Sexualbrottskommittén föreslog att det skulle uppställas krav i lagen på att frivillighet måste uttryckas i ord eller handling.⁷⁹ Regeringen och riksdagen tog dock avstånd från detta förslag och därför uppställs inget krav i lagen på att frivillighet måste de facto manifesteras. I stället föreskrivs att vid bedömningen om frivillighet har förelegat eller inte, ska beaktas om och hur frivillighet har kommit till uttryck genom ord, handling eller på annat sätt. Det som bör beaktas är minspel, kroppsspråk, ord och liknande. Utgångspunkten för bedömningen ska vara att en person uttrycker sin frivillighet, och om så inte har skett, är utgångspunkten att frivillighet inte har förelegat.⁸⁰ Däremot måste också ett uttryck för frivillighet kunna vara något som den andra personen kan förlita sig på.⁸¹ Den straffbara gärningen sträcker sig inte så långt att ofrivillighet även omfattar en persons inre önskan att inte delta i den sexuella handlingen, om denne de facto går med på det.⁸² Det ska sakna betydelse för om personen innerst inne varit positiv eller negativt inställd till den sexuella handlingen. Detta förhållningssätt vilar dels på vikten av varje individs sexuella självbestämmanderätt, och däri rätten att även göra något som man egentligen inte vill för personer med möjlighet och förmåga att utöva sin självbestämmanderätt. Dels rättssäkerheten för motparten som inte ska kunna bli straffad för sexuell samvaro med en person som uttryckt frivillighet.⁸³ Detta innebär att ett frivilligt deltagande kan präglas av mer eller mindre aktivt eller passivt deltagande, och det fordras inte något särskilt motiv till deltagandet.⁸⁴ Omständigheten att en person utsatts för påtryckningar eller liknande, exempelvis tjat-sex, utesluter därför inte ett frivilligt deltagande.⁸⁵

Däremot kan tysta samtycken godtas som frivillighet under vissa omständigheter, men om det råder osäkerhet gällande huruvida frivillighet har förelegat eller inte torde det krävas att det finns något som tyder på att samtycke ändå förelåg.⁸⁶ Passivitet ska generellt inte heller ses som ett uttryck för frivillighet, utan bedömningen ska göras mot bakgrund av situationen om det är så att

⁷⁶ Se exempelvis NJA 2019 s. 668 p. 31-35.

⁷⁷ Prop. 2017/18:177 s. 33.

⁷⁸ Prop. 2017/18:177 s. 78.

⁷⁹ SOU 2016:60 s. 196-197.

⁸⁰ Prop. 2017/18:177 s. 80.

⁸¹ Prop. 2017/18:177 s. 33.

⁸² Prop. 2017/18:177 s. 78.

⁸³ SOU 2016:60 s. 198-199.

⁸⁴ Bäcklund m.fl., Brottsbalken, en kommentar (2022-11-25, version 21, JUNO), kommentar till 6 kap. 1 § brottsbalken, avsnitt ”En person som inte deltar frivilligt”.

⁸⁵ Prop. 2017/18:117 s. 33 och 78.

⁸⁶ Prop. 2017/18:177 s. 79.

målsägande inte uttryckt ofrivillighet på något sätt.⁸⁷ Bristande uttryck av frivillighet kan bero på flera olika omständigheter såsom rädsla, sjukdom, trötthet eller berusning.⁸⁸ I rättspraxis har betonats att ansvaret vid passivitet vilar på personen som utför den sexuella handlingen, men att passivitet kan utgöra både uttryck för frivilligt deltagande och icke frivilligt deltagande.⁸⁹ En person som utsätts för en sexuell handling mot dennes vilja har inget ansvar att uttrycka sin ovilja.⁹⁰ Ansvar läggs istället på den som genomför en sexuell handling mot någon annan, att förvissa sig om att den andra personen vill delta, och om den andra personen uppför sig passivt eller ger dubbeltydiga signaler måste motparten ta reda på om den andra vill eller inte.⁹¹ Utrymmet för att ren passivitet ska bedömas som ett uttryck för frivillighet, anses däremot vara väldigt begränsat.⁹² Vidare måste frivillighet föreligga vid tidpunkten för och genom hela den sexuella handlingen, och ett tidigare medgivande innebär inte att en senare sexuell handling är frivillig. En person kan därför när som helst under handlingen ångra sitt beslut.⁹³ Det straffrättsliga ansvaret bygger helt enkelt på att den person som utför en sexuell handling måste förvissa sig om att den andra deltar frivilligt genom hela handlingen.

Sammantaget kan lagstiftningens utformning utifrån ett icke-krav på uttryckt frivillighet läsas som att den första meningen innefattar två typer av ofrivillighet utöver den uttryckta ofrivilligheten. Dessa fall är dels de fall där frivillighet inte kommer till uttryck och då frivillighet inte heller föreligger, dels de fall där frivillighet inte kommer till uttryck men ska ändå anses föreligga. Detta innebär att rättstillämparen måste avgöra om ett deltagande trots frånvaro av uttryck för frivillighet, ändå kan anses vara frivilligt.⁹⁴

2.3 Otilbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation

I den nuvarande formuleringen av 6 kap. 1 § första stycket fjärde meningen brottsbalken framgår omständigheter under vilka lagstiftaren anser att frivillighet *aldrig* kan föreligga. Om omständigheterna i någon av punkterna är uppfyllda, anses frivillighet inte ha förelegat oberoende av om målsägande uttryckt frivillighet eller inte.⁹⁵ Dessa omständigheter utgörs huvudsakligen av faktorer som medför att en person saknar eller har nedsatt förmåga att ha

⁸⁷ Prop. 2017/18:177 s. 31-32.

⁸⁸ Prop. 2017/18:177 s. 80.

⁸⁹ NJA 2019 s. 668 p. 15.

⁹⁰ NJA 2019 s. 668 p. 14.

⁹¹ Prop. 2017/18:177 s. 34-35.

⁹² NJA 2019 s. 668 p. 35.

⁹³ Prop. 2017/18:177 s. 79; NJA 2019 s. 668.

⁹⁴ Asp, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 §, Lexino, 2022-08-18 (JUNO).

⁹⁵ Prop. 2017/18:177 s. 80.

kontroll eller handla rationellt. Om dessa omständigheter föreligger anses den enskilde sakna möjlighet att utöva sin sexuella självbestämmanderätt.⁹⁶

År 2005 kom våldtäktsbrottet att inrymma även fall där gärningspersonen otillbörligt utnyttjat en annan persons (då) hjälplösa tillstånd. Denna gärning utgjorde tidigare ett eget brott, men förflyttningen motiverades av att kränkningen som den gärningen innebar var lika allvarlig och jämförbar som kränkningen under våldtäktsbrottet. Personer under dessa omständigheter kunde, trots att inget fysiskt tvång utövades, likväl vara ur stånd att försvara sig eller uttrycka sin vilja.⁹⁷ Ett uttryckt samtycke skulle således under dessa omständigheter inte befria gärningspersonen från ansvar.⁹⁸

Enligt nu gällande lagstiftning kan frivillighet enligt 6 kap. 1 § första stycket fjärde meningen andra punkten brottsbalken aldrig föreligga om

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*.⁹⁹

Bedömningen ska göras mot bakgrund av situationen i dess helhet och uppräknningen är inte uttömmande och utesluter inte en kombination av flera omständigheter.¹⁰⁰ De situationer som räknas upp under denna punkt är desamma som i tidigare lagstiftning, och således anges i förarbetena att praxis och förarbetena till de gamla lagstiftningarna kan användas för vägledning.¹⁰¹

2.3.1 Psykisk störning och särskilt utsatt situation

I förhållande till ofrivillighetskravet lyfts i förarbetena att frivillighet förutsätter att en person är kapabel att ge uttryck för ett val samt kan inse konsekvenserna av sitt handlande, och att om så inte är fallet ska ett uttryckt val att delta underkännas som frivillighet.¹⁰²

Av förarbetena till lagstiftningen som trädde i kraft år 2005 framgår att rekvisitet ”hjälpöst tillstånd” omfattar omständigheter som både fysiskt och psykiskt gör att en person saknar förmåga att värja sig, och gäller huvudsakligen fall då en person inte kan bjuda motstånd eller inte förmår att uppfatta gärningens innebörd. Det krävdes då att personen helt saknade förmåga att värja

⁹⁶ Jareborg m.fl. (2015) s. 114, 120.

⁹⁷ Prop. 2004/05:45 s. 45.

⁹⁸ Prop. 2004/05:45 s. 136.

⁹⁹ Min kursivering.

¹⁰⁰ Prop. 2017/18:177 s. 82.

¹⁰¹ Prop. 2017/18:177 s. 82.

¹⁰² SOU 2016:60 s. 209-210.

sig.¹⁰³ År 2013 ersattes ”hjälpöst tillstånd” med ”särskilt utsatt situation” bland annat till följd av en uppmärksammas dom från Högsta domstolen¹⁰⁴. Den tidigare formuleringen ansågs vara för snäv, så en utvidgning var påkallad för att stärka respekten för varje människas absoluta rätt till sexuell integritet och självbestämmanderätt.¹⁰⁵ Kravet på en ”särskilt” utsatt situation uppställdes för att kriminaliseringen inte skulle gå för långt utan endast omfatta situationer där personens möjlighet att fritt avvisa sexuella handlingar är begränsad.¹⁰⁶ Det krävs därför att offret har haft klart begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet, men det krävs inte att offret helt har saknat förmåga att kontrollera sitt handlande eller att värja sig.¹⁰⁷ Det kan beaktas omständigheter som är hänförliga till målsäganden, dennes person och beteende eller yttre omständigheter hänförliga till situationen i sig. Det ska som utgångspunkt sakna betydelse hur situationen har uppstått, exempelvis om målsäganden själv orsakat den.¹⁰⁸ Ett krav på möjligheten att freda eller värna sin sexuella integritet innebär däremot inte att en person måste ha bjudit fysiskt motstånd, utan med ”fredande” avses genom ord eller handling i en bred bemärkelse.¹⁰⁹ En särskilt utsatt situation kan uppstå under ett frivilligt deltagande, och deltagandet ska då anses som ofrivilligt. Det avgörande för bedömningen i denna del ska vara om en persons situation har hindrat denne från att göra ett fritt val.¹¹⁰ Enligt förarbetena kan straffansvar även inträda när målsäganden tar initiativ till den sexuella handlingen.¹¹¹

I lagen stipuleras rekvisitet ”psykisk störning”. Detta är ett juridiskt begrepp som ersatte det tidigare rekvisitet ”psykiskt sjuk eller psykiskt utvecklingsstörd”, då den nya terminologin ansågs bättre överensstämma med gemene språkbruk och terminologin i annan lagstiftning gällande psykiatrisk tvångsvård och liknande. ”Psykisk störning” ansågs vara ett vidare begrepp än det tidigare. Den psykiska störningen måste vara av mer långvarig karaktär, och således torde inte personer med en tillfällig depression eller liknande kunna inkluderas i begreppet, såtillvida tillståndet bedöms på samma sätt som i andra lagstiftningar som brukar detta begrepp. Begreppet avser dock inte att motsvara tillståndet ”*allvarlig* psykisk störning”, då det anses för snävt.¹¹² I förarbetena till olika tvångsvårdslagar benämns ”psykisk störning” såsom psykiska sjukdomar, abnormiteter och defekter, och innefattar bland annat psykisk utvecklingsstörning. Fokus för psykiska sjukdomar västs vid bestående funktionsrubbingar i beteendemönster som individen har begränsade möjligheter att kontrollera och som medför en nedsättning av

¹⁰³ Prop. 2004/05:45 s. 47, 137.

¹⁰⁴ Se NJA 2004 s. 231.

¹⁰⁵ Prop. 2012/13:111 s. 25-27, 111-112.

¹⁰⁶ SOU 2010:71 s. 240.

¹⁰⁷ Prop. 2012/13:111 s. 39, 111-113; RH 2008:84.

¹⁰⁸ Jareborg m.fl. (2015) s. 120.

¹⁰⁹ SOU 2010:71 s. 240.

¹¹⁰ Prop. 2017/18:177 s. 82.

¹¹¹ Prop. 2017/18:177 s. 79.

¹¹² Prop. 1991/92:35 s. 24, 34-35.

funktionsdugligheten och möjligheten att ta del i livet.¹¹³ Av rättspraxis framgår exempelvis att intellektuella funktionsnedsättningar kan omfattas av begreppet ”psykisk störning”, då en person med en sådan funktionsnedsättning kan ha särskilda svårigheter att freda sin sexuella integritet.¹¹⁴

I äldre hovrättsavgöranden har betonats att det ska beaktas hur den psykiska störningar har påverkat situationen och deltagandet. I ett fall gällde det en lindrig utvecklingsstörning, som förvisso bedömdes som en av lagen stadgad psykisk störning, men det betonades att en sådan störning ligger nära normalbegåvning. Domstolen betonade vikten av att det måste framgå att den psykiska störningen vid det faktiska gärningstillfället har inneburit att personen inte kunnat värja sin sexuella integritet, och att åtalet inte enbart kan bygga på att den psykiska störningen i allmänhet innebär ett (då) hjälplöst tillstånd.¹¹⁵ I ett senare avgörande framhålls också att målsägandens psykiska störning måste relateras till deltagandet. I målet beaktades att målsäganden inte hade något intresse av ett sexuellt umgänge med den tilltalade, och att orsaken till att hon inte sade ifrån var för att hon utlovades cigaretter om hon gjorde som den tilltalade ville. Domstolen beaktade att hennes beteende och svårigheter att värna sin sexuella integritet berodde på hennes psykiska störning.¹¹⁶ Prejudikatvärdet för dessa avgöranden är förvisso inte lika starkt som avgöranden från HD, men de framhävs i doktrin som vägledande då det saknas avgöranden från HD¹¹⁷. Av fallen kan således utläsas att rekvisitet ”psykisk störning” inte bör betraktas självständigt så som en särskilt utsatt situation, utan måste relateras och kvalificeras som en särskilt utsatt situation.

2.3.2 Otillbörligt utnyttjande

Utifrån rekvisitet ”frivillighet” har det i förarbetena diskuterats att kravet på otillbörligt utnyttjande får en viktig roll för att betona att personer med exempelvis psykiska funktionsnedsättningar också har rätt till ett sexualliv och inte helt ska anses inkapabla att frivilligt delta i sexuella handlingar. Kravet på otillbörligt utnyttjande anses därför lämpligt för att kunna göra avvägningen mellan att skydda personer mot att bli utnyttjade utan att helt frånta dem möjligheten att ge uttryck för frivillighet.¹¹⁸ Om ett otillbörligt utnyttjande har förekommit, kan ett faktiskt samtycke från målsäganden aldrig verka ansvarsbefriande.¹¹⁹

Otillbörlighetsrekvisitet ska tolkas på samma sätt som i tidigare lagstiftning, var framgår att otillbörlighetsrekvisitet avser att endast underkänna val att delta i en sexuell handling i fall där den sexuella handlingen innebär ett angrepp på en annan persons sexuella integritet. Det ska beaktas om

¹¹³ Prop. 1990/91:58 s. 84; SOU 1977:23 s. 59-61.

¹¹⁴ NJA 1967 s. 380; RH 2008:84.

¹¹⁵ RH 2006:53.

¹¹⁶ RH 2008:84.

¹¹⁷ Se Asp, Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 §, Lexino, 2022-08-18 (JUNO).

¹¹⁸ SOU 2016:60 s. 212-213.

