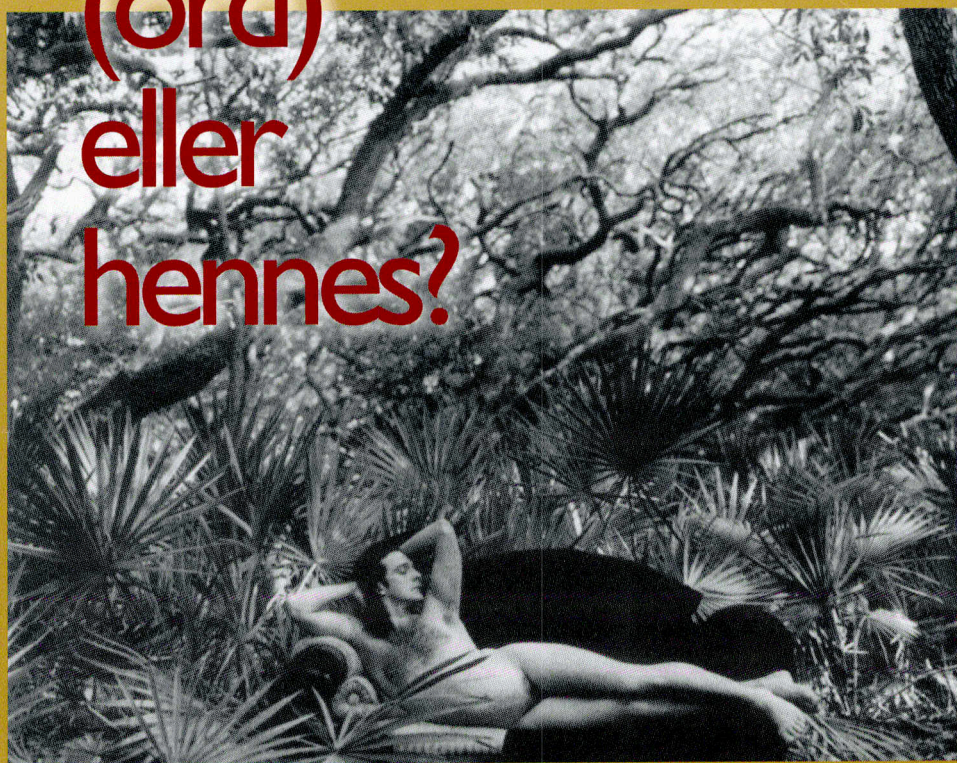


Hans (ord) eller hennes?



En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp

Ulrika Andersson

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789190023068

ISBN: 9186980319 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.318>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

HANS (ORD) ELLER HENNES?

Ulrika Andersson

Hans (ord) eller hennes?

*En könsteoretisk analys av straffrättsligt
skydd mot sexuella övergrepp*

Bokbox Förlag

Copyright © Ulrika Andersson 2004

Första upplagan April 2004

Produktion Infografen/Desktop, Malmö

Omslag Ulrika Andersson & Kjell E. Eriksson

Omslagsfoto © Annie Leibovitz

MARK MORRIS, CUMBERLAND ISLAND, FLORIDA, 1990

Used with kind permission by Jeffrey D. Smith, Contact Press Images, New York

Tryck Prinfo/Team Offset & Media, Malmö 2004

ISBN 91-86980-31-9



Bokbox Förlag

Box 1180

221 05 Lund

bokbox@infografen.com www.bokbox.se

Innehållsförteckning

Förord	9
1. Inledning	13
1.1 Introduktion	13
1.2 Ämnet, avgränsningar och frågeställningar	17
1.3 Utgångspunkter och angreppssätt	20
1.3.1 Allmänt	20
1.3.2 Ett könsperspektiv	21
1.3.2.1 <i>Kön i samband med sexualbrott</i>	21
1.3.2.2 <i>Kön/genusdistinktionen</i>	23
1.3.2.3 <i>Kön som konstruktion i avhandlingen</i>	26
1.3.2.4 <i>Kön, kropp och sexualitet</i>	27
1.3.3 Ett konstruktivistiskt angreppssätt	30
1.3.3.1 <i>Introduktion</i>	30
1.3.3.2 <i>Språk, makt, diskurs och "verklighet"</i>	31
1.3.4 Rättsskyddssubjektet som metodisk utgångspunkt	33
1.3.4.1 <i>Introduktion</i>	33
1.3.4.2 <i>Det materiella subjektet</i>	35
1.3.4.3 <i>Det strukturella subjektet</i>	35
1.3.4.4 <i>Det diskursiva subjektet</i>	36
1.3.4.5 <i>Materiell, strukturell och diskursiv – en metodisk indelning</i>	37
1.4 Metoder	38
1.4.1 Introduktion	38
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	38
1.4.3 Diskursanalytisk metod	39
1.4.4 Diskursanalytisk metod i avhandlingen	41
1.4.5 Rättsdogmatik och diskursanalys – en jämförelse	43

2. Brott och bevisprövning – det straffrättsliga sammanhanget	45
2.1 Introduktion	45
2.2 Straffrättsteori och grundläggande principer	47
2.2.1 Introduktion	47
2.2.2 Ansvarssubjekt och rättsskyddssubjekt i straffrättsteorin	47
2.2.3 Grundläggande principer	48
2.2.3.1 Konformitetsprincipen	48
2.2.3.2 Legalitetsprincipen	50
2.3 Brottsbegreppet	51
2.3.1 Introduktion	51
2.3.2 Gärningsrekvisit	52
2.3.2.1 Olika typer av gärningsrekvisit	52
2.3.2.2 Straffbelagda gärningar	52
2.3.2.3 Rekvisiten för gärningskontroll	53
2.3.2.4 Rekvisit för gärnings stridighet mot svensk lag och andra nationella begränsningar	56
2.3.2.5 Gärnings rättsenlighet	60
2.3.3 Skuldrekvisit	72
2.3.3.1 Introduktion	72
2.3.3.2 Uppsåt	73
2.3.3.3 Uppsåt i samband med sexualbrott	76
2.3.3.4 Oaktsamhet	77
2.4 Straffrättsliga definitioner	78
2.4.1 Rättshistorisk bakgrund	78
2.4.1.1 De medeltida lagarna och tiden före 1734 års lag	78
2.4.1.2 1734 års lag	80
2.4.1.3 1864 års strafflag	83
2.4.1.4 1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser	90
2.4.2 Samtida bestämmelser	93
2.4.2.1 Allmänt	93
2.4.2.2 De gränsdragande rekvisiten	95
2.4.2.3 Sexualhandlingar	117
2.4.2.4 Kvalificerade brottsformer	129
2.4.3 Nordiska utblickar	133
2.4.3.1 Introduktion	133
2.4.3.2 Skyddsintressen	133
2.4.3.3 Gränsdragande rekvisit	135

2.4.3.4	<i>Sexualhandlingar</i>	148
2.4.3.5	<i>Allmänna bestämmelser och sammanfattande kommentarer</i>	154
2.5	Den straffprocessuella prövningen	159
2.5.1	Introduktion	159
2.5.2	Premisser för bevishantering före åtals väckande	159
2.5.2.1	<i>Introduktion</i>	159
2.5.2.2	<i>Allmänna principer</i>	159
2.5.2.3	<i>Bevishantering under förundersökningen</i>	161
2.5.3	Ramarna för bevishantering under huvudförhandlingen	164
2.5.3.1	<i>Introduktion</i>	164
2.5.3.2	<i>Omedelbarhet, muntlighet och koncentration</i>	165
2.5.3.3	<i>Fri bevisföring, bevisprövning och bevisvärdering</i>	165
2.5.3.4	<i>Oskyldighetspresumtionen</i>	167
2.5.4	Bevishantering i våldtäktsmål från högsta domstolen	169
2.5.4.1	<i>Introduktion</i>	169
2.5.4.2	<i>Överfall</i>	170
2.5.4.3	<i>Bekantskap</i>	174
2.5.4.4	<i>Relation</i>	193
2.5.4.5	<i>Sammanfattande kommentarer</i>	201
3.	Rättstillämpning – sexualbrotten i hovrätterna	207
3.1	Introduktion	207
3.2	Syfte och frågeställningar	207
3.3	Materialet för undersökningen	209
3.4	Allmänt om prövningen av de gränsdragande rekvisiten	211
3.4.1	Straffprocessuella aspekter	211
3.4.2	Diskursanalytiska aspekter	214
3.5	Hovrätternas diskurser i den straffprocessuella prövningen av de gränsdragande rekvisiten	215
3.5.1	Introduktion	215
3.5.2	De gränsdragande rekvisitens utformning	215
3.5.3	De gränsdragande rekvisiten i hovrätternas diskurser	216
3.5.3.1	<i>Allmänt</i>	216
3.5.3.2	<i>Offrets viljeuttryck</i>	218
3.5.3.3	<i>Teknisk bevisning</i>	227
3.5.3.4	<i>Handlingens sexuella karaktär</i>	230
3.5.3.5	<i>Atypiska diskurser</i>	232

3.5.3.6 <i>Analys</i>	234
4. Våld och vilja – straffrättsliga diskurser	243
4.1 Introduktion	243
4.2 Sexuell integritet – att bestämma genom att avböja	244
4.3 Våld och vilja	245
4.4 Förmåga att uppfatta och värja sig	249
4.5 "Normalt könsumgänge mellan man och kvinna"	250
4.5.1 Introduktion	250
4.5.2 Sexualdrift och sexuell innebörd	251
4.5.3 Könsorgan och kroppslig beröring	251
4.5.4 Sedlighet	252
4.6 Livsfarligt våld eller skada	253
4.7 Hur producerades rättsskyddssubjektet?	254
4.7.1 Introduktion	254
4.7.2 Diskursen om sexuell integritet	254
4.7.3 Diskursen om våld och vilja	256
4.7.4 Diskursen om förmåga att uppfatta och värja sig	257
4.7.5 Diskursen om normalt könsumgänge	257
4.7.6 Diskursen om livsfarligt våld och skada	258
4.7.7 Rättsskyddssubjektets kön	259
4.7.7.1 <i>Introduktion</i>	259
4.7.7.2 <i>Kön, kropp och sexualitet i straffrättsliga diskurser</i>	260
5. Hans våld eller hennes vilja? Avslutande diskussion	263
5.1 Introduktion	263
5.2 Rättsskyddssubjektet i diskurserna	264
5.2.1 Hovrätternas diskurser	264
5.2.2 De straffrättsliga diskurserna	266
5.3 Diskurser och gällande rätt	268
5.3.1 Introduktion	268
5.3.2 Diskursanalys och gällande rätt	269
5.4 Subjektets rationalitet och kroppslighet – en straffrättslig dualism	270
Summary	275
Käll- och litteraturförteckning	281

Förord

När jag påbörjade arbetet med den här boken var min allra största drivkraft den ilska jag kände inför hur rättssystemet hanterade sexualbrotten. Jag var frustrerad och upprörd över att den som påstod sig vara utsatt för ett övergrepp alltid hamnade i fokus i den rättsliga prövningen. Min utgångspunkt var att detta inte är nödvändigt och att en förändring är möjlig. De senaste årens arbete har fått mig övertygad. Men det har inte varit en lätt väg och jag är inte framme än.

Att forska kan på många sätt liknas vid att studera de tredimensionella mönster som ofta förekom i kvällstidningarna för flera år sedan. Först ser du en helt oregelbunden färgmassa. Efter en stund, när bilden studerats tillräckligt länge, träder olika mönster i nya dimensioner fram och du kan betrakta dessa med helt andra ögon. Ibland händer det att mönster eller dimensioner försvinner ur perspektivet och det blir problem att hitta rätt igen. Men när sammanhangen insetts tillräckligt väl försvinner den oregelbundna färgmassan ur sikte och det blir, förhoppningsvis, möjligt att förklara för andra vad det är för bild som framträtt. Detta kräver ibland stor koncentration för att perspektivet inte skall förloras, vilket gör dig mindre närvarande för världen utanför...

Jag har inte studerat en färgmassa men däremot en massa text och sett mönster och sammanhang som jag här vill presentera. Men först vill jag tacka alla som möjliggjort mitt textstuderande. För, som många konstaterat före mig, en avhandling skriver man inte utan hjälp.

Lotta Westerhäll var den som först uppmuntrade mig att börja forska vilket gjorde att jag tog mig en allvarlig funderare. När jag väl bestämt mig fick jag värdefull uppmuntran av Karin Lundström. Ett varmt tack

till er båda! Stor betydelse i inledningsskedet hade också mitt möte på ett café med Lena Ebervall och Annika Nilsson. Ni var positiva till min forskning redan från start och gjorde att jag kände mig välkommen in i den akademiska världen. Tack för att ni var där just då och för att ni fortsätter att finnas!

Direkt avgörande för projektets genomförande har min handledare Per Ole Träskman varit. Utan ditt fantastiska stöd från början till slut hade det inte blivit någon avhandling! Många är de gånger som jag av olika skäl har tvivlat. Lika många gånger och ännu fler har jag gått stärkt, motiverad och inspirerad från våra samtal. Med lugn, säkerhet och intellektuell skärpa har du lotsat mig igenom de här åren. TACK, Per Ole!

Flera andra har också under åren läst diverse manusutkast och genom konstruktiv kritik hjälpt mig vidare i avhandlingens olika faser. Jag vill här särskilt tacka Gunnar Bergholtz, Christian Dahlman, Sverker Jönsson, Titti Mattsson, Johanna Niemi-Kiesiläinen, Kevät Nousiainen, Ann Numhauser-Henning, Sacharias Votinius, Peter Westberg, Christoffer Wong och Helén Örnemark Hansen. För skarpa och insiktsfulla kommentarer i avhandlingens slutskede vill jag också tacka Sara Edenheim, Leila Brännström, Linda Fagerström, Kristina Folkelius, Lena Halldenius, Jenny Julén Votinius, Inger Lövkrona, Mia Rönmar, Eva-Maria Svensson och Lotta Wendel. Kristina Folkelius har dessutom lagt ner dyrbar tid på att lusläsa hela avhandlingen. Ett extra stort tack till dig, Kristina! Fredrik Bohlin, Per Hellsvik, Anette Ohlsson och Annika Nilsson har alla bidragit med värdefull korrekturläsning. Lena Ebervall har språkgranskat den engelska sammanfattningen. Jag tackar er varmt.

Det nordiska nätverket för rättsvetenskapliga genusforskare gav mig tidigt i avhandlingsarbetet en viktig plattform, för både vetenskaplig och social gemenskap, något jag inte hade klarat mig utan! Jag vill tacka alla som deltagit i nätverket genom åren. Apropos nätverk vill jag också tacka alla som medverkat i det nordiska nätverket för humanistiska genusforskare med Inger Lövkrona i spetsen. Genom arbetet i Disa kom jag också in i gemenskapen vid Centrum för Genusvetenskap, något som berikat hela doktorandtiden. Tack till alla som verkat och verkar i Disa och vid Centrum!

Gemenskap har jag också känt med doktoranderna på Juridicum i Lund, liksom med alla er som arbetar här. Tack till alla som gör Juridicum till en trevlig arbetsplats. Ett särskilt tack till Anette och Per och alla andra i korridoren på våning tre!

Under doktorandtiden har jag vid två tillfällen haft förmånen att få vistas vid Max Planck institutet för internationell och utländsk straffrätt i Freiburg. Ett varmt tack går till Karin Cornils och hennes medarbetare som gjort vistelserna där berikande och minnesvärda. Utan min anställning som doktorand hade mitt arbete inte varit möjligt. Flera stiftelser och fonder har också visat stor generositet med stipendier och möjliggjort mitt arbete. Tack till Emmy Ekbergs stipendiefond, Institutet för rättsvetenskaplig forskning och flera andra. Ett tack riktas också till Emil Heijnes stiftelse som lämnat tryckningsbidrag. Ett stort tack förtjänar också personalen vid Sveriges alla hovrätter för vänligt bemötande och hjälp vid insamlingen av hovrättsdomarna.

Den senaste tiden har minst sagt varit enformig. Tur då att det finns saker som bryter av! Min vardag i slutskedet har förgyllts av telefonsamtal med Birgitta Holmin och hejarop från Torun Franzén under våra discoluncher. Stort tack till er och till alla andra vänner som jag nu hoppas kunna träffa lite mer. Och Lotta och Linda, mina vapensystrar, vad vore jag utan er?

Och så familjen. Min moster och vän Kajsa Magnusson vill jag tacka för att du är den du är och för att du så länge jag kan minnas har uppmuntrat mig att aldrig sluta söka. Min mamma Lisbeth Ericson har i alla år visat allt det stöd man kan tänka sig. Din okuvliga styrka har också alltid varit en viktig förebild för mig. Tack för allt, mamma! Resten av min fantastiska familj har också betytt mycket. Tack Pappa, Lennart, Stefan, Jessika, Martin, Andreas, Chris och alla andra för uppmuntran och många galna stunder tillsammans.

Utanpå allt annat går ändå den uppbackning jag fått från mina kära-
ste. Utan er hade jag tappat fotfästet för länge sen. Gustav – genom att bara finnas till visar du vad som är viktigt i livet och det har många gånger gett mig inspiration i arbetet. Fredrik – du har stöttat mig mer än någon annan och bidragit med allt ifrån manuskript till kärlek. Mitt allra innerligaste tack går till er!

Lund på internationella kvinnodagen år 2004

Ulrika Andersson

1. Inledning

1.1 Introduktion

Under det senaste decenniet har den rättsliga hanteringen av våldtäkt och andra sexuella övergrepp utsatts för häftig kritik. Invändningarna har främst rört vilka omständigheter som domstolarna tar upp samt argumentationerna kring dessa i den rättsliga prövningen. Det har bland annat hävdats att ett alltför stort ansvar läggs på offret att ta sig från platsen, ropa på hjälp eller göra motstånd. Offrets klädsel och beteende har också sagts påverka domstolarnas bedömningar. Två citat får illustrera dessa synpunkter:

Det är något besynnerligt med sexualbrott. Trots att brotten till nästan 100 % begås av män, handlar nästan allt som skrivs och sägs om sådana brott – i tidningar och tv, inne i själva rättsalen och i domstolens dom – om kvinnor. Kvinnor som går ut och dansar, kvinnor som dricker alkohol, mer eller mindre unga kvinnor, kvinnor som har haft ett antal relationer med män, kvinnor som har barn. Alldeles vanliga kvinnor, alltså.¹

Resonemanget är upprörande. Underförstått ligger en kvinnosyn som hävdar att kvinnor alltid är villiga sexobjekt. Det åligger kvinnan att säga nej om så icke är fallet.²

Kritiken har alltså inte i första hand gällt själva utgången, om den tilltalade skall frias eller fällas för brottet i fråga, utan hanteringen av offret i

-
1. Leijonhufvud, Madeleine, Dags att förbjuda alla övergrepp. I: *Aftonbladet* den 7 november 2003.
 2. Ledare, Våldtäkt på rättssamhället. I: *Aftonbladet* den 7 november 2003.

den rättsliga prövningens resonemang och argumentationer. I detta arbete fokuseras just dessa resonemang och argumentationer.

Av citaten ovan framgår att sexualbrotten har tydliga konnotationer till kön. Visserligen är brotten könsneutralt utformade sedan 1984 men både lagstiftare och rättstillämpare talar i första hand om gärningspersonen som man och om offret som kvinna.³ Eftersom både offrets uppgifter och beteende är föremål för noggranna bedömningar i dessa mål, är det av stort intresse att undersöka hur brottsoffret behandlas i den straffrättsliga regleringen och tillämpningen.

När jag påbörjade detta arbete hade jag reagerat över att offrets vilja och beteende var alltför centralt i bedömningarna och avgörande för frågan om ett brott hade begåtts. Jag tyckte att det var märkligt att offret hamnade i centrum i en process som rörde förövarens beteende.⁴ I doktrinen förknippas dessa frågor ofta med kön och sexualitet.⁵ Min utgångspunkt i arbetet är också att föreställningar om kön och sexualitet har en stark och tydlig inverkan på rättslig reglering och rättstillämpning på detta område. På sätt och vis tar jag i arbetet den amerikanska juristen Lucy Reed Harris på orden när hon hävdar att dessa för våldtäktslagstiftningen så grundläggande premisser måste kartläggas:

However, the legal community cannot rationally study substantive and procedural rape law, nor discuss proposed amendments, without first identifying the questionable premises that form the foundation of rape law.⁶

Företeelser som på något sätt är relaterade till kvinnor brukar alltid tolkas som kvinnofrågor. På samma sätt skulle straffrätten, i en historisk belysning, kunna beskrivas som en mansfråga.⁷ Den dominerande straffrättsteoretiska

-
3. En tendens mot ett tydligare könsneutralt angreppssätt märks dock i betänkanudet av 1998 års sexualbrottskommitté, SOU 2001:14.
 4. Jag använder termerna offer och förövare i allmän mening här, så oladdat som möjligt och utan att ta ställning till vem som är den "verkliga" förövaren eller det "verkliga" offret.
 5. Se till exempel Mac Gregor, Joan (1996) *Why when she says no she doesn't mean maybe and doesn't mean yes. I: Legal Theory 2*, s. 275-297 och Hunter, Rosemary och Mack, Kathy (1997) *exclusion and silence: procedure and evidence. I: Ngaire Naffine och Rosemary J. Owens (red.) sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 171-192.
 6. Harris, Lucy Reed (1975) *Towards a consent standard in the law of rape. I: University of Chicago Law Review 43*, s. 613-645, s. 613.
 7. Jämför Sutorius, Helena och Kaldal, Anna (2003) *Bevisprövning vid sexualbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm, s. 20 och Svensson, Eva-Maria (1997) *Genus och Rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*, Lustus Förlag, Uppsala, s. 15.

utgångspunkten har nämligen varit att tillförsäkra de som står anklagade för brott, de flesta män, en rättssäker behandling från straffrätts-systemets sida. Även bortsett från att det i huvudsak är den manliga delen av befolkningen som har utvecklat den straffrätt vi har idag, är den således i grunden bekö- nad.⁸ Kvinnor har länge varit frånvarande i straffrättsliga sammanhang och förknippas även idag främst med att vara brottsoffer.

Frågor som rör brottsoffret, den som skall åtnjuta skydd mot vissa gärningar genom de straffrättsliga bestämmelserna, här kallat *rättsskyddssubjektet*,⁹ började uppmärksammas i Sverige och övriga Norden först under 1970-talet. Då liksom nu diskuterades i första hand rätten till praktiskt bistånd, såsom målsägandebiträde i den rättsliga processen eller olika former av skadeståndersättning.¹⁰ Hur rättsskyddssubjektet hanteras i straffrätten har däremot inte undersökts närmare vare sig i svensk eller nordisk doktrin.¹¹

En orsak till detta kan vara att det inte finns någon självklar position för detta subjekt inom traditionell straffrättsteori.¹² Den som är anklagad för brott, ansvarssubjektet, har varit den självklara utgångspunkten. En annan viktig förutsättning är den repressiva syn på makt som straffrätts-systemet vilar på. Traditionell straffrättsteori och straffrättsdogmatik har utvecklats som ett skydd mot statens repressiva maktingripande gentemot det presumtiva ansvarssubjektet. För att kunna undersöka hur straffrätten hanterar rättsskyddssubjektet krävs alltså en annan ingång.

Könsperspektivet är som redan antytts grundläggande i denna avhandling och en central frågeställning är hur föreställningar om kön uttrycks i den straffrättsliga hanteringen av sexuella övergrepp eller, med

-
8. Se till exempel Nousiainen, Kevät (1999) Equalizing images? Gendered imagery in criminal law. I: *Antropologi i Finland. Journal of the Finnish Anthropological Society* 3, s. 7-24.
 9. Termen avser konstruktionen av brottsoffret inom straffrätten, det vill säga det subjekt som erbjuds straffrättsligt skydd genom de olika straffbuden, se vidare avsnitt 1.3.4 nedan.
 10. För en redogörelse över "Offerbevegelsene, akademia og lovgivningsstatus" i Norden och internationellt, se Robberstad, Anne (1999) *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornaermedes stilling*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 20-25.
 11. Liknande frågor har dock behandlats av Sutorius/Kaldal (2003), Nousiainen (1999), Robberstad (1999) och Berglund, Kerstin (1995) Rättens användbarhet vid brott mot kvinnor. I: Monica Herrlin (red.) *Kvinnor och miljöer, Rapport från det 9de nordiska kvinnojuristmötet 19-21 maj 1995*, Helsingfors, s. 213-228.
 12. Jämför Berglund (1995), s. 216 ff.

andra ord, hur kön *konstrueras* här.¹³ De konstruktivistiska tankegångarna dominerar dagens feministteoretiska diskussion.¹⁴ Till grund för de olika teoretiska infallsvinklarna finns en gemensam utgångspunkt, nämligen den att åtminstone *genus* men även *kön* är konstruerat.¹⁵ Konstruerat skall här inte förstås som något artificiellt eller konstgjort utan snarare något som görs, produceras eller formas. En grundläggande tanke är att språket tillsammans med olika diskurser¹⁶ formar och omformar innebörden av vad som är kön och genus. I rätten återfinns *exempel* på diskurser i vilka kön konstrueras eller produceras¹⁷ och dessa kan också anses ha ett särskilt inflytande över andra diskurser.¹⁸ En central utgångspunkt för synen på diskurser som producerande är den maktanalys som framförts av den franske historikern och filosofen Michel Foucault.¹⁹

Även i straffrätten finns en tydlig *konstruktivistisk* dimension.²⁰ En händelse som inträffar konstrueras med hjälp av straffrätten till ett brott och den som förövat brottet blir gärningsperson, ett ansvarssubjekt. Det finns tydliga regler och principer som talar om när en händelse anses vara ett brott eller när en person skall fällas till ansvar och utgöra ansvarssubjekt. Så är dock inte fallet när det gäller rättsskyddssubjektet.

För att undersöka hur rättsskyddssubjektet konstrueras i straffrätten tar jag därför hjälp av Foucaults maktanalys samt den amerikanska filosofen Judith Butlers könsteoretiska utgångspunkter om konstruktion.²¹ Det övergripande syftet med avhandlingen är att kartlägga och analysera

13. Se vidare avsnitt 1.3.2 nedan.

14. Se vidare Carlson, Åsa (2001) *Kön, kropp och konstruktion. En undersökning av den filosofiska grunden för distinktionen mellan kön och genus*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag. Se även Lacey, Nicola (1998) *Unspeakable Subjects. Feminist essays in legal and social theory*, Hart Publishing, Oxford, s. 3.

15. Se nedan avsnitt 1.3.2.

16. Se nedan avsnitt 1.3.1.

17. Jag använder både orden konstruera och producera i avhandlingen. Orden är i stort sett utbytbara men jag använder främst "producera" när jag talar om hur rättsskyddssubjektet formades i de olika texterna.

18. Jämför Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi och Ruuskanen, Minna (2004) *Legal Texts as Discourses. I: Reza Banakar och Max Travers, Socio-Legal Methods*, s. 16.

19. Se nedan avsnitt 1.3.3.

20. Jämför Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 17. Författarna menar att om man kan se den sociala "verkligheten" som konstruerad och formad av språket, så är detta än mer fallet i samband med rätten eftersom rätten är detsamma som språk: "since law, in essence *is* language."

21. Se nedan avsnitt 1.3.2 och 1.3.3.

hur *rättsskyddssubjektet* hanteras och *konstrueras* i den straffrättsliga hanteringen av sexuella övergrepp. Denna undersökning kan också bidra till en fördjupad analys av gällande rätt på området.

Jag argumenterar för att de olika diskurserna konstruerar ett *kvinnligt* rättsskyddssubjekt. Detta eftersom rättsskyddssubjektets kropp konstrueras som *öppen* i bemärkelsen tillgänglig och att sexualiteten hos subjektet konstrueras som *tillgänglig* och passiv. Rättsskyddssubjektets sexuella integritet, det skyddsintresse som ligger till grund för sexualbrottslagstiftningen, ges härmed ett mycket bristfälligt skydd.

I *förevarande* kapitel preciserar jag först avhandlingsämnet och de grundläggande frågeställningarna, varefter jag redogör för mina utgångspunkter, angreppssätt och metoder. I det *andra* kapitlet behandlar jag sexualbrottens straffrättsliga sammanhang och i det *tredje* kapitlet analyserar jag domar i mål om sexualbrott från de svenska hovrätterna. Därefter, i det *fjärde* kapitlet, undersöker jag det material som definierar sexualbrotten i gällande rätt och som redovisats i andra kapitlet. I det *avslutande* kapitlet summerar jag sedan mina slutsatser. Det närmare innehållet i de olika kapitlen introducerar jag i anslutning till respektive kapitel.

1.2 Ämnet, avgränsningar och frågeställningar

Avhandlingen handlar om *den straffrättsliga hanteringen av sexuella övergrepp*,²² *med andra ord den rättsliga regleringen om sexualbrott som återfinns i brottsbalkens sjätte kapitel*. Eftersom det skulle vara alltför omfattande att även behandla övergrepp mot barn, tar jag endast upp de sexualbrott som

22. Termen sexuella övergrepp avser övergrepp som rör individens sexuella integritet, i allmän mening, medan "sexualbrott" används i snäv mening för de handlingar som i juridisk mening anses vara sexuella övergrepp. Jag godtar lagstiftarens utgångspunkt att det förekommer sexuella övergrepp och går inte närmare in på vad dessa innebär.

kan komma i fråga mot vuxna.²³ De frågor jag valt att arbeta med aktualiseras också i första hand i samband med brott mot vuxna.

Lagstiftaren har, något förenklat, valt att definiera de sexuella övergreppen genom att ange en sexualhandling som sker genom någon form av tvång eller utnyttjande av en viss situation. Lagtextens terminologi angående sexualhandlingar motsvarar både till språk och innehåll i huvudsak den som används när det gäller ömsesidiga sexuella relationer.²⁴ Lite tillspetsat innebär detta att den andra delen av definitionen, exempelvis *tvånget* i våldtäktsbestämmelsen, konstituerar den rättsliga gränsen mellan ömsesidiga sexuella relationer och sexuella övergrepp. Denna gräns är central – kriminalisering av olika beteenden innebär i sig ett slags gränssättande från samhällets sida.²⁵ I *rättslig* mening är det således inte själva sexualhandlingen som skiljer ett övergrepp från en ömsesidig handling utan orsaken till denna, exempelvis ett tvång eller ett utnyttjande av en viss situation. Dessa rekvisit kallas i avhandlingen för *gränsdragande*. I rättstillämpningen rörande övergrepp mot vuxna är den avgörande frågan ofta om de gränsdragande rekvisiten kan anses bevisade.

Bevisfrågor är ofta även avgörande när de gäller den straffrättsliga prövningen generellt sett i brottmål. På samma sätt har de straffrättsliga frågorna betydelse för bevisfrågorna. Straffrättaren Per Ole Träskman har påpekat att

[i]nnebörden av kravet på tillräcklig bevisning för fällande dom i brottmål kan fastställas endast genom att kravet granskas i relation till brottsbegreppet sådant som detta utformats i den materiella straffrätten.²⁶

23. Gränsen för vuxen går här vid 15 år, samma ålder som lagstiftaren satt som gräns för tillåtet sexuellt umgänge överhuvudtaget. Det är intressant att notera att gränsen för vuxen går vid 18 år i FN:s barnkonvention. 1998 års sexualbrottskommitté diskuterade denna åldersgräns i förhållande till de svenska bestämmelserna om brott mot barn, se vidare SOU 2001:14, s. 109 och 112-113. Kommittén ansåg att den nuvarande åldersgränsen 15 år skall vara kvar, a.a., s. 113.

24. De sexualhandlingar som inte är övergrepp eller kriminaliserade kallas för ömsesidiga sexuella handlingar eller relationer.

25. Jämför Andersson, Helen (2001) Rättens fiktion och fiktionens rättvisa. Etiska och estetiska perspektiv på diké och adikia. I: *Retfaerd 93 Nordisk juridisk tidskrift*, 24. årgång 2001 Nr. 2, s. 35-53, s. 35.

26. Träskman, Per Ole (1985) Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? I: Nils Jareborg och Per Ole Träskman (red.) *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Juridiska Föreningen i Uppsala Iustus, Uppsala, s. 56-75, s. 57.

På området för sexualbrott är de straffrättsliga frågorna påfallande tydligt integrerade med bevisfrågorna, som därför kommer att beaktas i avhandlingen. Att tvångsrekvisitet anses svårt att bevisa får betydelse för tolkningen av detta rekvisit, både på ett teoretiskt plan och vid prövningen i det enskilda fallet. Avgörandena av vad som förevarit i sak, det vill säga själva bevisprövningen,²⁷ som kan beskrivas som bevisvärdering, fastställande av beviskrav och subsumtion av brottsrekvisiten, är förbundna med frågan om gärningen utgör brott, i första hand vid tolkningen av straffbuden och kravet på uppsåt.²⁸

Den *rättsliga gränsdragningen* mellan *ömsesidiga sexuella handlingar* å ena sidan och *sexuella övergrepp* å den andra samt den *straffrättsliga hanteringen* av denna gränsdragning utgör *avhandlingens rättsliga kärna*.

Som nämnts är det övergripande syftet med avhandlingen att ta reda på hur rättsskyddssubjektet konstrueras i samband med sexualbrotten. Detta medför att jag dels *kartlägger det straffrättsliga skyddet mot sexuella övergrepp* och dels *tydliggör hur föreställningar om rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet* uttrycks i den straffrättsliga hanteringen på området. Genom att utgå från Michel Foucaults maktanalys och Judith Butlers genusteori kan det sistnämnda uttryckas så att jag *undersöker hur rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet producerades i den straffrättsliga hanteringen*.

Den *straffrättsliga hanteringen* av sexuella övergrepp avser dels sådant material som vanligtvis används för att ta reda på *gällande rätt*, det vill säga *relevant lagtext, förarbeten, praxis från högsta domstolen (HD) och doktrin* på området, dels *konkret rättstillämpning*, exemplifierad genom svenska hovrättsfall från 1999. Det material som rör gällande rätt behandlas i det andra och fjärde kapitlet medan hovrättsmaterialet tas upp i kapitel tre. De metoder jag använder går jag igenom mer noggrant nedan.

Avhandlingens grundläggande frågeställningar är alltså: *Vad innebär det straffrättsliga skyddet mot sexuella övergrepp?* och, med Foucault och Butler, *Hur produceras rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet i straffrättslig reglering och tillämpning?*

27. Se mer om detta nedan i avsnitt 2.5.3.

28. Se avsnitt 2.3 om övriga delar av det straffrättsliga brottsbegreppet.

1.3 Utgångspunkter och angreppssätt

1.3.1 Allmänt

De ovan nämnda frågeställningarna skulle i ett strikt rättsdogmatiskt perspektiv kunna relateras till olika nivåer, nämligen en rättslig nivå och en utomrättslig nivå.²⁹ Den förstnämnda frågeställningen placeras då på den rättsliga nivån medan den sistnämnda hör hemma på den utomrättsliga. Men sett utifrån mitt könsteoretiska perspektiv och övergripande syfte blir endast den utomrättsliga nivån relevant. För tydlighetens skull relaterar jag ändå här till båda nivåerna.

På den *rättsliga* nivån utgår jag från följande övergripande frågeställningar: hur definieras sexuella övergrepp? och hur sker bevisprövningen i sådana mål? Dessa frågor behandlar jag i det andra kapitlet. På en *utomrättslig nivå* som här består av den *könsteoretiska diskursiva* nivån, aktuell i det tredje och fjärde kapitlet, arbetar jag med följande frågeställningar: hur *producerades* rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet i de olika diskurserna?

Inom det rättsdogmatiska paradigmet uppnås kunskap om rätten genom studiet av vissa givna rättskällor, nämligen lagtext, förarbeten, praxis från högsta domstolen och doktrin.³⁰ I ett rättssociologiskt perspektiv, däremot, anses inte enbart den positiva rätten styra den rättsliga prövningen eller rättens innehåll. Flera andra faktorer antas här spela in, exempelvis föreställningar om kön, etnicitet, sexualitet eller andra sociala, ekonomiska och kulturella faktorer.³¹ Hur den enskilda forskaren ser på denna fråga inverkar på valet av material och metod.

För egen del ansluter jag mig till det rättssociologiska synsättet och har valt att undersöka hur rättsskyddssubjektet konstrueras i den rättsliga

29. Jämför Svensson (1997), s. 30.

30. Jämför Hydén, Håkan (2002) *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, s. 57 f. Se även Nousiainen, Kevät och Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2001) Introductory Remarks on Nordic Law and Gender Identities. I: Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström och Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) *Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot – Burlington USA – Singapore – Sydney, s. 1-22, s. 18-21.

31. Jämför Hydén (2002), s. 60 f.

prövningen i hovrätternas domar.³² Men jag studerar också lagtext, förarbeten, praxis från högsta domstolen och doktrin. I sistnämnda undersökning beskriver jag bland annat den rättsliga gränsdragningen för sexuella övergrepp och övriga delar av de olika brottsdefinitionerna, i syfte att analysera hur rättsskyddssubjektet konstrueras även i detta material. Sistnämnda analys genomförs i fjärde kapitlet. Mitt val av material diskuterar jag i introduktionen till respektive kapitel. Jag går nu över till att redogöra för könsperspektivet och fortsätter sedan med att beskriva mitt konstruktivistiska angreppssätt. Därefter behandlar jag rättsskyddssubjektet som metodisk utgångspunkt i avhandlingen. I det avslutande avsnittet presenterar jag de metoder som jag använder.

1.3.2 Ett könsperspektiv

1.3.2.1 Kön i samband med sexualbrott

Sexualbrotten är som redan konstaterats tydligt bekönade. Våldtäktsbrottet hade exempelvis explicita hänvisningar till kön i lagtexten fram till 1984.³³ Även om så inte är fallet med nuvarande lagtext, krävs inte någon mer djupgående studie av förarbeten, praxis och doktrin för att notera att detta och övriga sexualbrott fortfarande är tydligt relaterade till kön. I förarbetena till de senast genomförda ändringarna på området påstås våldtäkt vara ett ”extremt exempel på den obalans som råder i maktförhållandet mellan könen.”³⁴ Av Regeringsformen framkommer att jämställdhet mellan könen är ett mål som skall uppnås från statligt håll.³⁵ Det är redan av

32. Jämför a.a., s. 19. Se också Peczenik, Alexander (1995) *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag, Stockholm, s. 315-316 samt Svensson (1997), s. 30-33.

33. Jämför Jansson, Hassan Karin (2002) *Kvinnofrid. Synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*, Acta Universitatis Upsaliensis, Studia Historica Upsaliensia, Historiska institutionen vid Uppsala universitet, Uppsala, s. 20.

34. SOU 1995:60, s. 51. Se även prop. 1997/98:55, s. 20-21.

35. Se Regeringsformen 2:16. Hur våld mot kvinnor hanteras inom den internationella människorättsdiskussionen har behandlats av Niemi-Kiesiläinen, Johanna (1999) *Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter*. I: *Retfärd 84, Nordisk juridisk tidskrift*, 22. årgång Nr. 1, s. 49-67. Jämför Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2001) *Criminal Law or Social Policy as Protection Against Violence*. I: Nousiainen m. fl., s. 289-309.

denna anledning av stor vikt att undersöka den straffrättsliga regleringen och tillämpningen på detta område.

Att våldtäkt och andra sexuella övergrepp bör förstås utifrån ett köns- perspektiv är något som det numera finns stöd för i flera rättskällor. Detta samband har även påtalats i nordisk rättsvetenskaplig doktrin³⁶ och den angloamerikanska forskningen som på något sätt är relaterad till kön och våldtäkt eller andra sexuella övergrepp, är i det närmaste oöverskådlig.³⁷

Könsperspektivet är därmed relevant och grundläggande för hela av- handlingsarbetet. En central aspekt på ämnet skulle annars uteslutas. I samband med sexualbrott förknippas kön också tydligt med kropp och sexualitet, vilket jag återkommer till nedan.

För mig innebär könsperspektivet att jag genom hela forskningspro- cessen har tagit *hänsyn* till ämnets *köns*aspekter, även om detta inte utta- las i avhandlingens alla delar. Könsperspektivet motsvarar följande be- skrivning av feminismen som kritiskt perspektiv och möjliggör en mångfacetterad och heterogen forskning:

I all korthet kan man säga att feminismen inte är *en* metod, inte *en* teori bland andra. Feminismen är ett kritiskt perspektiv som strävar efter att identifiera, blott- lägga och förändra de maktstrukturer som är knutna till kön. Detta perspektiv har all feminism genom tiderna gemensamt.³⁸

Även om feministisk rättsvetenskaplig forskning kan genomföras på olika sätt och utifrån olika perspektiv finns en gemensam utgångspunkt i anta- gandet om att den moderna rättens struktur och metod organiserar könen

36. Se till exempel Sutorius/Kaldal (2003), särskilt kapitel 1 och 5, Dahl, Tove Stang (1994) *Pene piker haiker ikke*, Universitetsforlaget, Oslo och Pohjonen, Soile (1995) *Kvinnor, våld och straffrätt*. I: Gudrun Nordborg (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätt- tten*, Iustus Förlag, Uppsala.

37. Att redogöra för denna litteratur går utanför avhandlingens ramar men här kan nämnas Burgess-Jackson, Keith (red.) (1999) *A Most Detestable Crime. New Philo- sophical Essays on Rape*. Oxford University Press, New York – Oxford, Lees, Sue (1996), *Carnal Knowledge. Rape on trial*, Penguin Books, London, Smart, Carol (1995), *Law, crime and sexuality*, SAGE Publications, London–Thousand Oaks– New Dehli, Temkin, Jennifer (2002) *Rape and the legal process*, Oxford University Press, Oxford, MacKinnon, Catharine A. (1989) *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Estrich, Susan (1987) *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

38. Lindén, Claudia och Milles, Ulrika (red.) (1995) *Feministisk bruksanvisning*, Nor- stedts Förlag, Stockholm, s. 9. Se även a.a., s. 9-19 för en redogörelse för feminis- mens utveckling samt de viktigaste distinktionerna mellan olika feministiska riktningar.

hierarkiskt i vid mening.³⁹ Detta är också utgångspunkten för mitt arbete. På en analytisk nivå är en gemensam och grundläggande utgångspunkt för det könsteoretiska⁴⁰ forskningsfältet vidare att kön/genus är av stor betydelse som social struktur för vårt sätt att uppfatta världen.⁴¹ På en metodologisk nivå arbetar i stort sett alla feministiska rättsteoretiker numera utifrån ett socialkonstruktivistiskt perspektiv, något jag återkommer till nedan.⁴² Först diskuterar jag begreppsparet kön och genus.

1.3.2.2 *Kön/genusdistinktionen*

Många har tolkat Simone de Beauvoirs berömda påstående "[m]an föds inte till kvinna, man blir det"⁴³ som den första indirekta formuleringen av genusbegreppet.⁴⁴ Genus, kvinnlighet (och manlighet) framställdes här av Beauvoir som något som inte var medfött utan som skapas eller produceras i efterhand. Detta ansågs länge vara den oomtvistade skillnaden mellan kön och genus. Distinktionen mellan kön och genus introducerades dock först på en internationell psykoanalytisk konferens i Stockholm 1963.⁴⁵ För första gången gjordes en åtskillnad mellan det biologiska, fysiska eller naturliga *kön* och dess sociala, mentala eller kulturella motsvarighet *genus*.⁴⁶ Kön/genusdistinktionen användes därefter i mycket stor utsträckning under 1970- och 80-talen och möjliggjorde att man kunde tala om kvinnan och analysera det kvinnliga utan att

39. Lacey (1998), s. 2.

40. Jag använder "feministisk" och "könsteoretisk" synonymt här.

41. Lacey (1998), s. 3. På en politisk nivå hävdar feministiska rättsteoretiker att det sätt på vilket kön/genus formar den rättsliga sfären innebär diskriminering och förtryck, a.a., s. 3.

42. Jämför Lacey a.a. Se även Lacey's sammanfattning av feministisk kritik mot rätten och juridisk metod, a.a., s. 5-14.

43. Beauvoir, Simone de (1995/1949) *Det andra könet*, Norstedts Förlag, Stockholm, s. 162.

44. Carlson (2001), s. 17. Se också Haraway, Donna J. (1991) *Simians, Cyborgs and Women. The Reinvention of Nature*, Free Association Books, London, s. 131. Jämför Moi, Toril (1997) Vad är en kvinna? Kön och genus i feministisk teori I: *Res Publica* vol. 35/36 nr 1-2, s. 71-158, s. 120 f. Även engelska 1700-talsfilosofen Mary Wollstonecraft uttryckte konstruktivistiska tankegångar, se Cahill, Ann J. (2001) *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Ithaca och London, s. 58.

45. Se Lindén och Milles (1995), s. 17 med tillhörande hänvisningar.

46. Se vidare om genus/(kön)begreppets historia, Carlson (2001), s. 18-26. Se även Moi (1997), s. 89-90.

hamna i tankegångar om att det finns en given, sann och oföränderlig kvinnlig natur, samt att man kunde bekämpa ett biologiskt rättfärdigande av kvinnans underordning.⁴⁷ Filosofen Åsa Carlson har beskrivit syftet med distinktionen som i grund och botten politisk:

Den ska visa att en kvinna inte behöver vara kvinnlig och en man inte manlig, och därigenom underlätta samhällliga förändringar.⁴⁸

Men en konsekvens av distinktionen har blivit att ”kön”, ibland jämställt med ”kropp”, implicit har kommit att betraktas som något givet och statiskt. Litteraturvetaren Toril Moi:

Betraktat som essens blir kön orörligt, stabilt, koherent, fixerat, fördiskursivt, naturligt och ahistoriskt: blott ytan på vilken genus manus är skrivet.⁴⁹

Föreställningen om ”Kvinnan” som tagits för given inom många feministiska teorier har också kritiserats för en falsk universalism med den vita heterosexuella medelklasskvinnan som norm.⁵⁰

Carlson konstaterar:

Att se kön som biologiskt och oproblematiskt och genus som kulturellt eller socialt konstruerat var vanligt för ett par decennier sedan men är det inte längre.⁵¹

En forskare som kritiserat kön/genusdistinktionen är den redan nämnda Judith Butler.⁵² Butlers teorier har fått stort genomslag i könsteoretiska sam-

47. Lindén och Milles (1995), s. 17-18 och Carlson (2001), s. 18.

48. Carlson (2001), s. 69.

49. Moi (1997), s. 71

50. Se vidare Danius, Sara (1995) *Själen är kroppens fängelse: om den vanskliga distinktionen mellan kön och genus I*: Claudia Lindén och Ulrika Milles (red.) *Feministisk bruksanvisning*, Norstedts Förlag, Stockholm, s. 143-166, s. 159. Se även Hooks, Bell (1992) *Ain't I a woman: black women and feminism*, Pluto Press, London.

51. Carlson (2001), s. 29.

52. Butler, Judith (1990) *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, Routledge, New York – London och Butler, Judith (1993) *Bodies that matter: On the discursive limits of sex*, Routledge, New York – London. Se även Laqueur, Thomas (1999/1990) *Om könsens uppkomst. Hur kroppen blev kvinnlig och manlig*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag. Den amerikanske historikern Thomas Laqueur visar med ett omfattande empiriskt material att det nuvarande sättet att betrakta kroppar utifrån två kön är en företeelse som hänger samman med upplysningen. Först mot slutet av 1700-talet började man enligt Laqueur att betrakta kvinnans kön som ett annat i förhållande till mannens. Dessförinnan hade kvinnans kön ansetts vara detsamma som mannens, fränsett att ”deras finns inuti kroppen istället för utanpå”, a.a., s. 16. Se även Carlson (2001), s. 59 ff.

manhang.⁵³ På grund av detta, men framför allt för att de är lämpliga för min undersökning, har jag valt att använda hennes teorier som utgångspunkt för mitt arbete. Butler menar att både kön och genus är kulturellt betingade konstruktioner och att genus föregår kön. Kön är alltså, enligt Butler, underordnat genus och hon spetsar till det genom att hävda att det inte finns något som är kön och kallar allt genus ("gender").⁵⁴ Förhållandet mellan kön och genus kan vidare enligt henne förstås *performativt*. Det är bland annat *ord* och *handlingar* som iscensätter ett genussystem, inte ett redan existerande kön eller en genuseditet.⁵⁵ På så sätt skapas en illusion av en inre och organiserad genuskärna. Genus återges alltså i olika diskurser, exempelvis de diskurser som undersöks i avhandlingen.⁵⁶ Förutom att Butler delvis baserar sina teorier på Foucault utgår hon när det gäller performativiteten också från den brittiske språkfilosofen John Austins talaktsteori.⁵⁷ Enligt Austin innebär ett performativt uttalande en förändring även om inte förändringen är fysisk. Det klassiska exemplet på en performativ talakt är vigselcermonin (på engelska: "I declare you man and wife"). Talaktsteorin skulle kunna appliceras på straffrättsliga diskurser i vid mening. En dom kan ses som ett exempel på en explicit talakt. En fällande dom talar om vad som är ett brott och vem som är skyldig, ansvarssubjekt. Mer implicit talar en friande eller fällande dom också om vem som är ett skyddsvärt offer, det vill säga ett rättsskyddssubjekt, och dessa diskurser kan ses som mindre explicit performativa med de utgångspunkter som tas upp i följande avsnitt.

53. Hon citeras och används ofta men är även kritiserad, se t.ex. Moi (1997), s. 96 ff.

54. Butler (1990), s. 7.

55. Butler (1990), s. 33. Se även Danius (1995), s. 160 f. Butlers performativa genusteori har kritiserats för att inte ta hänsyn till den kroppsliga aspekten av kön. Som svar på kritiken skrev Butler den redan nämnda *Bodies that matter*, en bok om kroppens och könets betydelse i genussystemet. Hon hävdade här att kroppen och könet bör förstås som "materialiserade företeelser". Som grund för teorin om materialisering finns även en kritik av konstruktionsbegreppet som sådant, nämligen att detta implicerar att det som konstrueras inledningsvis är en passiv yta och att den konstruerande instansen kan identifieras. Frågan om hur genus konstrueras formuleras med Butlers materialiseringsteori: Genom vilka normer materialiseras själva könet?, Butler (1993), s. 10 och om materialisering över huvud taget a.a., s. 4-12 samt Butler, Judith, Det performativa könet. I: *Res Publica*, vol. 35/36, nr. 1-2, s. 13-35. Se också Carlsson (2001) s. 141 ff.

56. Butler (1997), s. 17.

57. Austin, John (1962) *How to do things with words*, Oxford University Press, London – Oxford – New York. Se även Carlsson (2001), s. 136.

1.3.2.3 Kön som konstruktion i avhandlingen

Frågan om kön är en konstruktion och vad denna konstruktion i så fall innebär låter sig inte lätt besvaras. Detta förstår man när man läser Åsa Carlsons avhandling om distinktionen mellan kön och genus.⁵⁸ Min utgångspunkt är att kön konstrueras i någon mån. Istället för att se kön som något på förhand givet anser jag att det är föränderligt och påverkas av kulturella, sociala och mentala förutsättningar. Butler menar inte att kön och könsskillnader är lingvistiska eller helt orsakade av språk och diskurser. Däremot finns inte något givet, av språket opåverkat kön eller någon språkligt opåverkad och given kropp. Dessutom, menar hon, formar varje omnämnande av könet och kroppen ytterligare densamma:

det finns ingen referens till en ren kropp, som inte samtidigt är ett formande av kroppen [...] den konstaterande utsagan är alltid i någon grad performativ.⁵⁹

Trots mitt konstruktivistiska angreppssätt har jag valt att använda ordet kön i avhandlingen. Med detta avser jag dels alla fysiska egenskaper som ingår i "kön" enligt den traditionella uppdelningen mellan kön och genus, det vill säga könskromosomer, könsorgan och könshormoner och dels andra som brukar räknas hit, såsom menstruation för kvinnor eller skäggväxt för män.⁶⁰ Dessutom omfattas även de egenskaper som brukar räknas till genus, exempelvis att känslighet och sexuell passivitet anses kvinnligt medan det manliga associeras med aggressivitet och sexuell kraftfullhet.⁶¹

58. Carlson (2001). Carlson gör en noggrann och djupgående begreppsanalys av bland annat "kön", "genus" och "konstruktion" utifrån Butlers teori om materialisering. Jag går inte in vidare på innehållet i denna bok. I korthet kan sägas att hennes slutsats är att varken motsatsparet givet och konstruerat eller biologiskt och socialt är fruktbar som grund för kön/genusdistinktionen. Carlson menar att teorin om materialisering innebär "[en] mer nyanserad och därför riktigare ontologisk uppfattning än en uppdelning mellan ett givet kön och ett konstruerat genus", a.a., s. 10. Att kön och kropp materialiserar, eller formas, genom vissa normer stämmer alltså enligt henne bättre med verkligheten än teorin om det biologiskt givna kön som formas till ett kulturellt och socialt genus, se vidare a.a., s. 237-245. Historikern Sara Edenheim ifrågasätter att Carlson i sin bok, som hon menar, har uteslutit att koppla samman Butlers teori om kön och genus med den heterosexuella matrisen, Edenheim, Sara (2002) *Kön, Genus... I: Kvinnovetenskaplig Tidskrift* nr 4, s. 73-76, s. 73.

59. Butler (1993), s. 10-1. För den svenska översättningen, se Carlson (2001), s. 138.

60. Se vidare Carlson (2001), s. 88.

61. Jämför Oakley, Ann (1996) *Sexuality*. I: Stevi Jackson och Sue Scott (red.) *Feminism and sexuality. A reader*. Edinburgh University Press, Edinburgh, s. 35-39.

Mitt val att använda "kön" kan vid första anblicken verka förvånande med tanke på att det är genusegenskaper som är konstruerade och kön de givna i den nämnda "traditionella" distinktionen. Av flera skäl har jag ändå valt att använda "kön".⁶² Genusbegreppet används oftare för att beskriva de tydligt kulturella och sociala delarna såsom den nämnda kvinnliga känsligheten eller manliga aggressiviteten. Dessa är mindre relevanta i min analys där de kroppsliga delarna av "kön" är central.⁶³ Begreppet kön är alltså mer heltäckande i sammanhanget och stämmer också väl in på svenska språkförhållanden. Engelskans "sex" innefattar förutom könsenskaper i snäv mening även sexualitet. Denna komplikation finns inte på svenska.⁶⁴ När jag valt att enbart använda begreppet kön gör jag det således i samma syfte som Butler använder genus, för att frånga tan-ken på "kön" som något givet och oföränderligt.⁶⁵

1.3.2.4 *Kön, kropp och sexualitet*

Som redan nämnts är *köns*relaterade frågor av central betydelse vid en analys av straffrättslig reglering och tillämpning på detta område. I samband med sexuell integritet, som är sexualbrottslagstiftningens skyddsintresse, aktualiseras också frågor som rör *kropp* och *sexualitet*. Föreställningar om *kön*, *kropp* och *sexualitet* är integrerade⁶⁶ och påverkar således varandra sinsemellan, särskilt när det gäller den sexuella integriteten,

62. Se i detta sammanhang Davies, Margaret (1997) taking the inside out: sex and gender in the legal subject. I: Ngairé Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 25-46. Jämför Svensson (1997), s. 332 ff. Svensson använder genusbegreppet som en abstraktion som frikopplas från det konkreta könsbegreppet. Hon ser de två ingående polerna som en relation och använder *genusrelationen* som utgångspunkt för sin analys av föreställningen om rätten.

63. Jämför Lacey, Nicola (1997) on the subject of "sexing" the subject... I: Naffine och Owens a.a., s. 65-76, s. 65 och 72 ff.

64. Jämför Carlson (2001), s. 26 med tillhörande hänvisningar.

65. Av samma anledning använder jag begreppen manlig och kvinnlig istället för maskulin och feminin. Det sistnämnda begreppsparat för dessutom tankarna till något som är *alltför* maskulint respektive feminint.