¹¹⁹ SOU 2010:71 s. 241.

gärningspersonen har uppnått sitt syfte genom att utnyttja den andres tillstånd.¹²⁰ Detta innebär att situationer där en person förvisso befinner sig i en särskilt utsatt situation, men var den sexuella handlingen inte utgör ett angrepp på den sexuella integriteten, inte är brottsliga.¹²¹ Omständigheten att en person i en särskilt utsatt situation *vanligen* riskerar att bli utnyttjad, betyder inte att så också har skett i den aktuella situationen.¹²² Det ska därför i otillbörlighetsbedömningen beaktas att personer i en särskilt utsatt situation ändå kan ha en verklig önskan om kroppslig närhet, och att det då inte alltid är otillbörligt att genomföra sexuella handlingar med en sådan person.¹²³ I förarbetena betonas svårigheten att uttömmande precisera hur rekvisitet ska bedömas, vilket i stället ska överlämnas till rättstillämpningen. Det talas däremot om situationer av hänsynslöst beteende och att bedömningen ska göras objektivt och normativt utifrån om gärningen ska anses straffvärd, och att parterna relation kan beaktas.¹²⁴

För att ett utnyttjande ska anses föreligga krävs att den särskilt utsatta situationen är en förutsättning för att den sexuella handlingen genomförs.¹²⁵ Det måste alltså föreligga ett orsakssamband mellan målsägandens situation eller tillstånd, och dennes deltagande i den sexuella handlingen.¹²⁶ Vid bedömningen av ett utnyttjande av en funktionsnedsättning ska situationen som den sexuella handlingen genomförs i och funktionsnedsättningens betydelse för handlingens utförande beaktas. Andra omständigheter som kan innebära ett otillbörligt utnyttjande är när gärningspersonen har en särskilt förtroendeställning såsom färdtjänst- eller taxichaufför. Vidare kan ett otillbörligt utnyttjande även föreligga när en person erbjuds en viss förmån i utbyte mot sex, men är i en situation där denne i praktiken har små möjligheter att säga nej.¹²⁷

I äldre rättspraxis har omständigheter såsom att målsäganden tagit initiativ och varit aktiv för att samlaget skulle kunna ske, bedömts som uttryck för att målsäganden kunnat skydda sin sexuella integritet och att ett sexuellt umgänge med denne, trots dennes psykiska störning, inte då varit otillbörligt.¹²⁸ Även att målsäganden visat intresse för gärningspersonen kan utgöra grund för att ett otillbörligt utnyttjande inte har skett.¹²⁹ Enligt nyare förarbeten och doktrin ska det som utgångspunkt sakna betydelse på vems initiativ handlingen företagits, men när ett samtycke uttrycks, kan ett utnyttjande ibland

¹²⁰ Prop. 2017/18:177 s. 82; Prop. 2004/05:45 s. 138; Prop. 1991/92:35 s. 24.

¹²¹ SOU 2010:71 s. 241; Bäcklund m.fl., Brottsbalken, en kommentar (2022-11-25, version 21, JUNO), kommentar till 6 kap. 1 § brottsbalken, avsnitt ”Otillbörligt utnyttjande av någon i en särskilt utsatt situation”.

¹²² Jareborg m.fl. (2015) s. 120.

¹²³ SOU 2010:71 s. 241.

¹²⁴ Prop. 2004/05:45 s. 138; SOU 2010:71 s. 241; Jareborg m.fl. (2015) s.120.

¹²⁵ NJA 1967 s. 380.

¹²⁶ Prop. 2017/18:177 s. 82; Prop. 2012/13: 111 s. 113; Prop. 2004/05:45 s. 137-138; Prop. 1991/92:35 s. 24.

¹²⁷ SOU 2010:71 s. 242.

¹²⁸ NJA 1988 s. 279.

¹²⁹ NJA 1967 s. 380.

vara uteslutet, eftersom även personer med psykiska störningar har ett intresse av ett sexualliv.¹³⁰ Det föreskrivs dock att ett otillbörligt utnyttjande kan föreligga även om målsäganden tagit initiativ till handlingen.¹³¹

2.4 Uppsåt eller grov oaktsamhet

Utöver ovan objektiva rekvisit krävs för straffansvar att de subjektiva rekvisiten är uppfyllda, det vill säga uppsåt eller grov oaktsamhet. Kravet på subjektiv skuld härrör ur tanken om att en person inte bör anses ansvarig för ett brott om denne inte kunde rätta sig efter lagen.¹³²

2.4.1 Uppsåt

För straffansvar krävs som utgångspunkt uppsåt till att målsäganden inte deltog frivilligt. För att bedöma detta kan omständigheter som härrör ur målsägandens uttryck, beteende eller liknande ha stor betydelse.¹³³

Det finns tre former av uppsåt; avsikts-, insikts- och likgiltighetsuppsåt, som alla innehåller dels ett kognitivt element gällande vad gärningspersonen är medveten om, dels ett voluntativt element gällande gärningspersonen attityd gentemot gärningen.¹³⁴ Det räcker för straffansvar för uppsåtligt brott att gärningspersonen åtminstone insett risken att en person inte deltar frivilligt, och att gärningspersonen förhåller sig likgiltig inför detta (likgiltighetsuppsåt).¹³⁵ Det krävs således för det första att gärningspersonen insett risken att målsäganden inte deltar frivillighet, och att risken framstår som avsevärd från gärningsmannens perspektiv.¹³⁶ För det andra krävs det att risken för att frivillighet inte föreligger, inte utgör ett tillräckligt relevant skäl för gärningspersonen att avstå från gärningen.¹³⁷

Vid bedömningen av likgiltighetsuppsåt ska beaktas de handlingar som föregått händelsen, vad som hänt efter händelsen och vad som framkommit om parternas agerande under själva händelseförloppet.¹³⁸ För situationer där målsäganden förhållit sig passiv, som vanligen inte ska bedömas som ett uttryck för frivillighet, krävs dock att gärningspersonen har insett risken att målsägandens passivitet inte är ett uttryck för frivillighet. Då kan beaktas omständigheter kring målsägandens ageranden och gärningspersonens reaktioner på detta.¹³⁹

¹³⁰ Prop. 2004/05:45 s. 136; Jareborg m.fl. (2015) s. 120.

¹³¹ SOU 2001:14 s. 54, 92.

¹³² Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 271.

¹³³ Prop. 2017/18:177 s. 83.

¹³⁴ Asp, Ulväng & Jareborg (2013) s. 284-287.

¹³⁵ Prop. 2017/18:177 s. 83; SOU 2016:60 s. 130.

¹³⁶ NJA 2019 s. 668 p. 24; NJA 2016 s. 763.

¹³⁷ NJA 2019 s. 668 p. 23; NJA 2004 s. 176.

¹³⁸ NJA 2019 s. 668 p. 25.

¹³⁹ NJA 2019 s. 668 p. 38-41.

Vad gäller den särskilda ofrivillighetsbedömningen krävs det likt ovan även uppsåt för att dessa omständigheter föreligger, såsom att en person på grund av sin psykiska funktionsnedsättning befunnit sig i en särskilt utsatt situation. För straffansvar för uppsåtligt brott krävs dock inte att gärningspersonen själv klassificerat målsägandens tillstånd som en särskilt utsatt situation. För ansvar räcker att gärningspersonen har uppsåt till förekommandet av omständigheterna som enligt domstolen innebär att målsäganden befann sig i en särskilt utsatt situation, och att utnyttjandet var otillbörligt.¹⁴⁰

2.4.2 Grov oaktsamhet

För det fall uppsåt inte har förelegat, kan det under vissa omständigheter räcka med att gärningspersonen varit *grovt oaktsam* till omständigheten att målsäganden inte deltog frivilligt, enligt 6 kap. 1 a § brottsbalken, vilket medför ett krav på oaktsamhet. Avsikten med ett straffansvar vid grov oaktsamhet är att träffa gärningar som, trots att uppsåt saknas, ändå är särskilt straffvärda. Grov oaktsamhet innebär ett medvetet risktagande av allvarligt slag. I första hand avser oaktsamhetsansvaret situationer där gärningspersonen misstänker att den andra personen inte deltar frivilligt, men genomför den sexuella handlingen ändå (medvetet oaktsam). Detta krav är, likt likgiltighetsuppsåtets första del, uppfyllt när gärningspersonen insett risken för att målsäganden inte deltog frivilligt, men däremot inte varit likgiltig inför riskens införlivande utan förlitat sig på att frivillighet ändå förelåg.¹⁴¹

I andra hand, kan även fall av omedveten oaktsamhet uppfylla kravet på grov oaktsamhet i mer påtagligt klandervärda fall där gärningspersonen *borde* ha misstänkt att målsäganden inte deltog frivilligt, och borde gjort något för att komma till insikt om detta. Oaktsamheten kan då bedömas som grov, om gärningspersonen trots att denne borde kontrollerat vissa omständigheter närmare ändå inte gjort det, när det funnits skäl att göra så.¹⁴²

¹⁴⁰ Prop. 2017/18:177 s. 83.

¹⁴¹ Prop. 2017/18:177 s. 84-85; NJA 2019 s. 668 p. 20, 27.

¹⁴² Prop. 2017/18:177 s. 84-85; NJA 2019 s. 668 p. 28.

3 Ofrivillighetsbedömningen i rättstillämpningen när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning

I detta kapitel presenteras en genomgång och analys av rättsfallen som granskats för att redogöra för hur rekvisiten tillämpas och ges innebörd i praktiken.¹⁴³ Utifrån uppsatsens syfte delas kapitlet upp i de två typerna av ofrivillighetsbedömningar. Den första grundas är den *ordinära ofrivillighetsbedömningen*, det vill säga ofrivillighetsbedömningen enligt lagrummets första mening, och den andra typen är den *särskilda ofrivillighetsbedömningen*, vilken präglas av en bedömning av om den tilltalade har otillbörligt utnyttjat att målsäganden var i en särskilt utsatt situation på grund av sin psykiska funktionsnedsättning. Presentationen i denna del delas upp utifrån bedömningen av dels den särskilt utsatta situationen, dels det otillbörliga utnyttjandet. Under dessa teman presenteras underteman som utgör omständigheter som påverkat bedömningarna i dessa delar. Avslutningsvis presenteras separat två omständigheter som jag också anser påverkar båda ofrivillighetsbedömningarna, vilka utgörs av svårigheter att skilja mellan dels bedömningen av bevis- respektive rättsfrågor, dels bedömningen av objektiva respektive subjektiva rekvisit.

Generellt kan noteras att domstolarnas användning av begreppet ”psykisk störning” varierar. I 16 av 23 avgöranden hade målsäganden en intellektuell funktionsnedsättning (bland annat), varav i tio av dem domstolen explicit eller implicit kategoriserade funktionsnedsättningen som en ”psykisk störning”. I 7 av 23 fall hade målsäganden en neuropsykiatrisk funktionsnedsättning (bland annat), och i fyra av de fallen kategoriserade domstolen antingen explicit eller implicit funktionsnedsättningen som en ”psykisk störning”. Ibland är det domstolen och ibland är det åklagaren som använder begreppet ”psykisk störning”, ibland kan det tolkas in av hänvisningen till lagrummet, men flera gånger använder domstolarna begreppsligt också målsägandens aktuella funktionsnedsättning i stället. Både fall av intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar kategoriseras som psykiska störningar. I två fall hade målsäganden bådadera funktionsnedsättningarna, och i ett fall kategoriserades båda som en psykisk störning¹⁴⁴, i det andra fallen gjorde ingen av dem¹⁴⁵. Jag har således inte kunnat identifiera att denna inkonsekventa användning av rekvisitet ”psykisk störning” beror på vilken faktisk diagnos personen har, utan oklarheten torde grundas i rekvisitets otydliga definition. Oberoende av begreppsanvändning hanterar domstolarna de olika funktionsnedsättningarna på samma sätt inom ramen för den särskilda ofrivillighetsbedömningen. Således torde kvalificeringen av diagnosen under rekvisitet ”psykisk

¹⁴³ Samtliga avgöranden är domar och presenteras i fotnoter komprimerat utifrån domstol och målnummer, men redogörs för fullständigt i rättsfallsförteckningen sist i uppsatsen.

¹⁴⁴ Se exempelvis Luleå tingsrätt, B3090-21.

¹⁴⁵ Umeå tingsrätt, B1839-19.

störning” inte spela någon större roll utan avgörande är snarare hur funktionsnedsättningen relateras till rekvisitet ”särskilt utsatt situation”.

Vidare varierar det hur domstolarna tar sig an den ordinära och den särskilda ofrivillighetsbedömningen, både vad gäller ordningen och hur båda prövningarna görs. I vissa fall började domstolen med den ordinära ofrivillighetsbedömningen, för att sedan se till den särskilda ofrivillighetsbedömningen och om frivillighet trots allt ändå inte kan föreligga.¹⁴⁶ I andra fall började domstolen med bedömningen av om frivillighet aldrig kan föreligga.¹⁴⁷ I vissa avgöranden prövade domstolen båda typerna av ofrivillighet, även om svaret i båda bedömningarna var jakande. I vissa fall nämnde domstolen explicit att den ena prövningen saknade betydelse om den andra utföll jakande, och tog därför inte upp den alls.¹⁴⁸ I vissa mål prövades enbart den särskilda ofrivillighetsbedömningen,¹⁴⁹ trots att den ordinära i ett par fall kan tolkas in i yrkandena.

3.1 Den ordinära ofrivillighetsbedömningen

Vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen beaktas i rättstillämpningen hur den enskilde målsäganden har betett sig vid gärningstillfället, dessförinnan och därefter. Som ovan nämnts tas inte alltid ett särskilt ställningstagande gällande den ordinära ofrivillighetsbedömningen, men för de fall det görs verkar det finnas ett ganska smalt spektrum av vad ofrivillighet innebär. Ytterligheten å ena sidan är verbalt och/eller fysiskt explicit uttryck för ofrivillighet, och å andra sidan passivitet och ibland även viss följsamhet i interaktionen. Det är huvudsakligen den sistnämnda ytterligheten som är svårbedömd. Mot bakgrund av de diagnostiska förutsättningarna för personer med psykiska funktionsnedsättningar som medför svårigheter att förstå, uttrycka och reagera på andras kommunikation, kan målsäganden med dessa svårigheter ha problem att uttryck sig. I fall där det kan styrkas att målsäganden fysiskt eller verbalt har givit uttryck för ofrivillighet, är bedömningen sällan svår¹⁵⁰. Således presenteras nedan fall som tangerar den delen av spektrumet som rör passivitet och viss följsamhet. Jag har valt orden passivitet och följsamhet för det är så domstolarna beskrivit målsägandenas beteende. Med passivitet har jag tolkat in i domstolens beskrivning att målsäganden varken gjort motstånd eller medverkat i någon större utsträckning till den sexuella handlingen. Med följsamhet har jag tolkat in i domstolens beskrivning att målsäganden på något vis verbalt och/eller fysiskt medverkade till att den sexuella handlingen blivit av. I vissa fall bedömdes passivitet och följsamhet vara ett

¹⁴⁶ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21; Hovrätten för västra Sverige, B1301-22; Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁴⁷ Se exempelvis Svea hovrätt, B3979-19; Hovrätten för nedre Norrland, B1622-10; Uppsala tingsrätt, B7432-21.

¹⁴⁸ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B1602-21.

¹⁴⁹ Se exempelvis Norrköpings tingsrätt, B2874-19; Göta hovrätt, B2614-21; Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19.

¹⁵⁰ Se exempelvis Hovrätten för Västra Sverige, B1301-22; Svea hovrätt, B13689-19.

uttryck för frivillighet, medan i andra fall bedöms det vara ett uttryck för ofrivillighet. I väldigt få fall beaktades däremot målsägandens psykiska funktionsnedsättning explicit i dessa bedömningar.

Av rättsfallsgranskningen framgår att målsägandena som hävdar ofrivillighet inte alltid gör motstånd, dels på grund av rädsla och att en inte klarar av att reagera utifrån sin innersta vilja, dels på grund av bristande förståelse för situationen. Personer med psykiska funktionsnedsättningar kan, givet hur de beskrivs i rättsfallen och hur deras funktionsnedsättning definieras, agera och reagera annorlunda än andra i en övergreppssituation.

Enligt lagstiftaren kan passivitet vara ett uttryck för både frivillighet och ofrivillighet, men enligt rättspraxis ska utrymmet att tolka passivitet som frivillighet anses vara begränsat.¹⁵¹ I ett avgörande¹⁵² där målsäganden hade en intellektuell funktionsnedsättning samt ångest och depression med själskadebeteende, hade hon avtalat träff med gärningspersonen som hon träffat på en dejting-app. Han kom hem till henne på ett gruppboende, och de hade sexuellt umgänge som målsäganden reagerade passivt på, på grund av panik. Hon gav varken med ord eller handling uttryck för sin ovilja att delta. Domstolen bedömde i det fallet att målsägandens passivitet inte var ett uttryck för ett frivilligt deltagande. I ett annat avgörande¹⁵³ hade målsäganden en måttlig intellektuell funktionsnedsättning med boende via LSS och beskrevs som lättledd med svårigheter i interaktioner med andra människor. Målsäganden och den tilltalade hade fått kontakt via en dejting-app och bestämt träff hemma hos målsäganden där de hade sexuellt umgänge. Domstolen konstaterade att målsäganden intagit en mer passiv roll i det sexuella umgänget. Men då målsäganden i sina kontakter med den tilltalade deltog i samtal om sexuella handlingar, verkat och uttryckt vilja för sexuell interaktion den aktuella kvällen samt uttryckt sig som att han ville utforska sin sexualitet, bedömde domstolen att frivillighet vid gärningstillfället förelåg, trots målsägandens mer passiva roll.

I det ena fallet har passivitet alltså utgjort ett uttryck för ofrivillighet, och i det andra fallet har det inte varit så. Situationerna är inledningsvis lika varandra utifrån bakgrunden till att parterna träffats. Den största skillnaden är att målsägandens inre önskan har varit negativ i den första situationen, men positiv i den andra, samt att vissa positiva uttryck för det sexuella handlandet förekommit i det andra fallet. Dessa omständigheter är viktiga att beakta ur ett självbestämmanderättsperspektiv, särskilt mot bakgrund av att olika individer med olika svårigheter kan ge uttryck för självbestämmanderätt på olika sätt. I inget av fallen har domstolen dock explicit beaktat målsägandens

¹⁵¹ NJA 2019 s. 668 p. 35.

¹⁵² Attunda tingsrätt, B11583-20.

¹⁵³ Helsingborgs tingsrätt, B5170-21.

funktionsnedsättning i förhållande till målsägandens uttryck för frivillighet/ofrivillighet.

I ett annat fall¹⁵⁴ gällde det en målsäganden som hade en måttlig intellektuell funktionsnedsättning som bodde på ett LSS-boende där den tilltalade arbetade. Både målsäganden och tilltalad var överens om att målsäganden inte gjorde uttryck för frivillighet. Enligt de uppgifter som lades till grund för domstolens bedömning, hade målsäganden förhållit sig passiv genom händelseförloppet, vilket hovrätten implicit hänför till målsägandens funktionsnedsättning. Direkt efter händelsen hade målsäganden dock blivit upprörd och sprungit ut i de allmänna utrymmena för att söka upp den tilltalade och konfrontera denne och i detta berättat för andra vårdare att han hade blivit våldtagen.

I det sistnämnda fallet har domstolen implicit gett uttryck för att målsägandens psykiska funktionsnedsättning påverkat målsägandens passivitet. I fallet beaktades detta samt målsägandens handlande efteråt i slutsatsen om att deltagandet var ofrivilligt. Passivitet kan alltså sammantaget innebära både ett uttryck för frivillighet och ofrivillighet. Det torde krävas att domstolen analyserar bakgrunden till passivitet för att kunna avgöra om deltagandet är ett uttryck för självbestämmanderätten eller något annat.

I vissa sammanhang agerar målsäganden inte endast passivt, utan även med viss följsamhet. I vissa fall kan detta ses som acceptans och uttryck för frivillighet, vilket kan antydast i tre fall.

I ett fall¹⁵⁵ gällde det en målsäganden med en lindrig utvecklingsstörning, autism samt boende på ett LSS-boende, som fick besök av en okänd man på kvällen. Målsäganden antog av skäl som inte framgår av domen, att mannen var där för att ha sex med henne. Hon ville inte ha sex men sa ingenting om det, utan var följsam och deltog stundtals i samlaget då hon kände sig tvingad, rädd och inte vågade göra fysiskt motstånd. Jag tolkar det som att domstolen ansåg att ofrivillighet enligt den ordinära ofrivillighetsbedömningen inte förelåg, eller att det inte kunnat styrkas. I målet utreddes inte i någon närmre utsträckning hur hennes funktionsnedsättning påverkade henne.

I det andra målet¹⁵⁶ gällde det en målsäganden med autism, ADHD och PTSD, vilket medförde svårigheter för henne att förstå hur andra ser på henne, hur hon interagerar med andra och hur hon förstår andras kommunikation och motiv. Hon beskrevs som att hon har svårigheter att sätta gränser och förstå sociala samspel. Hon hade boende via LSS, och den tilltalade i målet var en färdtjänstchaufför som vid aktuell tidpunkt hämtade upp målsäganden för att köra hem henne. Vid färden hade han med en manlig bekant i bilen, och de

¹⁵⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B1602-21.

¹⁵⁵ Umeå tingsrätt, B1839-19.

¹⁵⁶ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

körde till en avlägsen plats var flera personer hade sexuellt umgänge med målsäganden. Efteråt fick målsäganden färdtjänstchaufförens telefonnummer, och de träffades även dagen efter för att prata, vilket också ledde till sexuellt umgänge med den tilltalade samt en person till. Målsägandens följsamma agerande bedömdes inte vara ett uttryck för ett ofrivilligt deltagande, varken vad gällde det första eller andra tillfället. Domstolen beaktade inte målsägandens psykiska funktionsnedsättning explicit i den ordinära ofrivillighetsbedömningen.

I det tredje målet¹⁵⁷ gällde det en målsäganden som hade en lindrig utvecklingsstörning, ångestproblematik, boende via LSS, självskadebeteende och i stundom vård via psykiatrisk tvångsvård (LPT). Målsäganden och den tilltalade hade en relation var målsäganden såg den tilltalade och hans fru som ”extra föräldrar”. De tre hade muntliga avtal om att sköta målsägandens ekonomi, och den tilltalade ihop med sin fru dömdes även i aktuellt mål för grovt ocker i relation till detta arrangemang. Relationen hade pågått i flera år och under tiden hade mannen sexuellt umgänge med målsäganden flera gånger. Målsäganden och den tilltalade hade flera konversationer på SMS om sex, men målsäganden uppgav att hon deltog i de sexuella handlingarna för att hon var rädd för att den tilltalade annars skulle berätta om samlagen för målsägandens pojkvän. Domstolen ansåg att målsägandens deltagande inte utgjorde ofrivillighet, och att den tilltalade åtminstone inte haft uppsåt till detta. Målsägandens person och funktionsnedsättning beaktades inte explicit i den ordinära ofrivillighetsbedömningen.

I ett annat mål är domstolens ställningstagande mer oklart. I målet¹⁵⁸ gällde det en målsäganden med atypisk autism, tvångssyndrom och PTSD, vilket medfört att hon hade nedsatt känslomässig mognad, svårigheter att säga nej till andra och gärna vill vara andra till lags, men var ändå förhållandevis välfungerande även om hon behövde visst stöd i vardagen. Den tilltalade var färdtjänstchaufför och den aktuella händelsen utspelades under en sådan färd. Målsäganden uppgav själv att hon sa ”ja” och att de var överens, samt att hon genom handling medverkade till att samlaget kunde genomföras. Domstolen bedömde utifrån dessa omständigheter att hon deltog frivilligt. Däremot konstaterade domstolen under rubriken ”var målsägandens deltagande ett verkligt frivilligt deltagande?”¹⁵⁹ att målsäganden egentligen var tveksam till det sexuella umgänget, att hon inte tyckte det kändes rätt och att denna inställning främst formats efter händelsen men även till viss del förelegat vid händelsen. Detta tolkar jag som att domstolen menar att hon innerst inne inte ville delta eller åtminstone varit tveksam till att delta och att detta då inte skulle definieras som ett ”verkligt frivilligt deltagande”. Däremot utvecklar domstolen inte innebörden av denna slutsats.

¹⁵⁷ Svea hovrätt, B5232-21.

¹⁵⁸ Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁵⁹ Dömen s. 6.

Sammanfattningsvis, relaterades målsägandens agerande till självbestämmanderätten i flera fall, då målsägandens egen uppfattning och inre vilja överensstämde med domstolens bedömning. Det finns dock fall där målsäganden själv var övertygad om att hon inte ville, men där domstolen inte bedömde hennes agerande som ofrivilligt. Det finns också fall där målsäganden tvärtom uttryckt frivillighet i situationen, men då domstolen inte ser det som ett verkligt uttryck för frivillighet. Mot bakgrund av de diagnostiska kriterierna för aktuella funktionsnedsättningar samt hur målsäganden i flera fall beskrivs, är det inte osannolikt att målsägandenas beteende och uttryck för inställningen till deltagandet kan ha påverkats av funktionsnedsättningarna. Däremot gjordes det sällan en explicit koppling till målsägandens psykiska funktionsnedsättning vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen. Detta utesluter förvisso inte att målsägandenas psykiska funktionsnedsättning dels påverkat domstolarnas ofrivillighetsbedömning indirekt, dels påverkat målsägandenas förmåga och sätt att uttrycka frivillighet/ofrivillighet på.

3.2 Den särskilda ofrivillighetsbedömningen

När en person otillbörligt har utnyttjat en annan person som befunnit sig i en särskilt utsatt situation, spelar den ordinära ofrivillighetsbedömningen ingen roll för huruvida frivillighet har förelegat eller inte. Särskilt för dessa fall är att omständigheterna i situationen i sig konstituerar ofrivillighet oberoende av vad målsäganden själv gett uttryck för. Domstolarna är inte alltid så tydliga eller uttömmande i sina resonemang vad gäller vilka faktorer som påverkar den särskilt utsatta situationen och vilka som påverkar bedömningen av ett otillbörligt utnyttjande. Det är inte heller ovanligt att domstolarnas objektiva bedömning av ett otillbörligt utnyttjande föregås av en bedömning av de subjektiva insikterna om detsamma. Nedan följer en tematisk analys av min tolkning av de omständigheter som påverkat domstolarnas bedömning i de olika delarna.

3.2.1 Den särskilt utsatta situationen

Avgörande för bedömningen av den särskilt utsatta situationen ska vara om målsäganden har haft klart begränsade möjligheter att värna om sin sexuella integritet. För denna bedömning beaktar domstolarna ofta målsägandens person och agerande, och det förs i flera fall ett resonemang gällande hur agerandet och situationen påverkats av målsägandens psykiska funktionsnedsättning, men inte i alla. I flera fall lyfts även att yttre omständigheter gällande tidpunkt, plats och tillvägagångssätt kan spela roll för bedömningen.

3.2.1.1 *Målsägandens person och agerande utreds och diskuteras i varierad utsträckning*

I rättstillämpningen utreddes och diskuteras i de flesta fall målsägandens psykiska funktionsnedsättning, även om utsträckningen varierar. I vissa domskäl

definierades inte ens den psykiska funktionsnedsättningen.¹⁶⁰ I vissa fall beaktades i princip enbart målsägandens psykiska funktionsnedsättning, medan i andra fall analyserade domstolen målsägandens agerande och den psykiska funktionsnedsättningens inverkan på agerandet. I ett mål betonade domstolen att utredning kring målsägandens psykiska funktionsnedsättning och hur den påverkade situationen, saknades.¹⁶¹

I vissa mål var **målsägandens person och psykiska funktionsnedsättning i princip ensamt avgörande för bedömningen** av den särskilt utsatta situationen. Detta märks i fyra rättsfall var domstolarna inte explicit analyserade hur målsägandens psykiska funktionsnedsättning påverkade dennes förmåga att värna sin sexuella integritet, men likväl bedömdes den utgöra en särskilt utsatt situation. I dessa fall var dessutom målsägandens beteende passivt eller följsamt.

I det första målet¹⁶² gällde det en målsägande med intellektuell funktionsnedsättning, autism och språkstörning med nedsatt konsekvenstänkt samt svårigheter att uttrycka sig och förstå andra. Den tilltalade var en granne till målsäganden och de hade ett avtal om att hon skulle skicka bilder till honom mot betalning eller alkohol, som sedan utvecklades till att de hade flera sexuella umgängen. Domstolen bedömde mot bakgrund av i princip enbart hennes psykiska funktionsnedsättning, att hon var i en särskilt utsatt situation vid gärningstillfällena.

I det andra målet¹⁶³ gällde det en målsäganden som hade en medelsvår intellektuell funktionsnedsättning som medförde att hennes kognitiva nivå var på en åttaårings, vilket innebar svårigheter för henne att uttrycka sig och att förstå andras kommunikation och intentioner. Målsäganden beskrevs ha ett starkt intresse för sex och hade en stark sexualdrift. De aktuella gärningarna utspelade sig hemma hos den tilltalade och målsäganden beskrev det som att hon gått med på de sexuella handlingarna för att vara en ”bra extradotter” och för att få spela Tv-spel, men hon beskrev det även som att hon förhållit sig passiv och att den tilltalade inte visste att hon inte ville. Även här analyserades inte explicit hur den psykiska funktionsnedsättningen påverkade deltagandet.

Det tredje målet¹⁶⁴ gällde en målsäganden med autism, ADHD, PTSD samt med fysiskt och sexuellt självskadebeteende. Hennes problem medförde svårigheter för henne att beräkna andras avsikter och att säga ifrån, samt att hon hade svårt att läsa signaler och sociala samspel. Vid aktuellt tillfälle erbjöd målsäganden två personer sexuella handlingar i utbyte mot narkotika eller pengar. De genomförde olika sexuella handlingar, varav vissa inte var

¹⁶⁰ Se exempelvis Hovrätten för västra Sverige, B2179-19; Svea hovrätt, B13689-19.

¹⁶¹ Linköpings tingsrätt, B3239-20.

¹⁶² Norrköpings tingsrätt, B2874-19.

¹⁶³ Hovrätten för nedre Norrland, B560-19.

¹⁶⁴ Uppsala tingsrätt, B7432-21.

överenskomna. Domstolen uppgav att målsägandens låga ålder och psykiska situation kan utgöra grund för en särskilt utsatt situation, men utvecklade inte detta.

I det fjärde målet gällande målsäganden med lindrig utvecklingsstörning och autism som fick besök av en okänd man på kvällen,¹⁶⁵ tolkar jag det som att domstolen ansåg att målsägandens deltagande inte utgjorde ofrivillighet enligt den ordinära ofrivillighetsbedömningen. Domstolen konstaterade gällande den särskilt utsatta situationen att hennes funktionsnedsättningar medförde att hon var i en särskilt utsatt situation, men det fanns ingen omfattande utredning i målet om målsägandens funktionsnedsättning eller hur den påverkade henne.

I vissa fall diskuterades målsägandens psykiska funktionsnedsättning i förhållande till målsägandens förståelse och agerande i situationen. I dessa fall relaterades målsägandens agerande i situationen till den psykiska funktionsnedsättningen såsom en följd av den, och i vissa fall ledde bedömningen till att en särskilt utsatt situation ansågs föreligga.¹⁶⁶ Nedan presenteras fyra sådana mål.

I ett fall¹⁶⁷ gällde det en person med lindring utvecklingsstörning med varierad utvecklingsnivå. Den tilltalade var hennes färdtjänstchaufför och föreslog att de skulle ”leka sex”. Målsäganden sa först ”ja” till detta, men sprang sedan från platsen när de hade stannat då hon insåg vad den tilltalade menade. Hovrätten bedömde att målsägandens psykiska funktionsnedsättning medförde att hon saknat kunskap om vad sex egentligen innebar, att hon inte förstod vad den tilltalade menade och att hon därmed hade klart begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet.

I målet¹⁶⁸ som presenterats tidigare gällande målsäganden med autism, ADHD och PTSD som hade sexuellt umgänge med en färdtjänstchaufför och andra personer, presenterades i domskålen en gedigen diskussion om hur målsägandens funktionsnedsättning påverkade henne i situationen, dels utifrån att hon var socialt utåtriktad och sökte bekräftelse, dels utifrån att hon har nedsatt konsekvenstänk samt svårigheter att förstå sociala samspel. Mot bakgrund av dessa omständigheter bedömdes hon ha haft svårigheter att freda sig mot oönskade sexuella handlingar, och att dessa omständigheter i hennes person bidragit till att hon betett sig följsamt vid gärningstillfället. Åtalet innehöll även ett andra gärningstillfälle dagen därpå med samma färdtjänstchaufför, då de träffades och hade samlag. I den situationen bedömdes målsäganden dock inte ha varit i en särskilt utsatt situation. Detta ställningstagande

¹⁶⁵ Umeå tingsrätt, B1839-19.

¹⁶⁶ Hovrätten för västra Sverige, B4523-19; Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21; Alingsås tingsrätt, B2004-19; Svea hovrätt, B10774-21; Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19.