66. Jämför Cahill (2001), s. 5. Cahill påpekar att det av tradition har varit kroppen som avgör vem som är man respektive kvinna, "Ostensibly and traditionally it is the body that determines who is male and who is female", a.a. s. 5. För en diskussion om huruvida kön och sexualitet ska studeras separat och oberoende av varandra, se Rosenberg, Tiina (2002) *Queerfeministisk agenda*, Atlas, Stockholm, s. 71-75.

som här skall förstås i sin *passiva* betydelse, det vill säga rätten att skyddas mot angrepp. Det är således *inte* fråga om den aktiva delen av sexuell integritet, rätten att själv få bestämma när, var och hur den sexuella samvaron skall äga rum.⁶⁷

Skillnaden mellan kön och genus, mellan natur och kultur, har ofta avsett kroppen *som sådan* snarare än en viss *föreställning* om kroppen.⁶⁸ Men i avhandlingen fokuseras just *föreställningar* om kroppen, närmare bestämt hur dessa föreställningar konstruerar rättsskyddssubjektets kropp i den straffrättsliga regleringen om sexualbrott och rättstillämpningen på området.

Enligt den australiensiska juristen Ngaire Naffine är utgångspunkten för straffrättssystemet ett manligt autonomt och kroppsligt avgränsat subjekt. Men det subjekt som utsätts för våldtäkt framställs som *gränslöst*, i bemärkelsen möjligt att inkräkta på, i den rättsliga prövningen.⁶⁹ Att kroppen både är ting och tecken, det vill säga att den existerar i fysisk mening, samtidigt som den är bärare av symboler, framhävs av den norska socialantropologen Jorun Solheim. I sin bok *Den öppna kroppen* analyserar hon kroppens gränser, både i fysisk och symbolisk mening. Hon tilldelar *kvinnokroppen* en speciell position och menar att den är överdeterminerad till att framstå som det gränslösa – det som inte har eller ska ha gränser. Det är denna symboliska könsfigur hon kallar den öppna kroppen, en symbolisk konstruktion som hon menar är så starkt objektiverad att den *framträder som sann*.⁷⁰ Det är följaktligen kroppen i symbolisk mening, som analyseras i avhandlingen. Kroppen i symbo-

67. Detta diskuteras vidare i avsnitt 4.7.2.

68. Jämför Danius (1995), s. 145 med anförda referenser. Inom feministisk teori finns en inbyggd paradox som kan relateras till den kvinnliga kroppen. Det är lätt att hamna i essentialistiska resonemang om vad en riktig kvinna är. Samtidigt är det just den kvinnliga kroppen i fysiskt avseende som historiskt varit grund för uteslutning från fullvärdigt medborgarskap, se vidare Cahill (2001), s. 52. På senare år har dock kroppen och det kroppsliga, eller materiella, åter kommit i fokus inom feministisk forskning, se till exempel Lacey (1998), s. 110-124 och Cahill (2001), s. 50-70 samt 109-142. Angående kroppens idéhistoria, se Ekenstam, Claes (1993) *Kroppens idéhistoria. Disciplinering och karaktärsdaning i Sverige 1700-1950*, Gidlunds bokförlag, Hedemora. Se även Moi (1997), s. 95 med tillhörande hänvisningar.

69. Naffine, Ngaire (1997) *the body bag*. I: Naffine och Owens, s. 79-93.

70. Solheim, Jorun (2001) *Den öppna kroppen. Om könsymbolik i modern kultur*, Daidalos, Uddevalla, s. 9-28.

lisk mening motsvarar rättsskyddssubjektets kropp på den *diskursiva* nivå.⁷¹

I Judith Butlers teori om hur kön och genus konstrueras är *sexualiteten* central. Enligt Butler bevaras illusionen av en inre organiserad genuskärna diskursivt inom den reproduktiva heterosexualitetens obligatoriska ram,⁷² den *heterosexuella matrisen*.⁷³ Teatervetaren Tiina Rosenberg förtydligar:

kroppar är inte begripliga i sig utan kulturen skapar begripliga kroppar genom den heterosexuella matris som kräver en genusordning med två tydligt identifierbara kön/genus: ett kvinnligt/feminint och ett manligt/maskulint. När den kulturella puts som är knuten till kön/genus väl knackats bort återstår människor hänvisade till heterosexualitet [...] Könskategorierna och heterosexualitet är inte frivilliga utan socialt sett obligatoriska.⁷⁴

Butler ser alltså heterosexualiteten som en norm som är nödvändig för konstruktion av kön. Kön kan inte särskiljas från sexualitet. Hur kvinnlighet och manlighet produceras kulturellt är alltså kopplat till den heterosexuella matrisen.⁷⁵ Föreställningar om *sexualitet* har varierat genom historien. Det finns dock en lång idéhistorisk tradition, som framställer kvinnors och mäns sexualitet på diametralt olika sätt, som varandras motsatser.⁷⁶ Sedan 1700-talet har den dominerande föreställningen om den manliga sexualiteten inneburit aktivitet, vitalitet och styrka medan den kvinnliga beskrivits i termer av passivitet och sårbarhet, som beroende, passiv, icke-aggressiv och undergiven.⁷⁷ Den amerikanska feministen

71. Rättsskyddssubjektet relateras till tre olika nivåer i avhandlingen, se avsnitt 1.3.4 nedan. Jämför Gatens, Moira (1996) *Imaginary Bodies: Ethics, Power and Corporeality*, Routledge, London. Gatens använder uttrycket *imaginary body* avseende de bilder, symboler, metaforer och representationer som på olika sätt bidrar till att konstruera subjektet och dess subjektivitet, se mer om detta i Cahill (2001), s. 91 ff.

72. Butler (1997) s. 17.

73. För en mer detaljerad beskrivning av den heterosexuella matrisen, se Butler (1990), s. 151, not 6.

74. Rosenberg (2002), s. 71.

75. Jämför Rosenberg (2002), s. 74.

76. Enligt den amerikanske historikern Thomas Laqueur var under 2000 år, fram till 1700-talet, föreställningen om kvinnor som passionerade begärsvarelser den dominerande. Från slutet av 1700-talet möjliggjordes tolkningen av kvinnors sexualitet som passiv, se vidare Laqueur, Thomas (1999/1990) s. 16 f.

77. Oakley (1996), s. 36. Jämför Jansson (2002) samt avsnitt 2.4.1. Se också Ekström, Simon (2002) *Trovärdighet och ovärdighet. Rättsapparaten hanterande av kvinnors anmälan av våldtäktsbrott Stockholm 1946-50*, Gidlunds förlag, Hedemora. Det bör nämnas att kvinnlig sexualitet även framhävs som farlig och otrydlig, se till exempel Cahill (2001).

Adrienne Rich beskriver hur unga män och kvinnor får lära sig att manlig sexualdrift (särskilt den under tonåren) inte kan ta ansvar för sig själv eller förstå ett nej, när den väl har blivit uppretad. Rich konstaterar att "women learn to accept as natural the inevitability of this "drive" because they receive it as dogma."⁷⁸ För kvinnor antas sexualiteten däremot inte vara lika viktig.⁷⁹

1.3.3 Ett konstruktivistiskt angreppssätt

1.3.3.1 Introduktion

Det är straffrättens *konstruktivistiska* dimension som står i fokus här. I den allmänfilosofiska debatten ställs konstruktivism mot realism, vilket kan uttryckas som "att verkligheten, eller delar av den, har vissa egenskaper och relationer *oberoende* av människors medvetanden, alltså oberoende av representationer, av erfarenheter, tankar, språk, kunskap och så vidare."⁸⁰ Motsvarande uppdelning inom feministisk teori benämns vanligen konstruktivism och essentialism⁸¹ och här gäller frågan om könsskillnader är givna (essentiella) eller konstruerade, i betydelsen formade.

Min utgångspunkt är som nämnts att kön konstrueras. Jag ansluter mig till Judith Butler som inte förnekar att det finns fysiska könsskillnader men hävdar att dessa är utpekade och formade av diskursiva praktiker,⁸² vilket innebär att diskurser avgör vad som räknas till kön.⁸³ Krop-

78. Rich, Adrienne (1996) *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*. I: Stevi Jackson och Sue Scott (red.) *Feminism and sexuality. A reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, s. 130-143, s. 135.

79. Jag vill här poängtera att jag är medveten om att det finns en risk att reproducera denna heteronormativa syn på sexualitet genom att lyfta fram och synliggöra den. Jämför Lacey (1998), s. 110.

80. Carlson (2001), s. 105. Se vidare om motsatsparet konstruktivism/realism, a.a., s. 105-126.

81. Se vidare Carlson (2001), s. 91-104 beträffande konstruktivism/essentialism samt s. 126-128 där hon talar om konstruktion på tolv olika sätt. Se även s. 244-245 för en diskussion om skillnader mellan konstruktion och materialisering. Se även Moi (1997) s. 89 ff.

82. Med diskursiva praktiker menas praktiker, göranden, som regleras av diskurser, till exempel formuleringar och argumentationer i brottmålsdomar. Se vidare Carlson (2001), s. 151.

83. Butler (1993), s. 1.

pen och det kroppsliga är tillsammans med sexualiteten av central betydelse för den sexuella integriteten.⁸⁴ Det kroppsliga och sexualiteten är sammanflätade och samtidigt i hög grad könskodade,⁸⁵ varför jag valt att analysera hur olika straffrättsliga diskurser producerar rättsskydds-subjektets kön, kropp och sexualitet.⁸⁶

1.3.3.2 Språk, makt, diskurs och "verklighet"

Den straffrättsliga lagstiftningen och tillämpningen av denna analyseras i detta arbete som *diskurser*. Diskurser är enligt Foucault saker som görs i institutionella sammanhang och det språk detta innefattar.⁸⁷ Centrala diskurser är tal och skrift – *texter* – men diskurser kan även vara icke-verbala, olika sätt att agera i vissa situationer eller visuella symboler. Begreppet diskurs åsyftar de delar som bildar en vidare referensram angående en viss fråga, vid en viss tidpunkt och i ett visst sammanhang, även om den inte alltid utgör en sammanhängande helhet. Resonemang och diskussioner i förarbeten och hur dessa förs eller bedömningar i rättsfall, är exempel på det som Foucault benämner institutionella praktiker och i dessa återfinns olika diskurser. Exempelvis formar resonemang och tolkningar om våldsbegreppet rättsskyddssubjektet på ett särskilt sätt. Utgångspunkten för diskursbegreppet är att språket inom sådana institutionella praktiker har en avgörande betydelse för hur sociala subjekt och deras subjektivitet samt identitet konstitueras.⁸⁸ Exempel på sociala subjekt kan vara män, kvinnor, föräldrar eller, för att anknyta till ämnet, rättsskyddssubjekt – det subjekt som skyddas av ett visst straffbud. Språket gör mer än bara ger namn åt en

84. Se ytterligare om detta i avsnitt "Kön, kropp och sexualitet" ovan.

85. Att dessa *könskodas* innebär här att föreställningar och uppfattningar om kropp och sexualitet samt olika uttryck för dessa, typiskt sett associeras eller förknippas med ett av könen. Jämför Connell, Robert Williams (1996/1995) *Maskuliniteter*, Daidalos, Göteborg, till exempel s. 78-86.

86. Se mer om hur rätten bidrar till att skapa och producera subjektet, Naffine, Ngaire (1997), s.79-93.

87. Beträffande begreppet diskurs enligt Foucault, se Hunt, Alan och Wickham, Gary (1994) *Foucault and Law. Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, London s. 7-10. Se även Foucault, Michel (1993/1971) *Diskursens ordning*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag.

88. Här avses hur subjekten uppfattar sig själva samt sin identitet i olika avseenden. Se Moi (1997), s. 88 och 102. Subjektivitet kan också åsyfta vad det innebär att vara subjekt.

redan existerande "verklighet" enligt detta synsätt. Verkligheten förnekas inte men en viktig poäng är att den förmedlas genom språket. Människor lever och får erfarenheter inom diskurser. En tydlig illustration i detta sammanhang är exemplet med en jordbävning som en självklart existerande händelse. Men hur man ser och förstår händelsen, om man betraktar den som ett "naturfenomen" (geologi) eller som ett "utslag av Guds vrede" (religion), beror på hur ett visst diskursivt fält är utformat.⁸⁹

Detta innebär att diskurser ställer upp ramar som strukturerar *vad* som kan erfaras eller den *innebörd* som erfarenheten kan utgöra. På så sätt får diskurser inflytande över vad som kan tänkas, sägas och göras. Varje diskurs tillåter vissa och förhindrar andra saker. I enlighet med Foucaults förståelse av diskursbegreppet har de också verkliga effekter genom att de formar möjligheterna för vad som inkluderas och exkluderas samt vad som blir gjort och inte gjort. I sin mest tydliga betydelse ger diskurser auktoritet åt vissa att tala och vissa åsikter att bli tagna på allvar medan andra blir marginaliserade, exkluderade eller till och med förbjudna. Diskurserna förs in i det sociala livet och producerar vad som är möjligt att tänka, säga och göra.

Rättsskyddssubjektet produceras i linje med detta resonemang i de rättsliga diskurser som prövar om brott är begånget mot detta subjekt. I denna studie avgränsar jag min analys till den *diskursiva* nivån, det sätt på vilket rättsskyddssubjektet produceras i de bedömningar som finns i *texterna*. Huruvida eller på vilket sätt detta har betydelse för det verkliga subjekt som utsätts för ett övergrepp på den materiella nivån undersöker jag inte särskilt i avhandlingen. Men min utgångspunkt är att det som uttrycks och hur detta uttrycks i de rättsliga diskurserna har betydelse, både för det enskilda subjektet som utsätts för övergrepp och för den enskilda forskaren och juristens arbete.

En viktig förutsättning för diskursbegreppet och diskursanalys, kanske särskilt vid analys av *straffrättsliga* diskurser är det redan nämnda maktgrepp som förespråkas av Foucault.⁹⁰ I hans perspektiv genomsyrar makten

89. Detta exempel diskuteras av Marianne Winther Jörgensen och Louise Phillips (2000/1999) i *Diskursanalys som teori och metod*, Studentlitteratur, Lund, s. 15-16. Se även Danius (1995), s. 158.

90. Se Foucault, Michel (2002/1976) *Sexualitetens historia. Viljan att veta, Band I*, Daidalos förlag, Göteborg, s. 102-107. Se även Jörgensen & Winter (2000), s. 20 samt Borch, Christian (2003) Maktanalytikens rettsociologiske implikationer. I: *Rettsfaerd 103 Nordisk tidsskrift for ret og samfund* 26 årgang Nr 4, s. 46-61, s. 48 f.

hela samhällskroppen och innehas inte av bestämda individer eller staten. Makten finns överallt därför att den kommer överallt ifrån. Makten i diskursen verkar enligt detta synsätt genom lagstiftaren eller den enskilda rättstillämparen. Denna syn på makten belyser maktens utövande och producerande sida och möjliggör en analys av den *producerande maktutövningen*. Att makten är repressiv är annars den vanligaste synen på makt i straffrättslig forskning och ligger också till grund för straffrättssystemet som helhet. Detta uttrycks exempelvis av straffrättsaren Nils Jareborg, som menar att straffrätten i motsats till civilrätten inte har en ”direkt konfliktlösande funktion” och konstaterar att ”[s]traffet är i grunden repressivt.”⁹¹ Det senare uttalandet gäller visserligen själva straffet men ger trots det uttryck för synen på makt inom straffrättssystemet som helhet.

1.3.4 Rättsskyddssubjektet som metodisk utgångspunkt

1.3.4.1 Introduktion

Subjektet i vid mening har både en framträdande och undanskymd roll i rättsvetenskaplig forskning. Alla rättsområden handlar i förlängningen om ett subjekts relation till rätten eller, för att uttrycka det i enlighet med den moderna uppfattningen om subjektet, att ett subjekt av något slag ställs inför rätten.⁹² Straffrätten gör sig exempelvis gällande för det enskilda subjektet genom att den antingen (be)straffar eller skyddar subjektet i fråga. I den rättsliga kontexten blir subjektet då ansvarssubjekt respektive rättsskyddssubjekt. Trots att subjektet är av grundläggande betydelse, har det inte diskuterats eller problematiserats i någon större utsträckning i svensk rättsvetenskaplig doktrin, förutom inom genusforskningen, där subjektet är centralt.⁹³ Det bekönade subjektet kan be-

91. Jareborg, Nils (2001) *Allmän Kriminallag*, Iustus Förlag, Uppsala, s. 47 och 50.

92. Jämför Lundström, Karin (1999) *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten – en feministisk analys*, Iustus Förlag, Uppsala, 1999, s. 39 och Naffine (1997), s. 83- 84.

93. Se Lundström (1999), s. 39-43. För ett nordiskt perspektiv, se Nousiainen, Kevät, Gunnarsson, Åsa, Lundström, Karin och Niemi-Kiesiläinen, Johanna (red.) (2001) *Responsible Selves. Women in the Nordic legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot – Burlington USA – Singapore – Sydney. I ett internationellt sammanhang kan nämnas Naffine, Ngaire och Owens, Rosemary J (red.) (1997) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney.

skrivs som grunden för all feministisk teori och genusvetenskap i vid mening.⁹⁴ Både det rättsvetenskapliga och det genusvetenskapliga subjektet kan relateras till *olika nivåer*, vilket kan göra analys och diskussion tydligare.

Jag relaterar subjektet till tre olika nivåer, nämligen den *materiella* nivå, den *strukturella* nivå och den *diskursiva* nivå.⁹⁵ Den *materiella* nivå avser den fysiska, kroppsliga eller verkliga nivå. På den *strukturella* nivå återfinns subjektet abstraherat i ett kollektivt sammanhang utifrån ett visst samband. Den *diskursiva* nivå, slutligen, är den referensram inom vilken det talas och uttrycks saker i en viss fråga som berör subjektet, oftast i texter av olika slag. Samtliga dessa tre nivåer kan vara relevanta för subjektet inom rättsvetenskapen och genusvetenskapen i vid mening. Mitt syfte är här inte att uppehålla mig alltför länge vid dessa olika nivåer. De olika nivåerna är mer tänkta som en grundläggande *metodisk utgångspunkt*, ämnade att göra analys och argumentation i avhandlingen tydligare.

Även rättsskyddet i samband med sexuella övergrepp kan aktualiseras i förhållande till dessa olika nivåer. De straffrättsliga bestämmelserna som definierar sexualbrotten har som utgångspunkt att skydda den sexuella integriteten, samtidigt som de skall förhindra sexuella kränkningar. Dessa övergrepp sker på den *materiella* nivå. Lagstiftningen på området tar således dels utgångspunkt i företeelser på den materiella nivå, som sedan ges ett sammanhang på den *strukturella* nivå. Det jag analyserar i avhandlingen är lagtext, förarbeten, rättsfall från högsta domstolen och hovrätterna samt doktrin, det vill säga texter där dessa övergrepp och kränkningar prövas och diskuteras. Texterna utgör den *diskursiva* nivå i avhandlingen.

94. Här avser jag förutom genusforskning även det som benämns kvinnoforskning, feministisk forskning samt maskulinitetsforskning.

95. Denna indelning motsvarar den som i olika uttryck återfinns inom genusvetenskaplig forskning. Som exempel kan här nämnas Sandra Harding (1986) som talar om tre olika former av genus, nämligen individuellt, strukturellt och symboliskt, se *The Science Question in Feminism*, Cornell University Press, Ithaca och London, s. 17-18. Vidare talar Yvonne Hirdman om tre olika förståelser av genus i sin teori om genussystemet, se SOU 1990:44, s. 76 med tillhörande hänvisningar. Även Eva-Maria Svensson (1997), s. 333, använder tre olika nivåer i sin avhandling om föreställningen om rätten. Hon diskuterar genusrelationen, som symbolisk och *konkret* ordning, som central för *organisierandet av samhället* och för *teorier, metoder och begrepp*.

Den som åtnjuter skydd mot vissa gärningar genom straffrättsliga bestämmelser om brott är *rättsskyddssubjekt*.⁹⁶ Termen avser brottsoffret straffrättsliga konstruktion, såsom den uttrycks i straffrätten, och exemplifieras genom rättskällor och rättstillämpning som är aktuella i samband med sexuella övergrepp mot vuxna. Det är denna konstruktion, som sker på rättsskyddssubjektets *diskursiva* nivå, som är föremål för min analys.⁹⁷

1.3.4.2 *Det materiella subjektet*

Det materiella subjektet är det som ligger till grund för en stor del av rättslig hantering i allmän mening. Här är det fråga om ett kroppsligt subjekt, som ställs inför rätten som man eller kvinna. I den moderna rättsvetenskapen ses hon eller han som en av naturen given man eller kvinna, som inte formas eller konstitueras av rätten.⁹⁸ De enskilda handlingarna begås exempelvis på denna nivå. Straffrätten interagerar också i det enskilda subjektets liv på denna nivå i första hand men även de två övriga nivåerna kan ha betydelse för ett enskilt materiellt subjekt.⁹⁹

1.3.4.3 *Det strukturella subjektet*

På denna nivå talas det inte längre om enskilda individer. Det materiella subjektet är här abstraherat och relativiserat utifrån ett visst strukturellt sammanhang, exempelvis i relation till kön, sexualitet eller etnicitet. Liksom på den materiella nivån relateras det strukturella subjektets kön till fysiska män och kvinnor i oproblematiserad mening. All diskrimine-

96. Jag använder också termen målsägande, som i grunden är en processuell term, främst då en viss målsägande i ett särskilt fall åsyftas. Begreppen brottsoffer eller offer avser den som är utsatt för brott i allmänna termer, så oladdat som möjligt.

97. Jämför med Norman Fairclough som menar att diskurser bidrar till att konstruera sociala identiteter, sociala relationer och kunskaps- och betydelsesystem, Jørgensen Winther, Marianne och Phillips, Louise (2000/1999) *Diskursanalys som teori och metod*, Studentlitteratur, Lund, s. 73.

98. Jämför Cahill (2001), s. 5 och Svensson (1997), s. 300 ff.

99. För en diskussion om det materiella subjektet utifrån feministiska teorier om kroppen, se Cahill a.a., s. 71-100, samt Cahills slutsatser i relation till våldtäkt, se a.a., s. 101-109.

ringslagstiftning kan sägas bygga på ett antagande om att det finns ojämlika förhållanden av något slag för det strukturella subjektet.¹⁰⁰ Även kvinnovåldskommissionen tar ett strukturellt grepp när man talar om över- och underordning mellan män och kvinnor i samhället som grund för mäns våld mot kvinnor.¹⁰¹ På den strukturella nivån kan man också tala om att män begår våldtäkter mot kvinnor, utan att påstå att alla män gör det eller att det alltid är så.

Det strukturella subjektet kan exemplifieras med den amerikanska filosofen Linda Alcoffs teori om positionalitet i förhållande till subjektet kvinna. Alcoff förespråkar att termen kvinna skall definieras genom en särskild *position* istället för att tilldelas vissa egenskaper. Subjektiviteten – den subjektiva erfarenheten av att vara kvinna – och kvinnors identitet konstitueras genom kvinnors position. Hon ser alltså ett samband mellan kvinnors position i samhället (strukturen), eller erfarenheten från densamma, och deras identitet.

Alcoffs positionalitet består av två delar. För det *första* är konceptet kvinna en *relationell* term som endast kan identifieras inom en ständigt föränderlig kontext. För det *andra* kan den position som kvinnor befinner sig i användas som en plats för att konstruera mening, snarare än en plats där kvinnlighetens mening eller innebörd kan upptäckas.¹⁰²

1.3.4.4 Det diskursiva subjektet

Genom att tala om det diskursiva subjektet kan detta skiljas från de övriga subjektformerna i argumentation och diskussion och det blir tydligare att det inte handlar om ett levande, fysiskt subjekt utan ett subjekt som endast "finns" i diskursen. Ett användande av denna term implicerar också att det rör sig om ett subjekt som formas och produceras i och av olika diskurser, exempelvis straffrättsliga diskurser om sexuella övergrepp.¹⁰³

100. Jämför Lundström (1999), s. 32.

101. Se SOU 1995:60, del A, s. 51.

102. Alcoff, Linda (1988) Cultural Feminism versus Poststructuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory I: *Signs*, Vol. 13 nr. 3, s. 405-436, s. 434-435.

103. Jag kommer inte att uppehålla mig vid frågan om i vilken omfattning diskursen eller kulturen, formar och omformar det materiella subjektet, jämför Butler (1993), s. 4-12. Se dock avsnitt 1.3.3.2 för min uppfattning i denna fråga.

Michel Foucault hör till dem som har fört fram denna syn på subjektet, intimt förknippad med hans analys av makt.¹⁰⁴ Genom att utgå från denna syn på makten kan rättsliga diskurser som nämnts ses som maktutövande och producerande. Foucaults maktbegrepp synliggör nämligen dessa sidor av makten.

Den syn på kön, kropp och sexualitet som ligger till grund för den straffrättsliga hanteringen av sexuella övergrepp kan med hjälp av detta maktbegrepp kopplas till maktutövningen. De straffrättsliga diskurserna ses då som en form av *maktutövning* i vilken man utgår från vissa uttalande föreställningar, exempelvis en viss sexualitetssyn. Denna maktutövning är *produktiv* – genom att föra olika rättsliga resonemang med utgångspunkt i en viss syn på sexualitet (re)producerar rätten samtidigt sexualiteten.¹⁰⁵ Resonemangen förs i lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin. När jag talar om hur rättsskyddssubjektet konstrueras eller produceras avser jag i första hand denna diskursiva nivå.

Poängen med att använda Foucaults maktmodell är alltså att synliggöra och analysera *andra* delar av makten än de som betonas enligt den repressiva synen på makt. Genom att belysa den producerande delen av den straffrättsliga makten, vill jag visa att den rättsliga hanteringen av sexuella övergrepp producerar ett diskursivt rättsskyddssubjekt med ett visst kön, en viss kropp och en viss sexualitet.

1.3.4.5 *Materiell, strukturell och diskursiv – en metodisk indelning*

Fördelen med att synliggöra subjektet och dela upp det utifrån olika nivåer är främst att undvika oklarheter i diskussion och analys. Olika teorier och argumentationer kan också relateras till en viss nivå, ibland till flera nivåer samtidigt. I vissa fall sammanfaller de medan de avviker i an-

104. Detta utvecklas i avsnitt 1.3.3 ovan. Foucaults maktbegrepp är också sammanflätat med hans syn på kunskap, se till exempel Jörgensen och Phillips (2000/1999), s. 20-21.

105. Jämför Kouvo, Sari och Svensson, Eva-Maria (2000) Staten, grundlagen och sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratins idéer. I: Bo Andersson (red.) *Samhällets demokratiska värdegrund. En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Rapport från Värdegrunden, Göteborgs universitet, Göteborg, s. 59-86.

dra. Poängen med att belysa de olika subjektsnivåerna *i avhandlingen* är främst pedagogiska, att förenkla och förtydliga diskussion, analys och kommunikation. De olika nivåerna är heller inte tänkta att vara statiska och tydligt avgränsade. Istället går de ofta in i och överlappar varandra. Avhandlingens övergripande syfte och frågeställning är kopplade till subjektets diskursiva nivå. Min analys berör alltså det *diskursiva* subjektet och jag uppehåller mig också till allra största delen kring detta subjekt.

1.4 Metoder

1.4.1 Introduktion

Jag analyserar det straffrättsliga skyddet mot sexuella övergrepp utifrån frågan om hur rättsskyddssubjektet konstrueras. Det är inte mitt syfte att fastställa gällande rätt på området. Men jag arbetar delvis inom ramen för rättsdogmatisk metod när jag i det andra kapitlet undersöker lagtext, förarbeten, HD-praxis och doktrin i ett inomrättsligt perspektiv, i syfte att beskriva de straffrättsliga definitionerna av sexuella övergrepp samt grundläggande straffrättsliga och straffprocessuella premisser. Denna beskrivning analyserar jag i fjärde kapitlet i ett utomrättsligt perspektiv genom en diskursanalytisk metod som även används i det tredje kapitlet där jag analyserar prövningen av de gränsdragande rekvisiten i hovrättsfall. Jag diskuterar de olika metoderna nedan.

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Den rättsdogmatiska metoden eller "sedvanlig", "traditionell" juridisk metod är den metod som tas för given i en stor del av rättsvetenskaplig forskning. Denna metod innebär enkelt sagt att fastställa gällande rätt med hjälp av rättskällevärdet.¹⁰⁶ Metoden kan sägas innehålla allt eller inget. Detta illustreras på ett tydligt sätt genom följande användning av ett citat. Under rubriken "Om metoden" citerar straffrättaren Petter Asp

106. Vilka källor som ingår i den svenska rättskällevärdet är inte helt självklart, se Peczenik, Alexander (1995), s. 316. Se även Nousiainen och Niemi-Kiesiläinen (2001), s. 18-21.

författaren Willy Kyrklund: "Envar tänker efter sin förmåga och i enlighet med sitt kynne. [...]"¹⁰⁷, utan att gå in på vad detta innebär. Min analys av presentationen av detta citat leder till slutsatsen att metodfrågor inte är relevanta för Asp. Som forskare kan du gå tillväga på vilket sätt du vill, underförstått så länge du kan anses fastställa gällande rätt i en viss fråga.

Asps citering och obefintliga metoddiskussion representerar också en annan (icke-)företeelse inom rättsvetenskaplig forskning. Eftersom det inte anses nödvändigt att ta upp metodfrågor beskrivs inte heller den "sedvanliga" metoden särskilt ofta på ett utförligt sätt.¹⁰⁸ En god rättsvetare förväntas intuitivt ha insikt på detta område.

En forskare som använder denna metod utreder frågan om gällande rätt på ett särskilt område. Det material som används är lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Hon eller han tolkar och systematiserar materialet utifrån det aktuella problemet, som i grunden alltid handlar om vad som är gällande rätt i en viss fråga.¹⁰⁹ Själv ställer jag frågan hur sexuella övergrepp definieras och undersöker de sedvanliga rättskällorna på ett "traditionellt" sätt, det vill säga genom att tolka och systematisera innehållet i dessa källor. Mitt könsperspektiv innebär att jag belyser vissa frågor på ett sätt som sannolikt inte skulle ha gjorts med tillämpning av en mer strikt rättsdogmatisk metod, som är begränsad både vad gäller frågeställning och material. Dessa begränsningar skiljer sig från diskursanalytisk metod, som jag beskriver i det följande.

1.4.3 Diskursanalytisk metod

For a lawyer, this is the crucial difference between legal interpretation and discourse analytic reading of texts. The lawyer is trained to apply set of norms (law) on pre-given facts. For a lawyer the facts exist independently of any legal text or dis-

107. Asp, Petter (2002) *EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*, Iustus Förlag, Uppsala, s. 25. I anslutning till källförteckningen i samma bok anför Asp fortsättningen på Kyrklund-citatet: "[...] Å andra sidan kan man spara in en del onödigt tänkande genom att ta reda på vad andra tänkt.", a.a., s. 317.

108. Se dock Jareborg (2001), s. 99-106. Jämför Svensson (1997), s. 30-33.

109. Jämför Westberg, Peter (1992) *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*. I: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm, s. 421-446.

course and the law is applied on them. These facts are organized in a certain way, independent of the normative world, for example in pre-given categories of two sexes. Discourse analysis, on the contrary, is based on social constructionist theory and sees the discourse, including legal discourse, as constructing the world. For a constructionist, the legal discourse is involved both in constructing the factual and the conceptual.¹¹⁰

Ovanstående citat pekar på den mest avgörande skillnaden mellan traditionell rättsvetenskaplig tolkning av texter och diskursanalytisk sådan. Enligt den förnämnda *existerar* fakta och begrepp oberoende av texten eller diskursen och är samtidigt organiserade på särskilda sätt, exempelvis i givna köns kategorier. Diskursanalysen bygger däremot på att olika diskurser konstruerar fakta, begrepp och subjekt.

Diskursanalytiska undersökningar har därmed tre gemensamma utgångspunkter.¹¹¹ För det första vilar de på en socialkonstruktivistisk grund. För det andra utgår de från att språket förmedlar verkligheten och, för det tredje, att subjekt skapas i diskurser.

Ett *socialkonstruktivistiskt*¹¹² angreppssätt vilar i sin tur på fyra premiser.¹¹³ För det första är detta fråga om en *kritisk inställning till självklar kunskap*. Verkligheten är en produkt av vårt sätt att kategorisera världen, vilket betyder att världen inte omedelbart kan betraktas som en objektiv sanning. För det andra innebär detta angreppssätt att de sätt på vilka vi uppfattar och representerar världen är *historiskt* och *kulturellt* specifika – vi kunde ha uppfattat den annorlunda och vår uppfattning kan förändras över tiden. Av den tredje premissen följer att det finns ett *samband mellan kunskap och sociala processer*. Hur vi uppfattar världen skapas och upprätthålls i sociala processer, genom social interaktion där gemensamma sanningar byggs upp. Den fjärde premissen innebär slutligen att det finns ett *samband mellan kunskap och social handling*. I en bestämd världsbild blir vissa handlingar naturliga och andra otänkbara. Olika sociala världsbilder leder till olika sociala handlingar och den sociala kon-

110. Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 2.

111. Jörgensen och Phillips (2000/1999), s. 11-25. Det finns dock exempel på metoder som benämnts "diskursanalys" men ändå faller utanför denna beskrivning, se a.a., s. 9 samt not 2.

112. Se om socialkonstruktionism och "socialkonstruktivism", a.a., s. 11 not 4.

113. A.a., s. 11-12 och Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 9-12, med hänvisning till Burr, Vivien (1999/1995) *An introduction to Social Constructionism*, Routledge, London & New York, s. 3-8.

struktionen av kunskap och sanning får på så sätt konkreta sociala konsekvenser.

Diskursanalytiska metoder utgår också från att *verkligheten förmedlas genom språket*, att vi med hjälp av språket skapar representationer av verkligheten. Representationerna speglar alltså inte bara verkligheten utan bidrar till att skapa den. Den fysiska världen finns men får bara betydelse genom olika diskurser.¹¹⁴

Slutligen vilar diskursanalytiska metoder på uppfattningen att *subjektet skapas i olika diskurser*. Det är inte en given enhet som existerar som en autonom och suverän enhet.¹¹⁵

Som redovisats ovan innebär mitt angreppssätt att jag ansluter mig till nu nämnda utgångspunkter.¹¹⁶ Jag går nu över till att beskriva den diskursanalytiska metod som jag använder i avhandlingen.

1.4.4 Diskursanalytisk metod i avhandlingen

Min diskursanalys av det straffrättsliga materialet innebär för det första att jag går *bakom ytan* av texterna.¹¹⁷ Jag analyserar de rättsliga dokumenten *i sig*, inte i kraft av vad de säger om gällande rätt eller utgången i ett särskilt mål. Det är inte gällande rätt eller utgången i de enskilda målen som är fokus för undersökningarna utan istället de underliggande föreställningarna om rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet.

Konkret har jag inspirerats av den brittiske språkvetaren Norman Fairclough och den danska psykologen Dorte Marie Søndergaard.¹¹⁸ Min metod kan enkelt beskrivas som att jag *dekonstruerar* texterna. Texterna närläses och i ett första led identifierar jag återkommande mönster, som bildar diskurser.

114. Se vidare om språket som utgångspunkt för diskursanalytisk metod, Jørgensen och Phillips (2000/1999), s. 15-18.

115. Se ytterligare om denna subjektuppfattning a.a., s. 21-25 samt ovan under "Det diskursiva subjektet."

116. Se ovan avsnitten 1.3.3 och 1.3.4. Jag har dessutom ett könsperspektiv vilket framkommer av avsnittet 1.3.2.

117. Jämför Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 12.

118. Se till exempel Jørgensen och Phillips (2000/1999), s. 72-96 och Søndergaard, Dorte Marie (2000) Destabiliserande diskursanalyse: veje in i poststrukturalistisk inspireret empirisk forskning. I: Hanne Haavind (red.) *Kön och tolkning. Metodiska möjligheter i kvalitativ forskning*. Natur och Kultur, Stockholm, s. 60-104.

Norman Fairclough utgår i sin kritiska diskursanalys¹¹⁹ från en tredimensionell modell som innebär en analys på *textnivå* av texternas lingvistiska uppbyggnad, en analys av de diskurser som uttrycks i produktionen eller kommunikationen av texten, den *diskursiva praktikens nivå*, och slutligen den *sociala praktikens nivå*, där den diskursiva praktiken undersöks utifrån vilka konsekvenser den har för den sociala praktiken.¹²⁰ I mitt fall gör jag en analys på textnivå i ett första steg och identifierar olika diskurser. Här analyserar jag bland annat ordval, sammanhang och textens uppbyggnad.¹²¹ Denna analys på textnivå innebär samtidigt en analys av den diskursiva praktiken, som inte direkt berörs i avhandlingen. Däremot indelas diskurserna i materialet om gällande rätt, de straffrättsliga diskurserna, utifrån just gällande rätt, vilket kan beskrivas som den diskursiva praktikens nivå. Det material som rör gällande rätt är ju en viktig förutsättning för hur hovrättsdiskurserna produceras och är i så måtto en del av produktionen för hovrättsdiskurserna. Diskurserna i materialet om gällande rätt kan på så sätt anses utgöra den diskursiva praktikens nivå.

Jag analyserar alltså texterna för att se på återkommande mönster och på så sätt identifiera diskurser. Genom att undersöka vilka diskurser som inkluderas och vilka som exkluderas har jag också kunnat omvärdera rådande uppfattningar och på så sätt destabilisera det som tagits för givet.¹²² Med detta menas att jag i grunden ifrågasätter varför diskurserna ser ut som de gör. I hovrättsundersökningen, som tas upp i det tredje kapitlet, analyserar jag domstolarnas diskurser i prövningen av de *gränsdragande* rekvisiten.¹²³ I det fjärde kapitlet är det diskurserna i det *straffrättsliga materialet om sexualbrott* som granskas. Därefter analyserar jag hur de olika diskurserna producerar rättsskyddssubjektets kön, kropp och

119. För en allmän beskrivning av kritisk diskursanalys, se Fairclough, Norman och Wodak, Ruth (1997) *Critical Discourse Analysis*. I: Teun A. Van Dijk (red.) *Discourse as Social Interaction*. Discourse Studies. A Multidisciplinary Introduction, Volume 2, SAGE Publications, London – Thousand Oaks – New Dehli, s. 258-284.

120. Jörgensen och Phillips (2000/1999), s. 75 med hänvisningar.

121. Se mer om detta a.a., s. 87-88. Jämför Dijk, Teun A. (1997) *The study of Discourse*. I: Teun A. Van Dijk (red.) *Discourse as Structure and Process*. Discourse Studies. A Multidisciplinary Introduction, Volume 1, SAGE Publications, London – Thousand Oaks – New Dehli, s. 1-34, s. 7 ff.

122. Jämför Søndergaard (2000) s. 74-77.

123. Se om dessa rekvisit ovan i avsnitt 1.2.

sexualitet, vilket implicit berör den sociala praktikens nivå eftersom denna analys i enlighet med mina utgångspunkter har betydelse för subjektet i den sociala praktiken. Men mitt material är hämtat från textnivå och delvis från den diskursiva praktikens nivå.

1.4.5 Rättsdogmatik och diskursanalys – en jämförelse

Som framkommit arbetar jag med två olika metoder i avhandlingen. I kapitel två, vars syfte är att kartlägga det straffrättsliga skyddet mot sexuella övergrepp samt sätta in avhandlingstemat i sitt straffrättsliga sammanhang, är metoden rättsdogmatiskt inspirerad. En diskursanalytiskt orienterad metod används i det tredje kapitlet. I avhandlingens fjärde kapitel finns spår av båda dessa metoder eftersom jag gör en diskursanalys av det material som bearbetats rättsdogmatiskt. I det följande tydliggör jag de mest centrala skillnaderna mellan dessa metoder. Först åskådliggör jag olikheterna i nedanstående tabell, som därefter kommenteras utifrån avhandlingens olika kapitel.

Tabell 1 *Rättsvetenskapliga metoder*

	Rättsdogmatisk metod	Diskursanalytisk metod
Problem/ Frågeställning	Vad är gällande rätt?	Vad sägs i diskursen? Hur sägs det?
Material	Lagtext, förarbeten, praxis och doktrin	Både sedvanligt och annat, det som sägs och görs i institutionella praktiker
Genomförande	Utreda och tydliggöra gällande rätt i viss fråga	Identifiera och analysera diskurser i viss fråga
Syn på (rättsskydds) subjekt	En given storhet på vilken rätten appliceras	Inte givet – skapas i och av diskurser
Syn på makt	Repressiv – innehas av staten gentemot ansvarssubjektet	Finns överallt – utövas och är produktiv

Genom att se rätten som producerande diskurser blir den vidare än vad det traditionella ”gällande rättstänkandet” ger vid handen. Rättens innehåll finns enligt detta betraktelsesätt i nyss nämnda källor och gällande rätt tolkas fram enligt ett hierarkiskt betraktelsesätt på källorna. När det gäller praxis exempelvis, är det rättsfall från högsta domstolen som har högst värde. I linje med ”gällande rättstänkandet” är ett rättsfall främst intressant med tanke på vad det säger om gällande rätt. Men i diskursanalysen är det inte endast utgången i det enskilda målet eller uttalanden om de strikt rättsliga tolkningarna som har betydelse, utan argumentationerna och tolkningarna analyseras istället *i sig*.

I kapitel två används en rättsdogmatisk metod avseende material och genomförande. De problem som undersöks är dock inte enbart av traditionell rättsdogmatisk natur – jag undersöker inte endast vad som är gällande rätt i de aktuella frågorna utan har ett könsperspektiv, vilket delvis påverkar utformningen av mina frågor. Synen på rättsskyddsobjektet respektive makten problematiseras dock inte i detta kapitel. Sistnämnda frågor utgör däremot grunden för det diskursanalytiska angreppssätt som används i kapitel tre, där även problemställning och material följer den diskursanalytiska delen i tabellen ovan. I det fjärde kapitlet, slutligen, används en kombination av de båda metoderna eftersom det är diskurserna i ”gällanderättsmaterialet” från kapitel två som analyseras. Jag ställer dock andra frågor till materialet, som i andra kapitlet behandlats utifrån frågan om det straffrättsliga skyddet mot sexuella övergrepp. Utgångspunkten är det diskursiva rättsskyddsobjektet och Foucaults maktbegrepp. Genom diskursanalys besvaras vissa frågor i ”gällanderättsmaterialet”. Det fjärde kapitlet kan beskrivas som en analys av ”gällanderättsdiskurser”. Källorna har således redan bearbetats en gång.

2. Brott och bevisprövning – det straffrättsliga sammanhanget

2.1 Introduktion

Syftet med detta kapitel är att redogöra för sexualbrottens straffrättsliga sammanhang i ett inomrättsligt perspektiv. De vedertagna rättskällorna och vikten av att tolka dessa ifrågasätts alltså inte här. I kapitlets fokus står de *straffrättsliga definitioner*¹²⁴ som aktualiseras i avhandlingen och dessa belyses med de rättsliga premisserna för bevishanteringen. De straffrättsliga definitionernas utformning är tillsammans med bevisfrågor i vid mening av central betydelse vid en undersökning av *den rättsliga gränsdragningen för sexuella övergrepp*, som är arbetets kärna. För att placera denna i sitt straffrättsliga sammanhang, behandlar jag översiktligt även grundläggande straffrättsliga principer samt brottsförutsättningarna. Även om syftet med förevarande kapitel inte primärt är att utreda gällande rätt på området använder jag som nämnts sedvanliga rättskällor och ett inomrättsligt angreppssätt.¹²⁵ Jag studerar således dessa rättskällor utifrån en förutsättning om att de innehåller information om vad som gäller rättsligt inom det undersökta ämnesområdet, något som inte är

124. Här avser jag de straffbud, som genom handlingsregler för domare beskriver de enskilda brotten på detta område. Jämför Jareborg (2001), s. 28.

125. Jämför Hydén (2002), s. 18 och 57 f.

kontroversiellt i ett traditionellt rättsdogmatiskt perspektiv. I ett utifrån-rättsligt, exempelvis ett rättssociologiskt, perspektiv behöver detta dock en motivering. Min utgångspunkt är *inte* att enbart den skrivna rätten har betydelse för innehållet i rätten eller enskilda rättsliga beslut. Tvärtom ansluter jag mig till den uppfattningen att flera faktorer påverkar rättens innehåll och att detta inte enbart finns i den skrivna rätten.¹²⁶ Det finns flera anledningar till att jag trots detta valt att också arbeta med traditionellt rättsligt material. För det första var det innehållet i detta material som ursprungligen väckte mitt intresse för ämnet och som jag blev intresserad av att undersöka närmare. Vidare är det enligt min mening av stor vikt att *just* de traditionella rättskällorna studeras och analyseras utifrån ett könsperspektiv.¹²⁷ Dessutom används detta material inte enbart av jurister eller rättsvetenskapliga forskare utan får också en normerande verkan för samhällsmedborgarna, bland annat på grund av att det är antaget på ett auktoritativt sätt.¹²⁸ Slutligen är detta material lättillgängligt och bekant, något som också påverkat mitt val.

Kapitlet är indelat på följande sätt. I nästföljande avsnitt, 2.2, behandlar jag översiktligt den teoretiska bakgrunden för det straffrättsliga brottsbegreppet, som jag går igenom i avsnitt 2.3. Därefter går jag i avsnitt 2.4 igenom de straffrättsliga definitioner som är aktuella i avhandlingen samt gör några nordiska jämförelser. Avslutningsvis tar jag i avsnitt 2.5 upp de rättsliga ramarna för bevishantering och analyserar våldtäktsfall från högsta domstolen.

126. A.a., s. 60 f. Se även under "Utgångspunkter och angreppssätt".

127. Se vidare om könsperspektivet i avhandlingen i avsnittet "Ett könsperspektiv". Inom kriminologisk, sociologisk eller annan forskning, där "otraditionellt" rättsligt material oftare används finns flera avhandlingar publicerade på detta område. Se till exempel Ekström (2002) och Jeffner, Stina (1998) *Liksom våldtäkt typ... Om ungdomars förståelse av våldtäkt*, Utbildningsförlaget Brevskolan, Stockholm. Ekström har undersökt polisanmälningar och aktmaterial rörande våldtäkt mellan 1946 och 1950 och Jeffner har intervjuat ungdomar angående deras uppfattningar om vad som är våldtäkt.

128. Jämför Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 16.

2.2 Straffrättsteori och grundläggande principer

2.2.1 Introduktion

Den teoretiska grunden för de moderna västerländska straffrättssystemen återfinns till stor del i upplysningsfilosofin. Med stöd i denna filosofi, som en reaktion på orättfärdiga straffsystem och för att tillgodose bristande krav på rättssäkerhet, utvecklades vissa grundläggande straffrättsliga principer.¹²⁹ Huvuddragen av dessa centrala principer, legalitetsprincipen och konformitetsprincipen, redovisas nedan efter några inledande ord om de straffrättsteoretiska utgångspunkterna.

2.2.2 Ansvarssubjekt och rättsskyddssubjekt i straffrättsteorin

En grundläggande utgångspunkt för dagens straffrättssystem är rättssäkerhetsintresset för den som ställs till ansvar för brott, ansvarssubjektet. Centrala och i grunden helt okontroversiella intressen om rättvisa och likhet har lagt grunden för den moderna straffrätten, som således traditionellt och historiskt har handlat om den som står anklagad för brott, såväl på en teoretisk och principiell nivå som på en dogmatisk och empirisk sådan. Utrymmet för att diskutera rättsskyddssubjektet inom traditionell straffrättsteori är följaktligen begränsat.¹³⁰ Att studera straff- och straffprocessrätt utifrån den för brott utsatta personens perspektiv, är en företeelse av relativt ungt datum och något som påbörjades i Sverige och övriga Norden först vid slutet av 1970-talet.¹³¹

Ansvarssubjektets intressen har således varit, och är fortfarande till stor del, den (enda) legitima grunden för straffrätten.¹³² En avgörande

129. Jareborg (2001), s. 49-50. För en kritisk diskussion och belysning av dessa grunder se Nousiainen (1999).

130. Berglund (1995), s. 216 ff.

131. Jämför Robberstad (1999) s. 20-25.

132. Exempelvis tar den vägledande principen som styr när kriminalisering bör ske, principen om ultima ratio, uttalat utgångspunkt i ansvarssubjektets intressen. Se till exempel Jareborg (2001) s. 53-57 och Lernestedt, Claes (2003) *Kriminalisering. Problem och principer*, Iustus Förlag, Uppsala.

utgångspunkt för denna straffrätt är den liberalistiska tanken om ett (ansvars)subjekt som kan göra rationella val av egen fri vilja.¹³³ Inom *feministisk rättsvetenskaplig doktrin* har särskilt uppmärksammats vilka implikationer dessa utgångspunkter har för straffrätten i allmänhet och för rättsskyddssubjektet i synnerhet.¹³⁴ Kritiken angriper synen på rätten som avgränsad och åtskild, vilken appliceras på en given situation med ett givet subjekt, vilket inte anses kunna påverkas av rätten. Enligt feministisk doktrin ställs det "traditionella subjektet" inför rätten som en given storhet, på vilken rätten appliceras. Subjektet anses vara autonomt, avgränsat och rationellt när det utför egna, fria val.¹³⁵

2.2.3 Grundläggande principer

2.2.3.1 Konformitetsprincipen

Huvudbudskapet i konformitetsprincipen är att en person inte bör anses ansvarig för ett brott om hon eller han inte kunde rätta sig efter lagen. Principen är rättspolitisk och har störst betydelse på lagstiftningsnivån men kan även påverka utgången i ett konkret fall. Dock respekteras detta inte alltid i gällande rätt.¹³⁶ För innebörden av principen är det avgörande ordet *kunde*, som används antingen i indikativ eller konjunktiv, eller båda, och som i sammanhanget åsyftar antingen förmåga eller tillfälle, eller båda. Principen kan därför indelas i fyra underprinciper:

En person bör inte anses vara ansvarig för brott, om hon eller han

1. inte hade förmåga att rätta sig efter lagen,
2. inte hade tillfälle att rätta sig efter lagen,
3. inte skulle haft förmåga att rätta sig efter lagen, även om...eller

133. Se exempelvis Jareborg, Nils (1985), Determinism och straffrättsligt ansvar. I: Nils Jareborg och Per Ole Träskman (red.) *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Iustus Förlag, Juridiska föreningen i Uppsala, Uppsala, s. 1-33.

134. Berglund (1995), Nousiainen (1999), Smart (1995), Naffine (1997) och Lacey (1998).

135. Naffine (1997), s. 83-84 och Lundström (1999), s. 39 ff.

136. Se vidare Jareborg (2001), s. 359-361 avseende den rättsliga betydelsen av psykiska störningar och s. 362-366 beträffande så kallad straffrättsvillfarelse, det vill säga villfarelse huruvida en viss gärning är straffrättsligt stridsdig.

4. inte skulle ha haft tillfälle att rätta sig efter lagen, även om...

En person saknar *förmåga* att rätta sig efter lagen, om hon eller han inte kan kontrollera sitt beteende (förutsatt att hon eller han vet vad som skall göras). Skäl för att tillskriva någon en sådan oförmåga omfattar

- a) att en aktuell handling är ofrivillig, det vill säga gärningspersonen gör något när hon eller han är medvetlös eller förflyttar sig eller förflyttas som en kropp eller organism, inte som en person,
- b) att en underlåten handling är omöjlig att utföra för personen till exempel på grund av bristande styrka, kunskap, skicklighet, förlamning och så vidare och
- c) att gärningspersonen är psykiskt störd på ett sätt som påverkar kontrollförmågan.

I svensk straffrätt är flera fall som inryms under c) utan relevans för frågan om brott förövats. Sinnessjukdom utesluter exempelvis inte att gärningspersonen begår brott men däremot användning av fängelse.¹³⁷ Omständigheterna under punkt a) och b) uttrycks inte i lagtext men hör ihop med kraven på gärningskontroll, som redovisas nedan och som gäller för att handling eller underlåtenhet skall vara otillåten.

Den främsta anledningen till att en person som har förmåga att rätta sig efter lagen *saknar tillfälle* att göra det, är att hon eller han saknar vetskap om vad som skall göras.¹³⁸ Den allmänna åsikten, som enligt straffrättaren Nils Jareborg är mycket diskutabel, är dock att straffrättssystemets effektivitet sätts i fara om all frånvaro av relevant insikt tillåts ursäkra gärningspersonen. Därför finns en uppdelning av villfarelse och okunnighet, nämligen okunnighet om sådant som gäller vad gärningspersonen *gör* respektive sådant som gäller *hurvida det hon eller han gör är otillåtet*. Konformitetsprincipen kräver med andra ord

1. att gärningspersonen skall ha förstått att hon eller han gjorde något visst, som omfattar en otillåten gärning *och*
2. att detta var straffrättsligt otillåtet.

137. Se Brottsbalken, BrB, 30:6.

138. I fråga om underlåtenhet är fler typer av frånvaro av tillfälle aktuella, såsom position, medel, utrustning och så vidare. Dessa sammanförs dock i allmänhet med fall av frånvaro av förmåga, se Jareborg (2001) s. 304.

Frånvaro av insikt av det förstnämnda är i huvudsak detsamma som att uppsåt saknas medan frånvaro av insikt av det sistnämnda i princip är irrelevant i svensk rätt.¹³⁹

Konformitetsprincipen ger vidare stöd för krav på kriminaliseringens utformning, varav vissa kan sammanfattas i *skuldprincipen*. Den innebär bland annat att endast den som ådagalagt skuld bör drabbas av straffrättsligt ansvar samt att straffet inte bör vara strängare än vad som motsvarar måttet av skuld.¹⁴⁰ Konformitetsprincipen ligger även till grund för legalitetsprincipen, som jag går igenom i följande avsnitt.

2.2.3.2 Legalitetsprincipen

Denna princip har respekterats i svensk rätt under minst 200 år och gäller i straffrättslagstiftningen i varje modern rättsstat.¹⁴¹ Principen utformades för att ge uttryck för krav på begränsning av furstarnas och domstolarnas godtycke. Av principen följer för det *första* ett *förbud mot retroaktiv strängare lagstiftning*, vilket finns infört i regeringsformen, RF 2:10 stycke 1.¹⁴² Genom att dessa krav ställs på lagstiftningen kan medborgarna förutse när och hur de kan bli föremål för straffrättsliga ingripanden, vilket gör att principen fungerar som en garanti för rättssäkerheten. Förutsebarheten är också beroende av *hur* olika gärningstyper är kriminaliserade, varför legalitetsprincipen för det *andra* ställer *krav på lagstiftningens begriplighet och precision*.¹⁴³ För det *tredje* kan ur denna princip härledas *kravet på stöd i skriven lag*. En *fjärde* aspekt, slutligen, är att principen innebär ett *förbud mot att tillåta analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel*, vilket sedan 1994 även gäller enligt BrB 1:1, som ett förbud mot analogisk rättstillämpning av straffbuden. För att kunna upprätthålla legalitetsprincipen genom hela straffprocessen är *oskyldighetspresumtionen*, som behandlas nedan, av stor vikt.

139. I vissa fall kan dock denna brist på insikt vara relevant, se a.a.

140. Jareborg a.a., s. 59. Se även vidare om hur kriminalisering bör ske, a.a. s. 59-63.

141. A.a., s. 57-58. Se även Frände, Dan (1989) *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Juridiska Föreningen i Finland, Helsingfors.

142. Se även Europeiska konventionen angående skyddet för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (1950), EMKR. art. 7.

143. Se ytterligare om detta krav Jareborg (2001), s. 58 med hänvisningar.

Feministiska teoretiker har pekat på att grundläggande straffrättsteori, i likhet med den praktiska tillämpningen,¹⁴⁴ är påtagligt könsrelaterad.¹⁴⁵ Den moderna staten har erbjudit kvinnors fysiska och sexuella integritet minimalt skydd. Det har därför hävdats att kvinnor generellt sett i straffrättsliga sammanhang har större intresse av brottsprevention än av frågor som rör legalitetsprincipen och liknande.¹⁴⁶ Detta hänger delvis samman med den syn på rättssubjektet som ligger till grund för straffrätten. I doktrinen har påpekats att detta kan betraktas som manligt. Exempelvis argumenterar den brittiska straffrättaren och feministteoretikern Nicola Lacey för att det straffrättsliga rättssubjektet, ”the criminal legal subject”, implicit framställs som manligt. Detta eftersom grunden för det straffrättsliga ansvaret handlar om insikt, förnuft och kontroll och därför kan hänföras till det intellektuella eller rationella, vilket enligt feministiska filosofer associeras med det manliga som överordnas kvinnlig kroppslighet.¹⁴⁷

De principer som nu redovisats är grundläggande för brottsbegreppet som behandlas i följande avsnitt.