¹⁶⁷ Hovrätten för västra Sverige, B4523-19.

¹⁶⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

tolkar jag som att målsägandens funktionsnedsättning inte under dessa omständigheter inneburit att hon haft svårigheter att freda sin sexuella integritet.

I ett mål¹⁶⁹ gällde det en målsäganden som bodde på ett behandlingshem på grund av ADHD, PTSD, ångest, självskadebeteende och depression, och som blev inlagd för tvångsvård på psykiatrisk klinik där den tilltalade jobbade som vårdbiträde. Den tilltalade var mest initiativtagande, men målsäganden var följsam genom att besvara kyssar och liknande närmanden, mötte upp den tilltalade för sexuellt umgänge avtalat via sms samt medverkade fysiskt till att sexuellt umgänge skulle ske. Målsäganden sa inte nej och gjorde inte motstånd, utan deltog av rädsla. Domstolen bedömde målsägandens följsamhet såsom en följd av hennes problematik, även om en ordinär ofrivillighetsbedömning inte gjordes.

I ett mål¹⁷⁰ som gällde en målsäganden med medelsvår utvecklingsstörning motsvarande en kognitiv nivå av en 5–6 åring, var hon var initiativtagande och drivande gällande samtal om sex i kontakten med den tilltalade som var hennes skolskjutschaufför. Domstolen konstaterade att målsäganden på grund av sin funktionsnedsättning varit på en mycket lägre nivå än hon åldersmässigt var och att hon var lättledd, vilket antyddes vara grunden för hennes initiativtagande, vilket gjort att hon hade haft klart begränsade möjligheter att värna sin sexuella integritet.

Det finns också flera fall där domstolen diskuterade målsägandens funktionsnedsättning och hur denne kommit till uttryck, men inte bedömde att den haft sådan betydelse för gärningssituationen att den medförde att målsäganden var i en särskilt utsatt situation. Detta syns i fyra fall, men i ett av dem utvecklas inte resonemanget¹⁷¹.

I det andra målet¹⁷² gällde det en målsäganden med lindrig intellektuell funktionsnedsättning. Målsäganden och den tilltalade hade någon form av romantisk relation. Domstolen konstaterade att målsäganden inledningsvis deltog frivilligt i samlaget, men att hon efter en stund inte längre ville. Domstolen diskuterade hur målsägandens funktionsnedsättning yttrade sig och vilka svårigheter denna medförde i form av kognitiv långsamhet, passivitet och nedsatt konsekvenstänk. Domstolen bedömde mot bakgrund av detta att målsäganden är mer utsatt för oönskade sexuella handlingar, och att målsäganden hade uppvisat till viss del bristande förståelse för vad sex egentligen innebär. Målsäganden bedömdes däremot inte sakna intresse för sexuellt umgänge med den tilltalade, och hon bedömdes inte heller vara så lättledd eller att hennes funktionsnedsättning medförde att hon saknat förmåga att ta ställning till att delta i sexuellt umgänge med den tilltalade. Målsäganden bedömdes kunna värja

¹⁶⁹ Göta hovrätt, B2614-21.

¹⁷⁰ Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19.

¹⁷¹ Hovrätten för västra Sverige, B1301-22.

¹⁷² Svea hovrätt, B3979-21.

sig, då hon visade att hon kunde avstå från den tilltalades närmanden. Hennes funktionsnedsättning bedömdes ha medfört att hon befunnit sig i underläge i förhållande till den tilltalade, men inte till en sådan grad att hon var i en särskilt utsatt situation.

Det tredje målet¹⁷³ har presenterats tidigare gällande målsäganden som såg den tilltalade och hans fru som ”extra föräldrar” som skötte hennes ekonomi. Vid några av de åtalade tillfällena konstaterade domstolen att den tilltalade hade utnyttjat målsägandens oförstånd och tjatat sig till sexuellt umgänge. Målsäganden uppgav att hon deltog för att hon var rädd för att den tilltalade skulle berätta för målsägandens pojkvän. Domstolen konstaterade att målsägande förvisso hade en utvecklingsstörning, men att den inte innebar att hon också på grund av funktionsnedsättningen befunnit sig i en särskilt utsatt situation vid varje enskilt tillfälle.

I det fjärde målet¹⁷⁴ gällde det en målsäganden som hade ADHD, autistiska drag, självskadebeteende, ångest och missbruksproblem som medför att hon är impulsiv och lättmanipulerad och har bristande konsekvenstänk. Målsäganden och den tilltalade hade träffats via internet och hade ett avtal som båda ansåg var frivilligt om att målsäganden skulle skicka bilder eller utföra sexuella handlingar mot betalning eller alkohol. Domstolen konstaterade att detta förvisso troligen har föranletts av hennes dåliga mående och funktionsnedsättning, men domstolen ansåg inte att hon saknat förmåga att delta frivilligt. Domstolen beaktade målsägandens initiativtagande och att målsäganden hade kunnat avböja träffen om hon ville det.

Vad jag kan utläsa finns inga särskilda gemensamma nämnare eller mönster för de fall domstolen beaktade enbart den psykiska funktionsnedsättningen eller om de relaterar den till målsägandens beteende. Båda typfallen utgörs av en variation av både intellektuella- och neuropsykiatriska funktionsnedsättningar, målsägandenas agerande har varit passivt eller följsamt i båda typfallen och funktionsnedsättningen i sig utreds förhållandevis lika i samtliga fall. Detta kan antingen betyda att domstolarna i de förstnämnda fallen har beaktat funktionsnedsättningens relation till situationen men inte explicit, eller att rättstillämpningen är godtycklig. För de fall där funktionsnedsättningen relateras till situationen, men inte medför en särskilt utsatt situation, har domstolen hänvisat till att målsägandens initiativtagande, engagemang och följsamhet såsom uttryck för att kunna värna sin sexuella integritet. I dessa fall framstår det i större utsträckning som att det görs en individbaserad bedömning av deltagandet.

¹⁷³ Svea hovrätt, B5232-21.

¹⁷⁴ Svea hovrätt, B15389-21.

3.2.1.2 *I vissa fall beaktas även yttre omständigheter*

I vissa fall beaktade domstolen yttre omständigheter hänförliga till annat än målsägandens psykiska funktionsnedsättning. Detta gjordes främst i mål där omständigheterna var speciella, såsom när det är flera gärningspersoner och avvikande platser, på psykiatrisk klinik, vid färdtjänstresa och vid sällskaps-spel med sexuella premisser.

I målet med färdtjänstchauffören och flera gärningspersoner¹⁷⁵ beaktades inte enbart målsägandens funktionsnedsättning och hur den påverkade situationen, utan även tidpunkten (natt) och att hon befann sig på en enslig plats med flera okända män. Det andra gärningstillfället som inträffade dagen efter, bedömdes dock inte utgöra en särskilt utsatt situation. Då var omständigheterna en ömsesidig träff i ett för målsäganden okänt hus med samma färdtjänstchaufför och en man till. De enda skillnaderna är det ömsesidiga initiativtagandet och tidpunkten för den andra träffen (dag). Det var flera gärningsmän vid båda tillfällena och platserna var okända för målsäganden. Att domstolen gjort olika bedömningar talar dock för att domstolen gjort en bedömning av utifrån individuella omständigheter vid varje enskilt tillfälle, troligen huvudsakligen betingade av målsägandens funktionsnedsättning.

I målet¹⁷⁶ där målsäganden var inlagd för tvångsvård och den tilltalade var vårdare, beaktades gällande den särskilt utsatta situationen, utöver målsägandens person och funktionsnedsättning, även omständigheterna för målsägandens vistelse på kliniken och hur den var reglerad.

I målet¹⁷⁷ gällande en målsäganden med atypisk autism, tvångssyndrom och PTSD och en tilltalad som arbetade som färdtjänstchaufför, hade målsäganden gett uttryck för frivillighet både verbalt och fysiskt. Vad gällde den särskilt utsatta situationen beaktade domstolen utöver målsägandens funktionsnedsättningar, att det sexuella umgänget inträffade en kort tid efter att parterna träffades för första gången, och att det skedde under en färdtjänstresa då målsäganden skulle känna sig trygg.

I ett mål¹⁷⁸ hade målsäganden en lindrig utvecklingsstörning och autismliknande tillstånd som medförde både en kognitiv och emotionell nedsättning. Hon och en av de tilltalade hade en relation, och vid flera tillfällen har han kommit hem till målsäganden med kompisar för att umgås och dricka. De spelade ”sanning eller konsekvens” vilket målsäganden egentligen inte ville, men hon gick med på det för att vara snäll. Målsäganden fick som konsekvens utsättas för olika sexuella handlingar och hade efter spelet samlag vid flera tillfällen med en av de tilltalade. Vissa handlingar uppgav målsäganden att hon ville delta i. Domstolen konstaterar att målsäganden, på grund av sin

¹⁷⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

¹⁷⁶ Göta hovrätt, B2614-21.

¹⁷⁷ Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁷⁸ Svea hovrätt, B10774-21.

funktionsnedsättning och att de tilltalade spelade sanning eller konsekvens med henne och därigenom pressat henne att dricka alkohol snabbt, var i en särskilt utsatt situation.

Sammantaget kan kontextualisering behöva göras för att kunna avgöra om målsäganden, givet situationen i sin helhet, har haft begränsade möjligheter att värna sin sexuella integritet. Det kan finnas omständigheter i omgivningen som beaktat funktionsnedsättningen kan medföra svårigheter för målsäganden att freda sig. Det är långt ifrån alla mål som innehåller en kontextualisering av målsägandens situation mot yttre omständigheter, men det förekommer främst i mål där omständigheterna är som jag tolkar det, speciella.

3.2.2 Det otillbörliga utnyttjandet har en oklar innebörd i rättstillämpningen

Kravet på otillbörligt utnyttjande grundas i att även en person som är i en särskilt utsatt situation, exempelvis på grund av psykisk funktionsnedsättning, också har rätt till ett sexualliv. I rättstillämpningen har dock det otillbörliga utnyttjandet enligt min uppfattning en något oklar innebörd.

Det första rättstillämpningsproblemet handlar om att det verkar finnas strukturella svårigheter gällande hur det otillbörliga utnyttjandet ska prövas. Ofta prövades rekvisitet samtidigt som prövningen av antingen den särskilt utsatta situationen eller uppsåtsfrågan.¹⁷⁹ Detta innebär att det är svårt att tyda vilka resonemang som är hänförliga till vilka bedömningar och därav vilken innebörd rekvisiten faktiskt ges i rättstillämpningen. När uppsåtsfrågan prövades innan det otillbörliga utnyttjandet, och uppsåts bedömdes saknas, innebär det att det otillbörliga utnyttjandet aldrig prövades.¹⁸⁰ Detta kan till viss del förstås då det i praktiken kan vara svårt att otillbörligt utnyttja målsägandens situation, utan att också känna till att målsäganden befinner sig i denna situation. Det kan däremot vara av betydelse för rättstillämpningen såväl som målsäganden och den tilltalade att klargöra rättsfrågorna för om handlingen var tillåten eller inte.

Det andra rättstillämpningsproblemet berör domstolarnas restriktiva utveckling av rekvisitens innebörd i de fall en särskild bedömning ändå gjordes för det otillbörliga utnyttjandet. I vissa fall presenterades i princip inget resonemang i denna del,¹⁸¹ men i vissa fall framgick ett, om än kort, resonemang. Att domstolarna är återhållsamma i denna del kan antingen bero på en allmän obenägenhet att utveckla resonemangen, eller det är svårt att tyda rekvisitens innebörd. Även om innebörden av det otillbörliga utnyttjandet är något oklart,

¹⁷⁹ Se exempelvis Hovrätten för nedre Norrland B1622-19; Norrköpings tingsrätt, B2874-19; Umeå tingsrätt, B1839-19; Göta hovrätt, B2614-21; Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁸⁰ Se exempelvis Uppsala tingsrätt, B7432-21; Umeå tingsrätt, B1839-19.

¹⁸¹ Se exempelvis Svea hovrätt, B13689-19; Attunda tingsrätt, B7997-18; Hovrätten för västra Sverige, B2179-19.

finns det några rättsfall som tar upp omständigheter explicit, eller implicit som kan tolkas tillhöra detta rekvisit, vilka presenteras nedan.

3.2.2.1 *Den tilltalades person och relationen till målsäganden beaktas när de är speciella*

I vissa mål har särskilt beaktats den tilltalades person och dennes relation till målsäganden. Enligt förarbetena kan bedömningen påverkas av om den tilltalade är färdtjänst- eller taxichaufför och innehar en särskild förtroendeställning.¹⁸² Det finns flera sådana fall. I flera fall nämndes omständigheten att den tilltalade var färdtjänstchaufför under utnyttjandebedömningen¹⁸³, men i andra mål nämndes den inte alls i denna del¹⁸⁴. I vissa sammanhang gjorde domstolen en samlad uppsåts- och utnyttjandebedömning, och då nämndes det där.¹⁸⁵

Relationen verkar i andra fall främst spela roll när den är speciell på något sätt, antingen då det är en familjeliknande relation eller när gärningspersonen är vårdbiträde eller liknande. I fall där målsäganden och den tilltalade har haft en kärleksrelation tas detta inte upp som relevant för otillbörlighetsbedömningen. I målet¹⁸⁶ gällande målsäganden som deltog i sexuella handlingar för att få spela Tv-spel och vara en bra ”extra dotter”, bedömde domstolen att målsäganden på grund av sin intellektuella funktionsnedsättning var i en särskilt utsatt situation, men att även personer med en sådan nedsättning har rätt till ett sexualliv. Domstolen konstaterade att det fanns en tydlig koppling mellan målsägandens funktionsnedsättning och deltagandet i gärningen, vilket den tilltalade har utnyttjat för att uppnå sitt syfte. Det framgår inte i någon vidare utsträckning vad domstolen menar med det. Men med tanke på vad domstolen lyfte angående hur relationen såg ut och målsägandens förklaring till deltagandet, tolkar jag det som att domstolen ansåg att den tilltalade hade utnyttjat att målsäganden ville spela Tv-spel och vara inställsam för att vara en bra ”extra dotter”. Domstolen nämnde inte uttryckligen något om relationen i denna del, men betonade tidigare i domskälen att den tilltalade inte verkade ha en sund relation till målsäganden.

I ett mål¹⁸⁷ gällande en målsäganden som hade en sekretessbelagd relation till den tilltalade, bedömdes målsäganden ha varit i en särskilt utsatt situation beaktat hennes intellektuella funktionsnedsättning, men avgörande verkar ha varit den tilltalades person, ålder och relation till målsäganden. Den tilltalade hade givet dessa omständigheter upprepade gånger utnyttjat målsägandens funktionsnedsättning och haft samlag med henne. Även om händelseförloppet

¹⁸² SOU 2010:71 s. 242.

¹⁸³ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21; Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁸⁴ Hovrätten för västra Sverige, B4523-19.

¹⁸⁵ Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19.

¹⁸⁶ Hovrätten för nedre Norrland, B560-19.

¹⁸⁷ Umeå tingsrätt, B2172-20.

och relationen inte redogjordes för något närmre, är det alltså tydligt att relationen oavsett var avgörande för bedömningen.

I målet¹⁸⁸ gällande målsäganden som vid tiden för de sexuella omgångarna var inlagd för psykiatrisk tvångsvård, beaktades att den tilltalade var vårdbiträde. Innan otillbörlighetsbedömningen gjordes en avskild bedömning av den tilltalades insikter om målsägandens situation mot bakgrund av att den tilltalade var vårdbiträde på kliniken och förstod hur målsägandens vistelse såg ut, samt att han hade tagit del av målsägandens journaler. Vid bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet betonade domstolen den tilltalades roll som vårdbiträde och målsägandens roll som patient på en psykiatrisk klinik, och att det genom ett genomförande av samlag under dessa förhållanden var uppenbart att den tilltalade hade otillbörligt utnyttjat målsägandens situation.

Sammantaget får den tilltalades roll och relation till målsäganden genom rättstillämpningen betydelse i de fall den verkar vara speciell, då den har betydelse för både huruvida ett utnyttjande har skett och om utnyttjandet var otillbörligt.

3.2.2.2 *Resonemang om orsakssamband mellan målsägandens situation och deltagandet*

Avgörande för bedömningen av ett otillbörligt utnyttjande är om det finns ett orsakssamband mellan målsägandens situation och dennes deltagande. Denna del beaktades ibland i den särskilt utsatta situationen som ovan påvisats, men även vid bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet. I vissa av målen är resonemanget explicit, medan det i andra mål är mer implicit. Av två rättsfall syns ett explicit ställningstagande i denna del.

I det första målet¹⁸⁹ där målsäganden ville spela Tv-spel och såg på den tilltalade som en ”extra pappa” gjorde domstolen ett tydligt ställningstagande om att det förelegat en tydlig koppling mellan målsägandens funktionsnedsättning och hennes deltagande, och att den tilltalade hade utnyttjat detta för att uppnå sitt syfte. Resonemanget utvecklas dock inte mer.

I det andra målet som gällde färdtjänstchauffören och flera gärningspersoner¹⁹⁰ fördes ett särskilt resonemang gällande det otillbörliga utnyttjandet. Vid det första gärningstillfället fäste domstolen vikt vid att de inte kände varandra sedan innan, och att det utifrån omständigheterna kring målsägandens medverkande står klart att det funnits ett orsakssamband mellan hennes utsatta situation och medverkandet i de sexuella handlingarna. Så bedömdes inte vara fallet vid det andra gärningstillfället. Det andra tillfället föregicks av

¹⁸⁸ Göta hovrätt, 2614-21.

¹⁸⁹ Hovrätten för nedre Norrland, B560-19.

¹⁹⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

en mer ömsesidig träff, som kunde skett med vem som helst, även om den föregående träffen var en förutsättning för den andra träffen.

I vissa sammanhang när det otillbörliga utnyttjandet bedömdes tillsammans med den särskilt utsatta situationen eller uppsåtsbedömningen, kan domstolens formulering och placering av resonemanget ändå tolkas tillhöra bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet. I målet där parterna spelade ”sanning eller konsekvens”¹⁹¹ gjordes inget tydligt åtskiljande av den särskilt utsatta situationen och det otillbörliga utnyttjandet. Det lyftes att målsägandens funktionsnedsättning medförde att hon befann sig på ett barns nivå, vilket troligen är omständigheter hänförliga till den särskilt utsatta situationen. Sedan nämndes att de tilltalade genom att spela ”sanning eller konsekvens” pressade henne att dricka alkohol snabbt, vilket resulterade i att hon blev än mer utsatt och oförmögen att tillvarata sin sexuella integritet. Domstolen nämnde dock att detta också var syftet, vilket är hänförligt till utnyttjandekravet. Även om domstolen inte explicit förklarade vad som i fallet konstituerade det otillbörliga utnyttjandet, tolkar jag det som att domstolen ansåg att de sexuella handlingarna var betingade av målsägandens utsatta situation, eftersom domstolen antydde att det fanns ett orsakssamband mellan hennes funktionsnedsättning och hennes deltagande i spelet.

I målet¹⁹² gällande färdtjänstchauffören som föreslog att han och målsäganden skulle ”leka sex” gjorde domstolen en avskild prövning av det otillbörliga utnyttjandet. I bedömningen belystes däremot huvudsakligen omständigheter hänförliga till den tilltalades insikter och uppsåt, såsom insikten om målsägandens bristande utveckling. Domstolen konstaterade att den tilltalade insåg målsägandens utvecklingsstörning, och trots detta ändå försökt utföra handlingen, och därigenom förelåg ett orsakssamband mellan den särskilt utsatta situationen och den sexuella handlingen.

Sammantaget är det långt ifrån alla mål där orsakssambandet explicit lyfts under bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet, även om en med god vilja kan tolka in det i vissa mål. Detta faktum utesluter såklart inte att domstolen underförstått gör denna bedömning, men det är i vilket fall som helst något som sällan kommer till tydligt uttryck i domskälen.

3.2.2.3 *Målsägandens initiativtagande och uttryckta frivillighet beaktas olika*

Tidigare i detta kapitel har presenterats fall där målsäganden var passiv eller följsam, och där domstolarna tolkade detta olika i förhållande till den ordinära ofrivillighetsbedömningen. Vid den särskilda ofrivillighetsbedömningen framgår av äldre rättspraxis att målsägandens initiativtagande, aktiva medverkande och förevisande av intresse för gärningspersonen kan vara sådana

¹⁹¹ Svea hovrätt, B10774-21.

¹⁹² Hovrätten för västra Sverige, B4523-19.

omständigheter som gör att den sexuella handlingen inte företagits genom ett otillbörligt utnyttjande.¹⁹³ Detta förhållningssätt tolkar jag som att det trots den särskilt utsatta situationen, måste beaktas om målsäganden varit initiativtagande och uttryckt en positiv vilja inför den sexuella handlingen. I rättstillämpningen har dock en sådan bedömning lett till olika slutsatser.

I tre fall har målsägandens initiativtagande föranlett slutsatsen att dennes deltagande, trots den utsatta situationen, ändå var frivilligt. Det ena målet¹⁹⁴ som också redogjorts för ovan, gällde en situation där målsäganden hade givit frivilligt uttryck för deltagandet men befann sig i en särskilt utsatt situation på grund av sin funktionsnedsättning. I bedömning om ett otillbörligt utnyttjande har skett, beaktades att målsäganden både vid gärningstillfället och i textmeddelanden innan kunnat sätta ord på vad han ville, samt att han uppgett att han ville utforska sin sexualitet. Målsäganden benämndes även som sexuellt oerfaren, men att detta i sig inte innebar att han var helt främmande för innebörden av sexuella handlingar eller att han var oförmögen att samtycka till dem. Målsäganden hade instruerat och hänvisat den tilltalade under umgängets gång till vad målsäganden gillade. Målsägandens funktionsnedsättning bedömdes därför inte ha varit en förutsättning för det sexuella umgänget.

I det andra målet med en färdtjänstchaufför och flera gärningspersonen,¹⁹⁵ bedömdes målsäganden vid det första gärningstillfället i viss utsträckning ha varit initiativtagande och pådrivande i händelseförloppet. Däremot bedömdes ett otillbörligt utnyttjande ha förelegat, men resonemanget utvecklas inte i hovrätten. I tingsrätten verkar bedömningen grundats i dels den tilltalades roll som färdtjänstchaufför, dels visst resonemang om orsakssambandet mellan målsägandens funktionsnedsättning och deltagandet. Vad gällde det andra gärningstillfället däremot, präglades det av ömsesidighet i träffen, och bedömdes inte vara ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation.

I det första målet har målsägandens initiativtagande beaktats som ett uttryck för ett frivilligt deltagande, likaså i det andra målets andra gärningstillfälle. Jag tolkar det som avgörande för dessa fall att målsäganden trots sin psykiska funktionsnedsättning genom initiativtagande och sitt beteende i övrigt uppvisat förståelse för det sexuella umgängets innebörd. I det andra målets första gärningstillfälle, har initiativtagandet dock inte bedömts som ett godtagbart uttryck för målsägandens frivillighet. I båda målen har domstolen inte ansett att målsägandens deltagande enligt den ordinära ofrivillighetsbedömningen var ofrivilligt. Jag tolkar det som avgörande för dessa fall var att målsäganden trots sin psykiska funktionsnedsättning genom initiativtagande och sitt beteende i övrigt uppvisade förståelse för det sexuella umgängets innebörd.

¹⁹³ Se NJA 1988 s. 279; NJA 1967 s. 380.

¹⁹⁴ Helsingborgs tingsrätt, B5170-21.

¹⁹⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

Däremot finns det situationer där målsägandens acceptans, explicita medgivande eller initiativtagande inte räcker för att definieras så som uttryck för frivillighet. Detta syns i tre mål.

I det första målet¹⁹⁶ gällande en färdtjänstchaufför, där målsäganden vid tillfället gav verbalt och fysiskt uttryck för frivillighet, men verkat ångra sig i efterhand, konstaterade domstolen att hon befann sig i en särskilt utsatt situation på grund av sin funktionsnedsättning, och den tilltalade hade otillbörligt utnyttjat denne mot bakgrund huvudsakligen rollen som färdtjänstchaufför. Det ska dock tilläggas att domstolen gjort en oklar bedömning i den ordinära ofrivillighetsbedömningen, och verkar trots att målsäganden gett uttryck för frivilligt deltagande, ansett att målsäganden innerst inne var tveksam.

I de två andra målen har domstolarna inte bedömt deltagandet som ofrivilligt enligt den ordinära ofrivillighetsbedömningen. Det ena målet¹⁹⁷ som nämnts tidigare gällde en målsägande med intellektuell funktionsnedsättning, autism och språkstörning och den tilltalade som var en granne. Målsäganden och tilltalade pratade om att ha sex, och efter ett par träffar hade de sex vid flera tillfällen. För det otillbörliga utnyttjandet beaktade domstolen att målsäganden var 16 år gammal och att den tilltalade var mer än dubbelt så gammal, att den tilltalade visste att målsäganden var kär i honom men att han själv inte hade någon intention om en romantisk relation och försökte dölja deras umgänge från omgivningen. Målsäganden bedömdes inte kunna delta frivilligt.

I det andra målet¹⁹⁸ gällde det en målsäganden som hade en måttlig till medelsvår utvecklingsstörning som bedömts befinna sig på en kognitiv nivå av en fem—sexåring och hade boende via LSS. Funktionsnedsättningen medförde en mycket nedsatt språkförståelse och att hon är lättledd, naiv, uppmärksamhetssökande och har svårigheter med sociala samspel. Den tilltalade var målsägandens skolskjutschaufför för hennes särskola, och 37 år äldre än henne. Det sexuella umgänget som skedde i skolbussen föranleddes av en längre tid av kontakt via brev, sms och i möten i skolbussen, vid vilka målsäganden var mest drivande i kontakterna. Hon uppgav att hon tycker om tilltalad, att hon ville ha sexuellt umgänge med honom och att hon ville bo tillsammans med den tilltalade och hans sambo när rättegången var över. Vid aktuellt tillfälle var det också målsäganden som föreslog sex, och den tilltalade frågade flera gånger och hon sade ja. Gällande det otillbörliga utnyttjandet beaktades att den tilltalade var 37 år äldre och hennes skolskjutschaufför, samt att han vid gärningstillfället körde dem till en avskild plats och genomfört oskyddat samlag. Han bedömdes också ha insett att hon varit förtjust i honom utan att han varit intresserad av en mer varaktig relation utan att klargöra det för målsäganden. Domstolen betonade att även personer med en psykisk funktionsnedsättning har rätt till ett sexualliv, men att det i aktuellt

¹⁹⁶ Alingsås tingsrätt, B2004-19.

¹⁹⁷ Norrköpings tingsrätt, B2874-19.

¹⁹⁸ Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19.

sammanhang funnits ett tydligt orsakssamband mellan målsägandens utvecklingsstörning och deltagandet i gärningen.

Sammantaget har målsägandens initiativtagande i vissa sammanhang bedömts som ett godtagbart uttryck för frivillighet, men i vissa sammanhang har det inte varit det. I två av dessa fall har det enligt domstolen ändå rått någon form av oklarhet i huruvida målsäganden innerst inne deltog frivilligt. I det sistnämnda fallet har det däremot varit tydligt att målsäganden gett uttryck för att hon velat ha samlag med den tilltalade och verkar ha haft en verklig önskan av det sexuella umgänget. I de tre sista fallen har målsägandens initiativtagande och eventuella uttryckta vilja inte bedömts som ett godtagbart uttryck för målsägandens frivillighet.

3.3 Ofrivillighet – en bevis- eller rättsfråga?

Vid granskningen av domstolsavgörandena framstår det som att domstolarna generellt sett har en ganska oklar struktur för hur de bemöter rättsfrågor respektive bevisfrågor i dessa mål. Av granskningen av domstolsavgörandena tolkar jag det som att ofrivillighetsbedömningen indirekt påverkas av omständigheter som egentligen tillhör bevisvärderingen, huvudsakligen utifrån tre omständigheter.

För det första, görs bevisvärderingen i många fall innan bedömningen av rättsfrågornas innebörd, vilket innebär att bevisfrågor styr vad som läggs till grund för den rättsliga bedömningen av deltagandet.

För det andra, blandas ofta bevisfrågor och rättsfrågor, då slutsatsen i vissa bevisfrågor egentligen också är en slutsats om rättsfrågorna i målet, även om domstolen sällan uttrycker sig så. I många mål formulerade domstolen sig som att det inte är styrkt att målsägandes deltagande var ofrivilligt, vilket till synes är en slutsats i bevisvärderingen, men som också har innebörden av att vad som *är* styrkt ska tolkas som ett frivilligt deltagande. I ett mål¹⁹⁹ formulerade domstolen den ordinära ofrivillighetsbedömningen så som att det utifrån värdet av bevisningen inte var tillräckligt för att *bevisa* att målsäganden inte deltagit frivilligt. I ett annat mål²⁰⁰ formulerade domstolen sig som att även om det var styrkt att målsäganden hade en utvecklingsstörning som kunde omfattas av det särskilda skyddet i lagstiftningen, betyder detta inte att det är *visat* att hon vid varje gärningstillfälle befann sig i en särskilt utsatt situation. I ett tredje mål²⁰¹ sammanfattade domstolen sin slutsats så som att trots målsägandens mångfacetterade problematik, ansågs det inte *styrkt* att hon vid aktuellt gärningstillfälle också befann sig i en särskilt utsatt situation. I ett fjärde mål²⁰² formulerade domstolen slutsatsen som att *utredningen inte är tillräckligt stark* för att det ska vara ställt bortom rimligt tvivel att

¹⁹⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21.

²⁰⁰ Svea hovrätt, B5232-21.

²⁰¹ Svea hovrätt, B15389-21.

²⁰² Svea hovrätt, B3979-21.

ofrivillighet förelåg. Begreppsanvändningen såsom bevisat, visat, styrkt och stark är alla ord som är hänförliga till bevisvärderingen, men i sammanhanget innebär slutsatserna i dessa delar också att det som *är* visat inte är uttryck för ofrivillighet.

För det tredje, tittade domstolen ofta på målsägandens agerande vid gärnings-tillfället. Ibland relaterades målsägandens beteende till bedömningen i rätts-frågan om ofrivillighet förelåg, alltså att beteendet var ett uttryck för målsä-gandens ofrivillighet. Men resonemanget kan likväl tangera en bevisfråga som handlar om att beteendet var ett *bevis* på ofrivillighet.²⁰³ Det är då svårt att avgöra om domstolens resonemang handlar om en bedömning av om ofri-villighet har förelegat, eller om det kan *bevisas* att ofrivillighet har förelegat.

I så gott som samtliga rättsfall som jag granskat har domstolen redogjort för bevisbördan och bevisvärderingsförutsättningar för sexualbrottsmål och hän-visat till samma avgöranden från HD om hur en persons uppgifter ska värde-ras som trovärdiga och tillförlitliga. I många mål bedömdes målsägandens uppgifter som bristfälliga i förhållande till tillförlitligheten, då de oftast var kortfattade, detaljfattiga, inkonsekventa och osammanhängande.²⁰⁴ Mot bak-grund av hur problemen för personer med dessa typer av funktionsnedsätt-ningar beskrivs, såsom svårigheter i kommunikation, kognitiva svårigheter att uttrycka sig, torde funktionsnedsättningen påverka målsägandens förmåga att uttrycka sig på sätt som uppfyller domstolens krav på tillförlitlighet. Detta påtalades även i en del avgöranden, men som något som i sig inte kan inne-bära en bevislättnad.²⁰⁵

På så vis påverkas ofrivillighetsbedömningen och vad som läggs till grund för den av bevisvärderingen, dels då rättsfrågor och bevisfrågor blandas, dels då målsägandens psykiska funktionsnedsättning påverkat bevisvärderingen.

3.4 Uppsåts- och oaktsamhetsbedömningen

I flera av rättsfallen resonerade domstolen om uppsåtsfrågan innan eller pa-rallellt med bedömningen av de objektiva rekvisiten. I vissa fall gjordes upp-såtsbedömningen innan något utvecklat ställningstagande togs till huruvida frivillighet föreligger, eller om personen är i en särskilt utsatt situation.²⁰⁶ I andra fall gjordes uppsåtsbedömningen parallellt eller innan bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet.²⁰⁷ Dessa omständigheter medför att

²⁰³ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B1602-21.