2.3 Brottsbegreppet

2.3.1 Introduktion

Här tar jag upp de brottsförutsättningar som är aktuella enligt svensk straffrätt.¹⁴⁸ Brottsbegreppet innehåller två huvudgrupper av brottsförutsättningar, nämligen rekvisit för *otillåten gärning* och rekvisit för *personligt ansvar*. Nedan redovisas de olika *gärningsrekvisiten* respektive *skuldrekvisiten* översiktligt.¹⁴⁹

144. I straffrättsliga sammanhang är kvinnor exempelvis offer för sexuella övergrepp i större utsträckning än män.

145. Se till exempel Cahill (2001), Nousiainen (1999) och Lacey (1998).

146. Nousiainen (1999), s. 16.

147. Lacey (1998), s. 111 ff.

148. Redogörelsen bygger i huvudsak på Nils Jareborgs framställning i ämnet, Jareborg (2001), s. 127-376. Se även Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne (2001) *Straffansvar*, Norstedts Juridik, Stockholm, Sjätte upplagan.

149. Av rekvisiten för gärnings rättsenlighet läggs här störst vikt vid samtycke och vad gäller skuldrekvisiten betonas uppsåtet.

2.3.2 Gärningsrekvisit

2.3.2.1 Olika typer av gärningsrekvisit

De olika gärningsrekvisiten kan delas in i fyra olika undergrupper,¹⁵⁰ nämligen rekvisiten för

- **Straffbelagd gärning**
 - Enskilda brottsbeskrivningar.
 - Osjälvtändiga brottsformer.
- **Gärningskontroll**
 - Kontroll över händelseförloppet.
 - Gärningsculpa.
- **Gärnings stridighet mot svensk lag**
 - Krav som gäller nationella och territoriella begränsningar.
- **Gärnings rättsenlighet**
 - Undantagsregler som tillåter gärningen.¹⁵¹

2.3.2.2 Straffbelagda gärningar

En första förutsättning är rekvisiten för *straffbelagda gärningar*, vilka kan bestå av både handlingar och underlåtenhet. Handlingsbegreppet inkluderar så kallade ofrivilliga handlingar, som exempelvis sker under sömn eller medvetlöshet.¹⁵² De straffbelagda gärningar som behandlas i avhandlingen återfinns i de enskilda brottsbeskrivningarna i brottsbalkens sjätte kapitel. Ett exempel på en sådan är bestämmelsen om våldtäkt i BrB 6:1. Denna och övriga straffbelagda gärningar som aktualiseras i arbetet redovisas nedan i avsnittet om straffrättsliga definitioner.

Angående de *osjälvtändiga brottsformerna* hänvisas här till Jareborgs framställning.¹⁵³

150. Se Jareborg a.a., s. 38-39.

151. Dessa kallas också allmänna ansvarsfrihetsgrunder, se Leijonhufvud och Wennberg (2001), s. 81-101.

152. Se mer om detta Jareborg (2001), s. 130-131.

153. De osjälvtändiga brottsformerna avser dels gärningar som utgör ”steg på vägen till fullbordande av brott” och dels gärningar som utgör medverkan till straffbelagda gärningar. När det gäller sexualbrotten framgår dessa av BrB 6:12, tillsammans med 23 kapitlet. Se vidare Jareborg (2001), s. 377-429.

2.3.2.3 Rekvisiten för gärningskontroll

Kontroll över händelseförloppet

Förutom att det krävs en straffbelagd gärning är det nödvändigt att rekvisiten för gärningskontroll är uppfyllda. Dessa avser som nämnts dels att gärningspersonen har kontroll över händelseförloppet och dels att det föreligger gärningsculpa.

Att en *gärning* är kontrollerad innebär att gärningspersonen på "order kan avsluta eller hejda det kausala skeende som hans [eller hennes] handlande innebär."¹⁵⁴ På motsvarande sätt är en *underlåtenhet* kontrollerad om gärningspersonen på order kan utföra den relevanta handlingen. Det är inte nödvändigt att gärningspersonen förstår att hon eller han har gärningskontroll, utan gärningspersonen skall ha möjlighet att kontrollera det inträffade, gärningen skall vara *kontrollerbar*. Jareborg framhåller tre typfall i vilka rekvisitet gärningskontroll kan vara uppfyllt.

Typfall I innebär att gärningsculpamönstret ligger *inom ramen* för den straffbelagda gärningen. Detta betyder att både den kontrollerade gärningen och den okontrollerade följden täcks av brottsdefinitionen. Jareborg anger som exempel att A skjuter ett skott med en pistol mot B och dödar honom.¹⁵⁵ A har här gärningskontroll tills han börjar trycka på pistolens avtryckare, men kan inte förhindra det fortsatta förloppet.

Typfall II avser en situation där gärningspersonen fullbordar den straffbelagda gärningen *medan* hon eller han fortfarande har gärningskontroll. Vad som inträffar okontrollerat har inte betydelse för frågan om brott är förövat. Här nämner Jareborg som exempel att A mördar B genom att hålla B:s huvud under vatten.¹⁵⁶ Även om A här inte har full kontroll över när brottet fullbordats har A däremot förmågan att avbryta det kausalförlopp som leder till B:s död under hela tiden fram tills att brottet är fullbordat. I detta fall, när gärningspersonen har kontroll över hela händelseförloppet fram tills att straffbelagd gärning är fullbordad, behöver frågan om gärningsculpa föreligger inte tas upp. Frågan är inte relevant eftersom ett strängare krav på gärningskontroll är uppfyllt. Detta typfall för gärningskontroll är det absolut vanligaste vid sexualbrotten.

154. A.a., s. 204.

155. A.a., s. 209. Se här även om gärningsculpa i de fall brottsdefinitionen endast kräver konkret fara för skada eller dylikt.

156. A.a., s. 209-210.

Som Jareborg påpekar uppmärksammas i sådana fall normalt inte frågan om rekvisitet för gärningskontroll är uppfyllt.¹⁵⁷

Typfall III omfattar en situation där någon utför en straffbelagd gärning utan att ha någon kontroll över den. Den kontrollerade gärningen ligger före och utanför den okontrollerade följden som motsvarar den straffbelagda gärningen. Dels kan det röra sig om en ofrivillig handling, som äger rum under sömn eller annan medvetlöshet eller består av spasmer, konvulsioner eller motsvarande. Det kan också vara fråga om underlåtenhetsfall, när den erforderliga handlingen i det enskilda fallet är omöjlig att utföra för gärningsmannen på grund av sömn, bedövning, förlamning eller liknande. Det straffrättsliga kravet på gärningskontroll är uppfyllt när gärningspersonen på ett tidigare stadium är ”gärningsculpös i förhållande till att [hon eller] han kommer att uppfylla ifrågavarande brottsrekvisit genom en gärning där [hon eller] han saknar gärningskontroll.”¹⁵⁸ En banvakt, som orsakar tågurspårning därför att hon eller han sov när en växel skulle läggas om, kan exempelvis hållas ansvarig för allmänfarlig vårdslöshet, om hon eller han inte vidtagit rimliga åtgärder för att hålla sig vaken.¹⁵⁹

Gärningsculpa

Rekvisitet för gärningskontroll omfattar som nämnts också *gärningsculpa*. Gärningculpa förutsätter dels att den kontrollerade gärningen är *oaktsam* och dels att denna *oaktsamhet är relevant* för den okontrollerade följden, på så sätt att följden har orsakats genom oaktsamheten. En konkret kontrollerad handling bedöms vara oaktsam därför att den innefattar ”ej godtagbara risker för förverkligandet av okontrollerade följder av en viss typ (OF).”¹⁶⁰ Ett *otillåtet risktagande* genom handling föreligger om

- utförandet av den kontrollerade handlingen innebär en risk för att den okontrollerade följden inträffar *och*

157. A.a., s. 210.

158. A.a., s. 210.

159. A.a., s. 211. Här anges även exempel på fall från svensk praxis där gärningspersonen handlat under någon form av medvetlöshet eller på annat sätt varit oförmögen att kontrollera sitt handlande eller fullgöra sina plikter, och ändå fällt.

160. A.a., s.212.

- denna risk är sådan att det finns godtagbara skäl att avstå (man bör avstå) från att utföra den kontrollerade handlingen, om man vill undvika den okontrollerade följden.

Riskbedömningen skall ske utifrån gärningspersonens position. Någon i hans eller hennes position skall ha anledning att ta med risken för den okontrollerade följden i beräkningen. Vad som innebär ”goda skäl för att avstå”¹⁶¹ från att utföra en handling lämnas till domstolarna att avgöra. Olika intressen måste vägas mot varandra och utgången varierar mellan olika tidsperioder, samhällen och sammanhang. Ofta har dessa normativa bedömningar en ideologisk och kulturell bakgrund.¹⁶² I allmänhet gäller att ju mer oönskad en följd är, desto mindre måste risken vara för att det inte skall finnas goda skäl att avstå från att göra något som kan orsaka denna följd. Risken att överföra HIV-smitta vid oskyddat samlag, är exempelvis relativt låg men har regelmässigt bedömts som tillräcklig för ansvar.¹⁶³

Även en *underlåtenhet* att göra något kan vara oaktsam om den innebär ett risktagande i förhållande till en viss följd. Från gärningspersonens synvinkel skall det framstå som möjligt att undvika den oönskade följden om den underlåtna handlingen utförs. Det skall finnas goda skäl att utföra handlingen om man vill undvika följder av en viss typ. I fråga om fysiskt orsakande genom underlåtenhet gäller ett krav på att gärningspersonen befinner sig i garantställning, någon annan underlåtenhet är inte relevant.¹⁶⁴

Risker kan undvikas genom att skyddsåtgärder eller liknande vidtas. Dessa är särskilt betydelsefulla i ett socialt sammanhang. Olika företeelser i samhällslivet såsom biltrafik, arbetsliv, läkarvård eller sportutövning innebär att risker måste tillåtas. Risker vid dessa verksamheter kan begränsas genom krav på olika skyddsåtgärder.¹⁶⁵

Kravet på gärningskontroll gäller inte bara brottstyper som definieras i straffbestämmelser med uttryckligt eller underförstått oaktsamhetsrekvisit. Det gäller också vid uppsåtsbrott, exempelvis sexualbrotten.¹⁶⁶ Kravet på

161. A.a., s. 213.

162. A.a., s. 213.

163. A.a., s. 213. Se även här de hänvisade fallen NJA 1994 s. 614, 1995 s. 119 och 1995 s. 448. Jämför också NJA 1987 s. 490

164. A.a., s. 214-215. En person befinner sig i garantställning om hon eller han ingår i den krets av personer som är ansvariga för att utföra sådana handlingar som om de inte utförs kan leda till straffbar underlåtenhet, se vidare a.a., s. 185 ff.

165. A.a., s. 215-216.

gärningskontroll innebär att straffrättsligt ansvar är uteslutet vid vissa orsaksförlopp, där man efter en normativ bedömning konstaterat att det vore orimligt eller orättvist att hålla den som orsakat handlingen ansvarig för uppkomna följder. Liksom vid culpabrott gäller det att bestämma om en gärning är godtagbar under beaktande av ”arten av de risker varmed gärningen är förknippad, värdet hos det gentemot vilket riskerna riktar sig, det sociala värdet hos gärningen, vilka försiktighetsåtgärder som har varit möjliga och befogade, osv.”¹⁶⁷ Jareborgs framställning är framför allt tillämplig på dödande eller tillfogande av annan skada. Resonemangen ovan är därför inte direkt applicerbara på sexualbrotten. Dessa brott har inte karaktären av risktagande i förhållande till en viss följd och som redan nämnts har gärningspersonen i de allra flesta fall kontroll över gärningen tills brottet fullbordas.¹⁶⁸

2.3.2.4 *Rekvisit för gärnings stridighet mot svensk lag och andra nationella begränsningar*

Rekvisit för gärnings stridighet mot svensk lag

Det tredje formen av gärningsrekvisit som Jareborg tar upp, *rekvisit för gärnings stridighet mot svensk lag*, gäller de nationella begränsningar som finns vid bedömningar av vilka gärningar som utgör brott. Utgångspunkten är att varje stat själv bestämmer över vilka gärningar som skall kriminaliseras och domstolarnas kompetens. Vissa begränsningar följer dock av en allmän folkrättslig princip om otillåtet rättsmissbruk, det vill säga inblandning i andra staters inre angelägenheter.¹⁶⁹

Vissa straffbud har uttryckligt eller indirekt svensk anknytning. Det kan, som exempel på det förstnämnda, röra sig om att gärningspersonen skall vara svensk medborgare (BrB 19:4). I andra fall framgår tolkningsvis eller genom reduktionsslut att brottsdefinitionen har ett begränsat tillämpningsområde i relation till svensk nationalitet. Så är fallet i bestämmelserna

166. Samtliga sexualbrott är uppsåtsbrott. Undantag gäller endast för vissa åldersrekvisit som ingår i sjätte kapitlet BrB. Av BrB 6:11 framgår att det i förhållande till åldersrekvisiten i kapitlet räcker att någon ”inte insåg men hade skäligen anledning anta att den andra personen inte uppnått sådan ålder”.

167. A.a., s. 233.

168. Se mer om gärningsculpa, a.a., s. 211-236.

169. A.a., s. 236.

i 15:e och 17:e kapitlen BrB, som om inte annat direkt framgår, avser svenska myndigheter respektive svensk myndighetsutövning.

De flesta *brottsbalksbrotten* är universellt tillämpliga. De är straffbelagda i hela världen och kan förövas var som helst, förutsatt att det inte finns någon särskild anledning till motsatt bedömning. Liksom övriga brott mot person i BrB kapitel 3-7 är sexualbrotten universellt tillämpliga.¹⁷⁰ Utgångspunkten vid brotten inom *specialstraffrätten* är den omvända, gärningarna utgör brott endast om de förövats på svensk mark. Detsamma gäller brott enligt tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen, TF kapitel 13 och YGL kapitel 10.¹⁷¹

Brottets lokalisering

För att kunna avgöra svensk domstols behörighet enligt 2:a kapitlet BrB, men även för att bestämma om brott är förövat mot svensk lag, är det väsentligt att bestämma gärningsorten för ett brott, det vill säga var det är begånget. Av BrB 2:4 framkommer att ett brott kan anses vara begånget på flera ställen. Ett brott är enligt denna bestämmelse begånget både där det företogs och där det fullbordades.¹⁷² För att lokalisera ett brott i en viss stat räcker det att någon del av brottet har förövats där.¹⁷³ En fysisk handling som utförs i Sverige och utgör en del av ett brott, är således begånget i Sverige även om den omedelbara eller medelbara följden av handlingen har inträffat utomlands. Det räcker med att någon del av handlingen har utförts i Sverige. Ett underlåtenhetsbrott är vidare förövat i Sverige om gärningspersonen befann sig här när hon eller han var skyldig att handla, om det var här handlingen skulle utföras eller om underlåtenheten orsakade en relevant följd här.

Enligt förarbetena till BrB skall ett brott anses fullbordat där en omedelbar följd har inträffat men inte där brottet fullbordats i teknisk mening.¹⁷⁴ Om A i Sverige skjuter mot och träffar B som befinner sig i

170. Detta gäller inte arbetsmiljöbrott i BrB 3:10. Beträffande tillämpligheten av övriga brottsbalksbrott, förmögenhetsbrotten, brotten mot allmänheten och brotten mot staten, hänvisas här till Jareborgs genomgång, a.a., s. 240-242.

171. A.a., s. 242-243 samt s. 246.

172. Eller (vid försök) skulle ha fullbordats.

173. A.a., s. 243. För att motverka orimliga jurisdiktionsanspråk bör faktorer som inte motsvaras i en brottstyps definition utan ligger utanför en brottsbeskrivning, inte tillåtas ge stöd för lokalisering

174. A.a., s. 244.

Norge och B därefter dör i Finland, skulle brott enligt nu nämnda resonemang endast vara begånget i Sverige och Norge. Jareborg menar dock att det stämmer bättre med lagtexten och den allmänna meningen att anse brott begånget i alla tre staterna.¹⁷⁵ Vid medverkan till brott bestäms brottets lokalisering både av medverkansgärningen och huvudgärningen.¹⁷⁶

Jurisdiktion

Bestämmelserna om jurisdiktion är processuella och rör frågan om svensk domstol är behörig att döma till ansvar för vissa gärningar. Utgångspunkten är att en stat har jurisdiktion över brott som har förövats på det egna territoriet.¹⁷⁷ Det finns huvudsakligen fyra sätt genom vilka ett brott kan ges anknytning till ett land: gärningsorten, gärningspersonen, angreppsojektet eller brottet. Enligt folkrättslig sedvanerätt framhålls traditionellt sju principer för tillåten straffrättslig jurisdiktion: territorialitetsprincipen, principen om flaggans lag, den aktiva personaltetsprincipen, den passiva personaltetsprincipen, statsskyddsprincipen, universalitetsprincipen och principen om ställföreträdande straffrättskipning.¹⁷⁸ Tre typer av hänsyn är särskilt betydelsefulla när det är fråga om att bestämma omfånget för en stats jurisdiktion. För det *första* tas hänsyn till statens egna intresse av skydd mot skadliga gärningar och av att upprätthålla ordning på det egna territoriet. För det *andra* finns ett behov av mellanstatligt samarbete för att motverka den alltmer internationaliserade brottsligheten. För det *tredje* måste individens rättssäkerhet tillgodoses, något jurisdiktionsreglerna kan bidra till genom att möjliggöra lagföring där de bästa förutsättningarna finns.¹⁷⁹

Jareborg framhåller två principer för *begränsningar* av jurisdiktionsanspråk,¹⁸⁰ nämligen krav på dubbel straffbarhet och kravet på att saken inte redan skall vara prövad i annan stat (*ne bis in idem*).¹⁸¹ Kravet på dubbel straffbarhet, att gärningen skall vara straffbar även där den för-

175. A.a., s. 244.

176. Se vidare om lokalisering av brott vid osjälvständiga brottsformer och brott där Internet används vid förövandet, a.a., s. 244-245.

177. För detta undantag, se a.a., s. 238 och 253.

178. Se mer om detta a.a., s. 247 samt 250-251.

179. A.a., s. 248.

180. Förutom immunitet för diplomater m.m.

181. A.a., s. 248-249.

övats, BrB 2:2 andra stycket, grundläggs i den enskildes rättssäkerhet. För den enskilde vore det inte förutsägbart att bestraffas i en annan stat, för en gärning som är tillåten på gärningsorten. Även den folkrättsliga noninterventionsprincipen, som innebär att en stat inte skall lägga sig i andra staters angelägenheter, talar för ett krav på dubbel straffbarhet. Det är viktigt att uppmärksamma att kravet på dubbel straffbarhet gäller den konkreta gärningen.¹⁸² I BrB 2:3 uppställs under åtta punkter undantag till principen om dubbel straffbarhet. Undantagen gäller dels vissa allvarliga brott (p. 7) samt brott för vilka Sverige enligt internationella konventioner åtagit sig att ha jurisdiktion (p. 6), dels brott som begåtts på svenska fartyg eller luftfartyg (p. 1), inom försvarsmaktens område eller annars inom försvaret utom riket (p. 2 och 3), av en polis eller person anställd inom tullen eller liknande, i tjänst utom riket (p. 4) och slutligen brott förövade mot Sverige, svensk kommun eller dylikt (p. 5) eller inom område som inte tillhör någon stat och brottet förövats mot svensk medborgare etc. (p. 6).¹⁸³ I dessa fall gäller särskilda regler för åtalsförordnande.¹⁸⁴ Ett uttryckligt undantag från kravet på dubbel straffbarhet finns också i lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor § 3 stycke 1.

Svensk domstol är vidare i flera situationer förhindrad att döma över en gärning som omfattas av en utländsk brottmålsdom. Bestämmelser om detta finns dels i lagstiftning om verkställighet av utländsk brottmålsdom och dels i BrB 2:5 a. Sistnämnda lagrum gäller inte vid tillämpning av lagen (1976:19) om internationellt samarbete rörande lagföring av brott.

Behörigheten för svensk domstol bygger på territorialitetsprincipen och av BrB 2:1 framgår att svensk domstol är behörig att efter svensk lag döma brott som begåtts i Sverige. Detta gäller även om man inte vet var brott är förövat men det finns skäl att anta att det skett i Sverige.¹⁸⁵

182. A.a., s. 249.

183. A.a., s. 252.

184. A.a., s. 251.

185. Se vidare om detta samt krav på åtalsförordnande i vissa fall, a.a., s. 250.

2.3.2.5 Gärnings rättssenlighet

Översiktlig genomgång

Dessa gärningsrekvisit är undantagsregler som gör gärningen berättigad och inte rättsstridig. Ibland används också begreppet ansvarsfrihetsgrund. Reglerna gör att straffbudens tillämpningsområde bättre stämmer överens med lagstiftarens och allmänhetens straffvärdebedömningar. Rekvisiten för gärnings rättssenlighet är konstruerade som frånvaron av olika undantag, nämligen nödvärn, nöd, laga befogenhet, förmans order, samtycke och social adekvans. I samband med sexualbrotten är rekvisiten dock inte relevanta, varken på ett teoretiskt plan eller i rättstillämpningen, varför de här endast redovisas översiktligt.¹⁸⁶ Jag har lagt större vikt vid undantagsregeln om samtycke eftersom den indirekt är aktuell i samband med sexualbrotten.

En gärning som är straffbelagd i övrigt är tillåten om den företas i *nödvärn* förutsatt att den inte är uppenbart oförsvarlig. Detta framgår av BrB 24:1, som uttömmande nämner fyra nödvärnssituationer. För det första kan det vara fråga om ett *påbörjat eller överhängande brottsligt angrepp på person eller egendom*. För att det skall anses vara ett angrepp på egendom förutsätts i princip att någon sorts intrång i besittning äger rum. Om ett angrepp är avslutat föreligger inte längre en nödvärnssituation och för att angreppet skall anses brottsligt krävs vidare att alla brottsförutsättningar skall vara uppfyllda. För det andra kan det vara fråga om *ett hindrande av att egendom återtas på bar gärning*. Faktorer som kan utgöra sådant hinder kan vara våld eller hot om våld men även vägran att stanna vid tillrop. Uttrycket "bar gärning" innebär att det skall vara fråga om ett återtagande, som i sig måste vara tillåtet, direkt på brottsplatsen eller under det att gärningspersonen kontinuerligt förföljs därifrån. Den tredje situationen är *olovligt intrång i rum, hus, gård eller fartyg eller försök därtill* och den fjärde *vägran att på tillsägelse lämna annans bostad*.

Nödvärnsgärningen måste vara en försvarsåtgärd som riktar sig mot angriparen personligen eller något av hans eller hennes intressen. Den behöver dock inte utföras av den som utsätts för angreppet – även nöd-

186. För en mer detaljerad genomgång hänvisas här till Jareborg (2001), s. 254-301. I samband med våldtäkt i krig, som jag inte behandlar, skulle dock undantaget om förmans order kunna vara aktuellt.

värnshjälp är rättsenlig, vilket framgår av BrB 24:5.¹⁸⁷ En nödvärnsgärning är brottslig om den med hänsyn till angreppets beskaffenhet, det angripnas betydelse och omständigheterna i övrigt är uppenbart oförsvarlig. Den vägledande principen i försvarlighetsbedömningen är att ”försvarsgärningen inte får klart avvika från vad som har varit behövligt, och att det inte får råda ett uppenbart missförhållande mellan nödvärnsgärningen och den skada som hotar genom angreppet.”¹⁸⁸

I brottmål är det åklagaren som har bevisbördan för att den tilltalade har begått gärningen.¹⁸⁹ Det skall vara ”ställt utom rimligt tvivel” att så är fallet. Av HD:s praxis framgår även att åklagaren har bevisbördan för att rätt till nödvärn *inte* föreligger.¹⁹⁰ Åklagaren skall visa att nödvärnsinvändningen framstår som obefogad. I vissa fall kan åklagaren styrka sitt åtal även utan någon egentlig bevisning i nödvärnsfrågan.¹⁹¹ Det sagda gäller även beträffande övriga undantagsregler som gör en straffbelagd gärning rättsenlig.

Bestämmelsen om *nöd* finns införd i BrB 24:4. Av denna bestämmelse, som är subsidiär till BrB 24:1-3, framgår att en straffbelagd gärning som förövas i vissa fall av nöd inte är straffbar, om den inte är oförsvarlig. För att en nödsituation skall föreligga krävs att en fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse. Sistnämnda kan vara fara som hotar vitala allmänna intressen, exempelvis en spion som skall lämna ut uppgifter om rikets försvar till främmande makt.¹⁹² De i praktiken vanligaste fallen är dock att liv eller hälsa hotas. Vid nöd krävs inte, såsom vid nödvärn, att nödsituationen har uppkommit genom mänskligt handlande. Typiska nödfall är att någon angrips av djur eller går vilse i fjällen och måste bryta sig in i förråd för att överleva.¹⁹³ Nödrätten tillkommer även annan än den som själv är i nöd, exempelvis när någon tar en båt från en person för att rädda någon annan som håller på att drunkna.¹⁹⁴ I princip kan en straffbelagd gärning

187. Se även a.a., s. 259-260 samt angivna rättsfall.

188. A.a., s. 260. Se vidare s. 260-262 samt där refererade rättsfall. I sammanhanget kan särskilt anmärkas rättsfallet NJA 1990 s. 370 som rörde ett livsfarligt strupgrepp, som tillätits som försvarshandling vid våldräkt.

189. Se till exempel NJA 1980 s. 725 samt Diesen, Christian (1994) *Bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm, s.64 ff. Se även nedan avsnitt 2.5.

190. Jareborg a.a., s. 262.

191. A.a., 262-263.

192. A.a., s. 264.

193. A.a., s. 264.

194. A.a., s. 265.

av vilken typ som helst företas i nöd.¹⁹⁵ I samband med sexualbrott är en nödinvändning dock inte aktuell.

Som redan nämnts kan nöd endast föreligga om en gärning inte är oförsvarlig. Vid försvarlighetsbedömningen skall hänsyn tas till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt.¹⁹⁶ Principiellt krävs att gärningen skall vara påkallad av ett intresse av betydligt större vikt än det som offras. Det är aldrig tillåtet att på grund av nöd offra en annans liv, vilket det kan vara på grund av nödvärn.¹⁹⁷ Det finns även vissa särskilt reglerade situationer, som innehåller speciella föreskrifter om tillåtet agerande i nödsituationer.¹⁹⁸

Enligt BrB 24:8 är det inte ett brott om en straffbelagd gärning utförs *på order av den under vars lydnad* gärningspersonen står, om hon eller han med hänsyn till lydadsförhållandets art, gärningens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt har att lyda ordern.¹⁹⁹

Förutom de undantagsfall som nu redovisats samt samtycke som behandlas i nästföljande avsnitt, finns ytterligare oskrivna undantagsregler, som gör en gärning *socialadekvat*. Termen social adekvans, som behövs som "slasktratt" eller "säkerhetsventil", åsyftar en juridisk slutsats och inte ett argument eller skäl för att inte anse brott föreligga. Särskilda regler behövs för sport och liknande samt vissa åtgärder inom hälso- och sjukvården.

Samtycke – allmänt

Undantagsregeln om samtycke innebär att en gärning som någon begår med *samtycke* från den mot vilken den riktas, är brottslig endast om gärningen är oförsvarlig. Detta framgår sedan 1994 av BrB 24:7. Bestämelsen kodifierar vad som tidigare gällde utan stöd i skriven lag.

Om någon samtycker till en gärning innebär det att hon eller han godtar eller tillåter den.²⁰⁰ Ett samtycke kan vara *kategoriskt*, vilket innebär att det inte är villkorat. Ett *villkorat* samtycke däremot innebär att

195. A.a., s. 265.

196. A.a., s. 265-267.

197. A.a., s. 260-262.

198. A.a., s. 267. Angående den offentlighetsrättsliga maktutövningen, se a.a., s. 268-279. Beträffande polisens laga befogenhet, se Noreé, Annika (2000) *Laga befogenhet. Polisens rätt att använda våld*, Jure, Stockholm.

199. Se vidare om denna undantagsregel, Jareborg (2001), s. 279-281.

200. Se om samtycke, a.a., s. 282-290.

det inte föreligger något samtycke om inte villkoret först är uppfyllt och skall i sin tur skiljas från ett *begränsat* samtycke som utgör ett kategoriskt samtycke inom den begränsning som angetts.

Inom straffrätten finns inte något krav på att samtycket måste vara uttryckt och inte heller något annat krav som gäller samtyckets form. Det väsentliga är om gärningen *faktiskt* har godtagits. En annan sak är att det kan innebära bevisvärigheter vid så kallade inre samtycken, som inte manifesterats för omvärlden. Samtycket måste ha förelegat vid tidpunkten för gärningen och, vid tidsutsträckta gärningar, under hela den tid som gärningspersonen har skeendet under kontroll.

För att ett samtycke skall vara *giltigt* ställs följande krav:

- Den som ger samtycket måste ha *behörighet att förfoga* över intresset. I samband med brott mot person är ingen i princip behörig att förfoga över annan än sig själv.²⁰¹
- Den som samtycker måste vara *kapabel att förstå innebörden* av ett samtycke, det vill säga hon eller han måste dels ha uppnått en viss mognad, dels ha en någorlunda korrekt verklighetsuppfattning. Det finns dock inte någon bindning till viss ålder eller andra omständigheter som kan göra en rättshandling ogiltig. För varje enskild person får istället avgöras om hon eller han har förmågan att göra denna bedömning, vilket innebär att erfarenhet kan ha en avgörande betydelse vid bedömningen av unga personers förmåga.
- Samtycket skall lämnas *frivilligt*, det vill säga inte ha tillkommit under tvång, och under insikt om relevanta förhållanden. Villfarelse eller okunnighet rörande någon omständighet gör samtycket ogiltigt, om samtycke inte skulle ha lämnats vid kännedom om de rätta förhållandena.
- Samtycket skall vara *allvarligt menat*. Det är till exempel inte fråga om giltigt samtycke vid skämt eller provokation i form av skenbart samtycke för att få någon att föröva brott. Eftersom gärningspersonen här kan tro att samtycke föreligger kan det dock vara så att kravet på uppsåt inte alltid är uppfyllt i sådana fall.

201. Se dock föräldrabalken 6:2 och vårdnadshavares möjlighet att samtycka för barns räkning i vissa fall.

Jareborg nämner två besläktade former av godtagande eller givande av tillstånd, som måste skiljas från samtycke enligt bestämmelsen i BrB 24:7. Dessa är för det första *myndighetsbeslut* som innebär tillstånd till något som annars vore otillåtet och som oftast benämns licens, behörighet, tillstånd, dispens etc. För det andra är det fråga om sådana fall där samtycke kan vara relevant genom *tolkning av brottsbeskrivningen*. Flera brottstyper innehåller krav på att gärningen skall vara "olovlig", "otillbörlig" eller "obehörig". I dessa fall kan man enligt Jareborg mycket väl ställa lägre krav än enligt den allmänna undantagsregeln, när det gäller vilka former av samtycke som kan vara relevanta. Detta sker exempelvis vid tillgreppsbrotten i 8 kapitlet BrB, där det inte är uteslutet att den som saknar rättshandlingsförmåga kan ge relevant samtycke.²⁰² Angående brottsrekvisitet *tvång* menar Jareborg att det kan "väl tänkas att tvång utesluts av ett samtycke, som inte helt uppfyller de krav som nämnts ovan [samtycke enligt BrB 24:7]."²⁰³

Samtycke som ansvarsfrihetsgrund har stor betydelse vid vissa av brotten mot person, nämligen brotten enligt BrB 3:e och 5:e kapitlen samt i vissa fall enligt 4:e kapitlet. Sexualbrotten är däremot konstruerade så att bestämmelsen i BrB 24:7 inte är aktuell. I de fall där samtycke är relevant är det fråga om tolkning av brottsbeskrivningen.²⁰⁴

Enligt motiven till BrB 24:7 omfattar bestämmelsen inte *hypotetiskt samtycke*, ibland även kallat presumerat samtycke. Det sägs dock att det inte är helt uteslutet att sådant samtycke kan få ansvarsbefriande verkan. Termen hypotetiskt samtycke innebär att faktiskt samtycke inte förelegat men att vederbörande skulle ha samtyckt om hon eller han haft anledning att ta ställning eller hade känt till alla relevanta omständigheter.²⁰⁵

Vid försvarlighetsbedömningen enligt BrB 24:7 skall man beakta den skada, kränkning eller fara som gärningen medför, dess syfte och övriga omständigheter. I fall som inte berör BrB kapitel 3-5 är gärningen åtminstone försvarlig när samtycket avser förfogande över egendom.

När samtycket avser den egna kroppen är utgångspunkten som nämnts att envar är behörig att förfoga över sin egen kropp. Detta inne-

202. Jareborg (2001), s. 285.

203. A.a., s. 285, samt ytterligare om samtycke vid brott mot staten respektive allmänheten samt vid förmögenhetsbrotten och de specialstraffrättsliga brotten a.a., s. 285-286.

204. A.a., s. 286. Detta gäller även vid brotten mot familjen i BrB kapitel 7.

205. A.a., s. 286.

bär inte att samtycke alltid har befriande verkan, när någon förövar en gärning i enlighet med 3:e kapitlet mot en person som samtycker. Samtycke till *dödande* utesluter aldrig ansvar även om gränsen mellan dödan- de av annan med dennes samtycke och icke straffbelagd medverkan till annans självmord är otydlig.²⁰⁶

Vidare är vissa typer av *misshandel* med samtycke tillåtna medan andra är otillåtna. En del handlingar, bland annat kastrering och sterilisering, som annars skulle ha kvalificerats som grov misshandel, har reglerats sär- skilt i lag.²⁰⁷ De omständigheter som har betydelse vid avgörandet av om samtycke skall göra en gärning enligt BrB 3:5 tillåten är främst skadans art, faran för ytterligare skada, gärningspersonens syfte och gärningens sociala värde. Särskild vikt bör läggas vid skadans art.²⁰⁸ Vid grov miss- handel, BrB 3:6, får dock samtycke anses sakna betydelse som ansvars- uteslutande faktor, oberoende av skadans art. Ett samtycke kan möjligt- vis medföra att en handling som annars skulle anses grov klassificeras som misshandel enligt BrB 3:5.²⁰⁹

Enligt motiven till BrB 24:7 är gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan densamma som gränsen mellan ringa misshandel och miss- handel av normalgraden. Det kan dock finnas fall där gärningen är att bedöma som misshandel av normalgraden men där omständigheterna är sådana att samtycke bör medföra ansvarsfrihet.²¹⁰

Eftersom bestämmelserna i BrB 24:7 som nämnts inte är tillämpliga på sexualbrotten tar jag i det följande upp på vilket sätt samtycke kan vara aktuellt i samband med dessa brott. Diskussionen avser i första hand våldtäktsbrottet.

Samtycke i samband med sexualbrott

Det är främst vid *tolkningen* av olika tvångsrekvisit som samtycke kan vara relevant vid bedömningen av vissa sexualbrott. Även om ett sam- tycke inte helt uppfyller kraven enligt BrB 24:7 kan det ändå som nämnts utesluta tvång. De bestämmelser som kan komma ifråga är våld- täkt (BrB 6:1) och sexuellt tvång (BrB 6:2) avseende rekvisitet tvång,

206. A.a., s. 287 samt 423-426.

207. A.a., s. 287-288.

208. A.a., s. 288.

209. A.a., s. 288.

210. A.a., s. 288-290.

samt sexuellt utnyttjande (BrB 6:3) och sexuellt ofredande (BrB 6:7) vad beträffar rekvisitet förmår.²¹¹ Däremot har samtycke enligt Jareborg *inte* betydelse för om rekvisitet otillbörligt utnyttjande skall anses föreligga,²¹² trots att han anser att samtycke generellt sett är relevant vid tolkningen av rekvisitet "otillbörligt".²¹³ Tvånget i våldtäktsparagrafen innebär enligt lagtexten att någon genom *våld* eller genom *hot* som innebär eller för den hotade framstår som *trängande fara* tvingar någon annan till en viss sexualhandling. Med våld jämföras enligt lagtexten att *försätta* någon i *vanmakt*. Detta tvångsbegrepp är detsamma som i rånparagrafen och kallas också råntvång. Lagtexten fokuserar således på *förövarens* beteende och offret berörs endast indirekt genom formuleringen "tvingar någon *annan*". Av detta följer att det tvång som anges i lagtexten skall bestå av *våld*, ett visst *hot* eller *försättande* i vanmakt.

Att offrets samtycke har betydelse vid tolkningen av tvång i samband med våldtäkt framkommer också av brottsbalkskommentaren, enligt vilken detta samtycke berörs genom att offrets *motstånd* diskuteras:

Brottsbeskrivningen innehåller inte något krav på att offret skall ha gjort *motstånd*. Denne skall dock ha varit tvingad till det sexuella umgänget.²¹⁴

Kravet på att offret skall tvingas till det sexuella umgänget kopplas här till offrets motstånd även om det inte uppställs något krav på att offret skall göra motstånd.²¹⁵

Likasa anser straffrättaren Suzanne Wennberg att "samtycke från offret utesluter ansvar för våldtäkt".²¹⁶

Processrättaren Helena Sutorius²¹⁷ menar att tvånget i detta sammanhang "torde ligga i just föreställningen om gärningsmannens ensidiga ge-

211. Se nedan avsnitt "De gränsdragande rekvisiten" för en genomgång av de olika tvångsrekvisiten.

212. A.a., s. 286. Detta åsyftar brottet sexuellt utnyttjande i BrB 6:3. Suzanne Wennberg är inne på samma linje, Wennberg, Suzanne (1997) Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1997-98, Stockholm, s. 506-512, s. 512.

213. Jareborg (2001), s. 285.

214. Holmquist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken. En kommentar (Kap. 1-12), Brotten mot person och förmögensbrotten m.m.*, Norstedts, Stockholm, Supplement 9, s. 6:7, min kursivering.

215. Detta överensstämmer med högsta domstolens resonemang i NJA 1988 s. 40, s. 49.

216. Wennberg (1997), s. 512. Wennberg är dock något motsägelsefull i sina resonemang, vilket jag återkommer till nedan.

nomdrivande av sin egen vilja, i strid mot offrets, sedda i kombination.²¹⁸, samt att våldtäktslagstiftningen bygger på att frånvaron av uttryckt motvilja presumerar vilja.²¹⁹

Samtycke ingår inte i den straffrättsliga definitionen av våldtäkt²²⁰ och den ovan nämnda legalitetsprincipen begränsar tolkningen av straffrättslig lagtext.²²¹ Trots detta råder således i *doktrinen* stor enighet om att offrets samtycke skall vägas in i bedömningen av om tvång föreligger i samband med våldtäkt.²²² Även i *förfarbetena* till aktuell lagstiftning ges uttryck för ett liknande synsätt. Här sägs till exempel att det är tillräckligt för våldtäktsansvar med det våld som gärningsmannen utför när han skiljer en kvinnas ben åt när hon gör *motstånd* genom att knipa ihop benen.²²³ Gärningspersonens utövande av tvång, här i form av våld, relateras som vi kan se till offrets potentiella samtycke, i exemplet uttryckt i form av icke-samtycke genom kvinnans motstånd. Frågan om offrets samtycke är central även i *HD:s praxis* i våldtäktsmål.²²⁴

I betänkandet från 1998 års sexualbrottskommitté berörs också samtyckets betydelse vid prövningen och tolkningen av våldtäktsbestämmelsen. Kommittén konstaterar att offrets icke-samtycke är en förutsättning för att våldtäkt skall föreligga enligt nu gällande lagstiftning: "Om det finns ett giltigt samtycke är det inte våldtäkt."²²⁵ Det är enligt kommittén svårt att veta vad som skall krävas beträffande samtycke i samband med våldtäkt men, fortsätter man, "[a]nvändningen och tolkningen av

217. Sutorius postumt utgivna avhandling behandlar bevisprövning vid sexualbrott, se Sutorius/Kaldal (2003).

218. Sutorius, Helena (1997) Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1997-1998, s. 1297-1309, s. 1298.

219. Sutorius (1997), s. 1305.

220. Se nedan under "De gränsdragande rekvisiten".

221. Se om lagtolkning i samband med frågan om brott föreligger, Jareborg (2001), s. 106 ff.

222. Här diskuteras endast våldtäkt men resonemanget gäller även sexuellt tvång.

223. SOU 1982:61, s. 72-73 och 145 samt prop. 1983/84: 105, s. 18.

224. Se mer om detta under "Bevishandlingen i våldtäktsmål från högsta domstolen". Se även Andersson, Ulrika (2001) *The Unbounded Body of the Law of Rape: The Intrusive Criterion of Non-Consent*. I: Nousiainen m. fl a.a., s. 331-351 och Andersson, Ulrika (2001) *Det gränslöst feminina. Kvinnliga kroppar och sexualiteter i rättslig hantering av våldtäkt*. I: Inger Lövkrona (red.) *Mord, misshandel och sexuella övergrepp. Historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*, Nordic Academic Press, Lund, s. 168-187.

225. SOU 2001:14, s. 126.

samtycke i en våldtäktsbestämmelse bör vara förenliga med allmänna regler om samtyckets betydelse i straffrätten.”²²⁶

Relationen mellan förövarens tvång och offrets samtycke är således något som tas för givet i arbetet med det kommande lagförslaget. Oavsett hur våldtäktsparagrafen kommer att utformas ifrågasätter lagstiftaren inte detta samband, vilket gör att resonemangen här är aktuella även i detta avseende.²²⁷

Sambandet mellan förövarens tvång och offrets bristande samtycke tycks vara något självklart. Det finns en outtalad förväntan på offret att agera eller på annat sätt uttrycka sin vilja. Detta ifrågasätts sällan.²²⁸ I det följande analyserar jag därför relationen mellan tvång och samtycke i samband med sexualbrotten, utifrån ett rättsdogmatiskt perspektiv.²²⁹

Samtycke och sexualbrott – en rättsdogmatisk analys

Enligt förarbeten, praxis och rättsvetenskaplig doktrin förknippas tvångsbegreppet i våldtäktsbestämmelsen med offrets samtycke till sexuell samvaro. Tvånget relateras således till offrets vilja, som alltså blir avgörande för hur tvånget skall bedömas och om det anses uppfyllt i ett enskilt fall.²³⁰ Argumentationen i den rättsliga hanteringen ger uttryck för att detta är ett självklart faktum, som inte kan eller bör ifrågasättas.²³¹

Innebörden av samtycke vid prövningen av våldtäkt kan jämföras med betydelsen av samtycke som ansvarsfrihetsgrund, ett undantag som gör en gärning rättsenlig enligt BrB 24:7. Den rättsligt sett mest avgörande skillnaden mellan dessa två former av samtycke är att den senare handlar om samtycke till en *rättsstridig gärning*, exempelvis misshandel. Av BrB 24:7 följer att förekomsten av samtycke från den som utsätts för den rättsstridiga gärningen, gör denna gärning rättsenlig.

226. A.a., s. 133.

227. Dessutom tyder allt på att även den kommande våldtäktsbestämmelsen kommer att bygga på förövarens tvång och inte bristen på offrets samtycke, se SOU 2001:14, s. 162 ff., samt förslag från justitiedepartementets straffrättsenhet, memororia 2003-11-17, s. 2-6.

228. Se dock Sutorius (1997), s. 1305-1306, och Sutorius/Kaldal (2003), s. 168-183.

229. Jag diskuterar här i första hand våldtäktsbrottet.

230. Se vidare om detta i avsnitt ”Bevishanteringen i våldtäktsmål från högsta domstolen” och kapitel 3.

231. Se Andersson 2001a, s. 345 f. samt SOU 2001:14, s. 133-134.

Samtycke i samband med våldtäkt används istället som en självklar tolkning av tvångsbegreppet och avser samtycke till *sexuell samvaro*, alltså en handling som inte är rättsstridig. Offrets samtycke till sexuell samvaro blir ofta avgörande för frågan om gärningen är rättsstridig, det vill säga om tvång föreligger. Som en följd av den rättsliga definitionen av våldtäkt och att sexualhandlingarna i våldtäktsparagrafen definieras utifrån ett sammanhang för ömsesidig sexualitet,²³² innebär frånvaron av tvång att den aktuella handlingen betraktas som ömsesidig sexuell samvaro. Denna avgörande skillnad mellan de olika formerna av samtycke har dock inte uppmärksammats i doktrinen.

Jareborg menar implicit att de principer som gäller enligt BrB 24:7 skall vara vägledande i de fall där samtycke är en del av tolkningen av ett rekvisit, dock inte tillämpas lika strikt.²³³ Med andra ord skall man inte behöva ställa lika höga krav på det samtycke som tolkningsvis utgör en del av vissa rekvisit, exempelvis tvångsrekvisitet i våldtäktsparagrafen. Det är därför av intresse att titta närmare på vad som är utmärkande för tillämpningen av BrB 24:7.

Den mest centrala förutsättningen för tillämpningen av BrB 24:7 är det rättsskyddsobjekt som lämnar det eventuella samtycket. För att samtycket skall vara giltigt krävs som visats att det avges av ett autonomt och rationellt subjekt som gör ett fritt val att utsätta sig för en gärning, vilken utan det aktuella samtycket är rättsstridig. Framför allt är samtyckesläran tillämplig vid tillfogande av kroppsskada. Som nämnts ovan är det exempelvis möjligt att samtycka till ringa misshandel som i princip utgör gränsen för den kroppsskada man anses kunna samtycka till enligt svensk rätt.²³⁴

Det är svårt att se likheter med nu nämnda förutsättningar och en våldtäktssituation,²³⁵ vilken oftast utmärks av en ojämlig könsmaktsrelation mellan två eller flera parter, en interaktion som enligt den rättsliga tolkningsramen kan betraktas som sexuell samvaro.²³⁶ Subjektet är i denna situation inte autonomt och det eventuella samtycket gäller inte en

232. Se under "Sexualhandlingar" nedan.

233. Se Jareborg (2001), s. 285.

234. Se vidare a.a., s. 288 f.

235. Därmed inte sagt att subjektet är autonomt i en misshandelsituation men denna fråga diskuteras inte här.

236. I strikt rättslig mening betraktas en aktuell händelse som sexuell samvaro tills tvånget, eller motsvarande, är bevisat.

handling som i sig är rättsstridig och klandervärd utan en händelse som i den rättsliga kontexten betraktas som en ömsesidig sexualakt tills just brist på samtycke, tvång, anses bevisat.

Frågan huruvida tvång är för handen kommer således många gånger att avgöras av den ena partens *samtycke* till *sexuell samvaro*. Relationen mellan tvång och samtycke blir här extra komplicerad eftersom förutsättningen för giltigt samtycke enligt BrB 24:7 annars är att det skall avgas frivilligt *utan* tvång.²³⁷ Frågan om tvång är för handen avgörs alltså av om samtycke inte föreligger samtidigt som det för att samtycke ska kunna föreligga krävs att tvång inte gör det. Det tycks också vara så, i motsats till när nämnda bestämmelse tillämpas, att domstolarna i samband med våldtäkt utgår från att samtycke till sexuell samvaro föreligger om inte annat visas.²³⁸ Detta hänger till viss del samman med att gärningspersonens tvång anses vara detsamma som offrets icke-samtycke. Av oskyldighetspresumtionen följer vidare att det inte är fråga om tvång förrän icke-samtycke är bevisat.²³⁹

Förutom att det så kallade samtycket till sexuell samvaro i sig är impregnerat av föreställningar om kön och sexualitet, av typen att kvinnor ”säger nej men menar ja”, är själva grunden för detta samtycke kvinnlig underordning. Den brittiska statsvetaren Carole Pateman ifrågasätter att kvinnor ska samtycka till något som hon menar inte tjänar deras syften och, framför allt, att de implicit ger sitt samtycke som en *reaktion* på sin underlägsna status:

Consent must always be given *to* something; in the relationship between the sexes, it is always women who are held to consent to men. The “naturally” superior, active, and sexually aggressive male makes an initiative, or offers a contract, to which a “naturally” subordinate, passive woman “consents”. An egalitarian sexual relationship cannot rest on this basis; it cannot be grounded in “consent”. Perhaps the

237. Jämför Gauthier, Jeffrey A. (1999) Consent, Coercion and Sexual Autonomy. I: Keith Burgess-Jackson (red.) *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*, Oxford University Press, New York – Oxford, s. 71-91, s. 76.
238. Detta hänger ihop med synen på rättsskyddsobjektets kropp och sexualitet, något som tas upp i kapitel 3, 4 och 5. Jämför också Sutorius (1997), s. 1305. Som redan nämnts menar hon att lagstiftningen bygger på att frånvaron av uttryckt motvilja presumeras vilja.
239. Som Sutorius påpekar (1997), s. 1298 och 1304 f., är det ju här fråga om *tolkningar av offrets handlande* (eller brist på handlande) vilket innebär att en person anses våldtagen om hon eller han har sagt nej trots att hon eller han ”hemskt gärna ville”, så länge inte motsatsen kommit till uttryck så att vålds- eller hotrekvisitet kan anses uppfyllt.

most telling aspect of the problem of women and consent is that we lack a language through which to help constitute a form of personal life in which two equals freely agree to create a lasting association together.²⁴⁰

Även den amerikanska filosofen Ann J. Cahill diskuterar att kvinnor förväntas *reagera* på och *besvara* mäns erbjudanden (eller krav):

Nevertheless, underlying the emphasis on consent in sexual relations is the assumption that the proper place of women is essentially a *reactionary* one, where their participation is almost always reduced to a *response* to the offers (or demands) of a male.²⁴¹

Trots att det som visats råder stor enighet i doktrinen om sambandet mellan tvång och samtycke vid fall av våldtäkt, ges här inte mycket ledning angående grunden för detta resonemang. Dock står det klart att samtycke från offret, till samlag eller annat sexuellt umgänge, anses utesluta våldtäkt. Wennberg är emellertid något motsägelsefull när hon i en och samma artikel hävdar att samtycke från offret utesluter ansvar för våldtäkt sedan hon först betonat att tvång inte skall sammankopplas med *icke frivilligt handlande* eller *handlande i strid med offrets vilja*.²⁴² Om samtycke inte skall relateras till tvånget och på det sättet utesluta ansvar, förstår jag inte vad hon menar. Och är inte en eventuell brist på samtycke detsamma som att tala om icke frivilligt handlande eller handlande i strid med offrets vilja?

Förutom att jag är enig med Pateman och Cahill är min uppfattning att relationen mellan tvång och samtycke i ett strikt rättsdogmatiskt sammanhang är ett självklart faktum som inte behöver ifrågasättas. Tvång i samband med våldtäkt anses vara detsamma som frånvaro av samtycke till sexuell samvaro, varför tolkningen och bevisningen av tvång självklart skall relateras till offrets samtycke eller frivillighet.²⁴³

240. Cahill (2001), s. 174, som citerar Carole Pateman (1980) *Women and Consent*. I: *Political Theory* 8 (2), s. 149-168, s. 164.

241. Cahill (2001), s. 173, mina kursiveringar. Se vidare om samtycke i samband med våldtäkt, a.a., s. 169-175.

242. Wennberg (1997), s. 508 jämfört med s. 512. Se även Wennberg (1998).

243. Grunden för detta resonemang är synen på det autonoma avgränsade rättsskydds-subjektet. Detta kan jämföras med rättsskyddssubjektets öppna kropp och tillgängliga sexualitet, som jag menar produceras i olika diskurser. Se vidare analyserna i kapitel 3 och 4.

Gärningspersonens uppsåt i förhållande till offrets samtycke kommer att behandlas i följande avsnitt som tar upp de olika skuldrekvisiten, rekvisiten för personligt ansvar.

2.3.3 Skuldrekvisit

2.3.3.1 Introduktion

Av BrB 1:2 framgår att en gärning skall anses som brott endast när den begås uppsåtligen, om inte annat framkommer av den enskilda brottsbestämmelsen. Ingen av de två grundläggande skuldformerna som förekommer i svensk straffrätt, uppsåt eller oaktsamhet, har definierats i lag men i praxis och doktrin förekommer en begreppsbildning, som jag går igenom nedan.²⁴⁴ För sexualbrottens del gäller att det krävs uppsåt till samtliga rekvisit²⁴⁵ varför större vikt läggs vid uppsåtet här. Täckningsprincipen innebär att gärningspersonens uppsåt respektive oaktsamhet bör täcka den faktiska rättsstridiga gärningen. Det skall vidare förekomma uppsåt eller oaktsamhet vid tiden för den kontrollerade gärningen, åtminstone under gärningens slutfas.²⁴⁶

Som nämnts är oaktsamheten kriminaliserad endast om den tas upp särskilt i en straffbestämmelse.²⁴⁷ Många brottstyper kräver antingen uppsåt eller oaktsamhet, vilket innebär att det krävs åtminstone oaktsamhet. Ibland krävs uppsåt i vissa delar, medan det räcker med oaktsamhet i andra, så kallade *blandade skuldrekvisit*.²⁴⁸ Det förekommer även *preciserade skuldrekvisit*, vilket innebär att det ställs strängare krav än vad som framkommer av "uppsåt" respektive "oaktsamhet" som avser alla former av uppsåt respektive oaktsamhet.²⁴⁹

244. Detta avsnitt bygger i huvudsak på Jareborgs framställning (2001), s. 302-376.

245. Undantag gäller som nämnts ovan för de rekvisit som avser viss ålder, se BrB 6:11.

246. Jareborg (2001), s. 334-336. Se även om undantag till täckningsprincipen m.m., a.a., s. 336-358 samt om ursäktande omständigheter och frivilligt tillbakaträdande, a.a., s. 358-376.

247. Detta gäller numera även för specialstraffrätten.

248. Se vidare a.a., s. 330-331.

249. Se vidare a.a., s. 331. Se även beträffande strikt ansvar och uppsåtspresumtionen vid yttrandefrihetsbrott, a.a., s. 332-333 samt om straffvärde och klander avseende uppsåts- respektive oaktsamhetsbrott, a.a., s. 325-330.

2.3.3.2 Uppsåt

En uppsåtlig gärning brukar beskrivas som en handling som begås med *vett och vilja* eller att gärningspersonen *förstår* vad hon eller han gör. Typfallet av en uppsåtlig gärning beskrivs av Jareborg som en ”medveten, kontrollerad handling eller underlåtenhet.”²⁵⁰ Det finns i princip tre olika former av uppsåt i svensk straffrätt.