²⁰⁴ Se exempelvis Svea hovrätt, B3979-21; Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19; Hovrätten för västra Sverige, B1301-22; Umeå tingsrätt, B2172-20; Attunda tingsrätt, B7997-18; Luleå tingsrätt, B3090-21; Umeå tingsrätt, B1839-19; Linköpings tingsrätt, B3239-20; Hovrätten över Skåne och Blekinge B1602-21.

²⁰⁵ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21; Umeå tingsrätt B1839-19.

²⁰⁶ Se exempelvis Svea hovrätt, B5232-21; Uppsala tingsrätt, B7432-21.

²⁰⁷ Se exempelvis Hovrätten för nedre Norrland, B1622-19; Norrköpings tingsrätt, B2874-19; Umeå tingsrätt, B1839-19; Göta hovrätt, B2614-21.

uppsåtsbedömningen blir avgörande för vilka omständigheter som läggs till grund för bedömningen om frivillighet har förelegat eller inte, och påverkar således indirekt ofrivillighetsbedömningen.

Situationer där sexuella handlingar förekommer präglas vanligen av intimitet och intryck som inte sällan behöver tolkas av båda parterna. Det kan således ibland vara svårt att avgöra vad en enskild person menar med ett visst beteende eller uttryck, och därför är uppsåtsbedömningarna i sexualbrottsmål väldigt viktiga.

Vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen grundades denna bedömning vanligen på hur målsäganden har betett sig vid gärningstillfället, vilket kan påverkas av målsägandens funktionsnedsättning. I flera fall innebär det att den tilltalade måste ha insett att målsäganden dels har haft en funktionsnedsättning, dels hur den påverkat målsägandens beteende och deltagande.²⁰⁸ I vissa sammanhang har passivitet och följsamhet, mot bakgrund av målsägandens funktionsnedsättning gjort att den tilltalade måste insett risken för att målsägandens deltagande inte var frivilligt.²⁰⁹ Men i andra fall har följsamheten trots insikten om målsägandens funktionsnedsättning, inte medfört en bedömning att den tilltalade har insett denna risk.²¹⁰

Vad gäller den särskilda ofrivillighetsbedömningen förutsätts att den tilltalade har insett att målsäganden hade en funktionsnedsättning, och att denne inneburit att målsäganden hade svårigheter att värna sin sexuella integritet. Detta innebär att många domstolar lade vikt vid hur väl målsägandens funktionsnedsättning yttrar sig för den tilltalade, om målsäganden hade berättat om funktionsnedsättningen och hur målsägandens boendesituation såg ut. I vissa fall har målsägandens funktionsnedsättning yttrat sig så tydlig i dennes beteende att enbart denna omständighet måste medfört att den tilltalade insåg att målsäganden inte kunde värna sin sexuella integritet.²¹¹ I andra fall har den inte varit tillräckligt synlig för att medföra att den tilltalade måste insett risken att målsäganden inte kunde delta frivilligt.²¹² I fall där den tilltalade var färdtjänstchaufför beaktades den tilltalades utbildning och särskilda kompetens givet yrket, men ledde inte alltid till att uppsåt uppfylldes.²¹³

Sammantaget kan alltså konstateras att målsägandens funktionsnedsättning måste vara tillräckligt tydlig för den tilltalade för att denne ska anses ha uppsåt

²⁰⁸ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B1602-21.

²⁰⁹ Se Uppsala tingsrätt, B7432-21; Attunda tingsrätt, B11583-20.

²¹⁰ Se Svea hovrätt, B5232-21.

²¹¹ Se Helsingborgs tingsrätt, B5170-21; Norrköpings tingsrätt, B2874-19.

²¹² Exempelvis Umeå tingsrätt, B1839-19; Alingsås tingsrätts, B2004-19.

²¹³ Se Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21, var utbildningen som färdtjänstchaufför medförde ett likgiltighetsuppsåt, medan i Alingsås tingsrätts mål B2004-19 räckte utbildningen inte för att uppsåt skulle anses föreligga. Däremot bedömde domstolen att den tilltalade hade varit grovt oaktsam då han borde insett risken och att han borde skaffat sig närmre kunskaper om deltagandets innebörd.

till omständigheterna för den särskilda ofrivillighetsbedömningen. Vad gäller den ordinära ofrivillighetsbedömningen i fall där målsäganden agerade passivt och följsamt, behöver den tilltalade ha insett risken att detta uttryck inte var ett uttryck för frivilligt deltagande. Ofrivillighetsbedömningen kan således indirekt påverkas av uppsåtsbedömningen. Dels då uppsåtsbedömningen påverkas av målsägandens psykiska funktionsnedsättning och dennes uttryck, vilket är en premiss för ofrivillighetsbedömningen, dels då domstolarna ibland gör uppsåtsbedömningen parallellt eller innan ofrivillighetsbedömningen, vilket konstituerar de omständigheter som läggs till grund för ofrivillighetsbedömningen.

4 Att hjälpa utan att stjälpa

I detta avsnitt diskuteras gällande rätt och rättsfallen utifrån rätten till skydd mot oönskade sexuella handlingar och rätten till sexuell självbestämmanderätt, och hur dessa intressen behöver balanseras för att rätten ska kunna hjälpa offer för oönskade sexuella handlingar utan att beröva dem sexuell självbestämmanderätt.

4.1 Sexuell självbestämmanderätt, skydd och likabehandling

Inledningsvis vill jag kort säga något om hur den sexuella självbestämmanderätten kan förhållas till kravet på likabehandling. Det finns flera studier som visar att personer med psykiska funktionsnedsättningar ofta har sämre kunskaper om sex och sexualliv än andra personer, samtidigt som studierna också visar att personer med dessa svårigheter ofta upplever sig avsexualiserade av andra. Många har en verklig önskan av sexuella erfarenheter, närhet och relationer, samtidigt som personer med psykiska funktionsnedsättningar löper större risk att utsättas för oönskade sexuella handlingar.²¹⁴ Givet dessa omständigheter är det viktigt att personer med psykiska funktionsnedsättningar tillerkänns lika rätt som alla andra till dessa intressen, trots funktionsnedsättningen. Enligt artikel 12 i CRPD föreskrivs att personer med psykiska funktionsnedsättningar ska ha lika rätt att tillerkännas rättskapacitet och att tillförsäkras samma rättigheter och önskemål på lika villkor som andra. Huruvida denna rätt innefattar rätten till sexuellt samtycke kan diskuteras, men kärnan för sådana rättigheter vilar på respekten för alla människors autonomi. Samtidigt innefattar bestämmelsen och även andra artiklar kravet att stater ska tillförsäkra personer med psykiska funktionsnedsättningar ett likvärdigt skydd mot övergrepp som alla andra.

Inneboende i likabehandlingskravet finns också en premiss om att olika fall måste behandlas olika. Ett krav på att tillerkänna personer med funktionsnedsättningar lika rätt till självbestämmanderätt och lika rätt till skydd mot sexuella övergrepp, kan således mot bakgrund av ovan innebära att de måste behandlas olika på grund av att de har andra förutsättningar att själv skydda dessa intressen. Detta ger stöd för att ha en individualiserad eller särskild ofrivillighetsbedömning i dessa fall, för att på ett bättre sätt kunna diskutera dessa intresseavvägningar och kunna avgöra vad som utgör ett uttryck för den aktuella individens självbestämmanderätt.

²¹⁴ Studierna presenterades i kap. 1.8. fotnot 55-58.

4.2 Förhållandet mellan sexuell självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar i sexualbrotten

För att självbestämmanderätten och skyddet mot oönskade sexuella handlingar ska kunna tillerkännas personer med psykiska funktionsnedsättningar på lika villkor som andra, förutsätts att förhållandet mellan dessa två rättigheter balanseras väl. Intresset att inte utsättas för sexuella övergrepp korrelerar med straffrättens generella syfte att skydda personer mot oönskade handlingar. Idealt står skyddet mot sexuella övergrepp och skyddet för den sexuella självbestämmanderätten i överensstämmelse med varandra, eftersom det är kränkningen av just självbestämmanderätten som utgör det klandervärda i sexualbrotten. På så vis, kan den sexuella självbestämmanderätten inte ses helt separat från rätten till skydd mot sexuella övergrepp. Om skyddet mot sexuella övergrepp och rätten till självbestämmanderätt är ekvivalenta, kan således sexualbrottslagstiftningen tolkas som att alla fall där rekvisiten för våldtäkt är uppfyllda, innebär att en persons sexuella självbestämmanderätt har kränkts. Detta kan anses stämma utifrån det straffrättsliga perspektivet givet lagstiftningens rekvisit, men denna slutsats vilar också på premissen att rekvisiten för brottet och hur de tolkas och används i rättstillämpningen, helt överensstämmer med uttryck för självbestämmanderätten. Det är svårt att argumentera för att det kan föreligga en kränkning av den sexuella självbestämmanderätten utan att ett sexuellt *övergrepp* har skett, givet begreppets negativa konnotation. Problematiken ligger snarare begreppsligt och rättstillämpningsvis i diskrepansen mellan intresset att skyddas mot en sexuell *handling*, och att skyddas mot ett sexuellt *övergrepp*.

Förhållandet mellan självbestämmanderätten och rätten att skyddas mot oönskade sexuella handlingar kan utanför dess juridiska innebörd få karaktären av ett tveeggat svärd, var det kan uppstå situationer där den ena rätten behöver stå tillbaka för den andra. Även om lagstiftaren semantiskt vill undvika detta, betyder det inte att så också blir utfallet i den sociala begreppsvärlden. I vissa rättsfall har målsäganden själv varit övertygad om att denne har velat delta i en sexuell handling, var domstolen bedömt att denne inte kunnat göra det frivilligt. I andra fall har målsäganden varit övertygad om att denne inte ville, men var domstolen inte ansett att målsäganden gett uttryck för detta eller varit oförmögen att värna sin sexuella integritet. Det är således av vikt att se hur dessa intressen avvägs i lagstiftningen och i rättstillämpningen.

4.3 Intresseavvägningens genomslag i ofrivillighetsbedömningarna

Den sexuella självbestämmanderätten och skyddet mot oönskade sexuella handlingar betonas historiskt i förarbetena till sexualbrottslagstiftningen. Nedan ska analyseras hur dessa intressen får genomslag i ofrivillighetsbedömningarna i både gällande rätt och i rättstillämpningen.

4.3.1 Den ordinära ofrivillighetsbedömningen

Kravet på frivilligt deltagande betonas i förarbetena som det krav som på bästa sätt skyddar den sexuella självbestämmanderätten och skyddar individer mot oönskade sexuella handlingar. Enligt lagstiftningens ordalydelse uppställs inget krav på att frivillighet måste uttryckas, även om förarbetena ger en till viss del oklar bild av hur passivitet och tyst samtycke ska förstås. Förarbetena föreskriver också att den innersta önskan inte omfattas av straffansvaret, vilket till viss del kan anses överensstämma med självbestämmanderätten då det ligger i självbestämmanderätten att välja att delta i något man egentligen inte vill delta i. Jag anser däremot inte att det är förenligt med självbestämmanderätten att förutsättningslöst bortse från den inre viljan, utan att se till orsaken bakom den. Detta beror på att den innersta viljan kan grundas i missuppfattningar eller brister hänförliga till personens psykiska funktionsnedsättning, vilket rättstillämpningen demonstrerar prov på.²¹⁵ Att motparten ska kunna förlita sig på ett uttryck för frivillighet är inte en legitim motivering av detta krav utifrån intresset om självbestämmanderätt, utan det handlar snarare om uppsåtsfrågor. Asps resonemang om det ”särskiljande samtycket”²¹⁶ tar sin första utgångspunkt i en acceptans av en handling. Det kan alltså föreligga en diskrepans mellan den uttryckta viljan och den innersta viljan, utan att rekvisitet frivillighet påverkas.

Vidare ska utgångspunkten enligt förarbetena och rättspraxis vara att det är motparten som ska försäkra sig om att frivillighet föreligger. Gunnarsson argumenterar däremot för att självbestämmanderätten inte bara är något inneboende hos alla utan uppstår genom en växelvis process i samspelet med andra människor, vilket kan göra det svårt att avgöra vad som är ett uttryck för frivillighet. Om självbestämmanderätten ska vara avgörande för ofrivillighetsbedömningen, förutsätts en individbaserad bedömning av uttrycket och varför den eventuella inre och yttre viljan inte överensstämmer.²¹⁷ Det innebär att domstolarna behöver bedöma målsägandens beteende och vilja utifrån den enskilda målsägandens person och uttryckssätt, beaktat situationen, för att avgöra om agerandet är ett uttryck för denna persons frivillighet eller ofrivillighet. Detta blir särskilt viktigt i fall där målsäganden agerat passivt eller följsamt, vilket syns i flera av rättsfallen.

Personer med neuropsykiatriska- och intellektuella funktionsnedsättningar har vanligen svårigheter att förstå andras kommunikationssätt och signaler, att uttrycka sig själva och att förstå konsekvenser och innebörden av sitt handlande. Detta kan medföra vidare svårigheter att hantera intima, sexuella interaktioner och att ge uttryck för sin innersta önskan, vilket kan resultera i ett mer passivt eller följsamt uttryckssätt. Vidare kan uttryckssättet likväl vara ett uttryck för en verklig önskan av sexuell närhet. Det finns flera fall där

²¹⁵ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge, B2686-21; Svea hovrätt, B5232-21.

²¹⁶ Asp (2010) s. 91.

²¹⁷ Se Gunnarsson (2020) s. 340-346.

målsägandens egen uppfattning eller vilja inte överensstämmer med domstolens rättsliga bedömning, och fall där bedömningen kunde utfallit annorlunda om domstolen beaktade orsaken till målsägandens beteende. Vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen förutsätts således att domstolarna relaterar den enskilda målsägandens uttryckssätt till huruvida detta är ett uttryck för just den personens självbestämmanderätt. För att kunna göra det på ett adekvat sätt anser jag att det krävs en diskussion om hur målsägandens sätt att uttrycka sig påverkas av dennes psykiska funktionsnedsättning även vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen, vilket väldigt sällan görs i rättstillämpningen. Även om detta görs i större utsträckning vid den särskilda ofrivillighetsbedömningen kan det finnas både ett rättsligt och symboliskt värde i att göra detta redan vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen, även om bedömningen kan vara svår. Dels kan målsägandens uttryck i större utsträckning bedömas utifrån dennes individuella självbestämmanderätt, oavsett om det är ett uttryck för frivillighet eller inte. Dels förmedlas budskapet att frivillighet föreligger/saknas baserad på en målsägandens egen vilja, i stället för en bedömning som grundas i att målsäganden aldrig kan delta frivilligt. Oavsett lagstiftarens avsikter med en sådan formulering, kan framställningarna i rättstillämpningen framstå som underliga då avgörandena ibland förmedlar att målsägandens deltagande enligt den ordinära ofrivillighetsbedömningen var frivilligt, men i den särskilda ofrivillighetsbedömningen *kan* frivillighet inte föreligga.

4.3.2 Den särskilda ofrivillighetsbedömningen

I den särskilda ofrivillighetsbedömningen ingår en bedömning av förhållandet mellan otillbörligt utnyttjande och en särskilt utsatt situation, vilket symboliserar avvägningen mellan att skydda personer som är särskilt utsatta, och att tillerkänna dem rätt till sexuell självbestämmanderätt. Den särskilda ofrivillighetsbedömningen grundas i att omständigheterna i gärningstillfället i sig innebär att frivillighet inte kunnat föreligga. Det gäller alltså att både i gällande rätt och i rättstillämpningen träffa fall där självbestämmanderätten inte kunnat utövas.