Direkt uppsåt kommer endast i fråga i förhållande till följder av en gärning. En följd som omfattas av direkt uppsåt är ett syfte med gärningen, antingen som ett mål eller som ett genomgångsled till ett mål. Både en gärning som innebär att någon dödar en människa för att hon eller han är arg på denne och när någon tar livet av en annan för att ta dennes pengar, omfattas av direkt uppsåt. Det måste således vara en medveten, kontrollerad handling som utförs för att den andre skall dö.²⁵¹

Även *indirekt uppsåt* aktualiseras endast i förhållande till följder. Indirekt uppsåt innebär att gärningspersonen ser den aktuella följden som en nödvändighet, det vill säga något som säkert hör ihop med den åsyftade följden.²⁵² Gärningspersonen förstår att följden skall inträffa som ett resultat av gärningen men följden är inte syftet.²⁵³

Den tredje formen av uppsåt, *eventuellt uppsåt*, kan förekomma både i förhållande till följder och gärningsomständigheter. I anslutning till *följder* krävs dels att gärningspersonen förstår att följden kan inträffa som ett resultat av gärningen, *misstanke*, och dels att det vid ett *hypotetiskt prov* kan hållas för visst att gärningspersonen skulle ha företagit gärningen, även om hon eller han varit säker på att följden skulle inträffa. Det hypotetiska provet motsvarar vad gärningspersonen skulle ha gjort i det sinnestillstånd hon eller han var i vid gärningstillfället, inte vad hon eller han skulle ha gjort vid närmare eftertanke. Vad gäller *gärningsomständigheter* skall gärningspersonen dels på motsvarande sätt ha misstänkt att något förhöll sig på ett visst sätt, dels skall det stå klart att hon eller han

250. A.a., s. 310.

251. A.a., s. 310-311.

252. Det indirekta uppsåtet omfattar även bieffekter av en kontrollerad medveten gärning, a.a., s. 311.

253. För ett exempel på denna uppsåtsform, se a.a. För redan föreliggande gärningsomständigheter eller framtida händelser eller tillstånd som inte har orsakssamband med gärningen talas om *vanligt uppsåt* som formuleras som ett krav på visshet, vilket motsvarar indirekt uppsåt i fråga om följder, se vidare om detta och andra begrepp, a.a. s. 313-315 och 318-319.

skulle ha utfört gärningen, även om hon eller han var säker på att omständigheten förelåg. I samband med sexualbrotten ställs frågan om uppsåt främst på sin spets i anknytning till det gränsdragande rekvisitet, tvånget eller utnyttjandet. Detta utvecklas något i avsnittet nedan om uppsåt i samband med sexualbrott.

Det eventuella uppsåtet i dess hypotetiska form är i Sverige sedan omkring år 1950 avgörande för hur man drar gränsen mellan uppsåt (dolus) och oaktsamhet (culpa).²⁵⁴ I några uppmärksammade mål²⁵⁵ har HD avisat en annan metod för att dra denna gräns. Frågan gällde i dessa fall om sannolikhetsuppsåtet, som förekommer i dansk och norsk rätt, också skulle användas i svensk rätt.

Det eventuella uppsåtet har också utsatts för mycket kritik. Det har bland annat hävdats att det hypotetiska provet lätt kan leda till att bedömningen riktas in på gärningspersonen, snarare än den konkreta gärningen och att den som tidigare dömts för brott missgynnas. Vidare kan det rent allmänt vara svårt att förstå att gränsen för vad som är en uppsåtlig gärning skall avgöras utifrån antaganden om vad den tilltalade skulle ha gjort under andra förhållanden än de som faktiskt förelegat.²⁵⁶ Ett alternativ till det hypotetiska eventuella uppsåtet är ett *faktiskt* eventuellt uppsåt som innebär detsamma som det hypotetiska, med den skillnaden att gärningspersonen själv har tagit ställning vid gärningstillfället och sagt sig att gärningen skulle ha utförts även om det varit säkert att följderna skulle inträffa respektive omständigheten förelegat.²⁵⁷ Straffansvarsutredningen, som bland annat utredde frågan om gränsen mellan oaktsamhet och uppsåt, föreslog att denna gräns skulle dras med hjälp av ett insiktsuppsåt, som är en form av kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Förslaget antogs dock inte, dels på grund av remissvarens synpunkter och dels på grund av skepsis till om underlaget för reformen var tillräckligt.²⁵⁸

Frågan har nyligen åter tagits upp i ett fall från högsta domstolen.²⁵⁹ Läget får dock sägas vara än mer oklart, då domstolen var delad i inte

254. A.a., s. 316.

255. NJA 1959 s. 63 och NJA 1980 s. 514.

256. Se till exempel Jareborg (2001), s. 316-318 och Asp, Petter, Träskman, Per Ole, Westin, Håkan och Zila, Josef (2002) Uppsåtets nedre gräns. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 2002/2003 s. 613-639, 614 och 623 samt Träskman (1985), s. 66 ff.

257. Jareborg (2001), s. 315-316.

258. Se vidare SOU 1996:185 del I, s. 55 och 127 ff och prop. 2000/01:85, s. 13.

mindre än tre olika meningar. Fallet gällde en person som kört en bil rakt emot en annan person som klarat sig undan från att bli påkörd endast genom att hoppa åt sidan. Den del av domstolen som bestämde utgången fällde den tilltalade till ansvar för försök till grov misshandel genom ett slags likgiltighetsuppsåt: ”avsevärd risk för...svår kroppsskada, något som [den tilltalade] måste ha insett...[den tilltalade:s] körsätt visar också att han var likgiltig för om [J] skulle åsamkas en sådan skada”. Två andra justitieråd ville istället fälla till ansvar med tillämpning av en sorts kvalificerat sannolikhetsuppsåt: ”[den tilltalade har] måst inse att det förelåg en alldeles övervägande sannolikhet för att [J] skulle åsamkas svår kroppsskada”. Ett justitieråd ville fria den tilltalade genom en tillämpning av eventuellt uppsåt på den grunden att det ”inte med tillräcklig grad av säkerhet [kunde] fastslås att det hos [den tilltalade] förelegat ett eventuellt uppsåt att försöka skada [J]”.

HD tillämpade således tre olika former av uppsåt och frågan är hur fallet skall tolkas med tanke på hur gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet skall dras i framtiden, särskilt i relation till det eventuella uppsåtet. I kommentarer till fallet har konstaterats att det innebär att det eventuella uppsåtet i dess hypotetiska form ”skall förkastas” eller inte längre ”framstår som huvudalternativ” samt att den uppsåtsform som nu skall tillämpas som gräns mot den medvetna culpan, i första hand skall grundas på en sannolikhetsbedömning, med eller utan likgiltighetsbedömning.²⁶⁰

259. NJA 2002 s. 449. Nedanstående sammanfattning av detta rättsfall utgår från Asps redogörelse, se Asp, Träskman, Westin och Zila a.a., s. 615-616. Se även Cavallin, Samuel (2003) Om uppsåtspövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 2003/04, s. 3-16.

260. Se vidare Asp, Träskman, Westin och Zila a.a., s. 623 ff. och 630. I sitt överklagande av den omtalade Tumbadomen, Svea Hovrätt, 2003-11-03, mål B 4086-03, betonade riksåklagaren bland annat att det med tanke på denna utveckling i praxis var av intresse att ytterligare belysa hur det straffrättsliga uppsåtsbegreppet skall tillämpas i förhållande till gärningsmoment, se RÅ 2003/12154, s. 2 ff.

2.3.3.3 Uppsåt i samband med sexualbrott

De flesta av de diskussioner som förs om det eventuella uppsåtet och övriga former som skall utgöra gränsen mellan uppsåt och (medveten)²⁶¹ culpa relaterar till följder, varför resonemangen inte direkt är relevanta för sexualbrotten. Av rättspraxis kan man sluta sig till att frågan om uppsåt i många av sexualbrottmålen inte prövas uttalat.²⁶² Om uppsåtet berörs direkt handlar det oftast om den tilltalades uppsåt i förhållande till målsägandens *icke-samtycke* eller *bristande vilja* att delta i den aktuella handlingen, vilket motsvarar de gränsdragande rekvisiten tvång eller utnyttjande. Enligt täckningsprincipen skall uppsåtet i fråga om våldtäkt omfatta ett tvång som består av våld, hot eller försättande i vanmakt. Gärningspersonen skall alltså ha haft insikt om användandet av våld, hot eller försättande i vanmakt och att detta inneburit att offret tvingats till sexualhandlingen i fråga. I NJA 1988 s. 40 påpekade domstolen i detta sammanhang att det måste vara ställt bortom rimligt tvivel att det aktuella samlaget skett mot *målsägandens vilja* och att den tilltalade "haft detta klart för sig eller i vart fall haft att räkna med det."²⁶³ Sistnämnda formulering om den tilltalades skuld brukar användas när det är fråga om oaktsamhet.²⁶⁴ Om det *eventuella uppsåtet* hade använts, skulle domstolen först bedömt om den tilltalade misstänkte att samlaget var mot målsägandens vilja och därefter om han skulle ha genomfört samlaget även om han var säker på detta. Med en tillämpning av *sannolikhetsuppsåtet* skulle domstolen tagit ställning till om den tilltalade insåg att en övervägande sannolikhet talade för att samlaget var mot målsägandens vilja. Trots att det är tvånget som särskiljer våldtäkt från en ömsesidig sexuell relation eller handling diskuterar domstolarna således den tilltalades uppsåt i förhållande till målsägandens vilja. Så är fallet särskilt när det är fråga om rekvisitet för våld.²⁶⁵

I förarbetena till den nuvarande våldtäktsparagrafen talade sexualbrottskommittén om gärningspersonens uppsåt i förhållande till en hot-

261. Se mer om denna form av oaktsamhet nedan.

262. Se dock Tumbadomen, s. 14-17, där domstolen gjorde en omfattande uppsåtsprövning. Jämför Träskman (1985), s. 57.

263. NJA 1988 s. 40, s. 49.

264. Jämför Jareborg (2001), s. 323.

265. Jämför med Tumbadomen, s. 17, där hovrätten talade om målsägandens *frivillighet* trots att fallet rörde sexuellt utnyttjande.

full situation utifrån det eventuella uppsåtet och relaterade då till offrets vilja:

Med faktisk insikt kan enligt reglerna om eventuellt uppsåt likställas vissa fall då gärningsmannen hade anledning att förstå hur kvinnan uppfattade situationen. Gärningsmannen var t. ex osäker på om kvinnan upplevde situationen som hotfull och omständigheterna var sådana att man kan hålla för visst att gärningsmannen skulle ha gjort övergreppet även om han faktiskt hade förstått att kvinnan kände sig hotad.²⁶⁶

En uttalad prövning av uppsåtet är sannolikt vanligare i de fall där det inte förekommer så mycket yttre våld eller hot.

2.3.3.4 Oaktsamhet

Oaktsamhet, eller culpa, förekommer som nämnts ovan även som ett gärningsrekvisit. Den personliga culpan förekommer i två former, nämligen medveten oaktsamhet och omedveten oaktsamhet.²⁶⁷

Medveten oaktsamhet är detsamma som misstanke eller tveksamhet och skillnaden i förhållande till det eventuella uppsåtet är endast att det hypotetiska provet besvaras negativt. Den som är medvetet oaktsam är dock mindre klandervärd än den som handlar uppsåtligt eftersom hans eller hennes ligkiltighet är mindre förkastlig, hon eller han är ju endast ligkiltig inför risken att något händer eller föreligger.

Omedveten oaktsamhet kan beskrivas så att gärningspersonen hade skälig anledning att anta eller borde ha förstått att en viss följd skulle inträffa eller att en viss omständighet förelåg.²⁶⁸ Den omedvetna culpan kan i allmänna termer beskrivas som ett åsidosättande av en undersöknings- eller kontrollplikt. Gärningspersonen klandras här för att hon eller han inte har visat tillräcklig aktsamhet när det gäller att undvika att göra något, som hon eller han förutsätts inte vilja göra, nämligen föröva en otillåten gärning.²⁶⁹

266. SOU 1982:61, s. 146.

267. Jareborg (2001) s. 319-321.

268. Beträffande relationen mellan gärningsculpa och personlig culpa, se a.a., s. 320.

269. Se mer om omedveten culpa samt om culpabedömningen, a.a., s. 321-325.

2.4 Straffrättsliga definitioner

2.4.1 Rättshistorisk bakgrund

De brott som motsvarar dagens sexualbrott har historiskt sett haft varierande rättsskyddsintressen. Bestämmelserna har betraktats som både egendomsbrott och frihetsbrott. Detta har också kommit till uttryck i de straffrättsliga definitionerna. Detta rättshistoriska avsnitt syftar till att ge en övergripande bakgrund till dagens bestämmelser.²⁷⁰ Framförallt betonas våldtäktsbrottet men även andra brott tas upp. Huvudfrågorna är vilka skyddsintressen som fokuserats historiskt samt hur de gränsdragande rekvisiten utformats.

2.4.1.1 De medeltida lagarna och tiden före 1734 års lag

Kvinnofriden infördes i lagstiftningen någon gång vid mitten av 1200-talet och omfattade både kvinnorov och våldtäkt.²⁷¹ Tillsammans med den övriga fridslagstiftningen var införandet av dessa bestämmelser ett led i försöken att *begränsa fejderna* i samhället.²⁷² De medeltida lagarna gällde för det mesta förhållanden mellan släkter som representerades av män.²⁷³

I det släktbaserade medeltida samhället var också äktenskapet, som bildade allianser och strukturerade egendomsöverföringen mellan släkter och generationer, en viktig institution. I det medeltida sammanhanget bör våldtäkt därför betraktas som en fientlig handling, som i vidare mening riktades mot de män i vars släkt kvinnan ingick, trots att det konkret utfördes mot en kvinna. Handlingen kunde också anses vara riktad mot det äktenskapsavtal som hon var en del av. Det var en allvarlig kränkning av släktens rättigheter att ta en kvinna med *våld* som bröt det monopol som den äkta mannen hade över hennes reproduktivitet.²⁷⁴ I

270. Se även Sutorius/Kaldal (2003), s. 32-39, för en redogörelse för den rättshistoriska bakgrunden i relation till samhälleliga förändringar.

271. Jansson (2002), s. 293-294 med tillhörande referenser.

272. A.a., s. 19, 294 och 296.

273. I vissa fall kunde kvinnans släktingar eller make straffa hennes handlande, a.a., s. 295-296.

274. A.a., s. 294-295.

lagtexter från denna tid var det också *våldet* som var den uttalade *gränsdragande* faktorn. Varken kvinnans vilja eller samtycke nämndes här.²⁷⁵

De medeltida lagarna innehöll således inga uttryckliga krav på att våldtäkt skulle ske mot kvinnans vilja. Historikern Karin Hassan Jansson påpekar att flera forskare sett en förändring över tid angående betydelsen av kvinnans vilja i samband med våldtäkt. Som förklaring till att viljan inte direkt betonades i våldtäktslagstiftningen under medeltiden, framförs av många att handlingen under denna tid sågs som ett *egendomsbrott*. Kvinnans sexualitet stals från de män som ansvarade för henne. Sett mot denna bakgrund var kvinnans individuella vilja inte så viktig.²⁷⁶ Senare, när våldtäkt betraktades som ett brott mot person och kvinnan som individ fick ta större rättsligt ansvar för sina handlingar, kom kvinnans vilja att få större betydelse.²⁷⁷

Däremot finns flera exempel från vissa av landskapslagarna där kvinnans ovilja togs upp i samband med bevisningen. Av Kristoffers landslag krävdes i detta avseende att kvinnan hade ropat, gjort motstånd så att blånad eller blodvite uppkommit eller att parternas kläder blivit rivna,²⁷⁸ för att en våldtäktsanklagelse skulle prövas vid de svenska tingen.

Enligt Jansson framstår ropet som det allra mest grundläggande beviset i denna fråga.²⁷⁹ I Gutalagen markerades värdet på ropet som bevis i ett stadgande om vittnesmål, där kvinnans rop vid våldtäkt väger lika mycket som om ”han hade varit där och sett det med ögonen”.²⁸⁰ I flera av landskapslagarna nämns också rivna kläder, märken på någon av parterna eller ”blånad och blåvite”, som tecken på våldtäkt.²⁸¹ Dessa tecken ansågs vittna om mannens våldsamhet och förutsatte kvinnans motstånd. Jansson anför att grundtanken var

275. A.a., s. 165.

276. A.a., s. 165. Jämför Burgess-Jackson, Keith (1996) *Rape. A Philosophical Investigation*, Dartmouth Publishing, Aldershot – Brookfield USA – Singapore – Sydney, s. 43-64. Burgess-Jackson redogör för tre olika teorier om våldtäkt. Den *konservativa* teorin betraktar dessa brott som egendomsbrott medan den *liberala* teorin ser våldtäkt som ett våldsbrott och utgår från ett autonomt subjekt som tillerkänns självbestämmanderätt och kan samtycka. Enligt den tredje teorin, den *radikala*, betraktas våldtäkt som en könsrelaterad kränkning, för vilken den rådande könsmaktordningen är grundläggande.

277. Jansson (2002), s. 165.

278. A.a., s. 162 med tillhörande hänvisningar.

279. A.a., s. 163 och not 6 där exempel från Bibeln och olika landskapslagar återges.

280. A.a., s. 163 och not 8.

281. A.a., s. 163 och noterna 7 och 9.

att om kvinnan inte frivilligt blottade sin kropp var mannen tvungen att riva upp hennes kläder och om hon inte frivilligt lät sig hävdas var han tvungen att utöva fysiskt våld mot henne för att få sin vilja fram. Frånvaron av rivna kläder, blånader och blodvite pekade därför mot att kvinnan samtyckt till umgänget med mannen.²⁸²

Under 1600-talet och första halvan av 1700-talet sågs våldtäkt framförallt som ett *våldsbrott* och ett *ordningsbrott*. Våldtäkterna kränkte det civila rättssamhällets ordning, friden, och den hushållsordning som givits av staten och kyrkan.²⁸³ Jansson menar att argumentationen i våldtäktsmålen från denna period, utgången i målen samt den rådande hushållsordningen tillsammans tyder på att det var *manligheten* som var problematisk i förhållande till våldtäkt och frivilliga föräktenskapliga relationer. Argument om att kvinnan skulle vara villig och därför inte tagits med våld var inte vanliga och accepterades sällan av rätten. Istället godtogs oftare bilden av den ärbara kvinnan som framfördes i kvinnornas berättelser om våldtäkt.²⁸⁴ Detta berodde till stor del på den vid tiden dominerande föreställningen om att män hade en sexuell drift, tog initiativ till sexuell umgänge, genomförde den sexuella akten samt lägrade eller hävdade kvinnan.²⁸⁵ Denna föreställning verkade till fördel för kvinnor i samband med våldtäkt, då inte särskilt mycket uppmärksamhet riktades mot deras beteende eller status, vare sig i socialt eller sexuellt hänseende. Mannen var subjektet – vid våldtäktsbrottet och den sexuella akten – och kvinnan objektet. Mot slutet av 1600-talet och under 1700-talet förändrades synen på våldtäkt. I rättsligt avseende²⁸⁶ blev kvinnan ett subjekt i samband med samlagsbrotten och i rätterna fokuserades kvinnan och hennes vilja alltmer.²⁸⁷

2.4.1.2 1734 års lag

Den nu nämnda förändringen i synen på våldtäkt beskrivs av Jansson som en successiv och motsägelsefull process. En viktig del i förändrings-

282. A.a., s. 163.

283. A.a., s. 298-299.

284. A.a., s. 301.

285. A.a., s. 299-301. Jämför avsnitt 1.3.2 ovan.

286. A.a., s. 165 och 301.

287. A.a., s. 301-302.

processen var att normerna och lagarna kring föräktenskapligt umgänge ändrades. Utifrån en ny praxis, som bekräftades i kungliga förordningar på 1680- och 90-talet, skrevs brottsbeteckningen "lönskaläge" in i 1734 års lag. Denna ersatte den äldre rubriceringen "mökränkning" och innebar att både kvinnan och mannen kunde straffas för föräktenskapligt umgänge som lett till barn men inte äktenskap.²⁸⁸ Förändringen innebar som nämnts att kvinnor blev självständiga rättssubjekt. Mannen och kvinnan delade på det rättsliga ansvaret, vilket troligtvis påverkade, eller hade påverkats av, synen på det moraliska ansvaret. Även om mannen fortfarande betraktades som den sexuellt aktive parten sågs kvinnan inte längre som vare sig rättsligt eller moraliskt oansvarig.²⁸⁹ Det uttrycktes dock en ambivalens när det gäller denna likställdhet. I lagkommissionen diskuterades om det borde införas en åtskillnad vid brottet "lönskaläge", mellan kvinnor som blivit lockade till den aktuella handlingen och andra.²⁹⁰ Men det infördes inte någon skillnad i 1734 års lag. Istället skulle alla kvinnor som begick lönskaläge bestraffas lika.²⁹¹ Dessa föreställningar om att kvinnor ibland inte borde hållas ansvariga för sitt föräktenskapliga umgänge fanns trots detta kvar långt in på 1700-talet och kunde även påverka straffet i våldtäktsmål.²⁹²

I och med nu nämnda förändring i synen på kvinnans ansvar vid samlagsbrott blev kvinnans (*o*)vilja till sexuellt umgänge en mer avgörande skillnad mellan våldtäkt och annat utomäktenskapligt sexuellt umgänge. Lagens nya bestämmelser, som var en kodifiering av redan gällande praxis, och skiljde på barn, "avvita" kvinnor och andra kvinnor, konstruerade också två typer av våldtäktsoffer. Minderåriga och "avvita" kvinnor ansågs ovettiga eller oförmögna att ha och/eller uttrycka vilja. De blev "*viljelösa*" objekt. Andra kvinnor skulle bevisa att "lägersmålet" skett med våld och emot deras vilja för att handlingen skulle ses som våldtäkt. De blev tydliga subjekt med *egen vilja*.²⁹³

Mot slutet av 1700-talet fick det sexuella momentet i samband med våldtäkt större betydelse. Enligt lagtexten omfattade sexualhandlingen

288. A.a., s. 302.

289. A.a., s. 303.

290. Se även Lundius, anförd av Jansson (2002), s. 303.

291. A.a., s. 303 samt där anförda referenser.

292. A.a., s. 304. Jansson nämner här att *bestraffningen* kunde påverkas, vilket jag närmast tolkar som straffmätningen.

293. A.a., s. 305.

”otukt” vilket dels innebar att brottet inte kunde begås inom äktenskapet och dels att det inte krävdes samlag. Sexualiseringen innebar också att våldtäktsbrottet förkroppsligades. Det blev vanligare att offrets fysiska skador och konkreta kroppsliga detaljer utreddes och offret undersöktes noggrant av läkare, barnmorskor och andra. Medicinvetenskapens inflytande över hur våldtäkt skulle definieras kom härmed att öka. Det diskuterades vilket kroppsligt övergrepp som skulle krävas för våldtäkt. Var det när de yttre delarna av kvinnans könsorgan var skadade eller krävdes att mödomshinnan var förstörd? Sexualiseringen och förkroppsligandet innebar en begränsning av våldtäktsbrottet jämfört med tidigare. Rätterna började nu också att intressera sig mer för kvinnans agerande i samband med våldtäkt. Sådana faktorer som tidigare kunde framkomma i våldtäktsmål utan att rätterna gav dem någon avgörande vikt ansågs nu motsäga kvinnornas påståenden om våldtäkt. Det kunde vara att offret tidigare haft, eller visat intresse för, sexuellt umgänge, eller att hon varit ute ensam och inledningsvis inte haft något emot mannens sällskap.²⁹⁴

Jansson konstaterar att det vid slutet av 1700-talet, i och med subjektivering av kvinnan,²⁹⁵ var *kvinnligheten* snarare än manligheten som var problematisk i samband med våldtäkt. Till skillnad från tidigare kunde kvinnan nu betraktas som ett villigt subjekt – det var nu den ”ärbara kvinnlighetens gränser som diskuterades, formulerades och dramatiserades i rannsakingarna om våldtäkt.”²⁹⁶

Vid införandet av 1734 års lag togs våldtäktsbrottet in i missgärningabalken. Av § 22 framgick förutom våldet att för våldtäkt också krävdes att samlaget skett mot kvinnans vilja.²⁹⁷ Däremot fanns inte kvar några krav på att de bevis som nämnts ovan skulle läggas fram vid våldtäkt. Lagkommentarer från denna tid betonade att dessa tecken varken var nödvändiga eller tillräckliga bevis för att våldtäkt skett. David Nehrman konstaterade exempelvis att:

hävddandet kan vara skett med våld, utan dessa tecken, eller äntligen (slutligen) frivilligt, fast dessa finns.²⁹⁸

294. A.a. Jämför Ekström (2002).

295. A.a., s. 305.

296. A.a., s. 306, samt där anförda hänvisningar.

297. A.a., s. 162.

298. Nehrman, David (1756) *Inledning till then Swenska Jurisprudentiam Criminalem, efter Sveriges Rikes Lag och stadgar*, Gottfried Kiesewetter, Stockholm – Upsala, s. 419. Se även Jansson (2002), s 163.

Trots denna medvetenhet om att våldtäkt kunde ske utan de klassiska tecknen fortsatte rätterna att lägga vikt vid dessa traditionella bevis även efter införandet av 1734 års lag.²⁹⁹

Jansson sammanfattar förändringen i synen på våldtäkt under 1600- och 1700-talet som en förändringsprocess med fyra dominerande inslag, nämligen subjektivering, sexualisering, förkroppsligande samt ”från manlighet och makt till kvinnlighet och moral.”³⁰⁰

Den nya synen på våldtäkt som inriktades på person istället för position, på individ istället för samhälle och på kropp istället för ära, kodifierades sedan i 1864 års bestämmelser om våldtäkt, som nu skall diskuteras.³⁰¹

2.4.1.3 1864 års strafflag

Skyddsintresse

Den nu nämnda inriktningen på person och individ uttrycktes i 1864 års strafflag (SL) som betonade just skyddet för *individens* frihet. Våldtäktsbrottet placerades bland *frihetsbrotten*. I sin redogörelse för innebörden av begreppet frihet i relation till våldtäktsbrotten påpekade straffrättaren Johan Hagströmer att den frihet som kränktes då någon genom att droga en kvinna ”bereder sig tillfälle till köttsligt umgänge med henne”³⁰² kunde beskrivas som frihet i bemärkelsen *viljefriheten i psykologisk mening*: ”människans makt att själf bestämma hvad hon vill, hennes förmåga att i detta afseende välja mellan olika möjligheter”.³⁰³ Det var dock inte friheten i denna bemärkelse som avsågs för alla frihetsbrott.³⁰⁴ Däremot kunde frihet, förstådd som *handlingsfrihet*, det vill säga människans rätt att fritt ”oberoende av främmande tvång, så som hon vill bestämma över sina göranden och låtanden.”³⁰⁵ appliceras på alla typexempel som Hag-

299. Jansson (2002), s. 163.

300. A.a., s. 309.

301. Se vidare om kopplingen mellan kvinnors ärbarhet och trovärdighet, a.a., s. 310.

302. Hagströmer, Johan (1906-1909) *Svensk straffrätt. Föreläsningar. Band II*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, s. 242.

303. A.a., s. 242.

304. För en mer utförlig diskussion om innebörden av begreppet frihet, se a.a., s. 242 f.

305. A.a., s. 243.

strömer diskuterade.³⁰⁶ Handlingsfriheten ansågs kunna vara total eller partiell. I anslutning till våldtäktsbrotten påpekade Hagströmer:

En annan viktig sida af handlingsfriheten bildas af kvinnans rätt att bestämma öfver sin person med afseende å könsumgänget.³⁰⁷

I samband med våldtäkt och andra sexuella övergrepp innebar frihet alltså rätten att bestämma över sin egen person i sexuellt avseende men även makten att bestämma vad man vill och att kunna välja mellan olika möjligheter. Det var således kvinnans *viljefrihet* och *handlingsfrihet* i sexuellt avseende som skulle skyddas med hjälp av dessa bestämmelser. Utgångspunkten är ett modernt rättsskyddssubjekt som är autonomt och förväntas ha möjlighet att bestämma över sin person utifrån en modern syn på frihet.³⁰⁸ Denna våldtäktsdefinition ger uttryck för det som i doktrinen benämns den *liberala* våldtäktsteorin.³⁰⁹

I utarbetandet av den nya lagen diskuterades även hur våldtäktsbrottet skulle graderas mellan våldtäkt av ärbara kvinnor och prostituerade.³¹⁰ Straffrättaren Carl Schlyter skrev exempelvis om lägre straffsätser för kvinnor som "låter sig brukas till skörlevnad".³¹¹ Jansson jämför detta med vad som uttalats om våldtäkt hundra år tidigare.³¹² Båda uttalandena utgår från att våldtäktsbrottets allvarlighetsgrad har med kvinnans ärbarhet att göra. Hundra år tidigare talades om en "redan kränkt" kvinna. Schlyter diskuterade om en lösaktig kvinnas motstånd inte var allvarligt menat samt om en sådan kvinna hade "skumma" motiv med sin anmälan om våldtäktsbrott.³¹³ Trots att lagen nu inriktades på kroppen istället för äran³¹⁴ visar dessa resonemang att den kvinnliga ärbarheten fortfarande var aktuell i samband med våldtäkt.

306. A.a., s. 243.

307. A.a., s. 244.

308. Se till exempel Halldenius, Lena (2001) *Liberty Revisited. A historical and systematic account of an egalitarian conception of liberty and legitimacy*, Bokbox Förlag, Lund, s. 33 – 171.

309. Burgess-Jackson (1996), s. 49 – 53.

310. Jansson (2002), s. 309.

311. A.a., s. 310.

312. A.a., s. 310.

313. A.a., s. 310.

314. A.a., s. 310.

Bestämmelser

Allmänt

Våldtäktsbrotten togs in i SL 15:12, 13 och 15. Enligt SL 15:12 innebar våldtäkt följande:

Tager man quinna med våld och, emot hennes vilja, med henne öfvar otukt, eller tvingar man henne därtill genom hot, som innebär trängande fara³¹⁵.

De gränsdragande rekvisiten var här att mannen skall ha utövat otukt³¹⁶ genom *våld* och att detta skall ha varit *emot kvinnans vilja*. Även *hot* som innebar trängande fara räknades här som medel för tvång vid våldtäkt. Enligt Hagströmer omfattade kravet på att otukten skulle ha skett emot kvinnans vilja även hot-fallen, även om detta inte direkt framgick av lagtexten. Han menade att det var naturligt att inte ta upp formuleringen om kvinnans vilja i anslutning till hotet eftersom det regelmässigt inte kan vara fråga om hot "därest saken ej varit kvinnan emot".³¹⁷ Undantagsvis kunde så vara fallet, exempelvis om kvinnan gripits av sådan skräck att hon blivit fysiskt förlamad eller medvetlös eller försatts i sinnesförvirring. "Detta kan naturligen hafva varit fallet med en kvinna, som i själfva verket ej haft något emot att gärningsmannen fått sin vilja fram."³¹⁸

Våld och hot

Hagströmer menade att det enligt våldtäktsbestämmelsen krävdes ganska kraftigt våld.³¹⁹ Det skulle vara fråga om ett våld som antingen omöjliggjorde ett effektivt motstånd från kvinnans sida eller "nedbryter ett af kvinnan till det yttersta gjordt motstånd."³²⁰ Det förstnämnda avsåg exempelvis att kvinnan bundits eller bedövats genom slag. Det sistnämnda, att kvinnan erbjöd ett till det yttersta gjordt motstånd, omfattade inte att hon gav efter för att hon fann "det för mödosamt att göra motstånd"³²¹ Inte heller att hon insett att allt motstånd var meningslöst eller att hon

315. SL 15:12. Se även Hagströmer (1906), s. 365 f.

316. Termen otukt innebar att samlag inte var ett krav, se vidare a.a., s. 363 f.

317. A.a., s. 368 och not 1 samma sida.

318. A.a., s. 368.

319. A.a., s. 366.

320. A.a., s. 366.

321. A.a., s. 366.

funnit det bättre att underkasta sig våldet för att hon fruktade värre våld.³²² Följaktligen krävdes här verkligen att kvinnan gjorde ett synligt fysiskt motstånd tills hon blev helt och hållet övermannad.

Trots att denna våldtäktsbestämmelse som nämnts innehöll ett utryckligt krav på att mannen skulle ta kvinnan mot hennes vilja relaterades således även våldsrekvisitet till kvinnans vilja.

Det hot som krävdes skulle vara omedelbart förestående och vara av allvarlig beskaffenhet.³²³ Detta innebar att det fordrades mer än ”vanlig själsstyrka hos kvinnan för att emotstå det ifrågavarande hotet.”³²⁴

Kvinnans vilja

För straffbarhet enligt våldtäktsbestämmelsen krävdes också att det inte förelåg samtycke från kvinnan.³²⁵ Detta gäller både ett verkligt samtycke³²⁶ och ett med ”fog presumerat sådant”.³²⁷ Störst betydelse hade viljan i förhållande till våldet eftersom det enligt straffbudet krävdes att otukten utövades med våld och ”emot kvinnans vilja”. Som nämnts ansåg Hagströmer att detta sannolikt gällde även när det var fråga om hot. För att kravet på ”emot kvinnans vilja” skulle anses vara uppfyllt krävdes att kvinnan, om hon blivit tillfrågad om otukten skulle äga rum eller inte äga rum, vid det aktuella tillfället, hade besvarat frågan nekande. Att kvinnan gjort motstånd så gott hon kunnat, ansågs också bevisa att vad som skett var henne emot.³²⁸ Enligt Hagströmer hade dock kravet på att händelsen skall ha skett mot kvinnans vilja liten praktisk betydelse. Det fanns ytterst sällan skäl att tvivla på att detta krav var uppfyllt, i de fall där övriga förutsättningar enligt våldtäktsbestämmelsen var uppfyllda:

322. A.a. Våldet kan dock i detta fall komma att verka som hot om ytterligare våld som kan innebära trängande fara, se vidare a.a.

323. A.a., s. 367.

324. A.a. Även här relateras således hotet till offrets, kvinnans, beteende. Se vidare om detta i avsnitt 2.5.4 samt analyserna i kapitel 3 och 4.

325. Kvinnans vilja hade således betydelse både i förhållande till våldet och som eget rekvisit.

326. Som exempel på ett verkligt samtycke anför Hagströmer att kvinnan säger ”Du får våldtaga mig, om du råar på mig”, a.a., s. 368. Jämför detta med vad som enligt gällande rätt anses vara fallet beträffande samtycke i samband med våldtäkt och övriga sexualbrott, se under ”Samtycke i samband med sexualbrott”.

327. A.a., s. 368.

328. Hagströmer menar att ett motstånd dock inte utesluter att ”hon i grund och botten ej haft något emot, att det gått så, som det gått.”, a.a., s. 369.

Om således t.ex. X., som mött kvinnan Y. ute på marken, störtat sig öfver henne, tilldelat henne ett slag i hufvudet, så att hon medvetlös segnat ned, och därefter öfvat otukt med henne, fordras ej något särskilt bevis för att otukten öfvats med Y. emot hennes vilja”, utan eger man antaga att så varit fallet, därest intet häntyder på ett motsatt förhållande.³²⁹

Beträffande kravet på uppsåt för rekvisitet ”emot kvinnans vilja” ansåg Hagströmer slutligen att gärningsmannen³³⁰ inte kunde fällas för våldtäkt om han påstod sig ha trott att det inträffade inte var emot kvinnans vilja, förutsatt att detta inte kunde motsägas av omständigheterna i målet.³³¹

Olika tillstånd hos kvinnan

Våldtäktsansvaret utsträcktes i SL 15:13 och 15 även till andra fall än våld eller hot, nämligen när någon ”övar otukt med qvinna som är försatt i yrsel, sömn eller vanmakt så att hon saknar bruket av fri vilja eller är ur stånd att värja sig.” Hade förövaren själv, med uppsåt att öva otukt med kvinnan,³³² försatt henne i sådant tillstånd, skulle han enligt SL 15:13³³³ dömas enligt våldtäktsbestämmelsen i SL 15:12. Om gärningsmannen inte själv hade försatt kvinnan i något av dessa tillstånd men väl utnyttjat en sådan situation dömdes han enligt en lägre straffskala än vid normalvåldtäkten.³³⁴

I de nu nämnda bestämmelserna infördes således egenskaper hos kvinnan som gränsdragande faktorer i brottsdefinitionerna. I den ena bestämmelsen, SL 15:13, krävdes som nämnts även att förövaren själv hade försatt kvinnan i något av de angivna tillstånden, yrsel, sömn eller vanmakt. Detta skulle ha skett genom ”döfvande eller annat medel”.³³⁵ Bestämmelsen omfattade även posthypnotiska tillstånd, i vilka en person tvingades att handla på ett visst sätt av en inre makt.³³⁶ Uttrycket yrsel

329. A.a., s. 369.

330. Eftersom dessa texter endast omfattade manliga förövare och kvinnliga offer använder jag samma term som Hagströmer här, nämligen gärningsman.

331. Hagströmer (1906), s. 369.

332. A.a., s. 374.

333. Kvinnans vilja betraktades på motsvarande sätt i samband med detta brott.

334. För straffskalan se SOU 1953:14, s. 231. Se även Hagströmer (1906), s. 373-374.

335. Hagströmer (1906), s. 373.

336. A.a., s. 373. Se även not 1 denna sida där det anförs att hit även räknas könsdriftens uppeggande genom så kallade afrodisiaka, ”därest verkligen på denna väg en oemotståndlig drift kan åstadkommas, något som emellertid må betvivlas.”

omfattade "ett tillstånd av druckenhet" om detta inte kunde falla in under "sömn" eller "vanmakt". "Druckenheten" skulle ha varit sådan att den verkligen hade haft något av de nämnda tillstånden som följd. Det kunde inte vara fråga om en situation där kvinnan själv försatt sig i det berusade tillståndet, även om hon påverkats av mannen eller, om det skett ouppsåtligt, att kvinnan omåttligt njutit av något även om hon inte kände till dess "rusgifvande beskaffenhet".³³⁷ Uttrycket vanmakt avser ett patologiskt tillstånd och ej endast ett mekaniskt sådant, exempelvis att kvinnan bundits.³³⁸ De olika tillstånden skulle ha inneburit att hon "saknar bruket av fri vilja"³³⁹ eller var "ur stånd att sig värja".³⁴⁰ Det förstnämnda åsyftade att hon inte hade förmågan att själv bestämma vad hon ville utan var bunden av någon för hennes personlighet främmande kraft. Det sistnämnda avsåg att kvinnan inte kunde förverkliga sin vilja, särskilt att hennes fysiska krafter var förlamade så att hon inte effektivt kunde göra motstånd.

Den som övat otukt med en kvinna som befann sig i någon av de nu nämnda tillstånden bestraffades som nämnts enligt en lägre straffskala i SL 15:16. Bestämmelsen omfattade även fall där förövaren försatt kvinnan i de olika tillstånden utan uppsåt att utöva otukt med henne men sedan ändå gjort det.³⁴¹

De nu nämnda gränsdragande faktorerna var som nämnts mer inriktade på kvinnan än de i våldtäktsbestämmelsen i 15:12. Istället för ett beteende som utövats av förövaren stod offrets, det vill säga kvinnans, tillstånd i centrum. De olika tillstånden, yrsel, sömn eller vanmakt, skulle ha inneburit att kvinnan inte kunde uttrycka sin vilja. Enligt SL 15:13 krävdes som nämnts också att förövaren orsakat offrets tillstånd. Den avgörande gränsen var trots detta offrets tillstånd. I doktrinen framkom att offrets samtycke även i dessa fall kunde utesluta gärningens rättsstridighet.³⁴² Det betonades även att det inte kunde vara fråga om brott "om en man enligt förut träffad öfverenskommelse lägrat en kvinna, sedan hon

337. A.a., s. 373, samt not 2.

338. Detta omfattades istället av 15:12.

339. Hagströmer (1906), s. 373.

340. A.a., 373.

341. A.a., s. 375-376.

342. Hagströmer framhåller att vad som sägs om samtycke och kvinnans vilja även omfattade § 13 men att det här hade lite praktisk betydelse, a.a., s. 376 samt not 1 samma sida.

blifvit berusad vid en gemensam måltid.”³⁴³ Inte heller skulle det anses vara brottsligt om en man hade samlag med sin älskarinna, om hon befann sig i något av de angivna tillstånden och det kunde antas att hon, om hon blivit tillfrågad, skulle ha lämnat samtycke till händelsen.³⁴⁴ Om detta antagande var en missuppfattning gjorde förövarens bristande uppsåt att mannen inte kunde fällas till ansvar.³⁴⁵ Liksom för våldtäkt enligt 15:12 krävdes enligt Hagströmer även enligt 15:13 att gärningen skett mot kvinnans vilja, vilket också måste ha omfattats av förövarens uppsåt.³⁴⁶

Sammanfattning

Som visats avsåg våldtäktsbrotten i 1864 år strafflag att skydda kvinnans frihet i sexuellt avseende. Vid utformningen av de enskilda brotten hade både *förövarens våld* och *offrets vilja* eller *tillstånd* betydelse som gränsdragande faktor. Trots att våldet respektive hotet var bärande delar av våldtäktsbrottet i 15:12, betonades även i lagtexten att händelsen skulle ha skett ”emot kvinnans vilja”, något som i doktrinen dock uppfattades ha liten praktisk betydelse. Hagströmer påpekade som nämnts att det sannolikt var ytterst sällsynt att övriga förutsättningar för våldtäkt skulle vara för handen i en situation som inte var mot kvinnans vilja och som exempel angav han att en man tilldelar ett slag i huvudet på kvinnan så att hon blir medvetlös och därefter ”övar otukt med henne”.³⁴⁷ Att en sådan händelse skulle ha skett i enlighet med kvinnans vilja behövde inte övervägas, om det inte hade kommit fram någon omständighet som talade för detta.³⁴⁸ I det nyss nämnda exemplet framstod *våldet* som mer betydelsefullt och något som skedde *separat* från kvinnans beteende och vilja. Detta kan jämföras med hur samtida doktrin resonerar kring våldsrekvisitet i våldtäktsparagrafen. Här sätts i stället våldet och dess omfattning, och därmed frågan om detta rekvisit är uppfyllt, *i relation* till hur offret uttrycker sin vilja.

343. A.a., s. 376.

344. A.a., s. 376.

345. A.a., s. 264 not 1 samt s. 376.

346. A.a., s. 376.

347. A.a., s. 369.

348. A.a., s. 369.

Hur våldet och viljan hanterades i brottsbalken från 1965 tar jag upp i det följande, i samband med redogörelsen för våldtäktsbestämmelsens gränsdragande rekvisit.

2.4.1.4 1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser

Det nuvarande sexualbrottskapitlet har sin grund i de bestämmelser som infördes genom brottsbalken 1965 i kapitlet om *sedlighetsbrotten*.³⁴⁹ Denna kapitelrubrik var ingen nyhet men kom nu att omfatta delvis andra bestämmelser än motsvarande kapitel i 1864 års lag. Den mest avgörande skillnaden var att våldtäktsbrotten³⁵⁰ överfördes till det kapitel som var inriktat på den del av sedligheten som rörde sexualiteten.³⁵¹ Genom brottsbalken fick bestämmelserna sin nuvarande utformning som dock förändrades i grunden 1984³⁵² då kapitlet också rubricerades *sexualbrotten*.

Syftet med de brott som placerades bland sedlighetsbrotten i brottsbalken angavs uttalat vara att *skydda mot sexuella övergrepp*. Bestämmelserna skulle enligt straffrättskommittén ”bereda straffrättsligt skydd för barn och ungdom mot sexuella kränkningar samt [...] i övrigt värna individens integritet i sexuellt hänseende”.³⁵³ I överensstämmelse med detta ansågs det vara ”naturligt” att våldtäktsbrotten skulle ingå bland sedlighetsbrotten, något som också påpekades allmänt var fallet i utländsk

349. Se SOU 1953:14 och prop. 1962:10.

350. I 1864 års lag var den nuvarande våldtäktsbestämmelsen uppdelad på två, nämligen SL 15:12 och 13. SL 15:15 motsvarade den nuvarande bestämmelsen om sexuellt utnyttjande i BrB 6:3. Benämningen på bestämmelserna i SL var våldtäktsbrotten.

351. I 1864 års strafflag tillhörde våldtäktsbrotten som nämnts frihetsbrotten. Våldtäktsbrotten beskrevs också som sådana handlingar som innebar ”otukt”, vilket jämfördes med ”sedlighetssärande handlingar”, SOU 1953:14, s. 229.

352. SOU 1982:61, prop. 1983/84:105, JuU 1983/84:25, riksdagsskrivelse 332. Jämför även SOU 1976:9 och vad som sägs nedan i avsnitt 2.4.2. För närvarande pågår en revidering av nuvarande kapitel 6 BrB. Våren 2001 kom ett betänkande, SOU 2001:14, som även remissbehandlats. Lagstiftningsarbetet pågår för närvarande i justitiedepartementet och en proposition är beräknad till maj 2004. Förslagets innehåll tas delvis upp nedan i anslutning till nu gällande bestämmelser.

353. Förslag till brottsbalk, SOU 1953:14, s. 228.

lagstiftning.³⁵⁴ Den viktigaste förändringen avseende våldtäktsbrottet var att våldtäkt nu även blev straffbart inom äktenskapet, genom införandet av samlag som sexualhandlingsrekvisit.³⁵⁵ Dock begränsades brottet fortfarande med hänsyn till kön genom att endast omfatta män som förövare och kvinnor som offer.³⁵⁶ De gränsdragande rekvisiten ändrades på så sätt att kvinnans vilja togs bort från lagtexten, vilket signalerade ett lägre krav på omfattningen av våld. Motiveringen till detta var att det tidigare kravet på effektivt motstånd inneburit svårigheter i rättstillämpningen.³⁵⁷ Övervägande skäl ansågs vidare tala för att våldtäktsparagrafen skulle innehålla samma tvångsbegrepp som bestämmelsen om rån.³⁵⁸

Kapitlet ändrades radikalt 1984. Bakgrunden till denna förändring var tillsättandet av sexualbrottsutredningen i början av 70-talet. Sexualbrottsutredningens betänkande utsattes för häftig kritik och ersattes efter "en veritabel stormeld i den offentliga debatten"³⁵⁹ av sexualbrottskom-

354. A.a., s. 228.

355. Det tidigare otuktsbegreppet avsåg sexuella handlingar utanför äktenskapet. Genom samlagsrekvisitet blev alltså våldtäkt straffbart även inom äktenskapet. Sexualbrottskommittén menade att bestämmelserna på grund av bevissvårigheterna skulle få liten praktisk betydelse, SOU 1953:14, s. 233. Regeringsrådet Klackenbergs anförde vid lagrådsgranskningen att det var orimligt att bortse från att handlingen riktades mot en kvinna som mannen i fråga levde med. Enligt Klackenberg gällde saken i dessa fall "närmast den lämpliga tidpunkten av ett handlande som båda parter eljest varit ense om eller åtminstone i princip godtagit genom iakttagande av konkludenta yttre former.", prop. 1962:10, s. B 433. I debatten i riksdagens kamrar angav *motståndarna* till förslaget framför allt rädsla för utpressning och trakasserier från fruarnas sida mot de äkta männen, samt problem för rättsväsendet att hantera sådana ärenden. Det framfördes även att bestämmelsen var ett intrång i familjelivet. *Förespråkarna* framhävde kvinnans integritet samt att det inte skulle bli någon skillnad praktiskt eftersom våldtäktsbestämmelsen redan var tillämplig inom relationer där parterna inte var gifta, se protokoll från andra kammaren, 1962:33, s. 32-106. Att samlagsrekvisitet nu togs in i lagtexten kan ses som ett led i det Jansson kallar våldtäktsbrottets förkroppsligande och sexualisering, något som påbörjades mot slutet av 1700-talet, se ovan avsnittet "Rättshistorisk bakgrund".

356. Enligt sexualbrottskommittén ansågs det inte föreligga något behov att utvidga bestämmelsen i detta avseende, se vidare SOU 1953:14, s. 231-232.

357. 1937 infördes även en bestämmelse som omfattade mer våld än enligt SL 15:12, se mer om detta, a.a., s. 232.

358. A.a., s. 232.

359. SOU 1981:64, s. 9.

mittén.³⁶⁰ Utgångspunkten för dagens regler är ambitionen att ”inte försöka påverka det *frivilliga sexuallivet* mellan vuxna människor.”³⁶¹ Friviligheten kan här beskrivas som en viktig gränsdragande faktor. Det påpekas att man skall ha respekt för människors olika inriktningar så länge inte någon skadas:

Det gäller att inpränta att varje människa har rätt till sexuell integritet och att man måste respektera när en annan människa avböjer sexuella inviter.³⁶²

De aktuella bestämmelserna gavs nu rubriken sexualbrott och gjordes också helt könsneutrala.³⁶³ I förarbetena diskuterades *offrets beteende* före övergreppet ingående. Diskussionen var till stor del föranledd av kritiken mot sexualbrottsutredningens förslag om att ”den tvingades handlande före övergreppet” skulle beaktas vid bedömningen av grovheten vid brottet sexuellt tvång. Sexualbrottskommittén uttalade istället att offrets handlingssätt före övergreppet liksom relationen mellan offret (kvinnan) och gärningspersonen (mannen) principiellt sett skall *sakna rättslig betydelse*.³⁶⁴ Det avgörande var enligt kommittén att ”gärningsmannen inte vill respektera kvinnans nej utan bryter hennes motstånd med fysiskt eller psykiskt tvång.”³⁶⁵ och när offret (kvinnan) ”klargör för mannen att hon inte vill vara med om samlag eller annat sexuellt umgänge har mannen ett rätta sig efter detta.”³⁶⁶ Någon gång skulle dock dessa omständigheter kunna få betydelse för uppsåtsfrågan och påföljdsbedömningen.³⁶⁷ I propositionen påpekades också att förhören med

360. Sexualbrottsutredningens betänkande, SOU 1976:9, kritiserades för att inte ha tillräckligt underlag m.m. men kanske främst för att det innehöll ett förslag om att hänsyn skulle tas till offrets beteende vid bedömningen av brottets (sexuellt tvång) grovhet, se SOU 1982:61, s. 37 och 41-43. Rubriceringen våldtäkt skulle endast omfatta de allra grövsta fallen, a.a. Se SOU 1982:61, s. 41-47 för en genomgång av remissyttranden över sexualbrottsutredningens förslag. Se även Höjer, Maria Wendt (2002) *Rädslans politik. Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, Liber, Malmö, s. 120-154, för en intressant och initierad analys av denna fråga.

361. SOU 1982:61, s. 61, min kursivering.

362. A.a., s. 62.

363. Enligt förarbetena ansågs det inte finnas någon anledning att göra skillnad mellan heterosexuella och homosexuella övergrepp, det skulle vara främmande för ett ”nutida synsätt”, a.a. s. 70.

364. A.a., s. 69.

365. A.a., s. 67.

366. A.a., s. 67.

367. A.a., s. 68-69. Se även justitiekottets inställning i frågan, JuU 83/84:25, s. 17. Jag tar också upp denna fråga nedan under ”Mindre allvarlig våldtäkt”.

målsäganden måste uppfylla kraven på respekt för den personliga integriteten.³⁶⁸ Inte heller vid rubriceringen av den aktuella våldtäkten skulle hänsyn få tas till offrets beteende före övergreppet.³⁶⁹

2.4.2 Samtida bestämmelser

2.4.2.1 Allmänt

Tanken med nuvarande sexualbrottslagstiftning är att bestämmelserna skall skydda mot sexuella övergrepp.³⁷⁰ Hur har då lagstiftaren valt att definiera dessa handlingar som i juridisk mening anses utgöra sexuella övergrepp?³⁷¹ Det här avsnittet avser att besvara denna fråga.³⁷²

368. Prop. 1983/84:105, s. 21.

369. A.a., s. 21. och SOU 1982:61, s. 67-68. Beträffande påföljdsvalet i sammanhanget, se SOU 1982:61, s. 69, prop. 1983/84:105, s. 24 samt JuU 1983/84:25, s. 17.

370. När brottsbalken infördes 1965 var det uttalade syftet med dessa bestämmelser att straffrättsligt skydda individen mot sexuella kränkningar. I samband med den nu pågående översynen betonade 1998 års sexualbrottskommitté att det inte är en samhällelig önskan att påverka människors sexualliv i största allmänhet. Utgångspunkten är att varje människa sedan hon fyllt 15 år i princip bestämmer över sin sexualitet: "Så länge ett sexuellt umgänge bygger på frivillighet bör därför inte lagstiftaren ha några synpunkter. Det skall understrykas att det sagda givetvis förutsätter att inte någon utnyttjas eller utsätts för övergrepp. Ingen har således rätt att välja att utöva sin sexualitet på ett sådant sätt att den kränker någon annans sexuella integritet eller åsidosätter en annan persons självbestämmanderätt", SOU 2001:14, s. 109.

371. I enlighet med vad jag angett i inledningen behandlar jag inte brott mot barn. Inte heller bestämmelserna om koppleri behandlas. Angående brott mot barn, se Sutorius/Kaldal (2003), del II.

372. Kapitlet baseras på gällande lagstiftning 1 mars 2004. Efter detta datum har jag inte tagit del av några ändringar. Däremot tar jag upp ett aktuellt lagförslag, SOU 2001:14, i den mån det är av betydelse för avhandlingsämnet. Av särskilt intresse är här att kommittén ombads att undersöka om kravet på tvång skulle tas bort i bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång eller, om så inte var fallet, vilken grad av tvång som bör krävas för olika sexualbrott. Huvuddragen av dessa förslag tas upp i anslutning till nu gällande bestämmelser. De ändringar som inverkar på våldtäktsdefinitionen betonas. För närvarande bearbetas sexualbrottskommitténs förslag inom justitiedepartementet, vars straffrättsenhet avlämnade ett omarbetat lagförslag i november 2003. Sistnämnda förslag diskuteras i viss mån också här. Efter ett kortare remissförfarande väntas nu en proposition i maj 2004.

Sexualbrotten är införda i brottsbalkens (BrB) sjätte kapitel och kriminaliserar olika typer av *sexualhandlingar* som sker genom *tvång* eller *utnyttjanden*. Som påpekats i inledningen definieras sexualhandlingarna utifrån ett sammanhang för "frivilliga"³⁷³ eller ömsesidiga sexuella relationer. Även språket är det som normalt används för ett sammanhang som inte är straffrättsligt, vilket innebär att de rättsliga definitionerna av dessa handlingar uttrycker en viss syn på sexualitet. De faktorer som i rättslig mening utgör gränsen för brott i respektive bestämmelse är följaktligen de rekvisit som anger orsaken till den aktuella sexualhandlingen, de olika tvångs- respektive utnyttjandeformerna, *inte* sexualhandlingen *i sig*. Detta gäller dock inte "blottande" respektive "uppenbart sedlighets-sårande ord eller handlingar" i brottet sexuellt ofredande. Även vid brottet sexuellt umgänge med avkomling blir sexualhandlingen avgörande eftersom det här inte krävs någon tvångshandling.

Det gränsdragande rekvisitet i våldtäktsbestämmelsen, BrB 6:1, omfattar som nämnts *tvånget*. Det krävs här att det är fråga om någon form av *råntvång*, det vill säga tvång genom våld, hot eller försättande i vanmakt. *Tvånget* är även gränsdragande revisit för brottet sexuellt tvång i BrB 6:2 men här räcker det med olaga tvång. Motsvarande rekvisit för brottet sexuellt utnyttjande, BrB 6:3, är när någon *förmår annan*, genom att *allvarligt missbruka* hans eller hennes *beroendeställning*, till sexuellt umgänge eller har sexuellt umgänge genom att *otillbörligt utnyttja* någons *vanmakt, hjälplösa tillstånd* eller *psykiska störning*. När det gäller brottet sexuellt utnyttjande av underårig, BrB 6:4, dras den rättsliga gränsen vid att någon har sexuellt umgänge med annan som är *under 18 år* och som är *avkomling* till, *sår under fostran* av honom eller henne eller för *vars tillsyn* hon eller han svarar på grund av myndighets beslut. Vid brottet sexuellt umgänge med avkomling, BrB 6:6, krävs inte heller någon tvångshandling utan endast att gärningspersonen har sexuellt umgänge med någon som hon eller han har en viss relation till. Brottet sexuellt ofredande, slutligen, BrB 6:7, förekommer i tre olika former, varav två är aktuella i avhandlingen.³⁷⁴ I det första fallet går gränsen för övergrepp vid att någon genom *tvång, förledande* eller annan *otillbörlig påverkan* förmår någon som är över 15 men under

373. I den rättsliga hanteringen av sexuella övergrepp används begreppet frivillig om sådana handlingar som inte sker genom tvång eller utnyttjande. Jag har valt benämningen ömsesidig för sådana handlingar eller relationer som inte är övergrepp eller brott.

374. Den tredje formen rör endast övergrepp mot barn.

18 år till sexuellt umgänge och i det andra fallet vid att någon *blottar* sig för annan på ett sätt som är ägnat att *väcka anstöt* respektive att någon genom ord eller handling på ett *uppenbart sedlighetssårande* sätt uppträder *anstötligt* mot annan. De två sistnämnda sexualhandlingarna utgör som nämnts i sig den straffbara gränsen för övergrepp.

I bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång dras således gränsen för övergrepp vid *förövarens* tvång medan det vid de båda formerna av sexuellt utnyttjande är *offrets* tillstånd eller motsvarande som är den centrala faktorn i gränsdragningen. Gränsen för sexuellt ofredande, slutligen, sätts främst genom förövarens handlande, som dels består av en tvångshandling och dels av olika slags sexualhandlingar.³⁷⁵

Nedan går jag igenom de olika tvångs- respektive sexualhandlingarna, samt behandlar järefter de grunder för kvalificering som är aktuella för vissa av brotten.³⁷⁶

2.4.2.2 De gränsdragande rekvisiten

Förövarens beteende – olika tvångshandlingar

Våld

I våldtäktsparagrafen är som nämnts tvånget den gränsdragande faktorn och innebär enligt lagtexten att någon *tvingar* annan genom ”*våld* eller *hot* som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara”. Med våld jämsställs också att ”*försätta* någon i *vanmakt* eller *annat sådant tillstånd*.” Det finns följaktligen tre olika medel genom vilka tvång kan förekomma enligt våldtäktsparagrafen, våld, hot eller försättande i vanmakt.

När det gäller *våldet* finns enligt nu gällande rätt inte något krav på att så kallat absolut våld³⁷⁷ skall ha förekommit. Uttrycket ”genom våld”

375. Detsamma gäller för brottet sexuellt umgänge med avkomling respektive syskon. I bestämmelserna om sexuellt utnyttjande och sexuellt ofredande förekommer också olika former av tvång, se vidare nedan.

376. Jag utelämnar helt de olika straffskalorna eftersom dessa faller utanför avhandlingsämnet. För en genomgång av praxis under perioden januari 1995 till juni 1998 avseende straffvärdebedömning och val av påföljd i mål om sexualbrott, hänvisas här till den undersökning som genomförts av 1998 års sexualbrottskommitté, se SOU 2001:14, s. 627-630 samt 640-642, 645-646, 648-649, 653-657 och 659-661.

377. Detta till skillnad från kravet på våld i äldre rätt, se vidare i det rätthistoriska avsnittet ovan.

har samma innebörd som uttrycket "våld å henne" som användes vid brottsbalkens införande. Enligt förarbetena och brottsbalkskommentaren avser detta allt våld som omfattas av begreppet "våld å person".³⁷⁸ Detta innebär en fysisk kraftansträngning som direkt träffar kroppen, exempelvis misshandel eller betvingande av den anfallnas kroppsliga rörelsefrihet. Det finns inget krav på ett fullständigt betvingande. Enligt förarbetena är det tillräckligt med det våld som "bara består i att en man tvingar isär en kvinnas ben då hon försöker värja sig genom att knipa samman benen".³⁷⁹ I praktiken innebär detta att i stort sett alla fall av fysiskt våld omfattas av våldtäktsbestämmelsens våldsrekvisit.³⁸⁰

I detta sammanhang bör rättsfallet NJA 1993 s. 310 nämnas. Frågan gällde här huruvida en vuxen man, som haft samlag med en åttaårig flicka, tilltvingat sig samlaget genom våld. HD gjorde den bedömningen att det kan vara svårt för ett barn i åttaårsåldern att stå emot den naturliga auktoriteten hos en vuxen person. Det var förklarligt om flickan inte gjorde motstånd eller protesterade. Situationen var sådan att det måste ha varit uppenbart för mannen att flickan inte frivilligt skulle idka sexuellt umgänge med honom. Eftersom han trots denna insikt utövade den form av våld som var utrett i fallet, mannen hade legat på flickan och hållit hennes armar över huvudet på henne, ansåg domstolen också att han genom sådant våld som krävs för ansvar för våldtäkt, tvingat till sig samlag med flickan. Mannen dömdes för grov våldtäkt.³⁸¹

Detta rättsfall bekräftar vad som framkommit ovan. Det räcker med förhållandevis ringa fall av fysiskt våld, åtminstone om det rör sig om en person som på något sätt är i underläge gentemot förövaren, i detta fall ett barn.

Hot som innebär eller framstår som trängande fara

Den andra formen av tvång som kan utgöra medel för våldtäkt är *hot*. För att en handling skall anses som hot enligt våldtäktsparagrafen, krävs

378. SOU 1982:61, s. 72 f. prop. 1983/84:105, s. 18 och brottsbalkskommentaren, s. 6:8.

379. SOU 1982:61, s. 145.

380. SOU 1982:61, s. 73 och 145 samt prop. 1983/84:105, s. 18.

381. Se även rättsfallet NJA 1993 s. 616 där domstolen gjorde en liknande bedömning. Se vidare om dessa rättsfall i Wennberg, Suzanne (1993) Bör våldtäkt alltid förutsätta tvång, även när brottsoffret är ett barn? I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 1993/94, s. 491-498.

att den skall utgöra ett sådant hot att det ”innebär eller för den hotade framstår som trängande fara.” Våldtäktsbestämmelsens ordalydelse överensstämmer även i detta avseende med rånpåbudsparagrafen i BrB 8:5, därav benämningen råntvång. Med trängande fara förstås ”fara för ett omedelbart förestående våld av allvarligare beskaffenhet,” vilket innebär att faran måste gälla liv eller hälsa eller något annat mera betydelsefullt intresse.³⁸² Ett typexempel är här att en person hotar någon med vapen, men även hot om allvarlig misshandel kan innebära trängande fara. Det är inte nödvändigt att gärningspersonen uttryckt hoten i ord för att det skall anses tillräckligt allvarligt.³⁸³ I förarbetena nämns som exempel på sistnämnda situation ett fall från en kriminologisk undersökning gjord av Leif G W Persson där en kvinna blev väckt mitt i natten av en inbrottstjuv och beordrades ”ställa sig på alla fyra” varefter hon tvingades till samlag utan att våld eller uttalade hotelser hade förekommit. Kommittén menar här att situationen måste anses som hotfull för kvinnan och att detta förmådde henne till samlag.³⁸⁴

Det kan vidare innebära trängande fara för offret om hotet riktar sig mot någon annan, exempelvis offrets barn. Även hot till livet eller hot om misshandel mot annan vid brottstillfället närvarande vuxen person kan enligt sexualbrottskommittén anses utgöra råntvång.³⁸⁵

Våld genom försättande i vanmakt eller annat sådant tillstånd

Den tredje formen av tvång innebär att offret tilltvingas den sexuella handlingen genom att försättas i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Här åsyftas att offret utan egen medverkan försatts i ett hjälplöst tillstånd, exempelvis genom att ovetandes förtära något som innehåller alkohol i större mängd, sömnmedel eller narkotika.³⁸⁶ En förutsättning för att en sådan här situation skall bedömas som tvång är att offret har försatts i det hjälplösa tillståndet mot sin vilja. Sexualbrottskommittén ang-

382. SOU 1982:61, s. 73 och 145 samt prop. 1983/84:105, s. 18. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:9

383. SOU 1982:61, s. 73 och 145-146.

384. A.a., s. 73 och 146.

385. A.a., s. 146.

386. A.a., s. 146. Det är intressant att notera att kommittén i sammanhanget diskuterar hjälplöst tillstånd trots att lagtexten avser vanmakt eller annat *sådant* tillstånd. Jämför nedan vad som sägs om hjälplöst tillstånd i samband med sexuell utnyttjande, BrB 6:3.

er som praktiskt exempel på denna typ av tvång, som likställs med våld, att gärningsmannen lurar offret att dricka något som innehåller alkohol eller narkotika.³⁸⁷ Om offret frivilligt berusat sig kan våldtäkt inte bli aktuell, förutsatt att inte våld eller liknande förekommit. En sådan situation kan emellertid bedömas som sexuellt utnyttjande enligt BrB 6:3.

Invändningar mot tvångsbegreppet vid våldtäkt

Suzanne Wennberg är kritisk till vad hon beskriver som en tendens i praxis "att tänja ut begreppen"³⁸⁸ och menar att kravet på våld eller hot har upplösts mer och mer, både av lagstiftaren och i praxis.³⁸⁹ I några rättsfall som hon refererar sammankopplar domstolarna enligt henne felaktigt tvång med handlande *i strid mot offrets vilja* eller önskan respektive *icke frivilligt* handlande.³⁹⁰ Utifrån ett allmänt resonemang slår hon vidare fast att allt som inte sker av fri vilja inte kan anses ske av tvång eftersom det då inte finns utrymme för utnyttjande på grund av svek eller ocker. I anknytning till ett konkret fall konstaterar hon:

Det faktum att flickan inte av egen drift skulle ha kommit på idén att inlåta sig på något sexuell umgänge innebär naturligtvis inte att hon måste ha utsatts för tvång.³⁹¹

I enlighet med detta synsätt sker ett samlag som genomförs i strid med offrets vilja inte nödvändigtvis genom tvång. För att illustrera konstaterandet att man kan tvinga "en person att göra något, som denne inte har något emot att göra, liksom en person kan välja att göra något som bär honom emot" anför Wennberg som exempel att en kassörska som under pistolhot överlämnar kassan handlar under tvång, "även om hon gärna ser att banken går miste om pengarna".³⁹² Kriteriet på betvingande är enligt Wennberg inte att den aktuella händelsen står i strid med offrets vilja, utan istället att "den kommenderade handlingen utförs av offret utan eget inflytande, i brist på annat val."³⁹³ Att våldtäktsbestämmelsen

387. A.a., s. 73. Se även s. 146.

388. Wennberg (1998), s. 506.

389. A.a., s. 507.

390. Dessa rättsfall är NJA 1993 s. 310 och 1993 s. 616 samt Svea HovR 1993-04-15, DB 635, se vidare Wennberg (1998), s. 507-508.

391. Wennberg (1998), s. 508.

392. A.a., s. 508.

393. A.a., s. 508.

sedan brottsbalkens införande tillämpas även inom äktenskapet tas slutligen upp som anledningen till problemet med våldtäktskonstruktionen. Wennberg ser också svårigheter med tillämpningen av det ”felaktiga” vålds- och tvångsbegreppet i dessa fall:

Om en normal samlagsställning som förhindrar kvinnans rörelsefrihet, innefattar ett tillräckligt våldsmoment och kravet på tvång är uppfyllt, när mannen handlat i strid mot kvinnans vilja (”inte ikväll”), består borgerligheten av ganska många våldtäktsmän.³⁹⁴

Wennbergs resonemang och jämförelse är enligt min mening något haltande. En rimligare sådan, i anknytning till rån, hade här varit att offret handlar under tvång även om hon eller han gärna vill förlora pengar men även denna jämförelse är olämplig. Problemet med rekvisitet för tvång i samband med våldtäkt är just att det relateras till *offrets vilja att ha samlag* medan motsvarande rekvisit vid rån helt frikopplas från offrets vilja att förlora pengar. I samband med våldtäkt tolkas viljan till samlag utifrån givna referensramar för kön och sexualitet, vilka helt saknar motsvarighet i relation till rån. Om inte rekvisitet för tvång är uppfyllt i samband med ett samlag är det enligt ett rättsligt resonemang fråga om en ömsesidig sexuell relation.³⁹⁵ Situationen kompliceras av att det rättsliga våldsbegreppet, som i Wennbergs resonemang, kan förväxlas med en samlagsställning eller annat ömsesidigt sexuellt umgänge. Motsvarande tolkning av överlämnandet av pengar i samband med våld eller hot är utesluten. I sådana situationer finns inte utrymme att förväxla våldet eller hotet som en del av en gåva av exempelvis pengar. Uppfyllandet av tvångsrekvisitet vid våldtäkt relateras till offrets vilja till samlag medan motsvarande vid rån, som nämnts, helt frikopplas från offrets vilja att utge pengar eller annan värdefull egendom. Den ena situationen handlar om att skilja sexuell samvaro från våldtäkt. Samhandling och relation skall särskiljas från övergrepp och makthandling. Den andra, exemplet rån, saknar denna komplikation. Det finns inte någon samhandling eller relation mellan två parter som liknar ett rån, tvång undantaget.³⁹⁶ I samband med rån kopplas inte heller offrets kropp samman med förövarens, på det sätt som sker vid våldtäkt.

394. A.a., 508-509.

395. Förutsatt att inte någon form av utnyttjande är uppfyllt.

396. I vissa rånfall skulle dock en invändning om samtycke kunna förekomma, exempelvis om parterna från början bestämt att överlämna något till varandra.

Helena Sutorius menar, i polemik med Wennberg, att prövningen av våldtäkt enligt dagens lagstiftning handlar om att bevisa "huruvida någon med våld eller hot genomfört den sexuella handlingen trots att den andre, med ord eller i handling eller detta i kombination, uttryckt att han eller hon inte velat detta."³⁹⁷ Hon påpekar vidare att grunden för sexualbrottslagstiftningen är en persons sexuella självbestämmanderätt och att ingen skall ha rätt att tvinga någon annan till sex mot dennes vilja, vilket tillsammans med dagens lagkonstruktion och kravet på gärningspersonens uppsåt³⁹⁸ innebär att "om någon har samlag med någon annan trots att hon eller han inte vill, handlar detta inte om våldtäkt såvida inte motstånd till samlaget kommit till uttryck i någon form och samlaget genomförts trots detta."³⁹⁹

Olaga tvång

Tvångsrekvisitet olaga tvång finns infört i bestämmelsen om sexuellt tvång, som är subsidiär till våldtäktsparagrafen. Den kriminaliserade gärningen består även här i att en person tvingar någon annan till en sexualhandling men skiljer sig dock från våldtäktsbrottet både när det gäller tvånget och sexualhandlingen. Sexualbrottskommittén uttryckte inför ändringen av våldtäktsparagrafen 1984 att man kan se detta brott som en "mindre allvarlig variant av det nya våldtäktsbrottet".⁴⁰⁰ Den typ av tvång som det här är fråga om är sådant som inte kan bedömas som råntvång men som omfattas av benämningen *olaga tvång*.⁴⁰¹ Brottet förekommer i två svårighetsgrader, normalgraden och grovt sexuellt tvång.⁴⁰² I det följande går jag igenom paragrafens tvångsrekvisit.

Innebörden av uttrycket olaga tvång är i denna paragraf densamma som i bestämmelsen om olaga tvång i BrB 4:4.⁴⁰³ Olaga tvång innebär här att någon genom misshandel eller på annat sätt med våld eller genom

397. Sutorius (1997), s. 1304.

398. Sutorius menar att prövningen måste handla om vad offret uttryckt "eftersom något annat inte är möjligt att bedöma", a.a., s. 1304.

399. A.a., s. 1304.

400. SOU 1982:61, s. 74.

401. När det gäller sexualhandlingen tar bestämmelsen sikte på sådana handlingar som inte kan anses jämförliga med samlag men kan bedömas som sexuellt umgänge. De olika sexualhandlingarna behandlas nedan.

402. De kvalificerande rekvisit som ingår i kapitlet tas upp under "Kvalificerade brottsformer".

403. Se brottsbalkskommentaren, s. 4:12 ff.

hot om brottslig gärning tvingar någon annan att göra, tåla eller underlåta något. Förutom hotelser av typen råntvång, som beskrivits ovan, innefattar olaga tvång också situationer som består i hot att åtala eller ange annan för brott eller hot att lämna menligt meddelande under försättning att tvånget framstår som otillbörligt.⁴⁰⁴

Avgränsningen gentemot våldtäktsbrottet vad avser tvångsrekvisitet innebär således att brottet sexuellt tvång *även* innefattar sådana övergrepp som inneburit annat olaga tvång än så kallat råntvång.⁴⁰⁵

Som exempel på sådana hot som kan komma i fråga som olaga tvång nämns i förarbetena hot om en örfil eller annan form av mindre allvarlig misshandel. Det kan vidare röra sig om hot att förstöra egendom eller hot om stöld. Beträffande hot om att lämna menligt meddelande om en kvinna kan detta enligt sexualbrottskommittén röra sig om hot mot kvinnan att avslöja för hennes man att hon varit otrogen eller hot om att för hennes omgivning avslöja att hon är dömd för visst brott. Ett hot om att ange eller åtala någon för ett brott kan som nämnts också innebära olaga tvång, exempelvis kan det röra sig om en arbetsgivare som upptäcker att hans kasöskska förskingrat, eller en affärsinnehavare som avslöjar en kvinnlig snattare och använder detta som hot. Alla de nu nämnda typerna av hot är olaga tvång som inte är så allvarliga att de klassificeras som råntvång.

Att förmå någon genom allvarligt missbruk av någons beroende ställning

Enligt bestämmelsen om sexuellt utnyttjande, BrB 6:3, består ett av de gränsdragande rekvisiten⁴⁰⁶ av att gärningspersonen *förmår* offret till sexuellt umgänge genom att allvarligt missbruka hans eller hennes *beroende ställning*. Att *förmå* annan, har i praxis ansetts innebära "ett krav på åtminstone något mått av aktivitet i form av fysisk eller psykisk påverkan".⁴⁰⁷ Formuleringen är lite förbryllande. Anser inte domstolen att en gärningsman alltid är aktiv? Sannolikt menas här att det skall föreligga någon form av påverkan eller övertalning i situationen för att rekvisitet "förmår" skall var uppfyllt. För att paragrafen skall kunna tillämpas krävs

404. SOU 1982:61, s. 73 och 152-153 samt prop. 1983/84:105, s. 19.

405. Sexualbrottskommittén anger två konkreta exempel där skillnaden mellan råntvång och utpressningstvång tydliggörs, SOU 1982:61, s. 73-74.

406. Den andra delen av bestämmelsen tas upp nedan.

407. Se NJA 1988 s. 279, s. 282.

att denna påverkan eller övertalning skall utövas genom ett allvarligt missbruk av någons beroende ställning.

Som utgångspunkt gäller överlag att en handling skall framstå som ett *maktövergrepp* mot en svagare person för att kunna bedömas som grovt missbruk.⁴⁰⁸ Offret skall således vara ställd under ett tryck som är av allvarlig betydelse för henne eller honom.

För att offrets relation till gärningspersonen skall kunna bedömas som en beroende ställning är det enligt brottbalkskommentaren inte tillräckligt att gärningspersonen har en överordnad position i förhållande till offret. Det skall dessutom föreligga ett avhängighetsförhållande mellan dem båda.⁴⁰⁹

I förarbetena anges olika typer av relationer som kan ligga till grund för den beroende ställning som avses här.⁴¹⁰ Departementschefens uppfattning är dock att bestämmelsen i denna del främst fyller en funktion vid missbruk av ungdomars beroende ställning.⁴¹¹ Som exempel på sådana situationer nämner han fall där lärare eller annan med liknande anknytning till skolväsendet inleder ett sexuellt förhållande med en elev vid den skola där hon eller han arbetar. Det är i dessa fall inte sällan fråga om grovt missbruk av beroende ställning. Vidare nämns som exempel ett anställningsförhållande där en arbetsgivare eller arbetsledare genom löfte om förmåner eller hot om ogynnsam behandling, såsom uppsägning, förmår den underårige till sexuellt umgänge. I dessa situationer skall man vid avgörandet om det är fråga om ett grovt missbruk av beroende ställning fästa stor vikt vid *arten av beroendeförhållandet* och, i förekommande fall, *åldersskillnaden*.⁴¹²

Sexualbrottskommittén nämner relationen mellan anställd och arbetsgivare som exempel på fall där ett beroendeförhållande kan uppkomma även mellan vuxna.⁴¹³ Därutöver nämns i förarbetena att relationen mellan förälder och barn eller styvförälder och barn kan ge upphov till ett här åsyftat beroende som, orsakat av emotionella bindningar, finns kvar även efter uppnådd myndighetsålder. Slutligen anges i förarbeten och doktrin att lydnadsförhållanden grundade i relationer från kriminal-

408. SOU 1982:61, s. 154 och prop. 1983/84:105, s. 52.

409. Brottbalkskommentaren, s. 6:19 f.

410. SOU 1982:61, s. 154, prop. 1983/84:105, s. 25-26.

411. Prop. 1983/84:105, s. 25.

412. Prop. 1983/84:105, s. 26. Ungdomar har också ett särskilt straffrättsligt skydd i vissa situationer genom bestämmelsen i BrB 6:4.

413. SOU 1982:61, s. 154.

vården eller övrig samhälls- och institutionsvård mellan intagna och vårdare respektive tjänstemän, kan ge upphov till förevarande beroende ställning, liksom det förhållande som kan förekomma mellan en narkoman och den som tillhandahåller narkotika.⁴¹⁴

Att förmå någon genom tvång, förledande eller annan otillbörlig påverkan

Dessa handlingar återfinns i bestämmelsen om sexuellt ofredande, BrB 6:7 andra stycket, och skyddar den som fyllt 15 men inte 18 år. Det skall vara fråga om ett aktivt handlande från gärningspersonen och en medverkan som är ”i alla avseenden frivillig”⁴¹⁵ faller utanför bestämmelsens tillämpningsområde. Vid bedömningen av frivilligheten skall den underåriges mognadsnivå, förhållande till gärningspersonen och liknande omständigheter beaktas.⁴¹⁶ Enligt brottsbalkskommentaren är kravet att någon förmåtts medverka sannolikt uppfyllt om betalning har utlovats.⁴¹⁷

Offrets egenskaper och tillstånd som innebär avvikelser från det autonoma subjektet

Allmänt

Som nämnts ovan är de gränsdragande rekvisiten i bestämmelserna om sexuellt utnyttjande främst inriktade på olika tillstånd eller egenskaper hos offret. Den ena av dessa, BrB 6:3, är neutral i förhållande till offrets ålder, medan den andra, BrB 6:4, avser unga personer. I bestämmelsen om sexuellt utnyttjande innebär den rättsliga gränsdragningen antingen att någon ”förmår annan till sexuellt umgänge genom att allvarligt missbruka hans eller hennes beroende ställning” eller att det sexuella umgänget är förorsakat av ett *otillbörligt utnyttjande* av att någon ”befinner sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd eller lider av en psykisk störning”.

Dessa övergrepp sker således inte genom någon handling som i lagens mening räknas som tvång. Det är alltså fråga om *två* olika tillvägagångssätt genom vilka en person kan utnyttjas. Det förstnämnda, när någon förmår annan, har redovisats ovan.

414. SOU 1982: 61, s. 154 och prop. 1983/84:105, s. 26. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:19-20

415. Brottsbalkskommentaren, s. 6:35.

416. A.a., s. 6:35.

417. A.a., s. 6:35.

Det andra sättet, att någon har sexuellt umgänge *genom* att otillbörligt utnyttja, innebär ett krav på orsakssamband mellan sexualhandlingen och det otillbörliga utnyttjandet. Sett ur offrets synvinkel innebär detta att sexualhandlingen inte hade kommit till stånd om inte gärningsmannen på ett otillbörligt sätt hade utnyttjat ett visst tillstånd hos henne eller honom.⁴¹⁸ Innebörden av de olika tillstånden skall jag nu gå igenom.

Vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd

Ordet vanmakt tolkas inte uttryckligen i förarbetena och bör enligt min mening betraktas som ett exempel på ett hjälplöst tillstånd. Ett mer utförligt resonemang kring begreppet förs nedan.

Beträffande formuleringen hjälplöst tillstånd nämns i förarbetena några exempel på detta. Ett sådant är när offret på grund av sjukdom eller kroppsskada antingen inte kan bjuda motstånd eller inte förmår uppfatta att hon (eller han) utsätts för sexuella närmanden. Vidare nämns det fallet att offret på grund av kraftig berusning eller narkotikapåverkan inte har förmåga att uppfatta att hon (eller han) utsätts för sexuella närmanden. Sexualbrottskommittén anger som exempel på sistnämnda "att en kvinna druckit sig mer eller mindre redlöst berusad och att en man utnyttjar hennes redlösa tillstånd till att genomföra ett samlag med henne".⁴¹⁹ Här bör påpekas att kommitténs förslag var något annorlunda utformat än det som sedermera antogs men överensstämde enligt departementschefen i sak med det senare.⁴²⁰ Den avgörande skillnaden var att uttrycket vanmakt inte nämndes som ett exempel i kommitténs förslag. Slutligen exemplifieras förevarande tillstånd i förarbetena med situationer där offret varit sovande.⁴²¹

De exempel som anges i förarbetena bygger på tanken att offret under normala förhållanden har förmåga att göra motstånd. De omständighe-

418. Inför ändringen av sjätte kapitlet 1984 åstadkom lagstiftaren en oavsiktlig förändring av paragrafen så att den endast innehöll rekvisitet "förmår". Rekvisitetet kom därvid att omfatta samtliga de i paragrafen nämnda tillstånden. För vanmakt, hjälplöst tillstånd och psykisk störning hade tidigare för straffbarhet "endast" krävts orsakssamband mellan tillståndet och offrets deltagande. Detta uppmärksammades och åtgärdades vid den ändring som genomfördes 1994 och paragrafen erhöi den ursprungliga lydelsen i detta avseende.

419. SOU 1982:61, s. 155. Se även a.a., s.102, prop. 1983/84:105, s. 26 och brottsbalkskommentaren, s. 6:20-21.

420. Prop. 1983/84:105, s. 25.

421. SOU 1982:61, s. 102 och prop. 1983/84:105, s. 26. Se även RH 116:83.

ter som exemplifierar det hjälplösa tillståndet har alla det gemensamt att offrets *förmåga att göra motstånd* är nedsatt eller att offret inte ens *förmår uppfatta* vad hon eller han utsätts för.

Formuleringen *vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd* har tolkats i ett uppmärksammat mål från HD.⁴²² Den så kallade Södertäljedomen gav upphov till otaliga diskussioner, både i och utanför rättsvetenskapliga sammanhang under våren och sommaren 1997 och behandlas därför tämligen utförligt här, men refereras endast i de delar som gäller de sexuella övergreppen.⁴²³ Fallet rörde en ung kvinna, som efter att ha varit ute och dansat satt på en bänk utanför restaurangen sent på natten. Hon var berusad, arg och ledsen efter ett gräl med sin väninna. En ung man kom fram till henne och erbjöd sig, enligt kvinnans uppgifter, att skjutsa henne hem. Mannen hävdade för sin del att han föreslog kvinnan att följa med på en så kallad raggarrunda. I bilen visade det sig sitta ytterligare tre män och enligt kvinnan begicks därefter flera sexuella övergrepp, dels i bilen och dels i en lägenhet. Enligt männen var det fråga om frivilliga samlag från kvinnans sida.⁴²⁴

I tingsrätten yrkade åklagaren ansvar för våldtäkt alternativt sexuellt utnyttjande i flera åtalpunkter. En åtalpunkt omfattade endast våldtäkt. *Tingsrätten* dömde tre av de fyra tilltalade för *sexuellt utnyttjande avseende* samtliga de åtalpunkter som rörde de sexuella övergreppen.⁴²⁵ Vid tolkningen av formuleringen *vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd* uttalade tingsrätten att kvinnan inte befunnit sig i *vanmakt*, ”det vill säga tillfälligt medvetlös”, men att hon på grund av sitt berusade tillstånd måste ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd, ”det vill säga inte kunnat ta vara på sig själv”.⁴²⁶

I sitt överklagande nöjde sig åklagaren i ansvarsdelen med dessa bedömningar utom beträffande en åtalpunkt, där han yrkade ansvar för våldtäkt. De tre männen som dömdes i tingsrätten yrkade att åtalet skul-

422. NJA 1997 s. 538. Fallet har även behandlats i doktrinen, se Wennberg (1997) och (1998) samt Sutorius (1997).

423. Fallet behandlas även under ”Bevishantering i våldtäktsmål från högsta domstolen”. I hela åtalet ingår 14 åtalpunkter, varav de nio som rör sexuella övergrepp behandlas här.

424. I något fall var det fråga om förnekande från den tilltalades sida. Se vidare nedan.

425. En intressant notering är att tingsrätten utan närmare kommentar eller motivering dömde för sexuellt utnyttjande även beträffande den åtalpunkten som endast omfattade våldtäkt i enlighet med RB 30:3.

426. NJA 1997 s. 538, s. 553.

le ogillas. De övre instanserna hade här endast att välja mellan att döma för sexuellt utnyttjande eller att ogilla åtalet. Här kom målet därför främst att röra sig om tolkningen av formuleringen vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd.

I *hovrättens* bedömning av kvinnans tillstånd konstaterades först i en formulering, som på grund av sin häpnadsväckande otydlighet kräver att citeras, att "[ä]ven om det måste hållas för visst att hennes förmåga att värja sig varit nedsatt på grund av alkoholförtäringen, talar sistnämnda omständigheter mot att hon redan till följd av alkoholpåverkan befunnit sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd."⁴²⁷ Det är förvirrande att domstolen ansåg att kvinnans oförmåga att värja sig talar *mot* att hon befunnit sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Som vi sett ovan anges i förarbetena att en redlös berusning, som minskar offrets förmåga att värja sig, kan vara ett exempel på ett hjälplöst tillstånd. Jag förmodar att hovrätten *menade* att den omständigheten att kvinnans förmåga att värja sig "endast" varit *nedsatt*, talar mot att hon vid tillfället befann sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Hovrätten tycktes här kräva att denna förmåga skulle ha varit helt satt ur spel.

Därefter ställde hovrätten frågan om kvinnan på grund av berusning i förening med andra omständigheter befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Man nämnde först det faktum att kvinnan befann sig i en för henne okänd omgivning tillsammans med flera för henne okända män och att hon själv uppgett att hon var rädd för dessa. Domstolen konstaterade därefter det i sammanhanget irrelevanta: "Hon måste emellertid ha haft åtskilliga tillfällen att försöka lämna männen eller åtminstone att söka påkalla uppmärksamhet, men har såvitt kan bedömas endast vid ett tillfälle [...] gjort ett halvhjärtat försök att göra detta"⁴²⁸ och drog därav slutsatsen att kvinnan inte befann sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd.

Även HD kunde här endast pröva huruvida sexuellt utnyttjande var för handen, med undantag för en av åtalpunkterna där endast ansvar för våldtäkt hade yrkats. Vid tolkningen av de båda begreppen menade *HD* först att termen *vanmakt* "får anses ha en tämligen tydlig innebörd och åsyfta nära nog en fullständig oförmåga att handla, till exempel på grund av medvetlöshet eller sömn."⁴²⁹ Domstolen ansåg däremot att lokutio-

427. A.a., s. 558.

428. A.a. s. 558-559. Jämför med analysen av hovrätternas diskurser, som behandlas i kapitel 3.

nen *annat hjälplöst tillstånd* har en språkligt sett mindre precis innebörd och att den därför kan ges olika tolkningar. Av de fall som omnämns i förarbeten och doktrin drar dock HD slutsatsen att även det senare begreppet skall tolkas "ganska snävt".⁴³⁰ Därefter konstaterade domstolen att de fall som nämns i förarbetena skall ses som tydliga och karakteristiska exempel på "hjälpöst tillstånd".⁴³¹ Domstolarna kan själva avgöra i vilka övriga situationer som lagrummet kan tillämpas. Det är vid dessa avgöranden nödvändigt att bedömningen grundas på den aktuella situationen *i dess helhet* och det kan, betonade domstolen, finnas olika element som tillsammans skapar ett sådant tillstånd som det här var frågan om.⁴³²

HD ansåg det vara styrkt att kvinnan i det aktuella fallet var påtagligt alkoholpåverkad. "Hon var emellertid inte så berusad att hon enbart på grund härav var oförmögen att motsätta sig samlag"⁴³³ och ej heller i ett sådant tillstånd att hon inte kunde uppfatta att de tilltalade hade samlag med henne. Däremot menade domstolen att kvinnans berusning påverkade hennes förmåga att värdera situationen och att "rationellt överväga vilka möjligheter hon hade att undkomma sexuella övergrepp."⁴³⁴ Därtill nämner domstolen andra omständigheter som påverkade kvinnans möjligheter att "värja sig",⁴³⁵ såsom att hon nattetid fördes tillsammans med fyra okända män till en förhållandevis isolerad plats och att hon uppfattade situationen som att hon riskerade att utsättas för något ännu värre om hon inte gjorde en av männen till viljes, när denne insisterade på att mot hennes vilja ha samlag med henne. Sammantaget menade domstolen att kvinnan befann sig i ett sådant "hjälpöst tillstånd" som avses i bestämmelsen om sexuellt utnyttjande.

Justitierådet Torkel Gregow var skiljaktig i denna del och framhöll att termen vanmakt skall innebära en djupgående oförmåga att handla och att uttrycket hjälplöst tillstånd måste ses i samband med förstnämnda term och sålunda avse sådana tillstånd som någorlunda liknar vanmakt.⁴³⁶ När Gregow därefter resonerade kring den aktuella händelsen

429. A.a., s. 565.

430. A.a., s. 565.

431. A.a., s. 565.

432. A.a., s. 566.

433. A.a., s. 566.

434. A.a., s. 566.

435. A.a., s. 566.

tolkade han innebörden av bestämmelsen om sexuellt utnyttjande utifrån sitt sammanhang med andra bestämmelser i sjätte kapitlet i brottsbalken. Han påpekade först att brottet sexuellt utnyttjande är helt sidoställt bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång. Därefter anförde han att det kan finnas situationer där någon får tillstånd samlag med annan *både* genom våld och utnyttjande av en utsatt situation hos offret och undrade om man i sådana fall kan döma för sexuellt utnyttjande när åtalet endast omfattar detta. Denna fråga blir endast ett praktiskt problem, anförde Gregow, om man ger uttrycket hjälplöst tillstånd en vidare innebörd än enligt hans tolkning. Om en person som utsatts för ett sexuellt övergrepp har gjort visst fysiskt motstånd utgör detta stöd för att hon eller han inte befann sig i ett sådant hjälplöst tillstånd som avses i den aktuella bestämmelsen. Gregow konstaterade följaktligen att kvinnan i det aktuella fallet inte var i ett "hjälpöst tillstånd" och motiverade detta med att hon kunde tala, gå och uppfatta vad hon utsattes för samt att hon efteråt kom ihåg händelserna och inte kan anses ha varit handlingsförlamad av rädsla. Han ställer sig slutligen tveksam till att lägga samman en viss berusning och en viss hotfull situation så att dessa förhållanden tillsammans uppfyller kravet på "hjälpöst tillstånd".⁴³⁷

Vad kan man då *egentligen* utläsa av Södertäljedomen? När det gäller tolkningen av uttrycket hjälplöst tillstånd,⁴³⁸ endast att man skall ta hänsyn till *hela* den föreliggande situationen och att *flera faktorer* sammantagna kan skapa detta tillstånd.

436. A.a., s. 569-570.

437. A.a., s. 571.

438. Kort efter att Södertäljedomen meddelats prövades ett fall med liknande omständigheter i Svea Hovrätt, dom den 6 oktober 1997 i mål nr B 1241/97. Huvudfrågan kom även i detta fall att röra tolkningen av "hjälpöst tillstånd". Hovrätten menade dock att omständigheterna i detta mål var vitt skilda från dem som HD hade att bedöma i Södertäljemålet och vägde in i bedömningen att händelsen "utspelats i en bostad där det funnits andra personer i omedelbar närhet vilka lätt kunnat ingripa om målsäganden hade påkallat deras uppmärksamhet". Därtill var männen inte okända för kvinnan och hon kan därför inte varit så utsatt att hon kan ha befunnit sig i "hjälpöst tillstånd". Domstolen gjorde med andra ord vad som närmast kan liknas vid en bokstavstolkning av Södertäljedomen. Man noterade att det är helheten i en situation som skall ligga till grund för bedömningen av tillståndet i fråga och att flera omständigheter tillsammans kan göra att någon befinner sig i ett hjälplöst tillstånd. Därefter konstaterade man att den situation man hade att bedöma skilde sig avsevärt från HD:s fall där kvinnan var på främmande platser med okända män.

Som framkommit tolkades formuleringen "vanmakt eller hjälplöst tillstånd" på olika sätt i Södertäljedomen, både i de lägre instanserna och av HD. Tingsrätten och majoriteten av HD menade att kvinnan befann sig i ett hjälplöst tillstånd men motiverade detta på olika sätt.⁴³⁹ Hovrätten och justitierådet Gregow ansåg inte att kvinnan befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Hovrätten gick inte in på betydelsen av vanmakt i sin motivering medan Gregow styrdes i sin tolkning av den innebörd han gav åt ordet vanmakt.

En ordbok ger detta ord två relativt olika betydelser.⁴⁴⁰ Den ena är (*en känsla av*) *oförmåga att företa sig något på grund av yttre eller inre omständigheter* och den andra, vilken betecknas som något ålderdomlig, är *tillfällig medvetlöshet*. Gregow gav ordet den senare innebörden och tolkar sedan "hjälpplöst tillstånd" utifrån denna. Även tingsrätten och HD:s majoritet tolkade innebörden av ordet vanmakt på detta sätt men gav trots detta det hjälplösa tillståndet en annan innebörd.

Följande frågor utkristalliserar sig: Vilken innebörd ska ordet vanmakt ges? I vilken omfattning skall denna innebörd vara styrande vid tolkningen av begreppet hjälplöst tillstånd? Är de båda begreppen utbytbara eller skall "hjälpplöst tillstånd" styra tolkningen av vanmakt?

Det finns som nämnts inte någon direkt ledning i förarbetena angående tolkningen av begreppet vanmakt. Endast "hjälpplöst tillstånd" nämns vid tolkningen av de båda begreppen. I förarbetena till brottsbalken hänvisar man till motsvarande bestämmelse, 15:15, i 1864 års strafflag och menar att stadgandet om vanmakt och annat hjälplöst tillstånd skall ha samma innebörd som i den äldre bestämmelsen.⁴⁴¹ I strafflagens stadgande talas om "otukt med kvinna under utnyttjande av yrsel, sömn eller vanmakt vari hon befann sig, så att hon *saknade bruket av fri vilja* eller var ur stånd att värja sig".⁴⁴² När HD i Södertäljedomen talar om att kvinnans berusade tillstånd påverkade hennes förmåga att "rationellt överväga vilka möjligheter hon hade att undkomma sexuella övergrepp."⁴⁴³ är det lätt att finna likheter med den kursiverade delen i strafflagens bestämmelse ovan.

439. För HD:s motivering se NJA 1997 s. 538, s. 565-566 och tingsrättens dito, a.a., s. 553.

440. Norstedts svenska ordbok, 1990.

441. Se SOU 1953:14, s. 240. Se även ovan i kapitel 2 under "1864 års strafflag".

442. A.a., s. 235, min kursivering.

443. NJA 1997 s. 538, s. 566.

Jag har visat att de olika instanserna i Södertäljemålet är ense i sina tolkningar av ordet vanmakt i den mån de uttryckligen tolkar begreppet. Ordet innebär enligt dessa tolkningar en djupgående oförmåga att handla och har liknats vid medvetlöshet eller sömn. Däremot råder oenighet kring frågan om man skall tolka begreppen vanmakt och hjälplöst tillstånd var för sig eller i relation till varandra och i så fall vilket begrepp som skall vara styrande. På det sätt begreppen är uppställda i bestämmelsen anser jag att man måste betrakta vanmakt som ett *exempel* på ett hjälplöst tillstånd. Däremot är det inte nödvändigt att alla situationer som bedöms som hjälplöst tillstånd också kan anses utgöra ett tillstånd av vanmakt.⁴⁴⁴

Både hovrätten och Gregow tolkade ordet vanmakt i enlighet med en språkligt sett snäv och ålderdomlig betydelse. Denna tolkning styrde sedan deras uppfattning om innebörden av begreppet hjälplöst tillstånd. HD och tingsrätten gör en liknande tolkning av "vanmakt" men styrdes inte i samma utsträckning av denna tolkning när de skulle reda ut vad som kan innefattas i ett "hjälpöst tillstånd".

HD ansåg att kvinnan i Södertäljemålet befann sig i ett "hjälpöst tillstånd", en bedömning jag anser vara rimlig. Jag menar att kvinnans berusning tillsammans med den hotfulla situation hon befann sig i utgör ett fall av "hjälpöst tillstånd".

Sexualbrottslagstiftningen i brottsbalkens sjätte kapitel är bestämmelser som skall skydda samhällets medborgare mot sexuella övergrepp. Som jag nämnt ovan är dessa konstruerade på det sättet att straffbuden anger ett *medel* genom vilket en angiven *sexualhandling* genomförs med någon. En central förutsättning för detta kapitel är som nämnts att dessa bestämmelser, avseende övergrepp mot vuxna, skyddar mot övergrepp som inte är frivilliga. I förarbetena kan man också skönja att det har betydelse hur det potentiella offret beter sig i en aktuell situation: "Det gäller att inpränta att varje människa har rätt till sexuell integritet och att man måste respektera när en annan människa avböjer sexuella inviter."⁴⁴⁵ Av uttalandet framgår indirekt att offrets viljeuttryck är relevant i sammanhanget, något jag återkommer till i tredje och fjärde kapitlet.

444. Jämför Gregows tolkning i denna del, a.a., s. 569-570. I våldtäktsparagrafen är förhållandet det omvända. Här anges som medel för tvång när någon försätter annan i "vanmakt eller annat sådant tillstånd". Här tolkar jag "sådant tillstånd" som ett exempel på vanmakten.

445. SOU 1982:61, s. 62. Se även a.a., s. 109.

Straffbuden i sjätte kapitlet är således utformade utifrån förutsättningen att ett offer *skall* göra motstånd när hon eller han utsätts för ett sexuellt övergrepp. Både i lagstiftning och rättstillämpning tas för givet att ett offer som kan göra motstånd också gör det i en övergreppssituation. Om offret inte gör motstånd eller på annat sätt uttrycker sin vilja⁴⁴⁶ betraktas inte den aktuella händelsen som våldtäkt (eller annat brott). Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande kan beskrivas utifrån detta krav på motstånd och det kan då konstateras att motståndskravet minskar vid de tillstånd som anges i bestämmelsen.⁴⁴⁷

Om man tolkar bestämmelsen om sexuellt utnyttjande utifrån sitt sammanhang bör man inte endast väga in att detta brott är helt självständigt i förhållande till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång, BrB 6:1 och 6:2, såsom exempelvis Torkel Gregow gör. Istället bör tas med i beräkningen att bestämmelserna i sjätte kapitlet syftar till att skydda den enskilda individen mot sexuella övergrepp. Därtill måste lagstiftarens motståndskrav uppmärksammas. Förekomsten av vissa omständigheter gör att lagstiftarens motståndskrav minskar. Ett sådant fall är att offret befinner sig i ett "hjälplost tillstånd". Jag menar att bedömningen av om en situation kan anses utgöra ett sådant "hjälplost tillstånd", skall göras utifrån frågan om man bör lätta på motståndskravet givet de aktuella omständigheterna. Enligt min mening gör de omständigheter som föreligger i Södertäljemålet att denna fråga bör besvaras jakande, varav följer att ett "hjälplost tillstånd" skall anses vara för handen.⁴⁴⁸

Psykisk störning

Ett tredje och sista tillstånd hos offret som skall skyddas mot otillbörliga utnyttjanden i sexuellt hänseende är som nämnts *psykisk störning*. Den nuvarande formuleringen infördes 1992 när man justerade förutsättningarna för straffansvar vid utnyttjanden av detta tillstånd.⁴⁴⁹ Ändringen var endast av terminologisk art och orsaken var förslag om en gemensam terminologi på området.⁴⁵⁰ Departementschefen anmärkte att

446. Denna fråga behandlas i NJA 1988 s. 40, s. 49.

447. Jämför SOU 2001:14, s. 164 f.

448. Se även Wennberg (1997) och (1998) samt Sutorius (1997) för en diskussion om förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande.

449. Prop. 1991/92:35, s. 24.

450. A.a., s. 24.

psykisk störning är vidare än de begrepp som gällde dessförinnan men att kravet på att det för straffbarhet skall föreligga ett otillbörligt utnyttjande sannolikt innebär att bestämmelsens tillämpningsområde inte blir vidare än tidigare.⁴⁵¹ Det betonas i förarbetena att psykiskt sjuka har rätt till ett sexualliv men att bestämmelsen behövs eftersom det inte kan utslutas att dessa personer kan ha särskilda svårigheter att värna sin sexuella och personliga integritet.⁴⁵²

Egenskaper hos unga personer och deras relation till gärningspersonen

Allmänt

De bestämmelser som nu ska behandlas rör huvudsakligen unga personers sexuella integritet och kriminaliserar sexuellt umgänge med ungdomar i situationer där det har ansetts att man typiskt sett har att räkna med en risk för övergrepp. Bestämmelsen om sexuellt utnyttjande av underårig, BrB 6:4, omfattar sexuellt umgänge med personer som är under 18 år i vissa fall och sexuellt umgänge med personer under 15 år utan begränsning, medan bestämmelsen i BrB 6:6 omfattar samlag mellan personer med biologiskt släktskap oavsett ålder.⁴⁵³ I det följande går jag igenom de gränsdragande rekvisit som kan vara aktuella vid övergrepp mot personer över 15 år.⁴⁵⁴ Dessa har alla anknytning till *offret* respektive *relationen* mellan offret och gärningspersonen.

Att vara någons avkomling

BrB 6:4 omfattar sexuellt umgänge med avkomling medan 6:6 endast avser samlag.⁴⁵⁵ I båda fallen krävs att det föreligger biologiskt släktskap mellan gärningspersonen och offret. Det skall vara fråga om att gärnings-

451. A.a., s. 24.

452. SOU 1982:61, s. 103 och s. 155.

453. Se vidare, prop. 1983/84:105, s. 33 f. samt brottsbalkskommentaren, s. 6:30-31.

454. Sexuellt umgänge med barn under 15 år är straffbart oavsett relation mellan offret och gärningspersonen enligt paragrafens första stycke andra meningen, se vidare brottsbalkskommentaren, s. 6:26 f.

455. Detta gäller BrB 6:6 första stycket. Andra stycket i denna paragraf omfattar samlag mellan helsyskon. Denna bestämmelse kan bara vara aktuell vid heterosexuella övergrepp, jämför vad som sägs om samlagsbegreppet nedan under "Sexualhandlingar".

personen har sexuellt umgänge med sitt barn eller dess avkomlingar. Medan det förstnämnda stadgandet avser att skydda unga människors sexuella integritet är tanken bakom sistnämnda bestämmelse främst att barn även efter det att de fyllt 18 år ”ofta står i ett starkt beroendeförhållande till sina föräldrar.”⁴⁵⁶

Att stå under någons fostran

Även sexuellt umgänge mellan unga och sådana personer som fungerar som vårdnadshavare för den unga personen, utan att vara biologisk förälder är kriminaliserat. Kravet är här att offret skall *stå under* gärningspersonens *fostran*. Den rättsliga vårdnaden är inte avgörande utan förbudet avser alla som står i ett vårdnadsförhållande till barnet, exempelvis fosterföräldrar utan myndighets beslut, adoptivföräldrar eller personer som sammanlever med barnets förälder och faktiskt intar en vårdnadsposition gentemot den unga personen.⁴⁵⁷ I praxis har förevarande situation ansetts föreligga när gärningspersonen tidigare varit gift med den underårigas moder och bott tillsammans med dem.⁴⁵⁸ I ett annat fall var det fråga om en styvdotter som ansågs stå under fostran av den tilltalade.⁴⁵⁹

Att någon svarar för ens vård eller tillsyn på grund av myndighets beslut

Förutom biologiska föräldrar och motsvarande vårdnadshavare finns även andra som anses stå i sådana förhållanden till underåriga att de skall omfattas av ett absolut förbud i fråga om sexuella relationer. Här avses vissa vård- och tillsynssituationer som anordnas enligt särskild lagstiftning. I propositionen nämndes i sammanhanget bland annat vård enligt lagen (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga med placering i enskilt hem eller hem för vård eller boende (nuvarande lagen 1990:52 i samma ämne), samt behandling enligt lagen (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall (se nu lagen 1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård.⁴⁶⁰ Även behandling inom kriminalvårdens ram samt olika former av övervakning omfattas av bestämmelsen. För-

456. Se vidare prop. 1983/84:105, s. 33 samt brottsbalkskommentaren, s. 6:30-31.

457. Prop. 1983/84:105, s. 29 och 53.

458. NJA 1993 s. 68.

459. NJA 1996 s. 461.

460. Prop. 1983/84:105, s. 30 och 53. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:26.

budget riktar sig mot den som har en vård- eller tillsynsfunktion på respektive institution eller den som är förordnad som övervakare.⁴⁶¹

Förslag från 1998 års sexualbrottskommitté – förövarens tvång och offrets tillstånd

Den ändring av tvångsbegreppet i våldtäktsparagrafen som 1998 års sexualbrottskommitté föreslog innebar en utvidgning jämfört med nu gällande rätt.⁴⁶² Enligt förslaget skulle det inte längre krävas råntvång som medel för tvång utan en *lindrigare form* av våld eller hot skulle räcka. Dessutom valde kommittén att ta in *egenskaper hos offret* och med tvång jämställa sådana situationer som innebär ett utnyttjande av en person som befinner sig i vissa tillstånd och av den anledningen inte kan värja sig. Detta kan jämföras med bestämmelserna i 1864 års strafflag då "våldtäktsbrotten" fanns införda tillsammans i tre paragrafer, dock med varierande straffskalor. Det finns också likheter med den norska bestämmelsen som tas upp nedan.⁴⁶³

När det gäller *våldet* innebar förslaget att även våld *mot* person skulle räknas som medel för tvång. Hit räknas sådana handlingar som att rycka i en persons arm, hålla fast eller knuffa någon. Våldet skall dock ha varit av sådan styrka "att det har utgjort en förutsättning för gärningens ge-

461. Tidigare omfattade bestämmelsen ett absolut förbud även den som vid skola hade underårig under sin tillsyn men vid ändringen 1984 ansågs det vara tillräckligt med att ingripande kan ske enligt 6:3 i de fall en lärare allvarligt missbrukat elevens beroende ställning, se vidare brottsbalkskommentaren 6:26.

462. Se SOU 2001:14, s. 162-178 och 537-542. Jämför förslaget från justitiedepartementets straffrättsenhet, promemoria 2003-11-17, s. 2-4.

463. Ett av de uppdrag som 1998 års sexualbrottskommitté ålades var att utreda våldtäktsparagrafens tvångsbegrepp. Kommittén skulle särskilt analysera och redovisa vilka skäl som talar för respektive emot att "bristen på samtycke skall vara avgörande för ansvaret för våldtäkt istället för våld eller hot." Utifrån uppfattningen att tvång eller samtycke är avgörande för systematiken i hela sjätte kapitlet diskuterade kommittén ingående för- och nackdelar med offrets bristande samtycke som grund för våldtäktsansvar. Vissa skäl ansågs tala för sistnämnda konstruktion. För det första kunde en sådan konstruktion ses som ett led i *den straffrättsliga utvecklingen* på området och medföra att kränkningen av *offrets vilja* tydligare betonades. Vidare kunde en sådan bestämmelse, genom sin *normerande verkan* stärka offrets ställning, särskilt för unga kvinnor som hos kvinnojourerna vittnat om att de gått med på sexuella handlingar efter påtryckningar. Att kravet på tvång redan är så uttunnat kan slutligen tala för att basera våldtäktsbestämmelsen på offrets bristande samtycke. Sistnämnda omständighet ansågs av kommittén även tala *mot* att basera våldtäktsbestämmelsen på offrets bristande samtycke. Eftersom kravet på

nomförande.⁴⁶⁴ Kommittén sänkte också kravet på *hotet* och påpekade att det naturligtvis inte kan röra sig om ”vilket ringa hot som helst”, att det bör ha varit utpressningsliknande samt skett i syfte att genomföra en sexuell handling och inneburet att offret inte har haft något egentligt val. Mot bakgrund av några domar där offret varit berusad och förövaren dömts för sexuellt utnyttjande föreslog kommittén att offrets tillstånd skulle inkluderas som grund för tvång i våldtäktsbestämmelsen. Det lämpligaste ansågs vara att bryta ut en del av bestämmelsen om sexuell utnyttjande, i första hand den del som avser att offret på grund av berusning eller liknande tillstånd inte har förmåga att värja sig, och föra över den till bestämmelsen om våldtäkt. Ett viktigt skäl till att kommittén valde denna lösning var att våldtäktsparagrafen som medel för tvång redan nu omfattar att förövaren *försätter* offret i ”vanmakt eller annat sådant tillstånd”. Den som otillbörligt utnyttjar ett redan rådande tillstånd bör därför också kunna straffas för våldtäkt. I vissa fall beror det dessutom på tillfälligheter om det är förövaren som orsakat tillståndet i fråga eller endast utnyttjat det. Att ”våld” traditionellt sett endast omfattat försättnan-

tvång redan är uttunnat skulle det inte innebära så stor skillnad att bibehålla detta krav. Kravet på tvång ställer dock mindre krav på hur offret agerat och utredningen kan inriktas på förövarens handlingar. Om offrets bristande samtycke skulle införas skulle detta istället innebära ett krav från offret att klart och otvetydigt deklarerat sitt bristande samtycke. Dessutom skulle den underkastelse som offret ofta ger uttryck för i en övergreppssituation kunna förväxlas med samtycke. Frågan om det sexuella umgänget skall ha skett ”mot den andra personens vilja eller utan offrets samtycke” skulle bli mer central om våldtäktsbestämmelsen baserades på bristande samtycke. *Offrets ställning i processen* skulle därmed ges en större plats och det finns risk för en tillbakagång i den rättsliga prövningen i detta hänseende, att kvinnans beteende innan övergreppet samt parternas relation skulle tillmätas betydelse för om det förelegat ett samtycke. Särskilt i fall som inte innebär överfallsvåldtäkt skulle en konstruktion med bristande samtycke vidare innebära *tillämpningssvårigheter* och bryta mot den inom straffrätten gällande *systematiken* att förövarens handlande skall bedömas. Slutligen menade kommittén att det rent språkligt var bättre att fokusera på våld eller tvång samt att detta också överensstämmer med övriga bestämmelser i Norden. Svårigheter att definiera samtycke i sammanhanget talar också för att behålla tvånget. Efter att ha övervägt nu anförda omständigheter samt diskuterat den engelska våldtäktsbestämmelsen, föreslog kommittén att *tvångsbegreppet* skall behållas som gränsdragande rekvisit i våldtäktsparagrafen. Som skäl för att revidera kravet på tvång i våldtäktsparagrafen anförde kommittén att den nuvarande skillnaden mellan våldtäktsparagrafens tvång och det tvång som förekommer i bestämmelsen om sexuell tvång är liten. I rättslämpningen tycks tendensen också vara att välja bestämmelsen om våldtäkt på bekostnad av stadgandet om sexuell tvång.

464. SOU 2001:14, s. 163.

de i vanmakt eller liknande utgör enligt kommittén inte ett tillräckligt skäl att behålla den rådande skillnaden. Det är dessutom en lika grov kränkning att otillbörligt genomföra sexuellt umgänge med en berusad eller sovande kvinna som vid ett påtvingat samlag. Däremot är skillnaden i straffvärde mellan sexuellt utnyttjande och våldtäkt stor. Kommittén valde att ta bort uttrycket vanmakt eftersom det sällan används i praxis, är ålderdomligt och rent språkligt främst har andra betydelser än den straffrättsliga. Eftersom det gemensamma med detta uttryck och "hjälplost tillstånd" är att personen i fråga inte har förmåga att värja sig ansåg kommittén att denna beskrivning bör ersätta de båda uttrycken.