Den särskilda ofrivillighetsbedömningen utgör enligt gällande rätt omständigheter under vilka ett deltagande i sexuella handlingar aldrig kan vara frivilligt. Dessa omständigheter kan således tolkas som motsatsen till frivillighet. Samtidigt formuleras förarbetena i termer av att underkänna en vilja att delta.²¹⁸ Lagstiftaren menar att inga viljeuttryck i dessa situationer kan betyda ett frivilligt deltagande. Mot bakgrund av gällande rätt och rättstillämpningen anser jag att det är något oklart om ett uttryck för vilja under dessa omständigheter ska definieras som underkänd frivillighet, eller som något annat än frivillighet. Valet av definition påverkar synen på självbestämmanderätten. För det första alternativet begränsas självbestämmanderätten uttryckligen, medan det andra alternativet innebär att självbestämmanderätten inte *kan* komma till uttryck givet de aktuella omständigheterna. I förarbetena betonas

²¹⁸ Se exempelvis Prop. 2017/18:177 s. 82.

den sista definitionen, men i vissa fall kan detta endast ses som en semantisk friskrivning för att inte underkänna självbestämmanderätten. Enligt ett sådant förhållningssätt definieras självbestämmanderätten som något annat än den uttryckta viljan, vilket i vissa fall förvisso kan stämma, men inte i alla fall. Oavsett hur lagstiftaren velat definiera ofrivillighetsbegreppets förhållande till den särskilda ofrivillighetsprövningen, kan det alltså begreppsligt ändå förmedla ett något oklart budskap i förhållande till självbestämmanderätten.

I enlighet med Asps andra och tredje förutsättningar för ett särskiljande samtycke²¹⁹, innebär detta en bedömning av om uttrycket, givet omständigheterna i situationen, har varit ett *meningsfullt* uttryck för den sexuella självbestämmanderätten, och om självbestämmanderätten överhuvudtaget är ett intresse som aktuell person kan förfoga över. Dessa resonemang kan jag utläsa ur flera rättsfall där tillämpningen tar sikte på att avgöra om ett förvisso uttryck för frivillighet ändå ska underkännas som ett giltigt uttryck.

I rättstillämpningen görs bedömningen av den särskilt utsatta situationen i många fall utifrån hur målsägandens psykiska funktionsnedsättning har påverkat situationen, om målsäganden varit initiativtagande och vad målsäganden förstått av situationen, för att avgöra om målsäganden har haft förmåga att kunna värna om sin sexuella integritet. Detta är en förutsättning för att kunna göra en bedömning av den sexuella självbestämmanderätten samt möjligheten att avgöra om den sexuella handlingen varit önskad eller inte. I flera fall saknas dock mer ingående utredning och resonemang om målsägandens psykiska funktionsnedsättning, utan funktionsnedsättningen i sig bedöms medföra en särskilt utsatt situation och ett otillbörligt utnyttjande. För det första kan de vara problematiskt att säga att en psykisk funktionsnedsättning medför att en person inte kunnat freda sin sexuella integritet utan att ens utreda hur funktionsnedsättningen påverkat förmågan att freda sig. För det andra kan det vara problematiskt att säga att en person kunnat freda sig, utan att bedöma hur den psykiska funktionsnedsättningen påverkat denne. Det ska också beaktas att det kan förekomma sammanhang där målsägandens uttryck inte kan ges innebörden av ett meningsfullt uttryck för frivillighet, för att målsäganden inte har förstått vad gärningen inneburit, som i ett par fall.

I enlighet med Gunnarsson är självbestämmanderätten något dynamiskt som uttrycks i samspelet mellan olika individer, vilket innebär att bedömningen måste relateras till inte bara personerna som är involverade, utan till situationen i stort.²²⁰ Det måste också beaktas att varje psykisk funktionsnedsättning inte medför att en person inte kan delta frivilligt, utan även personer med psykiska funktionsnedsättningar ska kunna delta i sexuella handlingar. Därför måste varje bedömning göras utifrån målsägandens individuella förmåga, vilket också betonas i tidigare forskning.²²¹ Bristande utredning av

²¹⁹ Asp (2010) s. 91.

²²⁰ Gunnarsson (2020) s. 57, 88-92.

²²¹ Se bland annat Arstein-Kerslake & Flynn (2016); Arstein-Kerslake (2015); Mackenzie & Watts (2013).

målsägandens psykiska funktionsnedsättning och dennes inverkan på deltagandet riskerar således att underminera den sexuella självbestämmanderätten.

De fall där intresseavvägningen ställs på sin spets är de fall där målsäganden givit visst uttryck för frivilligt deltagande, antingen utifrån den egna uppfattningen eller utifrån domstolens uppfattning. Det förefaller således extra viktigt i dessa fall att utreda målsägandens psykiska funktionsnedsättning och hur denne påverkat målsäganden och situationen. En slutsats åt det ena håller innebär att en våldtäkt har begåtts och att den enskildes viljeuttryck har underkänts under premissen att personen inte kunde delta frivilligt. Det kan sända budskapet att deltagandet är en rätt som målsäganden inte själv kan förfoga över. En slutsats åt det andra hållet innebär att det inte har förelegat något brott eftersom viljan givits innebörden av ett meningsfullt uttryck för självbestämmanderätten och att personen har kunnat värna sin sexuella integritet.

Med detta sagt, är rekvisiten i sexualbrottslagstiftningen inte enbart rekvisit som ska bedömas som uppfyllda eller inte, utan bär upp tunga intressen och inte minst svårbalanserade avvägningar.

4.4 Brister i ofrivillighetsbedömningarna ur ett större perspektiv

Slutligen vill jag, mot bakgrund av ovan reflektioner, ägna en avslutande reflektion åt vilka följder bristerna i ofrivillighetsbedömningarna kan ha för andra intressen än självbestämmanderätten, men likväl intressen som behövs för att kunna tillvarata självbestämmanderätten. För att självbestämmanderätten ska få genomslag i gällande rätt och rättstillämpningen, gäller också att rätten är tydlig och förutsebar och bär upp ett visst mått av rättssäkerhet. Flera mål påvisar problem både i strukturella avseenden och avseende förståelsen för rekvisitens innebörd och tillämpning.

Först kan lyftas hur domstolarna blandar rättsfrågor, bevisfrågor och uppsåtsfrågor på ett sätt som påverkar vilka omständigheter som läggs till grund för ofrivillighetsbedömningen. Detta medför dels svårigheter att förstå vilken innebörd vissa rekvisit ges, dels en oklarhet i vad som faktiskt beaktas vid olika bedömningar. För det andra kan lyftas att domstolarna i vissa fall inte utvecklar sitt resonemang för sina bedömningar. I kombination med att gällande rätt dessutom är förhållandevis vag vad gäller dessa bedömningar, medför en oklar och oenhetlig rättstillämpning rättssäkerhetsproblem vad gäller förutsebarhet, trygghet och tillförlitligheten till rättssystemet. Detta medför vidare problem för lagstiftningens möjlighet att förmedla vad som är ett tillåtet och otillåtet beteende, och som följd svårigheter för människor att förstå hur man ska bete sig. Detta spelar roll för personer med psykiska funktionsnedsättningar möjlighet att förstå under vilka omständigheter de kan ge ett meningsfullt uttryck för sin självbestämmanderätt. Det får också betydelse för personer som vill ha sexuellt umgänge med personer med psykiska funktionsnedsättningar utan att dömas för brott. I dessa fall ska dock uppsåtsbedömningen

kunna frita en person från ansvar om denne inte insett att målsägandens deltagande var ett uttryck för ofrivillighet, beaktat hur tydligt funktionsnedsättningen framgår. En otydlig lagstiftning och rättstillämpning försämrar dock dessa förutsättningar.

Lagstiftningens utformning och bedömningarna i rättstillämpningen sänder också budskap om vad som är ett önskat och oönskat beteende. Bedömningarna får således inte bara betydelse för det enskilda fallet, utan också för synen på individers beteenden, viljor och uttryck i deras mest intima stunder. I sammanhanget handlar det även om att respektera en särskild grupp av personers intresse att få ha sexuella relationer, samtidigt som de kan behöva skyddas särskilt. Detta är bedömningar som är svåra att göra för domstolarna, och kan därför vara minst lika svår andra personer. I längden riskerar dessa problem leda till att personer med psykiska funktionsnedsättningar upplever sig alie nerade, så som studier redan visar, och att de betraktas som personer som svårligen kan ha sexuella relationer med andra. Sammantaget finns det skäl för att både lagstiftningen och domstolarna ska vara stringenta och tydliga i sina resonemang gällande rekvisitens innebörd och förhållande till varandra, särskilt beaktat vilka intressen de bär upp.

5 Slutsatser

Det finns forskningsstöd som visar att personer med psykiska funktionsnedsättningar i större utsträckning riskerar att utsättas för sexuella övergrepp. Samtidigt finns det forskningsstöd för att personer med psykiska funktionsnedsättningar likväl har en verklig önskan av sexuell närhet och relationer men trots det upplever sig avsexualiserade av omgivningen. Dessa två omständigheter demonstrerar den prekära balansgång som behöver hållas beaktas vid bedömningen av om en person med en psykisk funktionsnedsättning har deltagit frivilligt i en sexuell handling eller inte. Det måste således beaktas att personer med dessa svårigheter också har lika rätt att tillerkännas sexuell självbestämmanderätt, samtidigt som de också måste skyddas mot oönskade sexuella handlingar. Dessa tunga skyddsintressen behöver beaktas både i lagstiftningen och i rättstillämpningen. Efter en genomgången av gällande rätt och domstolsavgöranden kan uppsatsens frågeställningar sammantaget besvaras i tre slutsatser.

Avseende den första frågeställningen kan konstateras att rättsläget beaktat rättskällorna inte ger en entydig och tydlig vägledning för hur ofrivillighetsrekvisitet ska bedömas, även om det finns vissa generella utgångspunkter. Detta beror delvis på att det är svårt för lagstiftaren att föreskriva en legaldefinition av hur dessa bedömningar ska göras. Däremot anser jag det föreligger viss oklarhet gällande hur olika begrepp beskrivs och ska förhålla sig till varandra. Bedömningen av frivillighet enligt våldtäktsparagrafens första mening ger uttryck för ett spektrum på vilket frivillighet ska bedömas, var den innersta viljan inte ska beaktas om den inte kommit till uttryck. Lagrummet uppställer avsiktligt inte krav på att frivillighet måste uttryckas, men ett eventuellt sådant ska ändå beaktas. Domstolarna måste därmed avgöra om ett deltagande trots frånvaro av uttryckt frivillighet ändå kan anses vara frivilligt, även om utgångspunkten enligt förarbetena ska vara att ett frivilligt deltagande uttrycks. Dessa otydligheter kan medföra ytterligare svårigheter för bedömningar av fall där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning, då dennes sätt att uttrycka sig, förstå och handla i stor utsträckning påverkas av den psykiska funktionsnedsättningen. Det kan vara svårare för dessa personer att faktiskt ge uttryck för sin innersta vilja och att uttrycka sin inställning. På så vis är det bra att lagrummet inte uppställer krav på att frivillighet måste uttryckas, då fler fall av passivitet kan bedömas som ofrivillighet. Det finns däremot varken reflektion eller vägledning i förarbetena vad gäller hur den ordinära bedömningen ska göras när målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning, vilket kanske inte heller är meningen eftersom den särskilda ofrivillighetsbedömningen finns. Detta utgör däremot inte ett hinder för att beakta målsägandens agerande utifrån dennes person även vid den ordinära ofrivillighetsbedömningen.

Vid den särskilda ofrivillighetsbedömningen föreligger dels oklarheter hur dessa rekvisit inbördes ska tolkas och behandlas, dels hur de ska förstås mot

bakgrund av rekvisitet frivillighet. Dessa rekvisit ska spegla balansen mellan skyddet mot att utsättas för oönskade sexuella handlingar å ena sidan, och den sexuella självbestämmanderätten å andra sidan. Förarbetena har formulerats som att de fall där omständigheterna i denna bedömning är uppfyllda innebär att den sexuella självbestämmanderätten har kränkts. Även om detta till viss del troligen är sant, anser jag inte att det är så enkelt varken i teorin eller praktiken som en semantisk friskrivning antyder. Ett sådant resonemang vilar på premissen om total överensstämmelse mellan omständigheterna och bristande självbestämmanderätt, men själva faktumet att lagstiftaren och rättstillämparen ska avgöra när en annan persons självbestämmanderätt har kränkts, torde i sig innebära viss försiktighet i ett sådant absolut ställningstagande. Detta särskilt mot bakgrund av att gällande rätt inte ger någon större vägledning för hur dessa fall ska bedömas. HD har inte heller prövat dessa frågor, trots flera överklaganden i dessa mål. Det finns dessutom inte ens en tydlig definition i förarbetena av vad rekvisitet "psykisk störning" är. I rättspraxis framgår att den psykiska funktionsnedsättningen ska relateras till situationen och målsägandens deltagande för att kunna utgöra en särskilt utsatt situation. Detta anser jag är en viktig förutsättning för att grunda bedömningen i varje enskild individs självbestämmanderätten.

Vad gäller den andra frågeställningen kan konstateras att ofrivillighetsbedömningarna i rättstillämpningen ofta är väldigt olika, både vad gäller ordningsföljden för hur de olika rekvisiten prövas och förhålls till varandra, och vad gäller innebörden som rekvisiten ges. Detta torde vara ett resultat av det förhållandevis oklara rättsläget som gällande rätt bidrar med, men kan också antyda att domstolarna gör en individuell bedömning i varje enskilt fall. Vissa delar framstår dock huvudsakligen som enbart oklara. Dessa är främst bedömningen av det otillbörliga utnyttjandet, hur bevis och rättsfrågor ibland är svåra att urskilja samt hur uppsåtsfrågor blandas in i de objektiva bedömningarna. Bedömningarna i uppsåts- och bevisfrågorna påverkas av målsägandens psykiska funktionsnedsättning både avseende bedömningen av bevisvärdet av dennes uppgifter, och bedömningen om gärningspersonen haft uppsåt till omständigheterna i fallet. Detta påverkar ofrivillighetsbedömningarna då slutsatserna utgör de omständigheter på vilka ofrivillighetsbedömningen grundas. De olika formuleringarna i den ordinära respektive särskilda ofrivillighetsbedömningen medför också olika rekvisit som den tilltalade ska ha uppsåt till och som ska bevisas. Målsägandens psykiska funktionsnedsättning bidrar i många av dessa bedömningar inte till en fördelaktig utgång för denne. Även om exempelvis uppsåts bedöms saknas, kan domstolens rättsliga ställningstagande till den aktuella gärningen såsom tillåten eller otillåten ändå vara meningsfull för målsäganden och den tilltalade.

Beträffande den ordinära ofrivillighetsbedömningen beaktas huvudsakligen hur målsägande betett sig vid gärningstillfället, för att bedöma om denne deltagit frivilligt eller inte. Det är ovanligt att målsägandens psykiska funktionsnedsättning beaktas vid bedömningen av hur dennes uttryck och beteende ska

tolkas. I stället görs en mer generell bedömning av hur passivitet och följsamhet kan tolkas. Detta är också problematiskt eftersom bedömningen av det frivilliga/ofrivilliga deltagandet måste göras utifrån den enskilda individens självbestämmanderätt, och då måste beaktas skälen till beteendet eller uttrycket, och om det är ett uttryck för den aktuella målsägandens frivillighet eller ofrivillighet. Då kan svårligen den psykiska funktionsnedsättningen ignoreras.

Gällande den särskilda ofrivillighetsbedömningen är många domstolar förhållandevis tydliga i sin bedömning av den särskilt utsatta situationen, även om bedömningen kan variera. Det är många domstolar som inte i någon vidare utsträckning utvecklar resonemanget kring det otillbörliga utnyttjandet. Detta är problematiskt särskilt när det är detta rekvisit enligt förarbetena som ska utgöra gränsen för när självbestämmanderätten har kränkts. Det varierar även om och i vilken utsträckning målsägandens psykiska funktionsnedsättning utreds och relateras till situationen och målsägandens förmåga att värna om sin sexuella integritet. I ett fåtal fall definieras inte ens den psykiska funktionsnedsättningen, och domstolarnas begreppsanvändning av ”psykisk störning” verkar inte ha någon vidare juridisk betydelse. Men i flera fall relateras målsägandens funktionsnedsättning till dennes förmåga i den särskilda situationen att värna sin sexuella integritet, beaktat dennes initiativtagande och förståelse av situationen. Däremot varierar innebörden av målsägandens initiativtagande och följsamhet, och om det relateras till ofrivillighet eller frivillighet, beaktat huvudsakligen om målsäganden förstått omständigheterna eller inte.