Som visats ovan är det redan nu möjligt att döma någon som utnyttjat en hotfull situation. Nu föreslogs att detta skulle framgå tydligare av lagtexten. Som exempel på hotfulla situationer anförde kommittén ett av någon tidigare utövat våld. En kvinna som ständigt blir utsatt för våld av den hon lever med kan exempelvis känna sig tvingad att handla på ett visst sätt för att undvika ytterligare övergrepp. Enligt förslaget anses det således utgöra tvång om någon "tilltvingar sig en allvarligt kränkande sexuell handling genom att utnyttja att denna person inte har förmåga att värja sig på grund av berusning eller ett liknande tillstånd eller den hotfulla situation han eller hon befinner sig i."⁴⁶⁵

Sammanfattningsvis innebar kommitténs föreslagna tvångsbegrepp för det första att kraven på våld och hot *sänks* och, för det andra, ett *förtydligande* av att outtalade hot och utnyttjande av hotfulla situationer är medel för tvång. För det tredje är det fråga om en *utvidgning* av tvånget eftersom även den situationen att förövaren utnyttjar att offret saknar förmåga att värja sig, skall anses som tvång.

Det föreslagna nya tvångsbegreppet har kritiserats av flera remissinstanser och efter en tämligen omfattande bearbetning på justitiedepartementet avlämnade straffrättsenheten ett förslag i november 2003. Detta förslag ställde för det första högre krav på *hotet*. För det andra föreslogs att fler utnyttjandefall skulle ingå i paragrafen. Det hot som krävdes enligt straffrättsenhetens förslag skulle jämföras med "olaga hot", vilket innebar att det inte skulle ha lämnat offret något egentligt val. Även outtalade hot skulle inkluderas. Förutom utnyttjande av berusning eller liknande tillstånd föreslog straffrättsenheten att utnyttjande av att offret på grund av medvetlöshet, rädsla eller liknande tillstånd eller funktions-

465. A.a., s.177.

hinder inte kan eller vågar freda sig, också skall anses vara en form av tvång.⁴⁶⁶

2.4.2.3 Sexualhandlingar

Allmänt

Brottsbalkens bestämmelser om sexuella övergrepp innehåller tre olika typer av sexualhandlingar, varav samtliga innebär någon form av kroppskontakt mellan parterna förutom de som definierats som *handlingar* av olika slag.⁴⁶⁷ En del av sistnämnda handlingar förutsätter också att rättskyddsobjektet själv är aktivt medverkande i själva handlingen, vilket inte de två övriga, *sexuell beröring* och *sexuellt umgänge* gör.⁴⁶⁸ Jag går igenom samtliga sexualhandlingar nedan. Först tar jag upp innebörden av de olika *handlingarna* varefter *sexuell beröring* och sist *sexuellt umgänge* behandlas. Den sistnämnda inkluderar, förutom den okvalificerade formen av sexuellt umgänge,⁴⁶⁹ de kvalificerade formerna samlag och sexuellt umgänge som är jämförligt med påtvingat samlag.

Sexuella handlingar

Handling med sexuell innebörd som är led i framställning av pornografisk bild eller posering

Bestämmelsen om sexuellt ofredande i BrB 6:7 andra stycket omfattar som nämnts att någon förmår annan genom tvång, förledande eller annan otillbörlig påverkan att företa eller medverka i en handling med sexuell innebörd. Handlingen skall också ha varit ett led i framställning av pornografisk bild eller utgöra annan form av posering. Enligt brotts-

466. Förslag från justitiedepartementets straffrättsenhet, promemoria 2003-11-17, s. 2 och 4.

467. Förslaget från 1998 års sexualbrottskommitté innebar en viss utvidgning i fråga om vissa sexualhandlingar.

468. En annan sak är att offrets aktiva handlande förutsätts vid tolkningen och prövningen av de olika tvångsrekvisiten, se kapitel 3 och 4 där detta diskuteras och analyseras.

469. Jag använder här denna benämning på sådant sexuellt umgänge som varken är samlag eller därmed jämförligt sexuellt umgänge.

balkskommentaren skall det vara fråga om en handling som har en klar och otvetydig sexuell prägel för den vuxne.⁴⁷⁰

Blottande

Enligt BrB 6:7 tredje stycket första ledet är det straffbart att blotta sig för annan ”på sätt som är ägnat att väcka anstöt”. Tidigare krävdes att gärningen skulle ha orsakat allmän förargelse men numera är handlingen straffbar även om den utförs i enrum inför en enda person. Enligt brottsbalkskommentaren skall hänsyn tas till hela situationen, bland annat om den mot vilken handlingen företagits har deltagit frivilligt.⁴⁷¹ Det gränsdragande rekviritet sätts vid en handling, som i sig anses kränka den sexuella integriteten hos den inför vilken den begås. Det är inte fråga om någon kroppskontakt mellan parterna utan det straffvärda beteendet går så att säga utanför rättsskyddssubjektets kropp.

Uppenbart sedlighetssårande ord eller handling

Den yttersta gränsen för skydd mot sexuella övergrepp tas upp i BrB 6:7 tredje stycket andra ledet. Det gränsdragande beteendet går även här vid själva sexualhandlingen, nämligen att någon genom ord eller handling uppträder anstötligt mot en annan person, på ett sätt som är *uppenbart sedlighetssårande*. Inte heller här är det fråga om att gärningspersonen har någon kroppskontakt med rättsskyddssubjektet utan det straffvärda beteendet går utanför hans eller hennes kropp. Det har överlämnats till domstolarna att avgöra huruvida en handling är sedlighetssårande enligt gängse uppfattning. Enligt brottsbalkskommentaren kan det för att avgöra denna fråga vara av betydelse mot vem den företas. En vuxen förväntas här tåla mer än en minderårig person. Varierande tids- och miljöförhållanden kan också påverka bedömningen. Gärningen skall vara av relativt utpräglad art och varje angrepp med sexuell inriktning mot en person hör inte hit.⁴⁷² Av brottsbalkskommentaren framkommer exempelvis att en man på gatan som ”klappar en passerande kvinna i baken” inte bör dömas för sexuellt ofredande utan för ofredande enligt BrB 4:7. Från rättspraxis bör här nämnas ett par fall. I det

470. Brottsbalkskommentaren, s. 6:35. Denna del av bestämmelsen tillkom 1994.

471. A.a. Se även prop. 1983/84:105, s. 35-36 och 56, där det bland annat framkommer att departementschefen fann tillräckliga skäl för att behålla denna del av bestämmelsen, vilken enligt sexualbrottskommitténs förslag skulle tas bort.

472. Brottsbalkskommentaren, s. 6:35.

första, NJA 1996 s. 418, prövades frågan om sexuella handlingar, som innebär att den tilltalade medan målsäganden sov klädde av henne naken och bland annat särade på hennes ben, handlingar som parterna tidigare företagit tillsammans, kunde utgöra anstötligt uppträdande, på ett uppenbart sedlighetssårande sätt, mot målsäganden. Majoriteten av HD ansåg inte att så var fallet eftersom det var fråga om handlingar som parterna brukade utöva.⁴⁷³ I NJA 1997 s. 359 gällde frågan om en manlig officers yttranden mot en kvinnlig värnpliktig kunde anses anstötliga, på ett uppenbart sedlighetssårande sätt. I målet var ostridigt att officeren i samband med en tillrättavisning angående den värnpliktigas klädsel hade frågat henne om hon hade varit ”inne på toaletten och knullat” samt i samband med detta också kallat henne för hora. HD konstaterade att det sammanhang i vilken en gärning företas, har betydelse för bedömningen samt mot vem. Bedömningen kan även växla med tids- och miljöförhållanden. Majoriteten av HD betonade att det aktuella uttalandet riktats mot en vuxen person som ett led i en tillrättavisning ”av en underställd värnpliktig som [den tilltalade] ansåg inte hade reglementsenligt ordnad klädsel”.⁴⁷⁴ I belysning av detta var inte ”den sexuella karaktären” hos yttrandena sådana att detta inneburit att den tilltalade hade uppträtt uppenbart sedlighetssårande.⁴⁷⁵ Två ledamöter av domstolen var dock skiljaktiga och betonade bland annat att målsäganden befann sig i ett manligt sammanhang och att uttalandena hade en kränkande innebörd.⁴⁷⁶

Sexuell beröring

Begreppet *sexuell beröring* är endast aktuellt vid brott mot barn under 15 år och tas upp i bestämmelsen om sexuellt ofredande, BrB 6:7 första stycket, samt är som nämnts den lindrigaste formen av sexualhandling. Bestämmelsen är subsidiär till de brott som anges i de föregående paragraferna i kapitlet. En handling av detta slag skall enligt brottsbalkskommentaren ha ”en sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift”.⁴⁷⁷ Det kan exempelvis inte röra sig om sådana situationer där vuxna under lek råkar beröra barns blottade könsorgan. Beträffande gränsdragningen mellan

473. NJA 1996 s. 418, s. 427.

474. NJA 1997 s. 359, s. 363.

475. A.a., s. 363.

476. A.a., s. 364.

477. Brottsbalkskommentaren, s. 6:33.

förevarande sexualhandling och sexuellt umgänge kan av rättspraxis utläsas att det avgörande för om en handling skall betraktas som sexuellt umgänge är dels dess *varaktighet* och dels *helhetsbilden* av övergreppet.⁴⁷⁸ Vid bedömning av helhetsbilden tas hänsyn till om handlingen upprepats vid flera tillfällen, om den utförts av någon med speciell auktoritet över offret samt om handlingen syftat till att bereda gärningsmannen sexuell tillfredsställelse eller annars haft en sexuell prägel.

I förarbetena nämns som exempel på handling som utgör sexuell beröring men inte sexuellt umgänge den situationen att en vuxen person av sexuell intresse mera flyktigt berör ett barns könsorgan.⁴⁷⁹ Från rättspraxis kan nämnas ett fall där den tilltalade vid flera tillfällen med handen strukit några flickor över könsorganen utan att "föra finger innanför blygdläpparna" och utan att ha haft erektion.⁴⁸⁰

Här bör påpekas att en person som är över 15 år enligt nu gällande rätt inte är skyddad mot en sexuell *beröring* som inte är önskad. Detta bekräftas också av det nyss nämnda rättsfallet NJA 1996 s. 418.⁴⁸¹

Sexuellt umgänge

Okvalificerat sexuellt umgänge

Begreppet sexuellt umgänge förekommer i bestämmelserna om sexuellt tvång, BrB 6:2, sexuellt utnyttjande, BrB 6:3, samt sexuellt utnyttjande av underårig, BrB 6:4, och avser detsamma som äldre rätts uttryck "könsligt umgänge". Dessa begrepp används nedan växelvis.

Av förarbetena till brottsbalken kan utläsas att "könsligt umgänge" avsåg "normalt könsumgänge mellan man och kvinna, samlag" [och] andra sexualhandlingar av såväl heterosexuell som homosexuell natur vilka typiskt sett avser att tillfredsställa eller uppväcka bådadas eller enderas sexu-

478. NJA 1991 s. 228, 1992 s. 585 och 1993 s. 616.

479. Prop. 1983/84: 105, s. 55.

480. NJA 1966 B 61. Fallet kan även ses som ett exempel på att man vid bedömningen av ett sexuellt övergrepp relaterar detta till mannens tillfredsställelse.

481. I tredje stycket finns dock en bestämmelse som utan åldersmässig begränsning straffbelägger gärningar som innebär att "någon blottar sig för annan på sätt som är ägnat att väcka anstöt eller eljest genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätt uppträder anstötligt mot annan". Det finns också en möjlighet att bedöma en handling som innebär att någon utsätter annan för hänsynslöst beteende som ofredande enligt 4:7 i BrB.

ella drift.”⁴⁸² Det betonas att det inte har någon betydelse om handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller ej.

Sådana handlingar som kan anses utgöra sexuellt umgänge är, när det gäller heterosexuella handlingar, utöver samlag främst samlagsförsök och andra samlagsliknande åtgärder. Det är tillräckligt att gärningsmannen berör någon del av kvinnans kropp med sitt könsorgan men inte nödvändigt att de inblandades könsdelar berör varandra.⁴⁸³ Det omvända gäller om en kvinna förgriper sig på en man. I regel fordras direkt kroppslig beröring men det kan finnas fall där en handling anses utgöra sexuellt umgänge även utan denna beröring.⁴⁸⁴ Ett sådant fall rörde en flicka som bar underbyxor och utsattes för samlagsliknande handling genom att gärningsmannen tryckte sin styva penis mot hennes könsorgan.⁴⁸⁵ Det är även att betrakta som sexuellt umgänge om gärningsmannen berör offrets könsorgan med munnen eller tungan eller att hon tvingas utföra motsvarande handlingar på gärningsmannen.⁴⁸⁶ Motsvarande handlingar som utförs av en kvinna mot en man utgör också sexuellt umgänge även om inte detta sägs i förarbetena.⁴⁸⁷ Om förövaren däremot fingrar på eller på annat sätt endast flyktigt berör offrets yttre könsorgan, betraktas inte detta som sexuellt umgänge utan beröringen skall vara inriktad på en viss varaktighet. När det gäller gränsdragningen till sexualhandlingen sexuell beröring i bestämmelsen om sexuellt ofredande, 6:7, måste som nämnts ovan en bedömning av hela situationen göras och handlingen måste vara inriktad på en viss varaktighet.

Gränsdragningen för sexuellt umgänge beträffande homosexuella handlingar får göras på likartat sätt som när det gäller heterosexuella handlingar. Följaktligen är de homosexuella handlingar som motsvarar normalt könsumgänge i heterosexuella förhållanden att anse som sexuellt umgänge. Det är enligt förarbetena då fråga om samlagsliknande handlingar såsom inträngande i motpartens analöppning eller mun samt masturbatoriska åtgärder av olika slag. Liksom vid heterosexuella övergrepp kan det även röra sig om att gärningspersonen tvingar offret att röra vid hans penis.⁴⁸⁸ Något exempel på homosexuella övergrepp som utförs av en kvinna

482. SOU 1953:14, s. 237.

483. A.a., s. 237.

484. Se nedan om rättsskyddsobjektets kropp i analysen i det fjärde kapitlet.

485. NJA 1950 s. 263.

486. SOU 1953:14, s. 237.

487. Se vidare analysen i kapitel 4.

mot en annan kvinna nämns inte i förarbetena men här kan tänkas fall där en kvinna berör en annan kvinnas könsorgan med munnen eller tungan samt fall där ett finger eller föremål förs in i kvinnans underliv.

I rättspraxis har som könsligt umgänge bedömts situationer där gärningsmannen tvingat offret att onanera åt honom eller där han berört offrets, en pojkes, könsorgan samtidigt som han själv onanerade och vid något tillfälle sög på pojkens penis.⁴⁸⁹ I ett annat fall berörde den tilltalade könsorganen på ett antal flickor med fingrarna, munnen och penis.⁴⁹⁰

Samlag

En grundläggande förutsättning för våldtäktsansvar⁴⁹¹ är att det mellan de inblandade har förekommit "samlag eller sådant sexuellt umgänge som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är att jämföra med påtvingat samlag."⁴⁹² Samlagsbegreppet har inte definierats i lagtexten men enligt förarbetena till BrB finns inte något krav på att samlaget skall ha fullbordats.⁴⁹³ Vidare framgår av rättspraxis att det är tillräckligt att de inblandades blottade könsdelar har berört varandra.⁴⁹⁴ Lite mer konkret kan man som exempel tänka sig tillfällena där penis tränger in i slida men att samlaget avbryts innan utlösning eller situationer där gärningsmannen försöker tränga in med penis i slida utan att lyckas men där penis berör kvinnans blottade yttre könsorgan.

Samtliga bestämmelser om sexualbrott är numera könsneutrala,⁴⁹⁵ vilket innebär att både män och kvinnor kan vara både offer och förövare vid alla brott i sjätte kapitlet. Detta gäller dock inte i de fall övergreppet begås genom sexualhandlingen samlag. Samlagsbegreppet avser nämligen fortfarande endast samlag mellan män och kvinnor. Även efter

488. SOU 1953:14, s. 237-238.

489. NJA 1967 B 21 och NJA 1970 B 8.

490. NJA 1966 B 50. Jämför även med vad som sägs om samlag och därmed jämförligt sexuellt umgänge.

491. Se BrB 6:1. Rekviritet samlag ingår också i bestämmelsen om sexuellt umgänge med avkomling respektive syskon, BrB 6:6.

492. Denna formulering gäller sedan 1 juli 1998, SOU 1995:60, prop. 1997/98:55, 1997/98:JuU13.

493. SOU 1953:14, s. 231. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:6.

494. NJA 1981 s. 253 och RH 116:83. Se även SOU 1982:61, s. 147.

495. Detta gäller sedan 1984, SOU 1982:61, prop. 1983/84:105, JuU 1983/84:25 och Riksdagsskrivelse 332. Tidigare var våldtäktsbrottet reserverat för övergrepp av män mot kvinnor.

brottsbalkens införande 1965 var det endast män som kunde våldta kvinnor. När brottet 1984 gjordes könsneutralt talade sexualbrottskommittén endast om detta i anslutning till den nya sexualhandlingen, handlingar som var jämförliga med samlag. Sistnämnda handling skulle omfatta homosexuella övergrepp eller övergrepp av kvinnor mot män. Samlagsbegreppet berördes inte alls i diskussionen om brottets könsneutralitet.⁴⁹⁶ Mest anmärkningsvärt är ändå att sexualbrottskommitténs utläggningar i denna fråga kan leda till slutsatsen att en sexualhandling inte kan anses som samlag då den sker vid ett övergrepp av en kvinna mot en man eftersom denna situation inte närmare tas upp i anslutning till samlagsbegreppet.⁴⁹⁷

Så vitt jag har kunnat se ifrågasattes inte någonstans i förarbetena inför 1984 års ändring huruvida det juridiska samlagsbegreppet fortsättningsvis endast skulle avse det heterosexuella samlaget mellan män och kvinnor. Att så skall vara fallet tycks vara något som tas för givet. Av brottsbalkskommentaren framgår detta mer direkt men är inte heller här något som ifrågasätts närmare.⁴⁹⁸

Sexuellt umgänge som är jämförbart med påtvingat samlag

Våldtäktsbestämmelsen likställde tidigare samlag med sådant sexuellt umgänge som är jämförbart med samlag.⁴⁹⁹ Sedan den 1 juli 1998 är denna sexualhandling utvidgad och omfattar nu sådant sexuellt umgänge som "med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag".⁵⁰⁰

Inför den nu nämnda ändringen av våldtäktsparagrafen 1984 uttalades i förarbetena att det inte hade ansetts vare sig lämpligt eller möjligt

496. Se SOU 1982:61, s. 71-72 och s. 147-148. Se även prop. 1983/84:105, s. 16-17 och s. 50-51.

497. Se SOU 1982:61, s. 147-148.

498. Se brottsbalkskommentaren, s. 6:6 f. Jämför detta med det finska och norska samlagsbegreppet, vars innebörd redovisas nedan.

499. Våldtäktsparagrafens tillämpningsområde utvidgades 1984 till att omfatta även andra sexualhandlingar än samlag. Motivet till denna ändring var att kränkningen vid vissa av kommittén uppräknade övergrepp ansågs jämförbar med kränkningen vid samlag, SOU 1982:61, s.70, samt att utredningar av dessa brott inte skulle behöva ta upp i detalj hur övergreppet gått till för att det skulle kunna bli fråga om våldtäkt, a.a., s. 72 och 148. Den utvidgande sexualhandlingen benämndes då "[med samlag] jämförligt sexuellt umgänge".

500. SFS 1998: 393.

att i detalj ange vilka typer av sexualhandlingar som kan vara att jämföra med samlag.⁵⁰¹ Det bör dock krävas att handlingen skall ha varit av klart samlagsliknande karaktär för att brottet skall bedömas som våldtäkt. Som förtydligande exempel angavs att det normalt inte kan jämföras med samlag att en man tvingar en kvinna att onanera åt honom medan som regel anala och orala samlag måste räknas till handlingar som kan jämföras med samlag.⁵⁰² När det gäller andra sexualhandlingar fick man med ledning av omständigheterna avgöra om handlingen kunde anses jämförlig med samlag. Sådana omständigheter var enligt departementschefen om övergreppet varit förenat med smärta eller om det varit av kortare eller längre varaktighet.⁵⁰³ Här föreligger sannolikt ett tankefel, troligtvis går departementschefen ett steg i förväg i sitt resonemang eftersom definitionen av "med samlag jämförligt sexuellt umgänge" är ett rekvirit i straffbestämmelsen för våldtäkt. Han förutsätter att smärta vanligtvis är en del av upplevelsen av det sexuella umgänget i samband med en våldtäkt. Värre vore om detta uttalande speglade departementschefens sexualsyn, på så sätt att smärta allmänt sett skulle vara en del av upplevelsen av ett sexuellt umgänge som är att jämföra med samlag. Detta kan ses som ett exempel på nackdelen med att använda begrepp som relaterar till ömsesidiga sexuella handlingar mellan två parter.

Departementschefen uttryckte vidare att avsikten med våldtäktsparagrafen inte var att den skulle omfatta alla typer av sexuella övergrepp som innebär en allvarlig kränkning. Sadistiska övergrepp av olika slag skulle inte utan vidare bedömas som våldtäkt och som exempel gavs det fall att ett främmande föremål förs in i kvinnans slida. Med hänsyn till handlingens syfte och omständigheterna i övrigt var det dock möjligt att en sådan handling skulle kunna bedömas som våldtäkt.⁵⁰⁴

Sexualbrottskommitténs uppfattning i nyss nämnda avseende var den omvända och man gav som exempel på övergrepp som var att jämföra

501. Prop. 1983/84:105, s. 17 f. Eftersom den ändring som trädde i kraft 1998 var en utvidgning är dessa överväganden fortfarande aktuella.

502. SOU 1982:61, s. 71 och prop. 1983/84:105, s. 50 f. Sexualbrottskommittén anger även följande sexualhandlingar som exempel på sådana som är att jämföra med samlag: handlingar där mannen för in sina fingrar i kvinnans slida eller analöppning eller berör sistnämnda med sin penis, situationer där mannen tvingar kvinnan att slicka på penis samt samlagsrörelser med blottad penis mot kvinnans trosbeklädda könsorgan. SOU 1982:61, s. 148.

503. Prop. 1983/84:105, s. 17 f.

504. Prop. 1983/84:105, s. 76.

med samlag just att ett främmande föremål förs in i kvinnans slida. Kommittén hävdade att en sådan handling i de flesta fall har sexuella syften och därmed ger offret en känsla av sexuell kränkning och därför oftast är att bedöma som jämförlig med ett samlag. Om däremot denna typ av handling ingår i en långvarig och svår misshandling med karaktär av tortyr, skulle den inte kunna jämföras med samlag.⁵⁰⁵

Numera tas större hänsyn till handlingens likhet med den kränkning som ett påtvingat samlag innebär. Inför senaste lagändringen nämns i propositionen att "[h]andlingar som att föra in ett föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv torde regelmässigt innebära en sådan allvarlig kränkning."⁵⁰⁶ Vidare påpekas att det skall vara fråga om en objektiv bedömning av om handlingen typiskt sett innebär en så allvarlig kränkning. De handlingar som tidigare med viss tvekan ansetts ingå i våldtäktsbestämmelsen omfattas nu helt säkert av den nya utformningen.⁵⁰⁷

Det är intressant att notera att de flesta av de sexualhandlingar som enligt förarbetena kan jämföras med samlag rör någon form av penetrering: fingrar eller föremål i slida, penis i analöppning eller penis i mun.⁵⁰⁸ Däremot uttrycks härvidlag tveksamhet både av sexualbrottskommittén och departementschefen⁵⁰⁹ när det gäller övergrepp som innebär att mannen tvingar kvinnan att onanera åt honom. Kommittén menar att gärningsmannen vid den sist nämnda typen av övergrepp inte utnyttjar offrets kropp⁵¹⁰ på ett lika omfattande sätt som vid andra former av påtvingat sexuellt umgänge och anser det vara tveksamt om ett sådant här övergrepp "typiskt sett verkligen skall anses så allvarligt att det skall medföra den jämförelsevis stränga påföljd som föreslås vid våldtäktsbrott."⁵¹¹ Kommittén betonar vidare risken för urvattning av våldtäktsbegreppet

505. SOU 1982:61, s. 71 och 148. Se även rättsfallet RH 1989:48 angående frågan vilken typ av sexualhandling som är att jämföra med samlag.

506. Se prop. 1997/98:55, s. 91.

507. A.a., s. 91.

508. De exempel som inte utgör någon form av penetrering, är fall dels när "mannen utför med blottad manslem samlagsrörelser mot kvinnans könsorgan och kvinnan har trosor på sig", SOU 1982:61, s. 148, och dels när gärningsmannen berör analöppningen med sin penis eller tvingar kvinnan att slicka på den.

509. SOU 1982:61, s. 148 och prop. 1983/84:105, s. 51.

510. *Gärningsmannen* används här av kommittén. Jämför här med analysen om rättskyddssubjektets kropp i tredje och fjärde kapitlet.

511. SOU 1982:61, s. 71.

om det används för gärningar som ”i de flesta människors ögon inte utgör våldtäkt i vedertagen mening.”⁵¹²

Som redan nämnts kriminaliseras de sexuella övergreppen genom att straffbuden anger olika typer av sexualhandlingar som sker genom tvång eller utnyttjande. De allvarligaste brotten är de som innebär den allvarligaste sexuella kränkningen för offret. Lagstiftaren har huvudsakligen värderat kränkningen i relation till den sexuella handlingen.⁵¹³ Samlaget har härvid ansetts som den mest kränkande sexualhandlingen.⁵¹⁴ Inför lagändringen 1984, när även samlagsliknande sexualhandlingar togs med i våldtäktsparagrafen, anfördes förutom argument om kränkningen, även motiveringen att de rättsvårdande myndigheterna inte skulle behöva utreda lika detaljerat kring ett övergrepp, exempelvis om ett föremål, fingrar eller penis trängt in i slidan, eftersom samtliga dessa tre handlingar efter lagändringen skulle omfattas av våldtäktsbestämmelsen.

Alltsedan våldtäktsbrottet började sexualiseras,⁵¹⁵ i samband med tillkomsten av 1734 års lag, kan man skönja ett samband mellan lagstiftarens värdering av den sexuella kränkningen och handlingens likhet med ett samlag.⁵¹⁶ Ju mer en handling anses likna ett samlag desto större anses den sexuella kränkningen vara. Sett ur offrets perspektiv är det inte självklart att hon eller han har blivit mindre kränkt när förövaren utnyttjat hans eller hennes hand för att onanera åt sig än om förövaren pressat sitt kön mot offrets underklädesbeklädda dito. Så är dock fallet enligt gällande rätt. Den senare handlingen är nämligen att jämföra med ett påtvingat samlag, med hänsyn till kränkningens art och gärningens övriga omständigheter, och faller således in under våldtäktsbrottet, som är det allvarligaste brottet ur kränkningssynpunkt. Den förra handlingen däremot omfattas endast av bestämmelsen om sexuellt tvång.

Vad är den egentliga förklaringen till att dessa handlingar bedöms så olika? Är det helt enkelt så att det rent semantiskt känns fel att jämställa ett samlag med en ”masturbatorisk åtgärd”.⁵¹⁷ Eller är förklaringen den

512. A.a., s. 71.

513. Jämför med förslaget i SOU 2001:14, s. 144 ff och 537 ff.

514. Se exempelvis SOU 1953:14, s. 231 och SOU 1982:61, s. 71-72. Det är intressant att spekulera i orsaken till denna värdering. Som visats ovan var det under 1700-talet som våldtäktsbrottet förkroppsligades och sexualiserades men först genom brottsbalken 1965 krävdes det samlag för våldtäkt och i äldre tider ökade våldet kränkningen.

515. Se ovan under ”1734 års lag” samt Jansson (2002) s. 305.

516. Se till exempel SOU 1982:61, s. 71.

att situationen när penis tränger in i kvinnans mun rent faktiskt liknar den när penis tränger in i kvinnans slida? Det är möjligt att samlagsbegreppets betydelse vid ömsesidiga heterosexuella sexualhandlingar gör att lagstiftaren relaterar till sådana och därför menar att en sexualhandling måste vara lik ett samlag, det vill säga utgöra någon form av (manlig) penetrering av kvinnans kropp, för att offret skall bli sexuellt kränkt i hög grad.

Här är det emellertid fråga om att definiera ett övergrepp. Offrets kränkning bör då inte bedömas efter lagstiftarens mall för en typisk ömsesidig heterosexuell sexualakt mellan två människor. Ett samlag som uttryck för lust och sexualitet mellan två människor bör ju rimligtvis te sig annorlunda än sexualhandlingen samlag vid våldtäkt. Sett ur ett manligt sexualitetsperspektiv är det inte långsökt att manlig sexualitet, i typisk och traditionell mening, i högre grad anses tillfredsställd vid vaginal penetrering än vid masturbation.⁵¹⁸ Ju mer likt ett heterosexuellt ömsesidigt samlag den aktuella handlingen är till det yttre, desto högre är sannolikheten att den sexuella kränkningen är lika stor som vid ett påtvingat samlag, tycks lagstiftaren resonera. Det är intressant att notera att graden av offrets kränkning i enlighet med nu gällande rätt korrelerar med manlig sexuell tillfredsställelse i typisk och traditionell mening.⁵¹⁹ Brottsbalkens innebörd av samlagsbegreppet och lokutionen sexuellt umgänge jämförbart med påtvingat samlag med hänsyn till kränkningens art och övriga omständigheter, får till följd att det enligt nu gällande rätt anses utgöra en för offret lika stor kränkning om förövaren trycker sin blottade penis mot kvinnans blottade slida utan att penetrering sker som om han för in sin penis i offrets slida, analöppning eller mun.

Det är däremot inte en kränkning av motsvarande dignitet om gärningspersonen tvingar offret att onanera åt honom eller henne eftersom en sådan sexualhandling inte är att jämföra med ett påtvingat samlag i våldtäktsparagrafens mening. Det tycks vara så att respektive sexualhandlings faktiska likhet med ett samlag avgör om handlingen anses ingå i våldtäktsbestämmelsen. Detta uttrycks dock inte utan istället talas om

517. Denna term används frekvent i olika sammanhang när det gäller sexuella övergrepp men jag har aldrig sett någon uttrycklig förklaring. Sannolikt avses här att offret på olika sätt tvingas att onanera åt förövaren eller att förövaren utför motsvarande handlingar på offret.

518. Jämför Oakley (1996).

519. Jämför Sutorius/Kaldal (2003), s. 23-24.

handlingens likhet med påtvingat samlag vad gäller kränkningens art och övriga omständigheter.

Det är anmärkningsvärt att dessa brott, som formellt sett rör den könsneutrala individens sexuella integritet, även idag definieras utifrån en traditionell syn på manlig heterosexualitet och inte i relation till offrets grad av kränkning. Jag menar att så är fallet även efter den senaste ändringen som utgick från kvinnans sexuella kränkning.⁵²⁰ I propositionen anges som exempel på den utvidgade sexualhandlingen att införande av ett föremål eller en knytnäve i en kvinnas underliv regelmässigt bör innebära en sådan allvarlig kränkning.⁵²¹ Vidare påpekas att det skall vara fråga om en objektiv bedömning av om handlingen typiskt sett innebär en så allvarlig kränkning samt att handlingar som är jämförliga med samlag självklart omfattas av den nya utformningen.⁵²²

Sexuell handling – förslag från 1998 år sexualbrottskommitté

Den sexualhandling som av 1998 års sexualbrottskommitté föreslogs ingå i våldtäktsparagrafen definierades som *"en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till tvångets art eller omständigheterna i övrigt"*.⁵²³ Vid utarbetandet av detta förslag var utgångspunkten att stor hänsyn skulle tas till den sexuella kränkningen och dess art istället för att lägga vikt vid vilken typ av sexualhandling det är fråga om. Förslaget motsvarar i allt väsentligt det nuvarande begreppet "sexuellt umgänge" men innebär också en viss utvidgning.⁵²⁴ En viktig anledning att byta ut uttrycket samlag och umgänge mot handling ansågs av kommittén vara att dessa begrepp i normalt språkbruk innebär ett frivilligt och ömsesidigt handlande mellan två personer.⁵²⁵ Det vore därför att föredra att använda ett uttryck som bättre kan beskriva att det är fråga om ett ensidigt handlande som innebär en sexuell kränkning. Begreppet samlag är också otydligt eftersom det kan vara oklart om uttrycket endast omfattar så kallade vaginala samlag mellan man och kvinna eller om även orala och anala samlag skall ingå.⁵²⁶ Straffrättsenheten behöll samlagsbegreppet

520. SOU 1995:60 del A, s. 273 ff.

521. Se prop. 1997/98:55, s. 91.

522. A.a., s. 91.

523. Sexualhandlingen i bestämmelsen om sexuellt tvång respektive sexuellt utnyttjande benämndes i förslaget "sexuell handling", SOU 2001:14, s. 29-30.

524. SOU 2001:14, s. 150-152.

525. A.a., s. 119 ff.

men föreslog också att sexuellt umgänge skulle bytas ut mot sexuell handling.⁵²⁷ Detta illustrerar lagstiftarens ambivalens mellan det autonoma subjektet å ena sidan och det relationella å den andra. En sexuell handling upplevs uppenbarligen vara något som utförs av ett autonomt subjekt. Men hur är det med ett samlag?

2.4.2.4 Kvalificerade brottsformer

Allmänt

De flesta av de brott som ingår i min analys förekommer i kvalificerade former.⁵²⁸ I det följande går jag igenom de faktorer som gör att det aktuella brottet skall kvalificeras som grovt. Inledningsvis tar jag även upp de omständigheter som gör att våldtäktsbrottet kan betraktas som mindre allvarligt.

Mindre allvarlig våldtäkt

Den lägre straffskalan i våldtäktsparagrafens andra stycke skall användas om den aktuella gärningen skall betraktas som mindre allvarlig, med hänsyn till våldets art, hotets art eller övriga omständigheter. Sistnämnda omständigheter är framför allt arten och graden av den sexuella kränkningen samt en bedömning av hela den föreliggande situationen.⁵²⁹ Fram till 1984 rubricerades den mindre allvarliga våldtäkten som våldförande och omständigheter såsom offrets beteende och parternas relation före övergreppet inverkade på bedömningen av brottets svårighetsgrad.⁵³⁰ Numera rubriceras även de mindre allvarliga fallen som våldtäkt

526. A.a., s. 119.

527. Straffrättenhetens promemoria 2003-11-17, s. 2-3.

528. Detta gäller inte brotten sexuellt umgänge med avkomling, BrB 6:6, och sexuellt ofredande, BrB 6:7.

529. Se prop. 1983/84:105, s. 23 f.

530. Se även ovan under "1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser". När det gäller tillämpningen av andra stycket i våldtäktsbestämmelsen efter 1984 kan här även hänvisas till Hans Klettes undersökning, Tingsrätternas straffmättningspraxis, Lund 1996, s. 169-176 samt s. 205. Här framgår att ett tidigare förhållande mellan parterna tycks vara avgörande för om domstolen bedömer en våldtäkt som mindre allvarlig enligt BrB 6:1 andra stycket. Jämför dock SOU 2001:14, s. 185.

och nyss nämnda omständigheter skall enligt förarbetena inte inverka på den rättsliga bedömningen. Uttrycket rättslig bedömning används på ett otydligt sätt här. Å ena sidan sägs att förevarande omständigheter saknar betydelse vid avgränsningen av det straffbara området vid våldtäktsbrottet. För bedömning av skuldfrågan och gärningsmannens uppsåt sägs det å andra sidan vara nödvändigt att utreda förhållanden före övergreppet.⁵³¹ När det gäller bedömningen av svårhetsgraden skall enligt departementschefen en helhetsbedömning ske och i centrum för denna rättsliga bedömning står gärningspersonens handlande och vad som föranlett honom eller henne att utföra handlingen. Parternas relationer och omständigheter före övergreppet får inte inverka på bedömningen av brottsrubriceringen.⁵³²

En omständighet som enligt rättspraxis talar för att en viss gärning skall bedömas som våldtäkt av normalgraden är att offret vid övergreppet befann sig i en patientliknande situation.⁵³³ Andra sådana omständigheter är när våldtäkten begåtts i ett utdraget förlopp av en främmande man på enslig plats.⁵³⁴ HD har också uttalat att den omständigheten att parterna har eller har haft en relation inte skall föranleda att en våldtäkt skall bedömas som mindre allvarlig.⁵³⁵ Det finns enligt min mening inte någon klar linje i praxis för hur dessa omständigheter skall behandlas.⁵³⁶

Grov våldtäkt

Våldtäktsparagrafens tredje stycke anger de omständigheter som anses *försvarande* vid en bedömning av brottets svårhetsgrad. För att avgöra om brottet är grovt skall särskilt beaktas om våldet varit livsfarligt eller

531. SOU 1982:61, s. 71 och prop. 1983/84:105, s. 21. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:11

532. Prop. 1983/84:105, s. 21 och 51.

533. Se NJA 1988 s. 40. I detta fall skulle målsäganden få massage av den tilltalade efter en träning i hans lokaler.

534. NJA 1986 s. 414.

535. NJA 1986 s. 414 och NJA 1991 s. 83. Här bör påpekas att det vid dessa våldtäkter förelåg omständigheter (övergrepp på enslig plats respektive under lång tid) som starkt talade för att övergreppen skulle bedömas som allvarliga och att "relationsomständigheten" i sig inte kunde föranleda en annan bedömning.

536. Detta intryck förstärks ytterligare av justitieuskottets uttalande att departementschefens ovan refererade yttrande i frågan är alltför onyanserat, JuU 1983/84:25, s. 17. 1998 års sexualbrottskommitté föreslog att denna del skulle tas bort, SOU 2001:14, s. 178-179, vilket dock ändrats i straffrättsenhetens förslag, promemoria 2003-11-17, s. 3-4.

om den som har begått gärningen tillfogat allvarlig skada eller allvarlig sjukdom eller, med hänsyn till tillvägagångssättet, offrets låga ålder eller annars, visat särskild hänsynslöshet eller råhet.⁵³⁷

Enligt sexualbrottskommittén är det i första hand offrets skador som är avgörande för om ett våldtäktsbrott skall anses som grovt.⁵³⁸ Exempel på situationer när en våldtäkt vanligtvis bör bedömas som grov är sådana när gärningspersonen hotat någon med livsfarligt vapen, till exempel skjutvapen, eller att övergreppet varit förenat med långvarigt frihetsberövande eller särskilt allvarlig misshandel, exempelvis knytnävsslag i ansiktet med utslagna tänder som följd eller knäckt käkben. Även hot om svår kroppsskada, till exempel om gärningspersonen slår omkull offret och hotar trycka ut ögonen om hon eller han inte ligger stilla, hör hit. Som exempel på sådan försvårande omständighet som inryms i begreppet "särskild råhet" kan nämnas sadistiska inslag i samband med övergreppet eller andra grovt förnedrande handlingar. Enligt kommittén och departementschefen bör så kallade gruppvåldtäkter i många fall bedömas som grova.⁵³⁹ I de fall offret är ett barn, en invalid eller en på annat sätt hjälplös person är detta ofta att anse som en försvårande omständighet. Sedan 1992 tillades i detta stycke att offrets låga ålder särskilt skall betraktas som en försvårande omständighet. Det betonades inför denna ändring att det särskilda skydd som barn behöver mot sexuella övergrepp skall uttryckas direkt i lagstiftningen. Enligt departementschefen skall offrets ålder i allmänhet tillmätas större betydelse ju lägre den är men det kan även finnas anledning att bedöma övergrepp mot äldre barn som grova, bland annat om omständigheter rörande offrets person talar för detta.⁵⁴⁰ Från rättspraxis kan nämnas ett fall i vilket en våldtäkt, som begåtts av en HIV-smittad man utan användande av skyddsmedel, bedömdes som

537. Jämför formuleringen i våldtäktsparagrafen och bestämmelserna om grovt rån i BrB 8:6 samt grov misshandel i BrB 3:6. I BrB 6:1 har man valt att använda uttrycket "allvarlig skada" istället för "svår kroppsskada" och "särskild råhet" istället för "synnerlig råhet". Anledningen är att man velat markera att bestämmelsen för våldtäkt inte skall bedömas så snävt som bestämmelsen om grov misshandel, SOU 1982:61, s. 76.

538. A.a., s. 75.

539. SOU 1982:61, s. 150-151 och prop. 1983/84:105, s. 52. 1998 års sexualbrottskommitté föreslog att det av lagtexten skulle framgå att en våldtäkt som begås av flera personer skall anses grov, SOU 2001:14, s. 179-185. Jämför straffrättsenhetsens förslag, promemoria 2003-11-17, s. 2-4.

540. Prop. 1991/92:35, s. 13.

grov.⁵⁴¹ Flera fall av våldtäkt mot underårig har bedömts som grova.⁵⁴² Faktorer utöver åldern som har kvalificerat våldtäktsbrottet är när det varit fråga om flera våldtäkter vid upprepade tillfällen av en far mot en underårig dotter⁵⁴³ eller att gärningsmannen varit en god vän som kunde gå fritt i offrets hem.⁵⁴⁴

Grovt sexuellt tvång och grovt sexuellt utnyttjande

Sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande skall bedömas som grova om den som begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller om brottet annars är att anse som grovt. Det framgår inte av lagtexten vilka omständigheter som särskilt skall beaktas vid denna bedömning. Departementschefen har dock betonat att offrets låga ålder är en av flera omständigheter som kan föranleda att dessa brott skall betraktas som grova, trots att densamme inte velat ange att offrets låga ålder särskilt skall beaktas.⁵⁴⁵

Grovt sexuellt utnyttjande av underårig

Även i fråga om sexuellt utnyttjande av underårig har lagstiftaren ansett att vissa omständigheter skall anses särskilt kvalificerande. Enligt lagtexten är dessa att gärningspersonen visat *särskild hänsynslöshet* samt att brottet på grund av *offrets låga ålder* eller annars skall anses som grovt. Som exempel på särskild hänsynslöshet nämns i propositionen att en vuxen person i en familjerelation har utnyttjat en underårig sexuellt under lång tid.⁵⁴⁶ Vid bedömningen av om brottet är grovt skall också tas hänsyn till om barnet lidit psykisk eller fysisk skada av övergreppet.⁵⁴⁷ Ett annat skäl att bedöma brottet som grovt är att det förövats genom olaga tvång eller allvarligt missbruk av den underåriges beroende ställning eller på något annat sätt som nämns i 6:4.⁵⁴⁸ I rättspraxis har detta brott be-

541. Se RH 1989:116.

542. NJA 1992 s. 446, 1993 s. 310 och 616.

543. NJA 1992 s. 446.

544. NJA 1993 s. 616. Se även SOU 2001:14, s. 179-185. Se även Sutorius/Kaldal (2003), s. 340 f.

545. Prop. 1991/92:35, s. 18 och 23.

546. Prop. 1983/84:105, s. 31. Se även NJA 1992 s. 446, s. 469 samt NJA 1996 s. 461, s. 471.

547. Prop. 1983/84:105, s. 54. Se även NJA 1996 s. 461, s. 471.

548. Prop. 1983/84: 105, s. 53. För konkurrens mellan förevarande brott och brotten i 6:1-3, se a.a samt brottsbalkskommentaren, s. 6:28.

dömts vara grovt i ett fall där övergreppen varit frekventa och systematiska samt pågått under en lång tidsperiod.⁵⁴⁹ I ett annat fall hade gärningen begåtts mot ett barn ”som stått under gärningsmannens fostran och [...] varit särskilt hänsynslöst främst med tanke på att det skett vid flera tillfällen och vållat [offret] psykisk skada.”⁵⁵⁰

Sammanfattningsvis kan konstateras att det framför allt är *allvarligt våld* eller *skada*, gärningspersonens *hänsynslöshet* eller offrets *låga ålder* som gör att brott skall anses särskilt allvarliga och medföra ett högre straff.

2.4.3 Nordiska utblickar

2.4.3.1 Introduktion

Som visats ovan är de gränsdragande rekvisiten i de svenska sexualbrotten å ena sidan utformade med hjälp av *förövarens handlande* och å andra sidan genom *egenskaper* eller olika *tillstånd* hos *offret*. Denna beskrivning gäller i grova drag även för de övriga *nordiska ländernas* sexualbrott.⁵⁵¹ I följande avsnitt går jag igenom rättsskyddsintressen, gränsdragande rekvirit samt rekvirit avseende olika sexualhandlingar i de norska, danska och finska bestämmelserna om sexualbrott.⁵⁵²

2.4.3.2 Skyddsintressen

Det intresse som lagstiftaren i Sverige valt att skydda med hjälp av sexualbrotten har som visats ovan varierat genom historien.⁵⁵³ Sedan brottsbalkens införande 1965 har dock den sexuella självbestämmanderätten

549. NJA 1996 s. 461, s. 471.

550. NJA 1993 s. 68, s. 73.

551. Här avses Finland, Danmark och Norge. På grund av bristande språkkunskaper har jag inte kunnat ta del av Islands lagstiftning. Anledningen till att jag valt att studera de nordiska länderna är att jag velat undersöka rättssystem som har liknande utgångspunkter som de svenska på förevarande område.

552. De kvalificerade brottsformerna kommer av utrymmesskäl inte att tas upp närmare här. Nämnas kan att det förekommer kvalificerade brottsformer på i stort sett motsvarande sätt som i den svenska lagstiftningen.

553. Se ovan under ”Rättshistorisk bakgrund”.

och den sexuella integriteten alltmer betonats som det skyddsvärda intresse som skall ligga till grund för dessa brott. Denna utveckling kan också märkas i de övriga nordiska länderna.⁵⁵⁴

De *danska* bestämmelserna i *straffelovens* 24:e kapitel, *forbrydelser mot kønssaedeligheden*, syftar bland annat till att ”sikre kvinden adgang til frit at bestemme, til hvem hun vil stå i (hetero)seksuelt forhold”.⁵⁵⁵ Övriga stadganden avser också att utgöra ett skydd mot olika övergrepp.

Även i förarbetena till de senaste ändringarna av de *finska* straffbestämmelserna på området, betonas att det allmänna syftet med denna lagstiftning är ”att skydda den sexuella självbestämmanderätten”.⁵⁵⁶ Rubriken på kapitlet, 20 kapitlet i strafflagen, ändrades också från *sedlighetsbrott* till *sexualbrott*.⁵⁵⁷

Motsvarande *norska* straffrättsliga lagstiftning finns införd i *straffelovens* 19:e kapitel under rubriken *seksualforbrytelser*. Förutom att bestämmelserna i kapitlet skulle moderniseras och förenklas angavs syftet med den senaste förändringen av kapitlet vara att stärka barns och kvinnors skydd (*vern*) mot sexuella övergrepp.⁵⁵⁸ *Justiskomiteen* tillade också i sin ”innstilling” angående förslaget att ”råderett over egen kropp og seksualitet er strafferettslig beskyttelseverdig, og dette må komme klart fram gjennom lovverket.”⁵⁵⁹

Gemensamt för de nordiska straffbestämmelserna om sexualbrott är följaktligen att lagstiftaren huvudsakligen valt att överge skyddet för sed-

554. Här behandlas främst de nuvarande straffbestämmelserna.

555. Greve, Vagn, Jensen, Asbjørn och Nielsen, Gorm Toftegaard (2001) *Kommenteret Straffelov. Speciel del*. 7. omarbejdede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, s. 234. Det finns även bestämmelser som syftar till att skydda barn mot heterosexuella övergrepp och andra bestämmelser mot homosexuella övergrepp samt ”følesemæssige seksuelle krænkelse”, a.a., s. 234. De lagrum som anges nedan avseende dansk rätt åsyftar den *danska straffeloven*.

556. RP 6/1997 rd, s. 168. Ett annat centralt syfte var att förbättra det straffrättsliga skyddet för barn, a.a.

557. A.a. Det går dock att ana att förevarande brott fortfarande till viss del sätts i samband med ordningen i samhället, se a.a. s. 10. Motsvarande namnändring gjordes i Sverige 1984, se ovan under ”1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser”. De paragrafhänvisningar som görs nedan avser den *finska strafflagen*, om inte annat anges.

558. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 7. Den tidigare rubriken löd ”*Forbrydelser mot saedeligheden*” och *seksuallovbruddutvalget* föreslog rubriken *Seksuallovbrudd*, vilket ändrades av departementet, se vidare a.a., s. 21-22. De hänvisningar som görs till norsk lagtext åsyftar den *norska straffeloven*.

559. Innst. O. nr. 92 (1999-2000), s. 6.

ligheten och moralen, som gällde tidigare, till förmån för sexualiteten och integriteten.⁵⁶⁰ I rubriken till de danska reglerna har dock sedlighetsbegreppet behållits.

2.4.3.3 Gränsdragande rekvisit

Allmänt

Det har redan antytts att sexualbrotten i de övriga nordiska länderna definieras på ett sätt som påminner om den svenska lagstiftningen. I bestämmelserna ingår således någon form av tvång eller utnyttjande samt en sexualhandling. I det följande diskuteras först de olika gränsdragande rekvisiten, varefter sexualhandlingarna tas upp. Avslutningsvis behandlas först vissa allmänna bestämmelser och sedan sammanfattas avsnittet.

Tvångshandlingar

Våld eller hot

Det allvarligaste sexualbrottet i samtliga länders lagstiftning är våldtäkt, liksom den allvarligaste formen av tvång är det som förekommer i de olika våldtäktsbestämmelserna. Tvånget kan för det första bestå av *våld eller hot*. Enligt det *finska* våldtäktsstadgandet i strafflagen 20:1, skall det vara fråga om "våld på person eller hot om sådant våld". Den norska bestämmelsen om *voldtekt i straffeloven* § 192 förutsätter i detta sammanhang "vold eller truende atferd". Slutligen framgår av den danska *voldtagtsparagrafen*, *straffeloven* § 216, att tvånget skall bestå av "vold eller trussel om vold".

Av de *finska* förarbetena framgår att våldet eller hotet skall riktas *mot* en person och att det även kan vara fråga om våld eller hot mot en tredje person. Syftet med *våldet* kan vara att "slå ut offrets handlingsförmåga eller att bryta ner offrets vilja att göra motstånd."⁵⁶¹ *Hotet* om våld kan, liksom motsvarande del av den svenska bestämmelsen, även avse framtida våld, exempelvis hot om att våldföra sig på offrets barn om hon eller

560. Längre tillbaka i tiden skyddades exempelvis friden i samhället och familjen (mannen), se ovan under "Rättshistorisk bakgrund" samt Sutorius/Kaldal (2003), s. 32-39 angående den svenska lagstiftningen.

561. RP 6/1997 rd, s. 170.

han⁵⁶² inte underkastar sig samlag.⁵⁶³ I motsats till vad som gällde tidigare krävs inte någon särskild allvarlighetsgrad angående våldet eller hotet.⁵⁶⁴ Av ordet tvingar⁵⁶⁵ följer dock att det skall vara fråga om så allvarligt våld eller hot att "det bryter vederbörandes vilja".⁵⁶⁶ Vid bedömningen av om våldet eller hotet skall anses tvingande skall hänsyn tas dels till våldet eller hotet i sig och dels till helhetssituationen vid gärningen.⁵⁶⁷

I kommentaren till den *danska* bestämmelsen kan utläsas att, i motsats till vad som sagts om det finska stadgandet, hotet skall vara aktuellt och inte endast avse framtida våld.⁵⁶⁸ Det är enligt kommentaren i praktiken så att användandet av våld fungerar som ett icke-verbalt hot som får offret att ge efter för gärningspersonen eller som psykiskt lamslår hans eller hennes motståndskraft.⁵⁶⁹ Enligt kommentaren har uppsåtsfrågan särskild betydelse i sammanhanget när uppsåt saknas i förhållande till tvånget på grund av att gärningspersonen inte har uppfattat "kvinnans motstånd som allvarligt menat".⁵⁷⁰

Den *norska* våldtäktsbestämmelsen kräver numera inte att det skall vara fråga om tvång. Enligt lagtexten straffbeläggs istället ett handlande som innebär att gärningspersonen "skaffer sig" en viss sexualhandling genom våld eller "truende atferd". Ändringen syftade till att ta bort fokuseringen på offrets beteende och motivation. Den avgörande frågan är istället om det föreligger orsakssammanhang mellan våldet respektive hotet eller offrets tillstånd och det sexuella umgänget.⁵⁷¹ Våldtäktsbe-

562. Numera är den finska bestämmelsen, i likhet med den svenska, helt könsneutral på så sätt att både offer och gärningsperson kan vara antingen man eller kvinna, se vidare a.a.

563. A.a. Dock påpekas i propositionen att hot om våld som kommer att verkställas efter mycket lång tid knappast kan utgöra sådant tvingande som krävs enligt bestämmelsen, a.a., s. 171.

564. Liksom enligt den svenska nu gällande våldtäktsbestämmelsen krävdes tidigare att hotet skulle innebära trängande fara, RP 6/1997 rd, s. 171.

565. Liksom i den svenska våldtäktsbestämmelsen skall det enligt den finska vara fråga om att en person *tvingar* någon till samlag genom något av de i paragrafen angivna medlen.

566. RP 6/1997 rd, s. 171.

567. A.a., s. 170-171.

568. Greve, Jensen och Nielsen Toftgaard (2001), s. 236 med hänvisningar.

569. Även den danska bestämmelsen omfattar hot mot barn eller make/maka, a.a., s. 236 f.

570. Greve, Jensen och Nielsen Toftgaard (2001), s. 238. Se även rättsfallet U 1993.941.

stämelsen skall enligt departementet omfatta alla handlingar som innebär att någon genom att använda våld eller ”*truende atferd*” uppnår sexuell umgänge, inte bara de händelser där offret inte hade något val. Bestämmelsen skall således även gälla situationer i vilka offret avstått från motstånd på grund av det aktuella våldet eller hotet.⁵⁷² Det aktuella hotet kan gälla liv eller hälsa men även andra hot, så som att sprida rykten eller anmäla vederbörande för kriminella handlingar, kan komma i fråga.⁵⁷³ Någon ändring av våldsbegreppet gjordes dock inte vid den senaste översynen av kapitlet. Våldsbegreppet är således mycket vidsträckt vilket överensstämmer med svensk rätt. Liksom vid den senaste översynen av förevarande kapitel i svensk rätt har *seksuallovbruddutvalget* särskilt tittat på betydelsen av offrets samtycke i samband med våldtäkt och om samtycket på något sätt skall införas i lagtexten. Varken *utvalget* eller departementet ansåg att det var lämpligt att ta in samtycke i bestämmelsen. De argument som framfördes var att tvångsaspekten, som anses vara det centrala i våldtäktsbestämmelsen, skulle bli mindre synlig om samtycket togs med i bestämmelsen. I tvångskravet förutsätts också att handlingen begås utan offrets samtycke. Dessutom befarade man att det skulle kunna leda till ett strängare krav på motstånd från offrets sida, om samtycket skulle framhåvas i lagtexten.⁵⁷⁴ Det poängteras i propositionen att rekvisiten för våld och hot (*truende atferd*) samt huruvida offret är i stånd att motsätta sig handlingen är relativa, det vill säga situationsbundna, vilket här betyder att hänsyn skall tas till offrets möjlighet att uppfatta och avvisa handlingen.⁵⁷⁵ I propositionen sägs att det typiskt sett krävs mindre styrka i övergreppet om offret är minderårig eller på annat sätt i en sårbar position i förhållande till gärningspersonen.⁵⁷⁶ Vid värderingen av om det är fråga om våld, hot eller, som tas upp nedan, att offret är ur stånd att motsätta sig handlingen, skall det läggas vikt vid om hon eller han var under 14 år.

571. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 32 och 111.

572. A.a., s. 32. Graden av tvång kan däremot få betydelse för den konkreta påföljdsbestämningen.

573. A.a., s. 111.

574. NOU 1997:23, s. 22-23 och Ot. prp. nr. 28, s. 32.

575. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 32.

576. A.a., s. 111.

Försättande i särskilt tillstånd

Samtliga våldtäktsbestämmelser i de övriga nordiska länderna innehåller också ett moment som är relaterat till ett särskilt tillstånd hos offret.

Den *danska* bestämmelsen är formulerad som den svenska på så sätt att den jämnställer våld med att försätta någon i ett tillstånd i vilket hon eller han ”*er ude afstand til at modsætte sig handlingen*”. Till skillnad från den svenska bestämmelsen är dock själva tillståndet opreciserat i dansk lag. Istället är det avgörande följden av tillståndet och vad som krävs är att offret inte är i stånd att motsätta sig den aktuella handlingen.⁵⁷⁷

Av det *finska* stadgandet framgår att denna form av tvång avser en situation där gärningspersonen försätter offret i medvetlöshet, i ett tillstånd av rädsla eller i annat tillstånd där hon eller han inte kan försvara sig och där gärningspersonen har samlag med offret genom att utnyttja hans eller hennes försvarslöshet. Att försätta någon i *medvetlöshet* kan exempelvis ske genom att hon eller han drogats med sömnmedel, alkohol eller andra droger. Det krävs att offret faktiskt är försvarslöst och inte enbart påverkat av alkoholen eller drogen. En person försätts i ett tillstånd av *rädsla* när hans eller hennes förmåga att försvara sig har lamslagits, antingen på grund av att offret anser att det är alltför farligt att försvara sig eller på grund av att hon eller han är alltför uppskrämd för att kunna handla enligt egen vilja.⁵⁷⁸ Enligt förarbetena kan exempelvis den som bryter sig in i en bostad försätta en person i ett ”sådant tillstånd av rädsla att denne mot sin vilja underkastar sig samlag trots att inget uttryckligt hot har framförts.”⁵⁷⁹ Sistnämnda exempel anges även i förarbetena till den svenska våldtäktsparagrafen men då som exempel på en situation som kan anses som så hotfull att något verbalt hot inte krävs för att det skall vara fråga om hot i våldtäktsparagrafens mening.⁵⁸⁰ Ett annat för-

577. Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 237 med tillhörande hänvisningar till rättsfall.

578. RP 6/1997 rd, s. 171. Jämför denna situation med det svenska rättsfallet NJA 1997 s. 538, vilket refereras ovan under ”De gränsdragande rekvisiten” och nedan under ”Bevishantering i våldtäktsmål från högsta domstolen”.

579. RP 6/1997 rd, s. 171. Här anges även ett exempel på motsvarande situation när någon har fått skjuts med bil och av chauffören försätts i ett tillstånd av rädsla när hon eller han inser att chauffören kan tillgripa våld vid minsta motstånd. Det framkommer här även att tvångsformen i denna del av paragrafen skall omfatta en del av de fall som avsågs med det tidigare uttrycket om hot som ”innebär trängande fara”, a.a.

580. Se ovan under ”De gränsdragande rekvisiten”.

svarslost tillstånd kan till exempel vara den passivitet som åstadkommits genom rusmedel men som ändå inte lett till medvetlöshet.⁵⁸¹

För straffbarhet vid denna form av tvång krävs (enligt finsk rätt) att gärningspersonen insett sambandet mellan offrets försvarslöshet och sitt eget handlande samt att denna försvarslöshet är orsaken till att offret underkastar sig samlag.⁵⁸² Det krävs dock inte att offret motsätter sig samlag eftersom den som är medvetlös eller lamslagen av skräck, som det påpekas, inte alltid kan uttrycka någon vilja överhuvudtaget.⁵⁸³ Slutligen förutsätts inte enligt denna del av våldtäktsbestämmelsen att gärningspersonen hade för avsikt att tvinga offret till samlag redan när hon eller han försattes i det försvarslösa tillståndet. Dock krävs det att gärningspersonen försatt offret i tillståndet. Ett samlag med en person som utnyttjas efter att ha "slocknat" på grund av egen berusning bedöms, i likhet med vad som gäller i svensk rätt,⁵⁸⁴ enligt bestämmelsen om sexuellt utnyttjande.⁵⁸⁵

I den *norska* bestämmelsen avser den nu diskuterade tvångsformen att gärningspersonen har "*seksuell omgang*" med någon som är medvetlös (*bevisstlös*) eller av andra anledningar är "*ute av stand til å motsette seg handlingen.*" Det krävs alltså *inte* enligt norsk rätt att gärningspersonen har försatt offret i det aktuella tillståndet för att det skall vara fråga om våldtäkt.⁵⁸⁶ Däremot anses gärningen ha ett högre straffvärde om gärningspersonen även utfört sistnämnda handling i syfte att därefter utnyttja den.⁵⁸⁷

Mildare form av våld eller hot

Liksom i de svenska sexualbrottsbestämmelserna förekommer i de övriga nordiska länderna mildare former av tvång i bestämmelser som ofta också är subsidiära i förhållande till de tvångsformer som nu redovisats. Som

581. RP 6/1997 rd, s. 172.

582. A.a.

583. A.a.

584. Jämför dock med förslaget om ny våldtäktsbestämmelse i SOU 2001:14, s. 162-178 och 537-542. Se också straffrättsenhetens promemoria, 2003-11-17, s. 2 ff.

585. RP 6/1997 rd, s. 172.

586. Detta blev fallet efter den senaste översynen. Genom att ta in detta moment i våldtäktsbestämmelsen avsågs att markera att dessa förhållanden är lika allvarliga som dem som traditionellt bedömts som våldtäkt, se vidare Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 33 och 111.

587. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 33.

framkommer nedan gäller denna beskrivning dock inte de norska bestämmelserna. Här ingår istället det mildare tvånget i våldtäktsbestäm- melsen.

I *finsk* lagstiftning finns en bestämmelse om *tvingande till samlag* i strafflagen 20:2, en bestämmelse som dels innehåller ett stadgande om lindrig våldtäkt (1 mom.) och dels ett rekvisit som gäller annat tvingande till samlag än som avses i våldtäktsparagrafen (2 mom.). Paragrafen avser att betona att de bestämmelser om våldtäkt som omfattar tvingande till samlag skall ses som en enhet. Syftet är också att täppa till eventuella kryphål i lagstiftningen.⁵⁸⁸ I enlighet med vad som anges i *1 mom.* skall en våldtäktsgärning bedömas som tvingande till samlag om den utifrån en helhetsbedömning har begåtts under förmildrande omständigheter. En sådan omständighet kan enligt paragrafen uttryckligen vara att det våld eller hot som använts varit ringa. Enligt förarbetena är det, särskilt om våldtäkten utförs helt utan våld, möjligt att den, bedömd som en hel- het, kan anses begången under förmildrande omständigheter.⁵⁸⁹ En våld- täkt som innefattar allvarligt våld eller hot kan inte som helhet anses begången under förmildrande omständigheter. Det betonas i proposition- en att relationen mellan gärningspersonen och offret inte nämns i för- slaget som en förmildrande omständighet.⁵⁹⁰ Äktenskap eller annat var- aktigt parförhållande utesluter eller minskar inte den sexuella självbestämmanderätten och därför kränks denna inte i mindre omfatt- ning i de fall där de inblandade parterna har en relation.⁵⁹¹

Enligt *2 mom.* i förevarande paragraf är en gärning som innebär att någon tvingar annan till samlag genom annat hot än i våldtäktsparagra- fen också att bedöma som tvingande till samlag. Hotet är inte specificerat på annat sätt än att det utesluter de former av hot som tas upp i våld- täktsbestämelsen. Hotet bör dock enligt förarbetena ha varit "såtillvida reellt att den som utsatts för hotet har gett efter för hotet."⁵⁹² Allt hot om våld på person omfattas av våldtäktsparagrafen. Härutöver kan det vara

588. RP 6/1997 rd, s. 173.

589. Även andra faktorer kan göra att gärningen betraktas som mindre allvarlig, se a.a., s. 173.

590. A.a., s.173.

591. RP 6/1997 rd, s. 174. Dock påpekas att dessa omständigheter i enlighet med all- männa straffrättsliga principer kan ha betydelse såväl vid straffmätningen som vid frågan om våldtäkten skall bedömas som tvingande till samlag i enlighet med strafflagen 20:3.

592. A.a., s. 174.

fråga om hot att avslöja någon för brott eller hot om att avslöja skadlig information om den hotade för en tredje person. Hotet kan också vara riktat mot någon annan än den som gärningspersonen försöker påverka.⁵⁹³ Det uppsåt som detta brott förutsätter innebär att gärningspersonen har uppsåt till att den hotade tror att hotet kommer att förverkligas och därför underkastar sig samlag.⁵⁹⁴

Motsvarande *danska* bestämmelse finns införd i *straffeloven* § 217 och omfattar gärningar som innebär att någon "skaffer sig" samlag genom annat tvång än det som angivits ovan, det vill säga "vold eller trussel om vold". En förutsättning är att det skall vara fråga om "ulovlig tvang" i enlighet med § 260.⁵⁹⁵ Det är alltså fråga om gärningar där någon uppnår samlag eller annat sexuellt umgänge⁵⁹⁶ genom mindre allvarliga tvång än vad som anges i våldtäktsparagrafen. Det kan här röra sig om milt våld eller mindre allvarligt hot såsom hot om att avslöja privata förhållanden, exempelvis brottslighet. Bestämmelsen motsvarar det svenska stadgandet om sexuellt tvång. I kommentaren påpekas att alla samlag som framtvängas genom våld eller hot om våld numera skall hänföras till våldtäktsbestämmelsen oavsett parternas tidigare relation.⁵⁹⁷ Samtidigt sägs i kommentaren apropå övergrepp i relationer i förhållande till våldtäktsbestämmelsen att "[h]vor der er tale om samlevende aegtefaeller, vil det ofte af bevismæssige årsager vaere udelukket at bringe bestemmelsen i anvendelse."⁵⁹⁸

De nu redovisade finska respektive danska bestämmelserna motsvarar i grova drag den svenska bestämmelsen om sexuellt tvång avseende själva *tvångshandlingen*. Bland de finska sexualbrotten finns ytterligare en bestämmelse, tvingande till sexuell handling i 20:4, som är subsidiär till våldtäkt. I fråga om tvånget motsvarar detta stadgande i stort det tvång som ingår i bestämmelsen om tvingande till samlag som redovisats

593. A.a., s. 174.

594. A.a., s. 174.

595. Denna paragraf motsvarar i stort vad som gäller enligt bestämmelsen om olaga tvång i svensk rätt, BrB 4:5. Exempel på denna form av tvång kan vara milt våld såsom knuffanden eller hot att avslöja privata förhållanden såsom brottslighet eller otrohet.

596. Paragrafen omfattar även "anden könslig omgangelse" än samlag i enlighet med § 224, se vidare nedan.

597. Se vidare Greve, Jensen och Nielsen Toftgaard (2001), s. 235-236. Skillnader kan dock synas i påföljdsbestämningen, a.a., s. 236. Se under "1965 år brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser" om motsvarande utveckling i svensk rätt.

598. A.a., s. 237.

ovan.⁵⁹⁹ Däremot krävs här inte samlag utan sexuell handling, vilket jag behandlar nedan.

I *norsk* lagstiftning ingår som påpekats även de mindre allvarliga tvångsformerna i våldtäktsbestämmelsen. Skillnaden mellan de olika typerna av tvång tydliggörs först vid påföljdsbestämningen. Däremot finns en norsk bestämmelse som inte har någon motsvarighet i något annat nordiskt land, nämligen *straffeloven* § 200, enligt vilken den straffbara handlingen innebär att gärningspersonen ”*foretar seksuell handling med noen som ikke har samtykket til det*”. Paragrafen omfattar de flesta former av sexuellt trakasseri som innebär fysisk handling mot offret. Det är avgörande om gärningspersonen berörde offret på ett sätt som gör att det faller in under begreppet ”*seksuell handling*”, vars innebörd redovisas nedan. Det gränsdragande rekvisitet är att offret *inte samtyckte*. En helhetsvärdering av den aktuella situationen måste göras, för att avgöra om samtycke föreligger. Om offret befann sig i en tvingande eller hotfull situation kan det tala mot att samtycke förelåg.⁶⁰⁰

Övriga utnyttjandeformer

Även i de övriga nordiska länderna finns sexualbrott i vilka det straffbara området huvudsakligen avgränsas genom *egenskaper* eller *tillstånd* hos offret. I vissa bestämmelser krävs att förövaren utnyttjar sin egen ställning eller på något annat sätt förmår offret till den aktuella handlingen. I andra är det endast förhållanden hos offret som är det avgörande.

I den *danska* och *norska* lagstiftningen är denna gärningstyp uppdelad på flera bestämmelser, nämligen §§218, 219 och 220⁶⁰¹ respektive §§

599. RP 6/1997 rd, s. 174-175.

600. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 116. Det krävs också att personen i fråga anses ha förmågan att samtycka, vilket kräver att hon eller han var över 16 år. Se vidare om bestämmelsens andra stycke som bland annat omfattar sexuella handlingar mot barn under 16 år, a.a., s. 116. Se även a.a. s. 46-48 för de överväganden som gjordes beträffande kriminalisering av sexuellt umgänge utan samtycke. Varken *utvalgets* majoritet eller departementet ansåg att en sådan kriminalisering skulle införas.

601. I §§ 221-223 förekommer ytterligare bestämmelser som också hör till de sexualbrott som behandlas i avhandlingen, nämligen i § 221, som tar upp när någon vilseleder annan till äktenskapligt samlag eller samlag med annan person, §§ 222 och 223, vilka båda bestämmelser rör samlag med barn respektive personer under 18 år under olika förutsättningar. § 223 a avser samlag med person under 18 år som försörjer sig genom prostitution. Se vidare om dessa bestämmelser i Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 245-249.

193 och 194, medan motsvarande reglering i den *finska* strafflagen är införd i en och samma paragraf, 20:5.

För det *första* är det fråga om brott som innebär att gärningspersonen utnyttjar *psykisk sjukdom, medvetlöshet, sjukdom, handikapp* eller liknande tillstånd hos offret (den danska § 218 och den finska 20:5 andra mom.).

Den *danska* bestämmelsen, § 218 första stycket, gäller endast gärningar som sker utanför äktenskapet⁶⁰² och omfattar att någon har samlag med en person genom att utnyttja dennes *psykiska sjukdom eller mentala handikapp, "sindssygdom eller mentale retardering"*.⁶⁰³ Utnyttjandet innebär att samlaget uppnås genom *missbruk* av det aktuella tillståndet.⁶⁰⁴ Bestämmelsen omfattar också enligt andra stycket gärningar som innebär att någon "*skaffer sig*" samlag med en person som befinner sig i ett tillstånd på grund av vilket hon eller han "*er ude afstand til at modsætte sig handlingen*".⁶⁰⁵ Här krävs således inget missbruk från gärningspersonens sida utan offrets tillstånd, eller dess följder, är helt avgörande.⁶⁰⁶ Sådana tillstånd som det kan vara fråga om är sömn eller medvetlöshet, kraftig berusning, hypnotisk trans, fysisk förlamning eller liknande.⁶⁰⁷

I *norsk* rätt är denna situation reglerad i § 193 andra stycket.⁶⁰⁸ Bestämmelsen kriminaliserar gärningar som innebär att gärningspersonen "*skaffer sig*" eller någon annan sexuellt umgänge genom att utnyttja någons "*psykiske lidelse eller psykiske utviklingshimming*". Avsikten är att skydda psykiskt utvecklingsstörda och personer som lider av psykiska störningar (*förstyrrelser*). Dessa störningar kan variera i styrka och vara tillfälliga eller permanenta. En förutsättning för att bestämmelsen skall tillämpas är att gärningspersonen har *utnyttjat* offrets tillstånd och detta får avgöras genom en skönsmässig helhetsvärdering. Det påpekas i propositionen att sistnämnda bedömning kan vara svår att genomföra särskilt i fall där den psykiskt sjuka deltagit frivilligt i det sexuella umgänget.

602. Närmare motivering till detta ges inte i kommentaren.

603. Se a.a., s. 238 med hänvisningar för innebörden av detta begrepp.

604. A.a., s. 240.

605. Detta stycke kompletterar den del av våldtäktsbestämmelsen som innebär att gärningspersonen själv försätter offret i det angivna tillståndet.

606. Det skall dock vara fråga om att någon uppnår samlaget, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 241. Jämför också med § 219 där det är fråga om att någon *har* samlag.

607. A.a., s. 241, samt angivna rättsfall.

608. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 68, 70 och 72.

Højesteret har uttalat att det avgörande för straffbarheten är om offrets deltagande i det sexuella umgänget är så förankrat i offrets psykiska situation att det inte går att förklara hans eller hennes deltagande utan denna förankring.⁶⁰⁹

Motsvarande *finska* bestämmelse uttrycks i strafflagen 20:5 andra mom. Enligt lagtexten straffas den för sexuellt utnyttjande som genom att utnyttja att en person på grund av de angivna tillstånden "inte kan försvara sig eller förmår utforma eller uttrycka sin vilja" har samlag med honom eller henne. Samma brott kan även utföras genom att gärningspersonen förmår offret att företa eller underkasta sig någon annan sexuell handling som "väsentligt kränker hans eller hennes sexuella självbestämmanderätt."⁶¹⁰

Vissa bestämmelser kräver för det *andra* att *gärningspersonen* själv har en viss *ställning*. Den *danska* bestämmelsen i § 219 kriminaliserar samlag mellan *anställda eller föreståndare och de intagna på olika institutioner*. Tanken med denna paragraf är att sådana gärningar innebär ett åsidosättande av för personalen särskilda plikter samt missbruk av makt och inflytande över de intagna. Det betonas i förarbetena att bestämmelsen skall användas även om den intagna personen själv har varit den aktiva parten.⁶¹¹ Det krävs inte att ifrågavarande person är *tvångsintagen* och inte heller att samlaget sker på själva institutionen, så länge som hon eller han fortfarande är intagen.⁶¹² När så inte längre är fallet kan däremot inte bestämmelsen åberopas.⁶¹³

I den redan nämnda *finska* bestämmelsen 20:5 relateras till gärningspersonens *ställning i första mom.* som delas in i 3 punkter. Det poängteras i förarbetena att det för fullbordan av detta brott inte krävs att offret gör motstånd.⁶¹⁴ Vidare sägs att kränkningen av den sexuella självbestämmanderätten består i att "offret antingen på grund av sin beroendeställning eller sin försvarslöshet inte har kapacitet att från en jämlik utgångspunkt fatta beslut om sitt deltagande i en sexuell handlin[g] och att gärningsmannen ut-

609. A.a., s. 68 med hänvisning till rättsfallet Rt 1975 s. 46, s. 47.

610. Försvarslösheten och viljelösheten kan, liksom i dansk lagstiftning, till exempel bero på medvetslöshet, sjukdom eller handikapp, RP 6/1997 rd, s. 178.

611. Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 242.

612. En händelse där personen i fråga var intagen i dagvård ansågs av *Højesteret* inte omfattas av bestämmelsen, se a.a., s. 243 med hänvisningar.

613. Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 243. Se här även ytterligare exempel från rättspraxis.

614. RP 6/1997 rd, s. 176 avseende hela bestämmelsen. Jämför ovan om våldtäktsbestämmelsen samt vad som gäller i svensk rätt, se särskilt fallet NJA 1988 s. 40.

nyttjar detta för sina syften.”⁶¹⁵ Gärningspersonen kan exempelvis utnyttja sin ställning genom att uttryckligen nämna eller låta förstå vilka möjligheter hon eller han har att påverka den andras förhållanden och på så sätt förmå honom eller henne att företa en sexuell handling.⁶¹⁶ I *första punkten* avses ungdomar som inte fyllt 18 år och som befinner sig på någon form av institution, exempelvis skola eller fängelse, och lyder under gärningspersonens bestämmanderätt, övervakning eller annat jämförbart underordnat förhållande. Liksom enligt motsvarande danska bestämmelse tillämpas denna även på förhållanden som innebär att personen frivilligt sökt sig till den aktuella institutionen.⁶¹⁷ Även *andra punkten* omfattar ungdomar som är under 18 år och avser att skydda unga mot att bli utnyttjade av personer i starkare ställning.⁶¹⁸ Den unga skall på grund av sin omognad samt på grund av ålderskillnaden mellan parterna ha en väsentligt svagare förmåga än gärningspersonen att självständigt besluta om sitt sexuella beteende. Gärningspersonen skall därtill grovt ha missbrukat den ungas omogenhet.⁶¹⁹ Lagutskottet påpekade vid behandlingen av lagförslaget i riksdagen, att man vid bedömningen av en persons självständighet i detta avseende förutom parternas ålder även bör väga in deras fysiska och psykiska utveckling samt deras livserfarenhet.⁶²⁰ *Punkten 3*⁶²¹ gäller sexuellt utnyttjande av personer som vårdas på sjukhus eller någon annan institution och vilkas förmåga att försvara sig är väsentligt nedsatt. Orsaken till det sistnämnda kan vara fysisk eller psykisk sjukdom respektive handikapp. Det kan också vara fråga om ett svaghetstillstånd, orsakat av andra omständigheter, exempelvis medicinering. För straffbarhet krävs att gärningspersonen förmår den andra till den sexuella handlingen genom att utnyttja sin ställning.⁶²² *Fjärde punkten* gäller

615. RP 6/1997 rd, s. 176.

616. A.a., s. 176.

617. A.a., s. 177.

618. Bestämmelsen gäller unga som är över 16 år men under 18 år, det vill säga över den sexuella skyddsåldersgränsen. Denna del av paragrafen modifierades i enlighet med lagutskottets betänkande. Sistnämnda instans ansåg att en ny punkt två skulle införas eftersom barn och ungas sexuella integritet behövde ett starkare skydd än det regeringen föreslagit, LaUB 3/1998 rd, s. 21.

619. A.a. En liknande bestämmelse finns införd i danska § 223 andra stycket, se Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 247-249.

620. LaUB 3/1998 rd, s. 21.

621. På grund av den ändring som genomförts i enlighet med lagutskottets förslag efter regeringens behandling, överensstämmer lagtextens numrering av denna punkt och de efterföljande inte med de som nämns i propositionen.

622. RP 6/1997 rd, s. 177.

allmänt utnyttjande av en annans beroende ställning. Det kan vara fråga om ett ekonomiskt eller psykiskt beroendeförhållande eller om ett beroende av praktisk hjälp. Det skall vidare vara fråga om ett beroende som är synnerligen betydande.⁶²³ Vid bedömningen av graden av beroende skall hänsyn tas till vilken betydelse det har för personens grundläggande levnadsförhållanden, såsom utkomst, boende, hälsa och andra vitala behov. Ett exempel på någon som är synnerligen beroende av en annan är en person vars fortsatta arbetsförhållande kan avgöras av en annan eller vars boende sammanhänger med en annan persons beslut.⁶²⁴ Det skall vara fråga om ett grovt missbruk av beroendet, vilket innebär att gärningspersonen kraftigt ingriper i en omständighet som ligger till grund för beroendet. Ett exempel på en sådan situation kan vara att ett fortsatt arbetsförhållande äventyras. Innebär gärningen ett hot om att arbetsplatsen går förlorad kan det inte vara fråga om förevarande bestämmelse.⁶²⁵

I den *danska* lagstiftningen motsvaras den sistnämnda punkten till stor del av § 220, vilken rör grovt missbruk av en persons *tjänstemässiga eller ekonomiska beroende*, dock endast utanför äktenskapet. Är offret under 21 år tillämpas en strängare straffskala.⁶²⁶ Det överläts enligt kommentaren åt domstolarna att avgöra vid vilken typ av förhållanden som bestämmelsen skall användas.⁶²⁷

Motsvarande *norska* bestämmelser kriminaliserar den som skaffar sig sexuellt umgänge genom ”*misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold*”, § 193 första stycket, samt när någon har sexuellt umgänge med en person som är placerad på vissa institutioner och den placerade står under gärningspersonens myndighet eller uppsikt, §194 första stycket.⁶²⁸ Den *första* bestämmelsen avser missbruk av ställning i

623. A.a., s. 177.

624. A.a. Det kan även vara fråga om att någon är beroende av fysisk eller psykisk vård utanför institution. Se även ytterligare exempel på denna situation, a.a.

625. Då tillämpas istället kapitlets 3 § 2 mom. eller 4 §, det vill säga tvingande till samlag respektive tvingande till sexuell handling som tagits upp ovan.

626. Denna del av bestämmelsen är anknuten till den tidigare myndighetsåldern. I *folkettinget* har diskuterats att anpassa bestämmelsen i förhållande till den nuvarande myndighetsåldern om 18 år men något förslag har inte kommit, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 244.

627. A.a., s. 244 samt där angivna rättsfall.

628. I § 194 andra stycket straffas även den som skaffar sexuellt umgänge åt någon annan med en person som han själv står i sådant förhållande till, som det som nämns i paragrafens första stycke. Denna del av paragrafen föreslås tas bort enligt ett betänkande om ny straffelov, NOU 2002:4, avsnitt 9.14 och 10.2.

generell mening och infördes just för att fokusera starkare på missbruk i maktförhållanden. Det nya stadgandet innebar en utvidgning av motsvarande vid tiden gällande bestämmelse eftersom det inte begränsar tillämpningen till något särskilt yrke.⁶²⁹ Det *sistnämnda* stadgandet tar sikte på sexuella förbindelser på institutioner, inom kriminalomsorgen, polisen eller barnavårdsnämnden och avser att skydda den svagare parten, det vill säga de som är placerade på institutionen, inom de maktförhållanden som föreligger mellan dem och de anställda.⁶³⁰

För det *tredje* finns bestämmelser där *relationen* mellan gärningspersonen och offret respektive offrets ålder är avgörande för det straffbara området.⁶³¹

I *dansk* lagstiftning finns en bestämmelse som straffar den som "tilsniger sig" samlag med någon, som felaktigt tror att samlaget är äktenskapligt eller förväxlar gärningsmannen med någon annan person.⁶³² Vidare är det utan att något konkret missbruk behöver föreligga, kriminaliserat att ha samlag med person under 18 år som är gärningspersonens adoptivbarn, styvbarn eller *plejebarn*. Detsamma gäller om den unga personen blivit anförtrodd (*betroet*) till vederbörande för undervisning eller liknande. Här är således *relationen* mellan gärningspersonen och offret det avgörande.⁶³³

Motsvarande *finska* bestämmelser är införda i strafflagen 20:6 tredje mom. och avser sexuella handlingar med barn som fyllt 16 men inte 18 år, som gärningspersonen bor med och är förälder till eller står i motsvarande ställning till. Det skall vara fråga om att personen har samlag eller annan i paragrafens 1 mom. angiven sexuell handling eller förmår annan att företa sådan handling. Enligt förarbetena har normalt adoptiv-, styv- och fosterförälder en motsvarande ställning som förälder. Situationen

629. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 70 och 72. *Utvælget* föreslog allvarligt missbruk men departementet ansåg att även missbruk skulle kriminaliseras.

630. A.a., s. 71-72.

631. De bestämmelser som gäller skydd för sexuella övergrepp mot barn är i Norge §§ 195 och 196, i Danmark § 222 samt i Finland § 20:6 och 7.

632. § 221, se vidare om denna bestämmelse, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 245 samt Träskman, Per Ole (1994) Om straffbar "tilsnigelse" i ett nordiskt perspektiv. I: *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, Marts 1994, 81. årgång. Nr. 1, s. 111-121, s. 114 ff.

633. § 223, se ytterligare om bestämmelsen, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 247-249. Den danska bestämmelse som motsvarar sexuellt ofredande finns införd i § 232, se a.a., s. 262-266.

skall bedömas som en helhet och det skall inte vara avgörande om relationen uppvisar eller saknar något enstaka drag som hör ihop med föräldraskap.⁶³⁴

I den *norska* lagstiftningen kriminaliserar § 199 den som har sexuell umgänge med fosterbarn, styvbarn eller annan person under 18 år och som står under vederbörandes omsorg, myndighet eller uppsikt.⁶³⁵

De gränsdragande rekvisit som nu redovisats skall ha utövats tillsammans med vissa sexualhandlingar, vilka jag nu skall gå igenom.

2.4.3.4 Sexualhandlingar

Allmänt

Liksom i de svenska bestämmelserna om sexualbrott används i de övriga nordiska länderna termer för olika sexualhandlingar, som är gemensamma i de olika brottsbeskrivningarna. Dessa är för det första *samlag*. För det andra förekommer *sexuellt umgänge* och *sexuell handling*, som båda innebär en handling *med* någon annan person. Den yttersta gränsen för tillåtna handlingar på detta område går vid handlingar som utförs *mot* eller i *närvaro* av en annan person.⁶³⁶

634. RP 6/1997 rd, s. 181. I denna paragraf anges också övriga bestämmelser om brott mot barn under 16 år, se vidare a.a. Jämför med motsvarande svenska bestämmelse, enligt vilken denna gräns går vid 15 års ålder. Strafflagen 20:7 stadgar om grovt sexuellt utnyttjande av barn och kan även tillämpas på barn som är över 16 men under 18 år, se vidare RP 6/1997 rd, s. 182-183 samt LaUB 3/1998 rd, s. 22.

635. Bestämmelser som tar sikte på sexuell umgänge mellan släktingar och syskon finns i §§ 197 respektive 198 medan §§ 195 och 196 skyddar barn mot sexuella övergrepp (sexuellt umgänge).

636. Denna beskrivning kan modifieras något angående de finska bestämmelserna. För barn under 16 år samt under vissa förutsättningar för barn mellan 16 och 18 år, anges att den sexuella handlingen skall ske genom beröring eller på annat sätt samt att den skall vara ägnad att skada barnets utveckling, strafflagen 20:6 och 7 se RP 6/1997 rd, s. 178-183. I strafflagens 17:e kapitel finns också en bestämmelse om offentlig kränkning av sedligheten, 17:21, se vidare Rp 6/1997 rd, s. 153-154. Vidare krävs enligt 20:4 och 5 att den sexuella handlingen väsentligen kränker den andres sexuella självbestämmanderätt.

Samlag

Till skillnad från i det svenska sexualbrottskapitlet definieras sexualhandlingarna i den *finska* lagtexten. I 20:10 beskrivs de olika sexualhandlingar som ingår i kapitlet. För det första tas sexualhandlingen *samlag* upp. Med termen samlag avses i kapitlet enligt lagtexten ”inträngande med könsorgan i en annans kropp eller sexuellt inträngande i en annans könsorgan.”⁶³⁷ Utöver vaginala och anala samlag omfattar definitionen även orala former av samlag.⁶³⁸ Huruvida de inblandade parterna är av olika eller samma kön saknar betydelse. Det påpekas i förarbetena att mindre vanliga former av samlag förutsätter ”en penetrering av sexuellt slag, vilket förutsätter att handlingen utförs med eller riktas mot ett könsorgan”.⁶³⁹ Tolkningsvis innebär detta att all penetrering som inte sker genom penis i vagina skall utföras med eller riktas mot ett könsorgan för att räknas som samlag. Dock skall också ett sexuellt inträngande i könsorgan som sker med hjälp av föremål anses som samlag i kapitlet.⁶⁴⁰ Det är följaktligen tveksamt om det finska samlagsbegreppet omfattar sådana handlingar som exempelvis orala handlingar mot könsorgan som inte innebär intränganden eller anala intränganden med hjälp av föremål. Ingen av dessa handlingar omfattas, vare sig direkt eller indirekt, av uttalandena i propositionen.

Även i *norsk* lagstiftning definieras samlagsbegreppet i lagtexten, nämligen i *straffeloven* § 206. Av paragrafen framgår att samlag innebär vaginalt och analt samlag samt jämföras med införande av penis i mun och införande av föremål i slida eller ändtarmsöppning. Däremot omfattas inte införande av fingrar i slida eller analöppning av samlagsbegreppet.⁶⁴¹ Det bör poängteras att en handling som innebär att gärningspersonen tar offrets penis i sin mun inte omfattas av samlagsbegreppet men väl av handlingen ”*seksuell omgang*” som beskrivs nedan.⁶⁴² I samband med den senaste översynen av sexualbrotten diskuterades en eventuell utvidgning av samlagsbegreppet, vilket inte ansågs nödvändigt, vare sig av *utvalgets* majoritet eller departementet.⁶⁴³ Däremot ansåg *Justiskomiteen* att en så-

637. RP 6/1997 rd, s. 186.

638. A.a., s. 186.

639. A.a., s. 186.

640. A.a., s. 186.

641. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 34.

642. A.a., s. 35.

643. Se vidare a.a., 34-35.

dan utvidgning var nödvändig i samband med övergrepp mot barn under 14 år.⁶⁴⁴

I de *danska* sexualbrotten förekommer samlagsbegreppet förutom i våldträktsparagrafen i §§ 217-223 a. Innebörden av begreppet anges enligt kommentaren vara det heterosexuella samlaget mellan man och kvinna, nämligen införande av penis i kvinnans vagina.⁶⁴⁵ Samlagshandlingen anses också på detta sätt vara fullbordad.⁶⁴⁶

Sexuell handling

Innebörden av begreppet *sexuell handling* i det *finska* kapitlet om sexualbrott framkommer liksom samlagsbegreppet av 20:10 och ingår i de ovan 20:4-6 samt i 20:8-9.⁶⁴⁷ I de förstnämnda specificeras den sexuella handlingen genom att det krävs att den väsentligen kränker offrets sexuella självbestämmanderätt. Innebörden av den sexuella handlingen bör i dessa fall, men även i övrigt, förstås med ledning av övriga rekvisit i respektive paragraf.⁶⁴⁸ Begreppet sexuell handling avser en handling som ”syftar till att uppnå sexuell upphetsning eller tillfredsställelse och som med hänsyn till gärningsmannen och den person som är föremål för handlingen samt omständigheterna vid gärningen har en väsentligt sexuell innebörd.”⁶⁴⁹ Eftersom uttrycket sexuell handling inte uppställer några andra begränsningar på vad handlingen skall innebära än att den är sexuell till sin innebörd, kan det vara fråga om handlingar och åtgärder av ”synnerligen varierande slag”.⁶⁵⁰ För att betraktas som sexuell skall handlingen ha betydelse för människans könsdrift. Det skall vara fråga

644. Efter *Justiskomiteens* anmärkningar genomfördes således en utvidgning av samlagsbegreppet som skall gälla enbart vid övergrepp mot barn under 14 år, se Innst. O. nr 92, (1999-2000) s. 10-11 och 35. Här omfattas samlagsbegreppet även av handlingar som innebär att penis införes in mellan de inre och yttre blygdläpparna. Av propositionen, Ot. prp. Nr. 28 (1999-2000), s. 119, framgår att departementet av språkliga skäl föreslog slida i stället för ordet vagina, som ingick i förslaget, NOU 1997:23, s. 96.

645. Se dock nedan om innebörden och tillämpningen av *könsligt umgänge*.

646. Se närmare angående fullbordandet i samband med samlag enligt dansk doktrin och praxis, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 237. Se även om frivilligt tillbakaträdande i detta sammanhang, a.a., s. 237.

647. De sistnämnda avser köp av sexuella tjänster av ung person respektive koppleri, se vidare RP 6/1997 rd, s. 183-184.

648. RP 6/1997 rd, s. 186-187 samt 175-176.

649. A.a., s. 186-187.

650. A.a., s. 187.

om en med tanke på offret och gärningsförhållandena sexuellt relevant handling. I förarbetena påpekas också att en och samma handling under vissa förhållanden kan syfta till sexuell tillfredsställelse och under andra omständigheter vara asexuell⁶⁵¹ samt att det saknar betydelse för bedömningen av handlingens sexuella innebörd vilket kön den riktar sig mot eller vilken sexuell inriktning handlingen har.⁶⁵² Av de olika straffstadgandena i vilka uttrycket sexuell handling ingår framkommer att en sådan handling kan vara uttryckligen inriktad på en annan person, exempelvis genom beröring eller uppträdande. Så behöver dock inte vara fallet, det kan också vara fråga om en handling som utförs av den som är föremål för gärningen, till exempel att titta på pornografisk film eller beröra gärningspersonen.⁶⁵³ Jämfört med den svenska sexualhandlingen sexuellt umgänge skiljer sig detta finska begrepp främst genom att den förstnämnda skall innebära någon form av "umgänge" med gärningspersonen. Exempelvis kan det svenska begreppet inte avse en handling som offret själv tvingas utföra eller tvingas utföra med någon annan än den som utövar tvånget.⁶⁵⁴

Vid den senaste ändringen av *norsk* sexualbrottslagstiftning ersattes uttrycket *utuktig omgang* med *seksuell omgang*.⁶⁵⁵ Utöver våldtäktsparagrafen ingår denna sexualhandling i ett flertal andra bestämmelser.⁶⁵⁶ Innebörden av *seksuell omgang* skall motsvara det äldre uttrycket. I stort påminner "*seksuell omgang*" om det svenska "sexuellt umgänge" och avser exempelvis samlagsrörelser med blottat könsorgan mellan en annans lår, mot magen eller sätespartiet (*seteparti*).⁶⁵⁷ Även handlingar som innebär att fingrar förs in i slida eller ändtarmsöppning skall räknas hit.⁶⁵⁸ Slutli-

651. A.a., s. 187.

652. A.a., s. 187.

653. A.a., s. 187.

654. Den som utövar tvånget kan då endast göra sig skyldig till medhjälp till våldtäkt (exempelvis) medan personen som genomför sexualhandlingen kan dömas för våldtäkt. Jämför dock med sexualbrottsutredningens förslag om ett nytt begrepp som har stora likheter med det finska uttrycket sexuell handling.

655. Ot. prp. Nr. 28, s. 19-20 samt s. 31-32. Även i uttrycket *otuktig handling* ersatte "*seksuell*" "*otuktig*". Skälen till dessa var enligt *utvalget*, Ot. prp. Nr. 28, s. 19, en önskan om språklig modernisering men avser inte att ändra innehållet. Departementet instämde i *utvalgets* överväganden och tillade att det nya uttrycket inte skall medföra något krav på särskild motivering bakom handlingen.

656. Dessa är §§ 193-197 samt 199.

657. Ot. prp. Nr. 28 (1999-2000), s. 18-19, som hänvisar till uttalanden från NOU 1991:13, *Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning*.

gen nämns också sugningar och slickningar av könsorgan, sädesavgång i annans ansikte och mun samt masturbation av motparten. Sistnämnda exempel kan vålla avgränsningsproblem i förhållande till *seksuell handling*, den tredje sexualhandlingen i norsk rätt, som omfattar beröring av könsorgan eller bröst. Avgörande för om det föreligger masturbation eller beröring av könsorganen är enligt förarbetena sannolikt om beröringen är av en viss intensitet.⁶⁵⁹ Från rättspraxis kan nämnas två olika fall som kan illustrera skillnaden mellan *seksuell omgang* och *seksuell handling*. I Rt 1986 s. 794 ansågs det vara *utuktig omgang*, nuvarande *seksuell omgang*, att den tilltalade (*domfelte*) hade stuckit in ett finger i offrets slida samt masturberat offret genom att beröra handen många gånger utanpå hennes könsorgan. Däremot bedömdes det i Rt 1951 s. 726 vara *utuktig handling*, nuvarande *seksuell handling*, att den tilltalade hade fört sin hand ett par gånger över en pojkes blottade penis.⁶⁶⁰

I stället för att ta upp olika sexualhandlingar i skilda paragrafer anges i *danska* § 224 att vissa bestämmelser⁶⁶¹ som endast innehåller samlag, även kan tillämpas när det är fråga om annat sexuellt umgänge än samlag, så kallat "*kønslig umgængelse*". Uttrycket preciserar avgränsningen mot § 232, som tas upp nedan. Med detta uttryck avses enligt förarbetena "*enhver anden kønslig benyttelse af en anden persons legeme end samleje*".⁶⁶² I praxis har denna avgränsning enligt kommentaren blivit lite anorlunda och beröringar av en annans kropp utanpå kläderna har alltid blivit hänförd till § 232. I doktrinen har också hävdats att förevarande

658. Ot. prp. Nr. 28, (1999-2000) s. 19 samt fallen Rt 1989 s. 517 och Rt 1990 s. 319. Det diskuterades om dessa handlingar skulle ingå i samlagsbegreppet, Ot. prp. nr 28 (1999-2000), s. 34. Däremot omfattas andra handlingar som tidigare omfattades av förevarande uttryck, införande av föremål i slida och ändtarmsöppning, sedan 1992 av samlagsbegreppet, a.a., s. 34.

659. Jämför motsvarande avgränsning i svensk rätt mellan sexuellt umgänge och sexuell beröring, som avgörs av beröringens varaktighet samt helhetsbilden, se ovan under "Sexualhandlingar". *Straffelovrådet* har använt uttrycket, "*gnidende bevægelser*", det vill säga gnidande rörelser, Ot. prp. nr. 28, (1999-2000) s. 19.

660. Fallen refereras i Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19. Här bör uppmärksammas att våldtäktsbestämmelsen efter *Justiskomiteens* anmärkning numera omfattar att någon genom våld eller *truende adferd* får någon att ha sexuellt umgänge med annan eller att utföra motsvarande handlingar på sig själv, se Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s. 10. *Justiskomiteen* ansåg att sådana handlingar är mycket allvarliga och straffvärda samt kan vara mycket kränkande för offret.

661. Dessa är §§ 216-223 a i *straffeloven*.

662. Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 250.

handling skall innebära att handlingen har en samlagsliknande karaktär, fungerar som surrogat för samlag eller i övrigt för offret uppfattas som ett sexuellt övergrepp som närmar sig samlag.⁶⁶³ Enligt kommentaren är också detta den innebörd av begreppet som används av åklagarmyndigheten och som i huvudsak följs i rättspraxis. Som exempel på fall från praxis som omfattas av denna sexualhandling kan nämnas analt samlag, fingrar i slidan och penis mot en flickas underkropp med utlösning.⁶⁶⁴ Som konstateras i kommentaren är det alltså normalt fråga om handlingar som innebär direkt beröring mellan i vart fall den ena personens könsdel och den andres kropp.⁶⁶⁵

Övriga handlingar som kan kränka sexualiteten

De sexualhandlingar som redovisats i föregående stycke sker huvudsakligen tillsammans *med* någon annan person. Därtill finns bestämmelser i alla de övriga nordiska länderna som omfattar kränkningar som sker *mot* någon eller i annan persons närvaro.⁶⁶⁶

I *norsk* rätt tar § 201 upp sådana handlingar som innebär att någon ”i ord eller handling utviser seksuellt krenkende eller annen uanstendig atferd.” Bestämmelsen motsvarar i huvudsak det svenska stadgandet om sexuellt ofredande. Sådana handlingar som typiskt sett omfattas av denna bestämmelse är blottande samt beröring eller ord som väcker anstöt.⁶⁶⁷

Den *danska* motsvarande bestämmelsen finns införd i *straffeloven* § 232. Det straffbara beteendet avser här att någon genom ”*uterligt forhold*” antingen kränker sedligheten (*blufærdigheden*) eller ”*giver offentlig forargelse*”. Att handlingen utgör ”*uterligt forhold*” betyder enligt kommentaren att det skall vara fråga om ett ”*konsosædeligt*” förhållande och det i sin tur att endast handlingar som har relation till sexuella förhållanden och är av en viss

663. A.a., s. 251 med hänvisningar.

664. Se ytterligare exempel och hänvisningar a.a., s. 251.

665. A.a., s. 251.

666. Se dock ovan om det finska begreppet sexuell handling. I finsk lagstiftning finns även en bestämmelse som är placerad tillsammans med brotten mot allmän ordning, kapitel 17:21, offentlig kränkning av sedligheten.

667. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 19. Bestämmelsen avser dels händelser som inträffar på offentliga ställen, dels händelser mot vuxna som inte samtyckt och slutligen händelser mot barn under 16 år. Vid den senaste översynen ändrades upplägget och språket av bestämmelsen, se a.a., s. 74-76 samt Innst. O. nr. 92 (1999-2000), s. 24. Vissa delar av den äldre bestämmelsen fördes över till en egen, § 200, som omfattar ”*seksuella*” handlingar mot barn under 16 år, a.a.

grovhet kan omfattas av paragrafen.⁶⁶⁸ Kravet om att handlingen skall kränka "blufärdigheden" innebär att den aktuella handlingen skall ha utövats mot en eller flera personer samt att giltigt samtycke från den eller dessa personer utesluter ansvar.⁶⁶⁹ Kravet på att en handling ges *offentlig förargelse* enligt bestämmelsens andra led avser situationer där en större och mer obestämd krets, som inte på förhand har samtyckt därtill, tvingas iakttäta det "uterlige forhold".⁶⁷⁰ De handlingar som kan omfattas av bestämmelsen grupperas i kommentaren enligt följande: beröringar, exhibitionistiska handlingar, verbala handlingar, smygtittande, förevisning av *utuktige* texter och bilder, samt samlag och annat könsligt umgänge som inte omfattats av övriga bestämmelser i kapitlet.⁶⁷¹

Den *finska* lagstiftningen saknar en bestämmelse av förevarande slag. Här sätts istället den lägre gränsen för sexuella övergrepp för vuxna vid sexuell handling, vars innebörd redovisats ovan.⁶⁷² Därtill finns också en i sammanhanget aktuell paragraf i kapitel 17 om brott mot allmän ordning, nämligen offentlig kränkning av sedligheten, 17:21.⁶⁷³

2.4.3.5 Allmänna bestämmelser och sammanfattande kommentarer

Lagstiftningens relation till kön

De nordiska bestämmelserna angående sexualbrotten är numera språkligt sett könsneutrala, vilket som redan nämnts innebär att både män och kvinnor *kan vara* både offer och förövare vid samtliga brott som tas upp i avhandlingen.⁶⁷⁴ I *Norge* och *Finland* uttrycks detta genom könsneutrala

668. Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 263.

669. A.a., s. 263. Se vidare a.a., s. 263-264 angående förutsättningarna för samtycke och sambandet med den samtyckandes ålder.

670. A.a., s. 263.

671. Se ytterligare om dessa, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 264-265.

672. För barn under 16 år samt under vissa förutsättningar barn mellan 16 och 18 år går gränsen istället vid beröring eller annan sexuell handling som är ägnad att skada barnets utveckling, strafflagen 20:6 och 7 se RP 6/1997 rd, s. 178-183.

673. Se vidare om detta brott, RP 6/1997 rd, s. 153-154.

674. Detta gäller även för de svenska bestämmelserna. Beträffande det svenska samlagsbegreppet så är det snävt men uttrycket "sexuellt umgänge som är jämförbart med påtvingat samlag" inrymmer även homosexuella handlingar. Se vidare under "Samtida bestämmelser" ovan.

la formuleringar i paragraferna och ett samlagsbegrepp och övriga sexualhandlingar som inkluderar homosexuella handlingar. I *dansk* lagstiftning är visserligen paragraferna könsneutrala men samlagsbegreppet strikt heterosexuellt. Istället finns förutom den tilläggsbestämmelse om övrigt sexuellt umgänge som nämnts ovan, ett särskilt stadgande som anger att de sexualbrott som är aktuella här även omfattar homosexuella handlingar.⁶⁷⁵ Alla våldtäktsbestämmelser har dock inte lika vid omfattning i fråga om tillämpningen vid homosexuella handlingar. Det finska stadgandet är snävast eftersom den enda sexualhandling som här kan komma ifråga är samlag. Samlagsbegreppet är visserligen könsneutralt utformat språkligt sett men omfattar inte inträngande som sker analt med användande av ett föremål. Inträngandet skall ske med ett könsorgan, med andra ord en penis. Inte heller orala handlingar mot en kvinnas underliv kan utgöra våldtäkt, oavsett om gärningspersonen är kvinna eller man.

Skuldrekvisit

Alla sexualbrott som är aktuella i avhandlingen förutsätter uppsåt till de aktuella gärningsrekvisiten.⁶⁷⁶ Det förekommer dock vissa rekvisit för vilka oaktsamhet är tillräckligt. I *norsk* rätt finns också möjlighet att tillämpa våldtäktsparagrafen när de olika rekvisiten begåtts genom grov oaktsamhet.

Våldtäkt genom *grov oaktsamhet* är kriminaliserat enligt fjärde stycket i den norska *straffeloven* § 192. Sistnämnda bestämmelse infördes vid den senaste översynen av sexualbrotten.⁶⁷⁷ Departementet som efter vissa tvivel gick emot *utvalget*⁶⁷⁸ i denna fråga ansåg att det avgörande argumentet för kriminalisering av oaktsam våldtäkt var att en sådan skulle öka offrens rättsskydd utan att innebära någon motsvarande rättssäkerhetsrisk för gärningspersonen.⁶⁷⁹ Våldtäkter som begås genom grov oaktsamhet är vidare enligt departementet straffvärda och genom att dessa kriminaliseras ges en viktig signal om att samhället inte accepterar sådana handlingar. Departementet poängterade att bestämmelsen troligtvis

675. § 225. Av kommentaren framkommer att dessa handlingar motsvaras av samlag och annat sexuellt umgänge i heterosexuella förhållanden, Greve, Jensen och Nielsen Toftgaard (2001), s. 252.

676. Detta framgår av *norska straffeloven* § 40. Jämför också *danska straffeloven* § 19 samt *finska strafflagen* 3:5. För svensk rätt under "Skuldrekvisit" ovan.

skulle få betydelse främst vid tillfällen där våldet eller hotet inte var så omfattande eller där offret på grund av rädsla eller berusning inte var i stånd att motsätta sig handlingen samt att dessa situationer troligtvis var vanligare när parterna inte träffats förut. Det vanligaste är enligt departementet att det föreligger grov oaktsamhet i förhållande till orsakssammanhanget mellan våldet eller hotet och det sexuella umgänget. Även om det inte är troligt att gärningspersonen i praktiken varit oaktsam i förhållande till alla gärningsmoment, utan haft uppsåt till vissa, föreslogs dock inte någon differentiering av oaktsamhetskravet.⁶⁸⁰

I dansk rätt gäller också uppsåt till samtliga bestämmelser som avser brott mot vuxna. Av *straffeloven* § 226 följer dock att oaktsamhet är tillräckligt i förhållande till sådana gärningsomständigheter som har att göra med offrets avvikande själsliga eller kroppsliga tillstånd eller ålder.⁶⁸¹ Bestämmelsen är aktuell i förhållande till nämnda gärningsmoment i §§ 218, 220 samt 222-225.⁶⁸²

677. För att någon skall kunna straffas för oaktsamhet krävs för det första att det föreligger ett brott mot en objektiv norm för aktsamt beteende. Att normen är objektiv betyder som utgångspunkt att samma krav kan ställas på alla. Frågan är om vederbörande har förhållit sig så som en allmän förnuftig och hänsynsfull person skulle ha gjort i en motsvarande situation. Aktsamhetsnivån är en rättslig standard som fastslås av domstolarna. För det andra måste gärningspersonen anses (*beredes*) ha brutit mot aktsamhetsnormen. Om personen har gjort så gott hon eller han kunde utifrån sina egna förutsättningar kan hon eller han inte betraktas (*beredes*) som oaktsam. Oaktsamhetsbedömningen beror alltid på en helhetsbedömning av den konkreta situationen, Ot. prp. nr. 28 (1999-2000), s. 27. Bestämmelsen har tillämpats i några få fall. I förslaget till ny straffelov framförs att denna del av våldtäktsbestämmelsen skall slopas, se NOU 2002:4, avsnitt 9.14 och 10.2. Här framgår även övriga förslag till ändringar i kapitlet.

678. Majoriteten av *seksuallovbruddsutvalget*, som bland annat skulle utreda frågan om kriminalisering av oaktsam våldtäkt, ansåg inte att en sådan var lämplig, NOU 1997:23, s. 50-53.

679. Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) s. 30-31.

680. Samtliga fall av våldtäkt och samtliga gärningsrekvisit är således straffbara genom grov oaktsamhet. För en diskussion om oaktsam våldtäkt, se Greve, Vagn (2003) *Bør forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse? I: Voldtegt. Retsbeskyttelse for den krænkede – retssikkerhed for gerningsmanden*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København, s. 101-107. (Förkortad version av tidigare publikation.)

681. Bestämmelsen gäller endast fullbordade brott och tycks på senare år tillämpas restriktivt, se vidare Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 253.

Sammanfattande kommentarer

Som redan har konstaterats är de nordiska bestämmelserna om sexualbrott i stora drag mycket lika varandra. Det tycks finnas en gemensam plattform utifrån vilken de straffbara handlingarna på detta område skall avgränsas genom olika *tvångshandlingar*. Även om det är tvånget som explicit fokuseras i lagtexten så är offrets förmåga att uttrycka sin vilja en implicit förutsättning eftersom tvånget relateras till denna.⁶⁸³ Utgångspunkten i förarbeten och lagtext är visserligen att tvånget skall vara den centrala gränsmarkören. Både i förarbeten och praxis tydliggörs ändå den centrala position som offrets vilja intar i den rättsliga hanteringen. Trots nu nämnda likheter finns en del skillnader som bör uppmärksammas.

Som nämnts är det tvånget som är det centrala *gränsdragande* rekvizitet. Både den danska och finska våldtäktsbestämmelsen innehåller, liksom den svenska, en allvarligare tvångsform. I norsk rätt har numera ordet "tvingar" tagits bort från lagtexten. Dessutom har sexuellt umgänge med någon som inte kan motsätta sig handlingen på grund av medvetlöshet eller annan orsak inkluderats som en form av tvång i själva våldtäktsbestämmelsen.⁶⁸⁴

I de fall där offrets tillstånd eller egenskaper avgränsar det straffbara området har lagstiftaren i de övriga nordiska länderna ansett att i stort sett samma egenskaper och tillstånd hos offret skall vara skyddsvärda, även om de olika bestämmelserna inte är identiska. Det gemensamma för dessa bestämmelser är att de specifika tillstånden eller egenskaperna alla anses innebära att offret inte har förmåga att själv avgöra om hon eller han skall delta i en sexuell relation respektive förmåga att visa ovilja att delta i en sådan.

De *sexualhandlingar* som används i de olika brottsdefinitionerna överensstämmer även de i stort mellan de olika länderna. De olika sexualhandlingarna definieras i princip fullständigt i finsk lagtext medan norsk lagtext endast innehåller en samlagsdefinition. Varken dansk eller svensk

682. I norsk rätt finns istället bestämmelser angående villfarelse om ålder i § 195 tredje stycket och 196 tredje stycket. Av dessa bestämmelser följer att villfarelse om ålder under 14 år inte utesluter straffansvar medan villfarelse som rör ålder mellan 14 och 16 år utesluter straffansvar om inte oaktsamhet kan läggas gärningspersonen till last, se även Ot. prp. nr.28 (1999-2000) s. 53.

683. Se till exempel Ot. prp. Nr. 28, (1999-2000) s. 25 och RP 6/1997 rd, s. 170.

684. Som nämnts ovan är dock straffskalan högre om gärningspersonen förorsakat det aktuella tillståndet.

lagtext innehåller sådana definitioner. Det är utmärkande för samtliga sexualhandlingar att de har sin grund i ömsesidiga sexuella handlingar eller relationer. Den rättsliga beskrivningen av sexuella övergrepp i Norden innebär således en ömsesidig sexualhandling tillsammans med ett tvång eller utnyttjande alternativt en sådan sexualhandling med någon som befinner sig i ett visst tillstånd eller har en viss egenskap.

Den norska våldtäktsbestämmelsen är för närvarande den mest omfattande beträffande tvångshandlingen och skuldrekvisitet. Bestämmelsen är som nämnts den enda av de nordiska som kriminaliserar oaktsamma gärningar.⁶⁸⁵ I relation till den finska bestämmelsen är den norska mer vidsträckt både i fråga om sexualhandlingar och tvångshandlingar. Jämfört med de danska och svenska är det däremot de norska tvångshandlingarna som är vidare.

Sammanfattningsvis bygger sexualbrottslagstiftningen även i de övriga nordiska länderna på uppfattningen om tvånget som den centrala gränsdragande faktorn genom vilken övergreppen urskiljs från ömsesidiga relationer och handlingar. Lagstiftning och förarbeten utmärks av att det finns en stark vilja att modernisera denna lagstiftning. Både i Norge och i Finland har nyligen genomförts revideringar av de aktuella kapitlen. I Sverige pågår som nämnts för närvarande arbetet på justitiedepartementet utifrån den utredning som kom i mars år 2001.⁶⁸⁶ I Danmark har uppenbarligen detta arbete halkat efter, vilket förklarar varför det danska kapitlets rubrik fortfarande relaterar till sedligheten.