Avseende den tredje frågeställningen kan konstateras att intressena om självbestämmanderätten och skyddet för oönskade sexuella handlingar i ganska stor utsträckning betonas i förarbetena till lagstiftningen, och lyfts även i många domstolsavgöranden, i förhållande till den särskilda ofrivillighetsbedömningen. Vad gäller den ordinära ofrivillighetsbedömningen har rekvisitet *ofrivillighet* valts för att bäst skydda självbestämmanderätten och rätten till skydd mot oönskade sexuella handlingar, och fler fall av passivitet torde numera kunna utgöra ofrivillighet. Det kan dock diskuteras om detta krav, både i lagstiftningen och i rättstillämpningen faktiskt bäst svarar mot dessa intressen, på grund av att det kan uppstå en diskrepans mellan den inre och uttryckta viljan som inte ska beaktas. I vissa fall kan detta bero på målsägandens svårigheter att uttrycka både vilja och ovilja. Däremot anser jag att lagstiftningens utgångspunkt i frivillighet på ett bättre sätt kan tillgodogöra även personer med psykiska funktionsnedsättningar självbestämmanderätt, än vad tidigare krav på tvång kunde. Detta då personer med psykiska funktionsnedsättningar av andra anledningar än tvång kan komma att delta i sexuella handlingar trots att de inte vill, och att passivitet eller bristande uttryck för frivillighet i fler fall kan bedömas i enlighet med självbestämmanderätten.

Formuleringen av den särskilda ofrivillighetsbedömningen grundas i en intresseavvägning mellan självbestämmanderätten och skyddet mot oönskade sexuella handlingar, vilket ger uttryck för att målsäganden med dessa svårigheter behöver behandlas annorlunda. För att personer med psykiska funktionsnedsättningar ska ha lika rätt till självbestämmanderätt och skydd mot oönskade sexuella handlingar, kan det krävas att en annan bedömning än den som görs i andra fall. Detta för att dels kunna bedöma vad målsägandens individuella beteende och uttryckssätt innebär, dels för att kunna göra en avvägning av de olika skyddsintressena. Även om det i förarbetena gjorts ett försöka att komma runt risken att underkänna självbestämmanderätten, finns det dock vissa uttryck och förhållningssätt som ändå tangerar detta, vilket också kan skymtas i rättstillämpningen. Dessa omständigheter blir särskilt påtagliga vid fall där målsäganden har gett uttryck för vad domstolen bedömer som frivillighet, eller vad målsäganden själv anser är ett frivilligt deltagande, men där domstolen ändå bedömer att frivillighet inte förelegat med stöd av den särskilda ofrivillighetsbedömningen. I dessa fall kan målsägandens uttryck tolkas som att det inte utgör ett, enligt rätten, *meningsfullt* uttryck för frivillighet, eller att självbestämmanderätten inte är ett intresse som målsäganden i aktuellt fall själv har kapacitet att förfoga över. Detta kan vara viktigt i de fall målsäganden inte själv förstår omständigheterna i situationen och därför behöver skyddas mot att bli utnyttjad. När självbestämmanderätt ska tolkas som något annat än den uttryckta viljan, kan förmedlas ett signalvärde om vad som är ett önskvärt beteende och att vissa personer faktiskt inte kan delta frivilligt. Sådana omständigheter medför problem för hur personer med psykiska funktionsnedsättningar uppfattas, vilket påverkar dels deras hälsa och självbild negativt, dels huruvida andra vill ingå sexuella relationer med dem.

Som en reflektion om framtiden för dessa rättsfrågor vill jag kort belysa att rätten troligen är bättre rustad för att beakta självbestämmanderätt och skyddet mot oönskade sexuella handlingar med en lagstiftning med utgångspunkt i ofrivillighet. Det innebär däremot inte att balansgången och intresseavvägningen är lättare. Det är i sin natur svåra frågor som blir ännu svårare i situationer där målsäganden har en psykisk funktionsnedsättning. Trots detta, anser jag att det finns aspekter av rättsläget som behöver nå konsensus i större utsträckning, så som hur rekvisiten för den särskilda ofrivillighetsbedömningen ska hanteras i förhållande till varandra, samt att målsägandens psykiska störning i större utsträckning måste relateras till situationen och intressena som sexualbrottslagstiftningen skyddar. I nuläget har dessa frågor aldrig prövats av HD, trots flera överklaganden. Det är fundamentalt för såväl rättsläget och rättstillämpningen, som för personer med psykiska funktionsnedsättningar och andra människor, att rättsläget är tydligt och att självbestämmanderätten får genomslag i ofrivillighetsbedömningen. Rätten måste hjälpa särskilt utsatta individer genom ett starkt skydd mot oönskade sexuella handlingar, utan att stjälpa dem genom risk för stigmatisering och fräntagande av den sexuella självbestämmanderätten.

Källförteckning

Offentliga tryck

Propositioner

Prop. 1962:10 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till brottsbalk, nr. 10.

Prop. 1983/84:105 – om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten).

Prop. 1990/91:58 – Om psykiatrisk tvångsvård m.m.

Prop. 1991/92:35 – Sexuella övergrepp mot barn m.m.

Prop. 2004/05:45 – En ny sexualbrottslagstiftning.

Prop. 2012/13:111 – En skärpt sexualbrottslagstiftning.

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

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

Statens offentliga utredningar

SOU 1976:9 – Sexuella övergrepp – Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott.

SOU 1977:23 – Psykiskt avvikande lagöverträdare.

SOU 1982:61 – Våldtäkt och andra sexuella övergrepp.

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

SOU 2010:71 – Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag.

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

Övrigt källmaterial

1177 (A), *Intellektuell funktionsnedsättning – utvecklingsstörning*. Tillgänglig på: <https://www.1177.se/Skane/sjukdomar--besvar/hjarna-och-nerver/larande-forstaelse-och-minne/intellektuell-funktionsnedsattning---utvecklingsstornig/> [besökt 2023-05-18].

1177 (B), *Neuropsykiatriska funktionsnedsättningar -NPF*. Tillgänglig på: <https://www.1177.se/Skane/sjukdomar--besvar/hjarna-och-nerver/neuropsykiatriska-funktionsnedsattningar/> [besökt 2023-05-18].

DSM-5, Diagnostic and statistical manual of mental disorders (5th edition), av American Psychiatric Association (2013), s. 31-66. Tillgänglig på: http://repository.poltekkeskaltim.ac.id/657/1/Diagnostic%20and%20statistical%20manual%20of%20mental%20disorders%20_%20DSM5%20%28%20PDFDrive.com%20%29.pdf [besökt 2023-05-18].

Handikappförbundets samarbetsorgan och Finndahl, Kerstin (2005) Synliggör det osynliga – ett projekt om våld – funktionshinder – könsperspektiv. Tillgänglig på: <https://kvinnofrid.nu/PDF/Referenslitteratur/hso-rapporten.pdf> [besökt 2023-05-18].

Högsta domstolens slutliga beslut 2019-06-28 i mål B3207-19.

Högsta domstolens slutliga beslut 2019-09-13 i mål B4652-19.

Högsta domstolens slutliga beslut 2019-10-24 i mål B5168-19.

Högsta domstolens slutliga beslut 2020-03-11 i mål B1293-20.

Högsta domstolens slutliga beslut 2020-06-26 i mål B2542-20.

Högsta domstolens slutliga beslut 2021-05-25 i mål B2620-21.

Högsta domstolens slutliga beslut 2021-10-01 i mål B4524-21.

Högsta domstolens slutliga beslut 2022-01-04 i mål B7710-21.

Högsta domstolens slutliga beslut 2022-03-29 i mål B2057-22.

Högsta domstolens slutliga beslut 2022-03-30 i mål B7903-21.

ICD-11, International Classification of Diseases, av World Health Organisation, (11th revision), version 01/2023 (2019), avsnitt 6A00, 6A01, 6A02, 6A05. Tillgänglig på: <https://icd.who.int/browse11/lm/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f605267007> [besökt 2023-05-18].

RFSU, Allmänna arvsfonden och Funktionsrätt Sverige (2021), *Vill du ligga med mig då? – En kartläggning om sexuell hälsa hos personer med funktionsnedsättning och kronisk sjukdom*. Tillgänglig på: https://www.rfsu.se/global-assets/pdf/vill-du-ligga-med-mig-da_rapport.pdf [besökt 2023-05-18].

Riksförbundet Attention (2018), *Vad är NPF? – En skrift om neuropsykiatriska funktionsnedsättningar, som ADHD, ASD, Tourettes syndrom och tal- och språkstörningar*. Tillgänglig på: https://attention.se/wp-content/uploads/2021/05/attention_skrift_vad_ar_npf.pdf [besökt 2023-05-18].

Riksåklagarens överklagande av Svea hovrätts dom från 2021-11-23 i mål B5232-21.

Åklagarmyndigheten (2020), *Prioriterade prejudikatfrågor*. Tillgänglig på: <https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/verksamheten-i-hogsta-domstolen/prioriterade-prejudikatfragor-2020.pdf> [besökt 2023-05-18].

Åklagarmyndigheten (2021), *Prioriterade prejudikatfrågor*. Tillgänglig på: <https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/verksamheten-i-hogsta-domstolen/prioriterade-prejudikatfragor-2021.pdf> [besökt 2023-05-18].

Åklagarmyndigheten (2022), *Prioriterade prejudikatfrågor*. Tillgänglig på: <https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/verksamheten-i-hogsta-domstolen/prioriterade-prejudikatfragor-2022.pdf> [besökt 2023-05-18].

Litteratur

Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj (2017), *Tolkning och reflektion: vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*. Tredje upplagan Lund: Studentlitteratur.

Arstein-Kerslake, Anna (2015), 'Understanding sex: the right to legal capacity to consent to sex'. *Disability & Society*, 30(10), pp. 1459–1473.

Arstein-Kerslake, Anna & Flynn, Eilionóir (2016), 'Legislating Consent: Creating an Empowering Definition of Consent to Sex That Is Inclusive of People With Cognitive Disabilities'. *SOCIAL & LEGAL STUDIES*, 25(2), pp. 225–248.

Asp, Petter (2010), *Sex & samtycke*. Uppsala: Iustus.

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

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils (2013), *Kriminalrättens grunder*. 2 omarbetad upplaga, Uppsala: Iustus.

Bennet, Tova (2020), *Straffansvar vid atypiska sinnestillstånd*. Diss. Lund: Lunds universitet, 2020.

Bäcklund, Agneta, Johansson, Stefan, Trost, Hedvig, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne & Wersäll, Fredrik (2022), *Brottsbalken – en kommentar*, (2022-11-25, version 21, JUNO).

Curtice, Martin, Mayo, Jonathan & Crocombe, Juli (2012), 'Consent and sex in vulnerable adults: a review of case law'. *British Journal of Learning Disabilities*, 41(4), pp. 280–287.

Eastgate, Gillian (2005), 'Clinical practice. Sex, consent and intellectual disability'. *Australian Family Physician*, 34(3), pp. 163–166.

Ehrenkrona, Carl Henrik (2007), 'Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen'. *SvjT* 2007, s. 38-49.

Eklund, Hans & Lindell, Bengt (2005), *Straffprocessen*. 1. uppl. Uppsala: Iustus.

Enujoike, Sharon C., Leland, Brian, Munson, Emily & Ott, Mary A. (2021), 'Sexuality Among Adolescents With Intellectual Disability: Balancing Autonomy and Protection', *Pediatrics*, 148(5), pp. 1–8.

Frändberg, Åke (2019), 'Begreppet rättssäkerhet' i: Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav*. Upplaga 1 Lund: Studentlitteratur, s. 21-53.

Gunnarsson, Lena (2020), *Samtyckesdynamiker: sex, våldtäkt och gråzonen däremellan*. Upplaga 1 Lund: Studentlitteratur.

Hydén, Håkan (2018), 'Rättssociologi: om att undersöka relationer mellan rätt och samhälle' i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2, Lund: Studentlitteratur, s. 209-240.

Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap'. *SvjT* 2004 s. 1-10.

Jareborg, Nils, Friberg, Sandra, Asp, Petter & Ulväng, Magnus (2015), *Brotten mot person och förmögensbrotten*. uppl. 2:3 Uppsala: Iustus.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod' i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2, Lund: Studentlitteratur, s. 21–46.

Leijonhufvud, Madeleine (2008), *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*. Stockholm: Thomson.

Lernestedt, Claes (2003), *Kriminalisering: problem och principer*. Diss. Stockholm : Univ., 2003.

Mackenzie, Robin & Watts, John (2013), 'Sexual health, neurodiversity and capacity to consent to sex', *Tizard Learning Disability Review*, 18(2), pp. 88–98.

Nyström, Birgitta & Zanderin, Lars (2022), *Rätt och rättssystem: en introduktion för professionsutbildningar*. 3:e upplagan Stockholm: Liber.

O'Callaghan, Ali C. & Murphy, Glynis H. (2007), 'Sexual relationships in adults with intellectual disabilities: understanding the law', *Journal of Intellectual Disability Research*, 51(3), pp. 197–206.

Onstot, Andrea (2019), 'Capacity to Consent: Policies and Practices that Limit Sexual Consent for People with Intellectual/Developmental Disabilities', *Sexuality & Disability*, 37(4), pp. 633–644.

Reed, Elizabeth J. (1997), 'Criminal Law and the Capacity of Mentally Retarded Persons to Consent to Sexual Activity', *Virginia Law Review*, 83(4), pp. 799–827.

Series, Lucy & Nilsson, Anna (2018), 'Article 12 - Equal Recognition before the Law', I: Bantekas, Ilias, Stein, Michael Ashley and Anastasiou, Dimitris (red), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a commentary*. First edition. Oxford University Press (Oxford commentaries on international law).

Svae, Gøril Brevik, Blixt, Line & Søndena, Erik (2022), 'Personal and sexual boundaries: the experiences of people with intellectual disabilities', *BMC Public Health*, 22(1), pp. 1–10.

Svensson, Lupita (2022), *Rättsfallsanalys för icke-jurister: analys, metod, beslut*. Andra upplagan Stockholm: Norstedts juridik.

Trolle Önnarfors, Elsa & Wenander, Henrik (2022), *Att skriva rätt: goda råd för att skriva uppsats i juridik*. (Tredje upplagan). Stockholm: Norstedts juridik.

Zila, Josef (1990), 'Om rättssäkerhet', *SvJT* 1990 s. 284- 305.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1967 s. 380.

NJA 1988 s. 279.

NJA 2004 s. 176.

NJA 2004 s. 231.

NJA 2016 s. 763.

NJA 2019 s. 668.

Hovrätterna

Hovrätten för nedre Norrland, RH 2006:53.

Svea hovrätt, RH 2008:84.

Rättsfall i rättsfallsstudien

Hovrätterna

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2021-12-23 i mål B1602-21.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2022-09-26 i mål B2686-21.

Hovrätten för västra Sverige, dom 2019-09-24 i mål B2179-19.

Hovrätten för västra Sverige, dom 2020-04-08 i mål B4523-19.

Hovrätten för västra Sverige, dom 2022-02-25 i mål B1301-22.

Göta hovrätt, dom 2022-04-14 i mål B2614-21.

Svea hovrätt, dom 2020-02-07 i mål B13689-19.

Svea hovrätt, dom 2021-06-04 i mål B3979-21.

Svea hovrätt, dom 2021-11-16 i mål B10774-21.

Svea hovrätt, dom 2021-11-23 i mål B5232-21.

Svea hovrätt, dom 2022-02-15 i mål B15389-21.

Hovrätten för nedre Norrland, dom 2019-05-29 i mål B560-19.

Hovrätten för nedre Norrland, dom 2020-01-17 i mål B1622-19.

Tingsrätterna

Attunda tingsrätt, dom 2018-11-30 i mål B7997-18.

Umeå tingsrätt, dom 2019-11-26 i mål B1839-19.

Umeå tingsrätt, dom 2020-11-23 i mål B2172-20.

Alingsås tingsrätt, dom 2020-12-08 i mål B2004-19.

Attunda tingsrätt, dom 2021-01-14 i mål B11583-20.

Norrköpings tingsrätt, dom 2021-02-18 i mål B2874-19.

Uppsala tingsrätt, dom 2022-06-01 i mål B7432-21.

Helsingborgs tingsrätt, dom 2022-09-12 i mål B5170-21.

Linköpings tingsrätt, dom 2022-12-19 i mål B3239-20.

Luleå tingsrätt, dom 2022-12-22 i mål B3090-21.