Avslutningsvis kan därtill nämnas att den *äktenskapliga* relationen fortfarande tycks inta en särställning i samband med de danska sexualbrotten. Vissa brott är som visats enbart straffbara utom äktenskapet. Därtill finns en särskild bestämmelse i *straffeloven* § 227, av vilken följer att straffet kan bortfalla enligt de flesta bestämmelser som är aktuella i avhandlingen,⁶⁸⁷ om de inblandade parterna har ingått äktenskap efter att brottet har begåtts.⁶⁸⁸

De straffrättsliga definitioner som nu genomgått är som nämnts centrala förutsättningar för den rättsliga gränsdragningen av sexuella övergrepp. Frågor som rör bevisningen påverkar också denna fråga, varför följande avsnitt ägnas åt de rättsliga premisserna för bevishanteringen.

685. Det föreligger som nämnts ett förslag till ny straffelov som innebär att oaktsam våldtäkt tas bort.

686. SOU 2001:14.

687. Regeln gäller §§ 216-224 och 226.

688. Se vidare om denna regel, Greve, Jensen och Nielsen Toftegaard (2001), s. 254.

2.5 Den straffprocessuella prövningen

2.5.1 Introduktion

Här behandlas de rättsliga förutsättningarna för bevishanteringens från inledande av förundersökning till och med huvudförhandling. Under *förundersökningen* handlar dessa om brottsutredningen och framtagandet av bevisning samt vilka regler och principer som styr denna verksamhet fram till *åtals väckande*. När det gäller *huvudförhandlingen* är det främst fråga om regler och principer som inverkar på bevisprövningen och bevisvärderingen.

2.5.2 Premisser för bevishanteringens före åtals väckande

2.5.2.1 Introduktion

Den rättsliga prövningen under huvudförhandlingen är till stor del beroende av den utredning som kommer fram under *förundersökningen*, vilken beskrivits vara "själva förutsättningen för att strafflagstiftningen ska få praktiskt genomslag."⁶⁸⁹ Inom vilka ramar förundersökningen bedrivs har således stor inverkan på hela brottmålsprocessen och redovisas därför i det följande.

2.5.2.2 Allmänna principer

Förundersökningen är av stor betydelse för hela brottmålsrättegången. De maktmedel som polis och åklagare här har till sitt förfogande kan vara mycket omfattande och ingripande för den enskilde, vilket vid felaktig användning kan innebära allvarliga integritetskränkningar. I samband med att nya rättegångsbalken (RB) trädde i kraft 1948 infördes genom en kodifiering av praxis förundersökningsregler i 23:e kapitlet.⁶⁹⁰

689. Bring, Thomas (red.), Diesen, Christian och Schelin, Lena (1999) *Förundersökning*, Norstedts Juridik, Stockholm, Andra upplagan, s. 27.

Denna lagreglering bygger på en balans mellan statens intresse av att effektivt beivra brott och den enskildes frihet.⁶⁹¹ De principer som tas upp nedan är i huvudsak till för att skydda den misstänkte mot obefogat ingripande från statsmakten.⁶⁹²

Av EMKR artikel 6 framgår att den misstänkte har rätt till *fair trial*, en rättvis rättegång, vilket bland annat innebär rätt till domstolsprövning och försvar, det vill säga att ta del av och bemöta alla bevis, samt rätt till att förhöra eller låta förhöra vittnen. Dessa rättigheter skall den misstänkte ges möjlighet att tillvarata redan under förundersökningen.

Både *legalitetsprincipen*, som tagits upp ovan, och *oskyldighetspresumtionen*, som beskrivs nedan, är aktuella även under förundersökningen. Legalitetsprincipen, som innebär att all lagföring skall baseras på lag, omfattar även åtgärder som kan leda till lagföring och därmed sådana som kan företas under förundersökningen. *Oskyldighetspresumtionen*, som innebär att den misstänkte skall betraktas som oskyldig tills motsatsen är bevisad, gäller även under förundersökningen. Av *hänsynsprincipen*, RB 23:4 första stycket andra punkten, följer också att den misstänkte inte skall drabbas mer än nödvändigt av det obehag som en förundersökning kan innebära.

En annan grundläggande princip som skall tillvaratas under förundersökningen är *skyndsambetsprincipen*, RB 23:4 andra stycket första punkten, som är till skydd för både den misstänktes och målsägandens rätts-säkerhet. Principen innebär att förundersökningen skall bedrivas så snabbt som möjligt, vilket gynnar både rättssäkerhet och effektivitet. Detta har dels betydelse för säkrandet av bevisning samt som garanti för ett snabbt ingripande mot brott, och dels för den misstänktes trygghet, särskilt om frihetsberövande skett.⁶⁹³

690. Se vidare om detta kapitel samt om reglering av tvångsmedel, a.a., s. 24-26. För en beskrivning av förundersökningens framväxt, se a.a., s. 19-22.

691. Se vidare a.a., s. 27.

692. Se Sutorius/Kaldal (2003), s. 142-143. Av utrymmesskal och med hänsyn till ämnets avgränsning kommer jag inte att redovisa den misstänktes rättigheter närmare. Angående den misstänktes rätt till information under förundersökningen i Norden och Tyskland med hänsyn till EMKR, se Tallroth, Paulina (2003) *Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren. Eine rechtsvergleichende Studie zur Verwirklichung strafprozessualer Garantien im Verfahrensrecht Deutschlands und der nordischen Länder unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Dissertation, Freiburg im Breisgau.

693. Vid användandet av tvångsåtgärder skall även ändamåls-, behovs- och proportionalitetsprincipen iaktas, se vidare Bring (1999), s. 67 f.

Slutligen aktualiseras den centrala *objektivitetsprincipen* i RB 23:4, som innebär att polis och åklagare skall ta hänsyn till omständigheter som talar både för och emot den misstänkte samt bedriva förundersökningen så allsidigt som möjligt.⁶⁹⁴

2.5.2.3 *Bevishantering under förundersökningen*

Förundersökningens bedrivande

En förundersökning skall inledas ”så snart det på grund av angivelse eller av annat skäl finns anledning anta att ett brott som hör under allmänt åtal har förövats”.⁶⁹⁵ Beviskravet *anledning anta* innebär att det skall föreligga en konkret omständighet som talar för att en brottslig gärning begåtts, även om den inte är känd till alla detaljer. Den konkreta omständigheten måste peka mot ett visst brott och ha ett bevisvärde för något bevisstema, vare sig det är det slutliga eller ett led i beviskedjan. Den konkreta omständigheten kan således inte utgöras av ett hjälpfaktum utan måste vara ett bevisfaktum.⁶⁹⁶ I sexualbrottmål räcker det oftast med målsägandens uppgifter om tid, plats och tillvägagångssätt, vanligtvis i anmälan, för att kravet på konkret omständighet skall vara uppfyllt.⁶⁹⁷ Förundersökningen leds antingen av polis eller åklagare⁶⁹⁸ men vid allvarigare brott som kan föranleda tvångsmedel skall åklagaren vara förundersökningsledare. I samband med sexualbrott är huvudregeln att åklagaren leder förundersökningen.⁶⁹⁹

Även om åklagaren leder förundersökningen är det den utredande polisen som genomför utredningsåtgärder, såsom brottsplatsundersökning-

694. Se vidare om objektivitetsprincipen sedan åtal är väckt, a.a., s. 38.

695. Se RB 23:1 samt a.a., s. 137 samt i övrigt om inledande och ledande av förundersökning, a.a., s. 137-162.

696. Sutorius/Kaldal (2003), s. 146. Se även Bring a.a., s. 106 f. Ett bevisfaktum är en omständighet som har direkt betydelse för ett bevisstema. Exempelvis kan uppgifter från ett rättsintyg om skada vara *bevisfaktum* för bevisstemat våld, medan omständigheten att intyget är upprättat direkt efter det påstådda övergreppet kan vara ett *hjälpfaktum* som ökar bevisvärdet på rättsintygets uppgifter. Jämför Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert (1992) *Rättegång. Fjärde häftet*, Sjätte omarbetade upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, s. 14.

697. Sutorius/Kaldal (2003), s. 146.

698. Se RB 23:3 samt Bring (1999), s. 70 f.

699. Sutorius/Kaldal (2003), s. 146.

ar och förhör med parter och vittnen.⁷⁰⁰ Syftet med förundersökningen är först, under spaningsstadiet, att utreda vem som är skäligen misstänkt för brottet och därefter, under utredningsstadiet, att undersöka om det föreligger tillräckliga skäl för åtal mot den misstänkte samt att målet ordnas så att bevisningen, i enlighet med koncentrationsprincipen, kan läggas fram i ett sammanhang vid huvudförhandlingen.⁷⁰¹

Hela utredningsbördan och bevisbördan ligger på åklagaren som skall se till att omständigheter som talar både för och emot den tilltalades skuld tas fram. Även den misstänkte har rätt att få hjälp med att ta fram de bevis hon eller han behöver för sitt försvar. Polis och åklagare är alltså skyldiga att ställa sin utredningsapparat till förfogande men skall också använda sådana arbetsmetoder att man ”självman frågar sig hur den tilltalade skulle kunna motbevisa det som talar för hans [eller hennes] skuld.”⁷⁰² Målsäganden kan däremot inte begära komplettering av utredningen utan får vända sig till överordnad åklagare om hon eller han är missnöjd med utredningen.⁷⁰³ När utredningen har kommit så långt att åklagaren har fattat beslut om att åtal skall väckas kan målsäganden välja att biträda åtalet, vilket innebär att hon eller han har samma möjlighet som åklagaren att utreda och åberopa bevisning. I praktiken kräver dock detta att målsäganden har ett juridiskt ombud, vanligtvis ett målsägandebiträde.⁷⁰⁴

Rent praktiskt anses det finnas stora skillnader angående själva utredningen mellan olika typer av sexualbrottmål mot vuxna offer.⁷⁰⁵ I de så kallade rena överfallsvåldtäkterna inriktas utredningen oftast på att iden-

700. A.a., s. 146.

701. Detta framkommer av RB 23:2. Ytterligare syften som inte är lagreglerade anses vara att ge den misstänkte inblick i bevismaterialet samt att åklagaren skall förbereda talan avseende målsägandens anspråk på skadestånd. Bring (1999), s. 125.

702. A.a., s. 36-37.

703. A.a., s. 39. Här bör ett aktuellt våldtäktsfall från Europadomstolen nämnas. Domstolen fällde Bulgarien för att ha brutit mot artikel 3 och 8 i EMKR. Åklagaren ansågs inte i tillräcklig omfattning ha utrett omständigheter som talade för att våld hade använts. Istället förelåg det enligt domstolen ett krav på att offret skulle ha gjort motstånd för att fallet skulle prövas och detta ansågs innebära ett brott mot artikel 3 och 8 i EMKR, se M.C. mot Bulgarien (Ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003).

704. Tutoris/Kaldal (2003), s. 144 och 148. Enligt Tutoris/Kaldal gör målsägandebiträdet att det finns möjlighet att upprätthålla den så kallade likställighetsprincipen, det vill säga att parterna skall ha lika goda möjlighet att göra sig gällande i processen, se a.a., s. 145 och Robberstad (1999), s. 148 ff.

tifiera och spana efter gärningspersonen samt säkra spår på platsen och offret. I de våldtäktsfall där den misstänkte är en närstående eller bekant blir den centrala bedömningen inriktad på de inblandade parternas olika versioner av det inträffade och utgången av utredningen är här i hög grad beroende av utredarnas ”motivation, kunskap och attityder.”⁷⁰⁶

En viktig del av förundersökningen består av förhör med personer som antas känna till något om det aktuella händelseförloppet. Det är förundersökningsledaren som enligt RB 23:6 har rätt att besluta att förhör skall hållas.⁷⁰⁷

Ett problem som inte är ovanligt vid våldtäktsbrott är att målsäganden inte vill medverka vid brottsutredningen, exempelvis på grund av hot eller rädsla för den misstänkte. Eftersom våldtäkt inte är ett angivelsebrott krävs dock inte att målsäganden anger brottet för att genomdriva utredningen och väcka åtal.⁷⁰⁸

Slutförande av förundersökningen

När en fullständig förundersökning har utförts skall enligt RB 23:20 meddelas beslut om åtal skall väckas. För att detta beslut skall kunna fattas krävs för det första att förundersökningen är riktad mot en särskild person. Den misstänkte och hans eller hennes försvar skall också ha fått ta del av förundersökningsmaterialet samt underrättats om huruvida deras eventuella ansökan om ytterligare utredning har bifallits eller inte.⁷⁰⁹ Förundersökningsprotokollet skall också till innehållet ha fått sin definitiva utformning innan åklagarens beslut fattas.⁷¹⁰ Åklagaren har i princip absolut åtalsplikt enligt RB 20:6. Denna åtalsplikt blir först aktuell när graden av misstanke är starkare än ”sannolika skäl”. Som nämnts lyder samtliga sexualbrott under allmänt åtal. Det krävs ”tillräckliga skäl” för att åtal ska väckas.⁷¹¹ Detta innebär att tre olika kriterier måste vara uppfyllda. För det första får det inte finnas några formella hinder mot åtal,

705. Utredningar vid brott mot barn skiljer sig mer i grunden från utredningar vid brott mot vuxna. Se vidare om förundersökningen i samband med brott mot barn, Sutorius/Kaldal (2003), s. 216-278.

706. A.a., s. 146 samt 99 f. och 101 f.

707. Bring (1999), s. 166.

708. Se vidare Sutorius/Kaldal (2003), s. 147.

709. Se RB 23:18 1 st.

710. Bring (1999), 336 f. och 340 f.

711. Bring (1999), s. 337 ff.

såsom åtalspreskription. För det andra måste den aktuella gärningen anses kunna utgöra brott och hänföras till ett gällande straffbud. För det tredje finns det ett krav på bevisningens styrka. Åklagaren måste göra en prognos och finna att beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel”⁷¹² kan komma att uppfyllas.

En förundersökning kan också avslutas med att den läggs ned. Gränsen för om beslut i åtalsfrågan skall tas går vid om den misstänkte delgivits misstanke om brott enligt RB 23:18 första stycket, så kallad slutdelgivning. Om sådan delgivning inte skett är det möjligt att lägga ned förundersökningen utan att ta beslut i åtalsfrågan.⁷¹³ Har det däremot förekommit sådan delgivning, måste även beslut om att inte väcka åtal tas, så kallat negativt åtalsbeslut.⁷¹⁴

2.5.3 Ramarna för bevishanteringen under huvudförhandlingen

2.5.3.1 *Introduktion*

När åtal väckts och bevisningen skall prövas och värderas under huvudförhandlingen gäller vissa regler och principer som styr denna hantering. I det följande tar jag först upp de allmänna principerna om omedelbarhet, muntlighet och koncentration. Därefter diskuterar jag principen om fri bevisföring, bevisprövning och bevisvärdering samt avslutar med ett avsnitt om oskyldighetspresumtionen.

712. Se vidare om detta beviskrav nedan i avsnitt 2.5.3.3.

713. I sitt examensarbete på juristlinjen har Carolina Diaz granskat och analyserat 68 polisanmälningar avseende våldtäkt, där förundersökning inlett och antingen lett till positiva åtalsbeslut eller nedlagd förundersökning på grund av bristande bevis, se Sutorius/Kaldal (2003), s. 148. Dessa polisanmälningar är hämtade från de totalt 215 våldtäkter som polisanmälades inom Citypolisens distrikt i Stockholm under åren 1995-1998. Enligt Sutorius/Kaldal, (2003), s. 163, visar Diaz undersökning att ”det under utredningens gång sker en subjektiv bedömning, ofta redan inledningsvis, där vissa kategorier av ärenden ligger i farozonen för att avfärdas utan att utredas.” Se även om de förundersökningsattityder som framstår som den avgörande faktorn i våldtäktsärenden, a.a., s. 164-167.

714. Bring (1999), s. 301.

2.5.3.2 *Omedelbarhet, muntlighet och koncentration*

Omedelbarhetsprincipen innebär att endast det som förekommit under huvudförhandlingen får ligga till grund för en dom i brottmål. Vid bevisprövningen får rätten endast ta hänsyn till de bevisfakta och hjälpfakta som kommit fram under huvudförhandlingen. Syftet med denna regel, som är införd i RB 30:2, är att skapa goda förutsättningar för en värdering av hela materialet i ett sammanhang. I enlighet med omedelbarhetsprincipen får en domare inte använda sitt privata vetande som hon eller han erhållit utanför sin ämbetsutövning.⁷¹⁵

Av RB 35:8 följer att bevisningen skall upptas vid huvudförhandlingen, vilket är ett uttryck för principen om bevisomedelbarhet, vilken i sin tur är ett utslag av principen om det bästa bevismaterialet. Att bevisningen skall upptas vid huvudförhandlingen innebär att den skall tillhandahållas domstolen i sitt ursprungliga skick, utan förmedling av domstolsprotokoll.⁷¹⁶

Utgångspunkten är vidare att huvudförhandlingen skall vara *muntlig*. Tanken bakom muntlighetsprincipen är också att skapa goda förutsättningar för bevisvärderingen.⁷¹⁷ Huvudregeln beträffande bevisningen är att den skall avges muntligt.⁷¹⁸

Att huvudförhandlingen skall hållas i ett sammanhang i enlighet med *koncentrationsprincipen* påverkar också förutsättningarna för bevisningen samt förundersökningen, som skall bedrivas så att detta blir möjligt.⁷¹⁹

2.5.3.3 *Fri bevisföring, bevisprövning och bevisvärdering*

Som redan påpekats är det endast den bevisning som lagts fram under huvudförhandlingen som får ligga till grund för domstolens bedömning. Hur regleras då bevisföringen, det förfarande som gör det möjligt för domsto-

715. Ekelöf IV, s. 21-23. Undantag gäller för så kallade notoriska fakta, se a.a., s. 39 ff.

716. A.a., s. 28. Se även angående principen om det bästa bevismaterialet, a.a. s. 26-29

717. Se dock Bring (1999), s. 366 om videoupptagning av förhör vid våld mot närstående.

718. Detta benämner Ekelöf bevisomedelbarheten, Ekelöf IV, s. 28 samt RB 35:8.

719. Bring (1999), s. 125.

len att bedöma de omständigheter som har betydelse som bevis i målet, det vill säga själva förebringandet och åberopandet av bevisningen?

I brottmål som faller under allmänt åtal är det parterna som skall sörja för bevisningen men rätten kan även själv föranstalta om bevisning som anses nödvändig enligt RB 35:6, något som torde vara ytterst sällsynt.⁷²⁰ Utgångspunkten är att bevisföringen är fri. Det finns således inte något förbud mot någon viss typ av bevismedel. I princip är det därför möjligt att åberopa varje omständighet som kan tillmätas bevisvärde i rättegången. För att ett bevismedel skall godtas av rätten krävs att det är adekvat och relevant⁷²¹ och rätten har möjlighet att avvisa ett åberopat bevis som är utan betydelse eller uppenbart skulle bli utan verkan i enlighet med RB 35:7.⁷²² Att det skall vara "uppenbart" utan verkan är dock ett högt krav, vilket innebär att domstolen ibland får godta bevisning som kan antas ha ett mycket begränsat bevisvärde.⁷²³ Principen om det bästa bevismaterialet innebär att det bevismedel som medför den säkraste bevisningen skall användas.⁷²⁴ Ett uttryck för denna princip är som nämnts RB 35:8 som innebär att bevisningen skall upptas vid huvudförhandlingen.⁷²⁵

När bevisningen förebringats och skall prövas samt värderas skall detta ske enligt principen om *fri bevisprövning* och *fri bevisvärdering*. Begreppet bevisprövning avser "hela den process under överläggningen under vilken bevisningen är föremål för bedömning".⁷²⁶ och bevisvärdering åsyftar "själva avvägningen av bevisningens styrka".⁷²⁷ Det finns ingen given metod för hur bevisprövningen och bevisvärderingen skall gå till och själva lagregleringen är allmänt hållen. I RB 35:1, som kan beskrivas som en generalklausul, stadgas att

Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra vad som i målet är bevisat.

720. Brun, Hans, Diesen, Christian och Olsson, Thomas (2000) *Bevispraxis. Bevis 5. Svensk bevispraxis 1948-1999*, Norstedts Juridik, Stockholm, s. 13.

721. Brun m. fl. (2000), s. 14.

722. Se vidare Ekelöf IV, s. 24.

723. Se vidare Brun m. fl. (2000), s. 14. Se även a.a. not 6 om begränsningar ifråga om vissa bevismedel samt frågan om hur oegentligt åtkommen bevisning skall hantearas, a.a., s. 14-15.

724. Ekelöf IV, s. 26 ff.

725. Bestämmelsen är också ett uttryck för bevisomedelbarhetsprincipen, se vidare Ekelöf IV, s. 28 och Brun m. fl. (2000), s. 15 ff.

726. Diesen (1994), s. 7.

727. A.a., s. 7.

Av motiven framgår att bevisvärderingen skall vara *objektiv* och grundas på analys och värdering av *varje enskilt bevis*.⁷²⁸ Med hjälp av *erfarenhets-satser*⁷²⁹ utreder domaren samband mellan olika företeelser. Detta begrepp innebär att det skall vara fråga om objektiva erfarenheter som skall utgöra referensram. Domaren bör känna till de användbara metoder för bevisprövning som finns och sträva efter att tillämpa den metod som är mest tillämplig på det aktuella området.⁷³⁰

I mål om sexualbrott är värderingen av målsägandens utsaga central vid den rättsliga prövningen i det enskilda fallet och kommer att tas upp nedan tillsammans med övrig bevishantering i våldtäktsmål från högsta domstolen. I det följande behandlas först oskyldighetspresumtionen, en för brottmålsprocessen mycket grundläggande princip, som också inverkar på bevishanteringens i vid mening.

2.5.3.4 Oskyldighetspresumtionen

Principen angående *presumtionen om den för brott misstänktes oskuld* är grundläggande i västerländska straffrättssystem och finns även införd i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Liksom de grundläggande straffrättsliga principerna som redovisats ovan har även denna princip sin bakgrund i upplysningsfilosofin och är en central del av det system som skall skydda den som står anklagad för brott mot obefogad maktanvändning från staten. Principen innebär att den misstänkte respektive tilltalade under hela förundersökningen och huvudförhandlingen, skall betraktas som oskyldig tills det är bevisat bortom rimligt tvivel att hon eller han är skyldig till det åtalade brottet.⁷³¹ Under huvudförhandlingen tillkommer även principerna *in dubio pro reo*, ”hellre fria än

728. Diesen (1994), s. 8.

729. A.a. med hänvisningar. Erfarenhetsatser är enligt Ekelöf, IV, s. 14, påståenden ”om sambandet mellan två företeelser som gäller *generellt* för dessa.”.

730. Diesen (1994), s. 9. Angående olika teoribildningar inom bevisrätten, se a.a., s. 9 ff. samt om utgångspunkter för metodval a.a., s. 23 ff.

731. Se vidare om oskyldighetspresumtionen, Nowak, Karol (2003) *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, Strandbakken, Asbjörn (2003) *Utskyldspresumtionen. "In dubio pro reo"*, Fagboksförlaget, Bergen och Träskman P. O. (1987) *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*. I: Olle Höglund, Bertil Bengtsson, Lars Heuman och Hans Ragnemalm (red.) *Festskrift till Lars Welamson*, Norstedts Förlag, Stockholm, s. 469-486.

fälla” och *in dubio mitius*, vid tveksamhet skall den lindrigaste påföljden väljas. För bevisningens del har oskyldighetspresumtionen betydelse både för placeringen av bevisbördan och beviskravet.

I brottmål ligger nämligen *bevisbördan* på åklagaren, vilket innebär att det är åklagaren som skall bevisa den tilltalades skuld. Den misstänkte har ingen skyldighet att bevisa sin oskuld och inte heller något krav att bistå rätten med viss utredning eller ange grunden för sin oskuld. Åklagaren skall bevisa det åtalade brottet, vilket inkluderar de aktuella gärningsrekvisiten, skuldrekvisiten samt även att motbevisa eventuella invändningar om ansvarsfrihetsgrunder.⁷³² Tanken med denna placering av bevisbördan är att motverka oriktiga straffdomar och minimera risken för att laglydiga straffas.⁷³³

Tätt förknippat med bevisbördan följer av denna princip också det höga *beviskrav* som råder i brottmål. Beviskravet uttrycker hur stark bevisningen skall vara för att ett rättsfaktum skall anses föreligga, att det är ”bevisat”,⁷³⁴ vilket framgår av RB 35:1. Lagrummet uttrycker att bevisningen skall vara stark men inte *hur* stark, vilket istället har överlämnats till rättspraxis. I princip gäller detta beviskrav för alla brott och för alla rekvisit som ingår i respektive brott.⁷³⁵ Gällande beviskrav uttrycks genom att det skall vara ställt ”utom rimligt tvivel” att den tilltalade begått det brott som hon eller han åtalats för, en formulering som använts sedan fallet NJA 1980 s. 725.⁷³⁶ Uttrycket, som är hämtat från USA, förekommer även i brittisk rätt och anses ha fått sådant genomslag främst av två anledningar. För det *första* visar uttrycket på prövningens objektiva karaktär. Att det ska vara fråga om ett ”rimligt” tvivel visar att det är fakta i målet och empirisk kunskap och inte den subjektiva övertygelsen som är det centrala. För det *andra* anger uttrycket en metod för bevisprövningen. Det är genom undanröjande av tvivel, alternativa förklaringsmodeller, som skulden bör fastställas.⁷³⁷

732. Se Brun m. fl. (2000), s. 49 ff. Se även om den tilltalades eventuella bördor, Diesen (1994) s. 66-74.

733. Ekelöf IV, s. 114.

734. Ett rättsfaktum är ett faktum som har betydelse för en rättsföljd. I brottmål är exempelvis de objektiva rekvisiten rättsfaktum. Bevisbörderegler gäller aldrig bevisfakta, Ekelöf IV, s. 66.

735. Se Brun m. fl. (2000), s. 76 och Ekelöf IV, s. 117. För formuleringen av beviskravet vid uppsåt och ansvarsfrihetsgrunder se Brun m. fl. (2000), s. 79-82.

736. Detta fall behandlas även nedan i avsnitt 2.5.4.

737. Se Brun m. fl. (2000), 77-78 samt Diesen (1994), s.74. ff.

I samband med sexualbrotten är bevisfrågorna som påpekats inledningsvis centrala och även integrerade med den straffrättsliga bedömningen. Det är därför av stor vikt att gå igenom praxis på området. I det följande undersöks därför bevishanteringen i våldtäktsmål från högsta domstolen.⁷³⁸

2.5.4 Bevishanteringen i våldtäktsmål från högsta domstolen

2.5.4.1 Introduktion

Sedan brottsbalken infördes har högsta domstolen prövat ett tjugotal fall av våldtäkt mot vuxna personer. Endast i nio av dessa har domstolen tagit ställning till om den tilltalade *skall fällas till ansvar* för våldtäkt⁷³⁹ och endast dessa fall tas upp i förevarande kapitel.⁷⁴⁰ Vid en granskning av förarbeten och doktrin på detta område framkommer att gränsen mellan sakfrågor och rättsfrågor inte är särskilt skarp. Istället är de straffrättsliga frågorna, om brottsrekvisiten och uppsåtet, sammanflätade med frågor som rör bevisningen. Bevisfrågorna vävs exempelvis in i tolkningen av våldsrekvisitet i våldtäktsparagrafen. Bevisfrågorna, eller sakfrågorna, fastställandet av vad som förevarit i sak genom bevisprövning, bevisvärdering och subsumtion,⁷⁴¹ är således en betydelsefull tolkningsfaktor som inverkar på innebörden av våldtäktsbegreppet, både i teori och praktik.

Syftet med detta avsnitt är därför att undersöka *den straffrättsliga prövningen av våldtäkt i ljuset av bevisfrågorna*, närmare bestämt att studera vilken inverkan bevisfrågorna har, i vid mening, vid den straffrättsliga prövningen i våldtäktsmål från högsta domstolen.⁷⁴²

738. Se även om en undersökning av bevisvärderingen i sexualbrottsmål, gjord av 1998 års sexualbrottskommitté, SOU 2001:14 bil. 2, s. 617 ff. samt Sutorius/Kaldal (2003), s. 115-141.

739. Här avses brott mot vuxna över 15 år, se avsnitt 1.2.

740. De fall som endast berör påföljdsfrågor eller där målet av annan anledning inte prövats i sak behandlas alltså inte här.

741. Se vidare avsnitt 3.4.1 i kapitel 3.

742. De fall som behandlas är NJA 1967 s. 637, NJA 1980 s. 725, NJA 1981 s. 253, NJA 1986 s. 127, NJA 1986 s. 414, NJA 1988 s. 40, NJA 1991 s. 83, NJA 1996 s. 176 och NJA 1997 s. 538. Av hänsyn till de inblandade utelämnas namn på parter, vittnen, platser och motsvarande i texten nedan.

Eftersom *relationen mellan parterna i våldtäktsmål* historiskt och traditionellt inverkat på såväl kriminalisering och brottsrubriceringar som uppsåts- och påföljdsbedömning, delas fallen nedan in utifrån vilken *relation* parterna hade till varandra. Först tar jag upp den dom i vilket övergreppet kan beskrivas som ett *överfall*, det vill säga där parterna inte alls kände varandra och händelsen liknar en överfallssituation. I avsnittet därefter behandlas de fall i vilka parterna på något sätt var *bekanta*. Här inkluderas händelser där parterna endast träffat varandra tidigare under den aktuella kvällen eller motsvarande. Avslutningsvis går jag igenom de fall där parterna vid det aktuella tillfället hade en (sexuell) *relation* sedan en längre tid, alternativt tidigare hade haft en sådan relation.

2.5.4.2 Överfall

Introduktion

Denna typ av våldtäkt brukar beskrivas som överfallsvåldtäkt och har också i anglosaxisk litteratur benämnts "real rape".⁷⁴³ Den motsvarar också föreställningen om vad våldtäkt verkligen "är" och utmärks av att tydligt *tvång* genom att *våld* eller *hot* använts, att offret tvingats till *samlag* samt att de inblandade parterna *inte känt varandra* innan övergreppet ägde rum. I enlighet med föreställningen sker en sådan våldtäkt slutligen *utomhus* och ofta nattetid. Endast en av de undersökta domarna kan räknas hit.

NJA 1986 s. 414

Fallet gällde åtal för våldtäkt, som påstods ha skett utomhus nattetid vid en parkeringsplats, enligt följande gärningsbeskrivning:

"[Den tilltalade] har [...] med våld tvingat [målsäganden] till samlag och därmed jämförligt sexuellt umgänge. Sålunda har [han] bakifrån rusat på [målsäganden] och knuffat omkull henne så att hon fallit framlänges. Därefter har [den tilltalade] med våld tryckt ner henne mot marken, dragit ner hennes benkläder och med sin manslem trängt in i hennes slida. Sedan [den tilltalade] avbrutit samlaget och tvingat [målsä-

743. Estrich (1987). Estrichs kritiska arbete tar upp vad som typiskt och traditionellt ansetts vara våldtäkt.

ganden] att gå till [...], har han där utanför med ett kraftigt grepp hållit fast henne, ånyo dragit ner hennes benkläder och stuckit in ett par fingrar i hennes slida. [Den tilltalade] har därefter med ett kraftigt grepp om målsäganden tryckt ned hennes huvud och tvingat henne att suga på hans manslem. Då den [tilltalade] efter en stund avbrutit förfarandet har han sagt till [målsäganden]: "Nu skall jag knulla dig", varefter han under knuffar och hotfullt uppträdande tvingar henne att gå framför honom till i närheten av [], där hon fått syn på en person och ropat på hjälp, varvid [den tilltalade] sprungit från platsen. [Målsäganden] har under det beskrivna skeendet på grund av [den tilltalades] våldsamt och hotfulla beteende känt sådan rädsla att hon inte vågat göra motstånd eller ropa på hjälp."⁷⁴⁴

Den tilltalade bestred ansvar för våldtäkt men medgav att han använt lindrigt våld vid parkeringsplatsen samt att han kommit i kontakt med målsägandens "bara ända" med sin penis samt att hon onanerat åt honom. Förutom parternas berättelser förekom i utredningen även en karta över platsen.

Målsäganden berättade i överensstämmelse med gärningsbeskrivningen. Hon påtalade också att den tilltalade tryckt ned hennes ansikte i snön och sagt åt henne att hålla käften flera gånger. När hon förstod hans avsikt hade hon försökt tala honom tillrätta och skrämma honom för följderna, vilket inte hade hjälpt. Hon gjorde det motstånd hon kunde och knep ihop benen men hans penis trängde in någon centimeter i hennes slida. Därefter förde han sina fingrar fram och tillbaks i hennes slida medan han höll fast henne bakifrån med sin vänstra arm, varpå han tvingade ned hennes huvud mot hans penis och tvingade henne att suga på den.

Under kvällen hade den tilltalade druckit nio burkar starköl och fyra burkar folköl och påstod att han stod och kastade vatten i en gångtunnel när han fick se målsäganden passera. Han fick då idén att rycka hennes väska. Men när han hunnit ikapp henne, med penisen utanför byxorna, och dragit omkull henne bakifrån så att hennes byxor gled ned en bit, kom han på andra tankar. Möjligen kan penisen ha berört målsägandens könsorgan när han låg på henne med blottad penis men han försökte inte tränga in i henne. För att inte målsäganden skulle skrika tryckte han ned

744. NJA 1986 s. 414, s. 414. I fallet förekom även åtalspunkter avseende andra brott men dessa tas inte upp här.

hennes huvud varefter hon sög lite på hans penis och onanerade åt honom, hon trodde väl att hon var tvungen till det.

Tingsrätten (TR) ansåg att det inte fanns anledning att ifrågasätta målsägandens berättelse och fann åtalet styrkt genom hennes uppgifter. Den tilltalade dömdes för våldtäkt, som med hänsyn till våldets art och omständigheterna i övrigt ansågs vara mindre allvarlig enligt BrB 6:1 andra stycket.⁷⁴⁵

I sitt överklagande yrkade målsäganden att den tilltalade skulle dömas för våldtäkt av normalgraden enligt första stycket. Den tilltalade bestred ändring och *hovrätten* (HovR) ansåg på samma sätt som tingsrätten att den tilltalade skulle dömas för våldtäkt. Vid bedömningen av brottets svårighetsgrad utgick hovrätten från den tilltalades uppgifter, som inte var vederlagda. Trots att målsäganden utsatts för en allvarlig integritetskränkning menade domstolen att det med hänsyn till våldets art och omständigheterna i övrigt, inte fanns anledning att frångå tingsrättens bedömning. Även hovrätten bedömde således våldtäkten som mindre allvarlig enligt BrB 6:1 andra stycket.

Målsäganden överklagade domen och yrkade även här att den tilltalade skulle dömas för våldtäkt av normalgraden enligt BrB 6:1 första stycket. Den tilltalade bestred ändring och liksom TR:en och HovR:en ansåg HD det vara styrkt att den tilltalade förövat våldtäkt mot målsäganden. HD beaktade följande vid bedömningen av våldtäktens allvarlighetsgrad.

Under den första fasen av händelseförloppet sprang den tilltalade på en enslig plats ifatt målsäganden och knuffade omkull henne bakifrån så att hon föll framlänges, tryckte ned hennes huvud mot marken, drog ner hennes mamelucker och strumpbyxor, blottade hennes underliv och förde sin penis så att den kom i beröring med hennes slida under det att hon gjorde motstånd genom att pressa ihop benen. Detta första skede menade HD innefattade ett brutalt överfall trots de helt obetydliga skadorna. Målsäganden befann sig vid tillfället på en enslig plats en vinternatt, helt utlämnad åt en främmande man, vars uppträdande måste ha utgjort ett hot som för henne framstod som trängande fara. Denna allvarliga integritetskränkning och omständigheterna i övrigt gjorde att våldtäkten inte ens i detta första skede kunde anses vara mindre allvarlig. Efter den första fasen knuffade den tilltalade målsäganden framåt och drog däref-

745. A.a., s. 415.

ter ned hennes benkläder samt förde under fem minuter sina fingrar fram och tillbaks i målsägandens slida, varefter han förde henne till en trappa och med tvång förmådde henne att suga på hans penis. Slutskedet styrktes genom målsägandens berättelse som HD ansåg vara klar och utförlig. Det fanns ingen anledning att ifrågasätta dess riktighet. Dessa ytterligare allvarliga integritetskränkningar som målsäganden utsattes för i slutskedet samt det utdragna händelseförloppet var försvarande och gjorde att gärningarna skulle bedömas som våldtäkt av normalgraden, enligt BrB 6:1 första stycket.

Kommentar

Den nu refererade våldtäkten utfördes som framkommit utomhus nattetid av en främmande man mot en kvinna. I dessa avseenden motsvarar händelsen föreställningen om vad våldtäkt verkligen är. Det våld som användes var trots att det inte var särskilt grovt helt tillräckligt för vad som krävs för våldtäkt och sexualhandlingarna tveklöst att anse som samlag respektive sexuellt umgänge som är jämförligt med samlag.⁷⁴⁶ Den bevisning som förekom i målet var i huvudsak parternas berättelser. Trots att händelsen således var en typisk ”ord mot ord”-situation var själva bevisprövningen eller trovärdighetsbedömningen inte särskilt utförlig.⁷⁴⁷

Snarare betraktades det underförstått som självklart att målsägandens berättelse var trovärdig, både i tingsrätten och hovrätten.⁷⁴⁸ HD var delvis något mer utförlig och angav som skäl för målsägandens trovärdighet att hennes berättelse var *klar och utförlig*.⁷⁴⁹ Sammanfattningsvis gällde huvudfrågan här att bedöma om våldtäkten skulle anses vara mindre allvarlig eller utgöra en våldtäkt av normalgraden. HD menade att gärningen på grund av den allvarliga *integritetskränkningen*, det *utdragna* händelseförloppet samt omständigheterna i *övrigt* inte kunde vara fråga om en mindre allvarlig våldtäkt.

746. En så kallad kvalificerad tvångsbedömning, se avsnitt 3.4.1, eller motsvarande bedömning avseende sexualhandlingen gjordes således inte här.

747. Jämför denna med motsvarande bedömning i fallet NJA 1991 s. 83 nedan.

748. NJA 1986 s. 414, s. 415. TR:en menade att "[a]nledning saknas att ifrågasätta [målsägandens] berättelse. Genom vad hon uppgett finner TR:n således styrkt att [den tilltalade] våldfört sig på henne på sätt åklagaren påstått." HovR:en hänvisar till tingsrätten, a.a., s. 416.

749. A.a., s. 417.

2.5.4.3 Bekantskap

Introduktion

Här behandlas de fall där parterna antingen träffats tidigare eller i samband med den aktuella händelsen. Parterna var således bekanta på något sätt men hade inte tidigare haft någon sexuell relation.

NJA 1967 s. 637

Här var det fråga om en händelse som utspelade sig i en bil. Enligt målsäganden hade hon och den tilltalade träffats tidigare, något den tilltalade förnekade. Målsäganden och hennes väninna följde med den tilltalade och hans kamrater i bilen efter att de träffat dem vid ett busstorg och blivit tillfrågade om de ville följa med. Den tilltalade åtalades för våldtäkt alternativt våldförande eller frihetskränkande otukt⁷⁵⁰ enligt följande gärningsbeskrivning:

”I sin personbil, vilken vid ett tillfälle under natten [...] stod parkerad [...] i närheten av den allmänna vägen [...], tvingade [den tilltalade] genom att använda våld [målsäganden], som medföljde såsom passagerare i bilen, till samlag. Före samlaget förde [den tilltalade], likaledes under användande av tvång, under en icke obetydlig stund ett finger fram och åter i hennes slida. Vid utövandet av våldet tvingade [den tilltalade] ned [målsäganden] i bilens baksäte, fattade tag om hennes armar och hindrade hennes rörelsefrihet, varigenom han bröt hennes motstånd.”⁷⁵¹

Den tilltalade förnekade våldtäkt och uppgav att han inte hade sin penis i målsägandens könsorgan men medgav att han haft ett finger där. Förutom parternas berättelser fanns två vittnen som delvis närvarat vid händelsen och ett vittne rörande målsägandens reaktion efteråt samt två olika läkarintyg rörande målsägandens sprickbildningar i könsorganet, övriga skador och bristande förekomst av sperma.

Målsäganden berättade: I början av bilturen satt de fyra i framsätet och tre i baksätet. Sedan de tre ynglingarna i baksätet efter en stunds bilfärd lämnat bilen, flyttade hon och den tilltalade bak. Han försökte då ”kladda” på henne men slutade sedan hon sagt åt honom. När hon lutade sig mot bakrutan för att sova började han åter göra närmanden och

750. Denna brottsbenämning motsvarar i stort nuvarande sexuell utnyttjande.

751. NJA 1967 s. 637, s. 637.

drog ned henne i baksätet efter det att bilen stannat. Hon fick därefter den tilltalade att gå med på att gå ut ur bilen och prata. Målsäganden förklarade där att hon hade en pojkvän och därför inte var intresserad av att ligga med den tilltalade, vilket han förstod. Plötsligt for hon upp på bakluckan och han började göra närmanden igen. Efter att målsäganden åter bett den tilltalade att sluta och hon lyckats ta sig ner från bagageluckan, lovade den tilltalade att låta bli henne. Väl inne i bilen igen, drog den tilltalade hastigt ned målsäganden i baksätet, vände henne på ryggen och låste hennes armar. Målsäganden hade ena armen under sig och den andra utefter hennes sida, nedtryckt av den tilltalade, som åter börjat göra närmanden. Han trevade på henne och drog ned hennes långbyxor till hälften medan hon bad honom sluta och gjorde det motstånd hon kunde. Därefter förde han in sina fingrar, hon vet ej hur många, i hennes slida i cirka fem eller sju minuter. Detta gjorde ont och han var mycket hårdhänt – hon blev hysterisk och började skrika – men hon vet inte om skadorna i slidan orsakades av detta. För att inte slå huvudet i bakkörren fick hon hålla fast sig. Den tilltalade uppmanade henne att ligga stilla, så att han kunde ligga med henne, varpå hon blev hysterisk igen. När han fått av henne långbyxorna kände hon hans penis mot sig och att han förde in sin penis i slidan och började göra samlagsrörelser. Målsäganden sade åter till honom att sluta och försökte även stöta bort honom genom att ta tag mot hans bröst med händerna men han slutade inte förrän efter ungefär fem minuter, i samma ögonblick som hennes väninna och chauffören kom in i bilen. När de tidigare lämnat bilen hade hon trott att de skulle hämta hjälp och hon hade skrikit och svurit så högt hon kunde under tiden de var borta.

Den tilltalade uppgav å sin sida: Under kvällen drack han sammanlagt omkring 25 cl vodka men kände sig inte påverkad. Sedan målsäganden lagt sig ned i baksätet då bilen stannat, började han smeka hennes bröst. Hon avvisade honom men gjorde inte något motstånd och det förekom inte några våldsamheter. När han drog ner målsägandens byxor och började smeka hennes könsorgan började hon gråta. Därefter gick de ut för att prata men han gjorde då inte några närmanden och minns inte att hon nämnde något om en pojkvän. Efter det att han lovat att inte göra några fler närmanden, gick de tillbaka in i bilen. Målsäganden lade sig på rygg i baksätet, sedan han uppmanat henne därtill men han höll aldrig fast hennes armar och märkte inte att hon försökte öppna dörren men väl att hon grät, men förstod inte anledningen till detta. Efter det att

kamraterna lämnat bilen knäppte han upp målsägandens långbyxor, drog ner dem till knäna, förde därefter in sin hand under trosorna och vidrörde hennes könsorgan. Därefter förde han in ett finger en halv decimeter i hennes slida och drog fram och tillbaks samt låg ovan på henne och gjorde samlagsrörelser. Eftersom han inte fick erektion tog han inte fram sin penis men drog däremot ner gylfen. Sedan målsäganden börjat gråta höll han på några minuter. Hon grät och skrek högt men inte så mycket hon orkade. Målsäganden måste ha trott att de hade samlag när han hade sitt finger i hennes könsorgan och hennes skador kan ha uppkommit då. Han är säker på att han inte fick utlösning.

Häradsrätten ansåg det genom målsägandens berättelse, som vann stöd av de tre vittnenas berättelser⁷⁵² och övriga omständigheter, vara styrkt att den tilltalade genom utövande av våld å målsäganden tilltvingat sig samlag med henne. Med hänsyn till den tilltalades råhet under händelseförloppet bedömdes gärningen som våldtäkt. Domen överklagades av den tilltalade som yrkade att åtalet för våldtäkt skulle ogillas.

HovR:ens majoritet fastställde häradsrättens dom.⁷⁵³ Den tilltalade överklagade och yrkade i första hand frikännande från ansvar och i andra hand att han skulle dömas för våldförande eller frihetskränkande otukt.

Liksom underinstanserna fann *HD* det vara styrkt att den tilltalade genom våld å målsäganden tilltvingat sig samlag med henne. Vid avgörandet av brottets svårighetsgrad tog domstolen först hänsyn till att bilfärden företogs under sådana förhållanden som till en början kunde ge den tilltalade "den uppfattningen att [målsäganden] ej hade något emot att inlåta sig på ett intimare umgänge med honom"⁷⁵⁴ och att hon "omedelbart godtog [den tilltalades] förslag att följa med i bilen trots att det måste ha stått klart för henne att det var fråga om en så kallad raggarfärd."⁷⁵⁵ Vidare påpekade domstolen att hon "helt lamt avvisade"⁷⁵⁶ vissa närmanden från den tilltalade i framsätet och därefter satte sig frivilligt tillsammans med honom i baksätet. Dessutom hade målsäganden till-

752. Två av vittnena kunde intyga att de hört och delvis sett vad som försiggått i bilen och det tredje vittnet hade uppgifter om hur målsäganden berättade om händelsen.

753. Hovrättsrådet Blomdahl var skiljaktig. Han ansåg att gärningen istället skulle bedömas som våldförande, se vidare NJA 1967 s. 637, s. 643.

754. A.a., s. 644.

755. NJA 1967 s. 637, s. 644. Jämför NJA 1997 s. 538, s. 559.

756. NJA 1967 s. 637, s. 644.

sammans med de övriga tre i bilen bestämt att titta på motortävlingar följande dag. Samtliga nu nämnda omständigheter tillsammans med övriga, särskilt att det tvång som den tilltalade utövade inte innefattade hot eller misshandel, gjorde att domstolen ansåg att gärningen skulle utgöra våldförande, det vill säga den mindre allvarliga formen av våldtäkt.⁷⁵⁷

Kommentar

Enligt HD:s domskäl var inte heller i detta fall värderingen av målsägandens trovärdighet avgörande.⁷⁵⁸ I domstolens ögon tycktes det vara självklart att målsägandens berättelse var trovärdig. Förutom målsägandens berättelse fanns utsagor från två olika vittnen som delvis närvarat vid övergreppet samt även läkarintyg avseende skador som inte motsade målsägandens berättelse. Men som nämnts var inte sakfrågan det väsentliga här. I fokus för domstolens bedömning stod istället frågan om det aktuella brottet skulle rubriceras som våldtäkt eller våldförande. Förutom att det utövade tvånget inte innehöll vare sig hot eller misshandel tog domstolen som visats stor hänsyn till att målsäganden följt med i bilen utan att tveka och inte tillräckligt starkt avvisat den tilltalades närmanden. Enligt detta resonemang borde målsäganden haft att räkna med sexuell samvaro när hon följde med i bilen och detta faktum skall uppenbarligen tolkas som att hon var positivt inställd till att ha sexuell umgänge med den tilltalade. Att målsäganden därtill inte tillräckligt tydligt avböjde den tilltalades närmanden lades henne också till last. Sammanfattningsvis var å ena sidan den tilltalades (brist på) utövande av tvång och å andra sidan målsägandens beteende de faktorer som vägde tyngst vid domstolens bedömning av gärningens rubricering.⁷⁵⁹

NJA 1980 s. 725

Bakgrunden till detta rättsfall var följande: Eva och Karin,⁷⁶⁰ båda 15 år gamla, var ute en kväll "på sta'n". Två män, Mikael och Stefan, kom åkande i en bil. Flickorna började samtala med männen och åkte sedan

757. A.a., s. 644. Justitierådet Fredlund var skiljaktig och ansåg att gärningen skulle bedömas som våldtäkt, se vidare a.a., s. 644-645.

758. Se vidare nedan under "Sammanfattande kommentarer".

759. Enligt den lagtext som gällde vid tiden för brottet, skulle en gärning bedömas som våldförande om denna med "hänsyn till kvinnans förhållande till mannen eller eljest" var att anse som mindre grov.

med i bilen. Till en början påstod Eva och Karin att de tvingats in i bilen. De ändrade senare sina uppgifter och sade att de fått lift och följt med för att hämta cigaretter i en lägenhet som tillhörde en av männen.

Enligt flickorna hade de tvingats att röka hasch i lägenheten, varefter de våldtogs i en 120 cm bred säng, där de lagt sig att sova tillsammans med männen. Varken Eva eller Karin hade lagt märke till vad som hänt den andra. Mikael förnekade helt samlag med Eva medan Stefan medgav att han haft samlag med Karin men att detta varit "frivilligt".

Våldtäkten som Stefan påstods ha utfört diskuteras här först. Stefans inställning till det åtalade brottet var att han inte använt tvång, utan att Karin hade samtyckt till det sexuella umgänget. Karin å sin sida hävdade att Stefan hade använt våld och att han hotat att döda henne. Hon sade också att Stefan hade tryckt isär hennes ben med ett av sina egna. Stefan förnekade varje form av våld och hot. Karin beskrev händelsen som våld genom slag och fasthållande medan Stefan ansåg detta vara "samlagsrörelser".⁷⁶¹ De yttre ramarna för Karins och Stefans berättelser var desamma men de uppfattade och beskrev händelsen på helt olika sätt.

Karins utsaga blev den avgörande bevisningen. Både *TR:en* och *HovR:en* ansåg henne vara trovärdig och fällde Stefan för våldtäkt. I *HD* ändrade dock Karin sin berättelse och lämnade mindre utförliga uppgifter. Hon sade att hon inte kom ihåg så mycket från övergreppet, men hon var säker på att hon inte ville ha samlag. Hon mindes också att hon gjorde motstånd, men kunde inte ge några detaljer eller avgöra om Stefan insett att hon inte samtyckte.

HD fann inte hennes utsaga trovärdig, därför att hon hade ändrat sina uppgifter, och friade den tilltalade. Enligt domstolen hade hon också haft anledning att ljuga för sin familj och pojkvän om hela händelsen, som en förklaring till var hon hade varit på natten.⁷⁶²

I detta fall åtalades som nämnts även Mikael för våldtäkt på Eva. Han påstods ha tagit strupgrepp på henne och med våld särat hennes ben.

760. Eftersom flera tilltalade och målsägande förekom i detta fall använder jag här av pedagogiska skäl fingerade namn på de inblandade parterna. I fallet förekom även ett åtal mot Mikael avseende ett annat tillfälle och en annan målsägande. I denna del fälldes Mikael, främst beroende på målsägandens utsaga som domstolen bedömde som trovärdig. Detta åtal tas inte upp här.

761. NJA 1980 s. 725, s. 727.

762. Domstolens resonemang grundar sig i en patriarkal logik: att kvinnor inte får vara ute på natten för sina fäder eller pojkvänner. Enligt rätten påstod Karin att hon blivit våldtagen, eftersom hon trotsat denna norm.

Därtill hade han hotat henne till livet samt hållit sin knutna hand framför hennes ansikte. Mikael förnekade åtalet och invände att han inte var intresserad av intimt umgänge med Eva. Domstolen bedömde denna invändning som osannolik och utgick i sin bedömning istället ifrån möjligheten att parterna haft samlag i "frivillig" mening:

Man måste räkna med möjligheten att [Eva] frivilligt haft samlag med [Mikael] eller haft sådant samlag utan att göra fullt klart för [Mikael] att det skedde mot hennes vilja men att Mikael ändå ansett det säkrast att inte säga sanningen utan hos polisen och i målet enständigt förneka att han inlätit sig på någon sexuell kontakt med [Eva].⁷⁶³

Citatet visar att domstolen använde det "frivilliga" samlaget som ett självklart alternativ till den påstådda våldtäkten vid värderingen av målsägandens trovärdighet. Det innebär att domstolen utgick från en hypotes om samtycke, det vill säga från möjligheten att målsäganden samtyckt till händelsen.⁷⁶⁴ Hypotesen innebar att det istället för våldtäkt hade förekommit "frivilligt samlag", eller samlag där målsäganden inte hade visat sin ovillighet att delta i handlingen. Domstolen förutsatte därmed att samtycke kunde ha varit för handen, utan att den tilltalade själv påstått detta. Samtycke, eller icke-samtycke, behandlades som om det var en självklar del av våldtäktsdefinitionen.

I detta fall var det enligt domstolen rimligt att tro att parterna hade haft ömsesidigt samlag. Den antog vidare att Mikael, som tidigare hade varit dömd för sexualbrott, var rädd för att domstolen inte skulle tro honom, om han hade erkänt att han haft sex med Eva. Hans rädsla var enligt detta resonemang en förklaring till att han förnekade åtalet. Således friades Mikael delvis på grund av att han hade begått sexualbrott tidigare.

Kommentar

Här ställdes frågan om beviskravet i brottmål på sin spets och högsta domstolen använde för första gången formuleringen "utom rimligt tvivel".⁷⁶⁵ Bevisfrågorna kom därför i direkt mening att inverka på den straffrättsliga bedömningen. Beträffande åtalet mot Stefan ansågs ett

763. NJA 1980 s. 725, s. 737.

764. Detta utvecklar jag i Andersson (2001a) och Andersson (2001b).

765. NJA 1980 s. 725, s. 739. Se vidare Diesen (1994), s. 74 ff. samt avsnitt 2.5.3 ovan.

rimligt tvivel föreligga eftersom Karin inte längre ansågs trovärdig, då hon ändrade sina uppgifter och inte kunde specificera sitt motstånd. Avseende åtalet mot Mikael fanns enligt domstolen utrymme för att bedöma händelsen som ett frivilligt samlag. Detta grundar sig dels på att offrets samtycke presumerades samtidigt som det var osannolikt att han inte var intresserad av sexuellt umgänge med målsäganden. Dessa tolkningar synliggör den heteronormativa synen på sexualitet som jag talat om i inledningen och som jag återkommer till i det avslutande kapitlet.

NJA 1981 s. 253

Den tilltalade anklagades här för att ha tvingat till sig samlag med målsäganden genom våld. Åtalet förnekades av den tilltalade, som i första hand påstod att målsäganden frivilligt haft sex med honom samtidigt som han på grund av alkoholförtäring inte helt kunde minnas vad som förekom under kvällen och natten. I andra hand gjorde han gällande att gärningen skulle bedömas som våldförande om det ansågs styrkt att han begått den.

Liksom i ett av de ovan refererade fallen gällde detta en påstådd våldtäkt i en bil. Målsäganden åkte först med i bilen, som ägdes av den tilltalade, tillsammans med sin pojkvän och en man som körde bilen. Sedan de lämnat av pojkvännen och hämtat den tilltalade, som hon känt ungefär ett halvår, samt ytterligare två män och därefter stannat till vid en parkering, satt målsäganden med den tilltalade i baksätet och de övriga i framsätet. Enligt målsäganden var de övriga berusade – dock inte mannen som körde bilen – medan hon själv endast var lätt påverkad av alkohol. Målsäganden berättade dessutom följande: Under färden sa den tilltalade att han ville slicka henne och ligga med henne. Hon sa nej, försökte prata honom tillrätta och föreslog att de i så fall skulle gå ut ur bilen eftersom hon räknade med att kunna springa från platsen – den tilltalade skulle inte kunna hindra henne på grund av sin berusning. När hon försökte öppna den vänstra framdörren efter det att hon påstått sig behöva kräkas, förhindrade den tilltalade detta. Han ryckte därefter i målsägandens kläder, hade sönder en tröja och slet av henne byxorna när hon höll emot samt gav henne ett slag i ansiktet. Hon vet inte om slaget var med öppen eller knuten hand men trots att det inte var särskilt hårt blev hon jätterädd och hon skrek åt honom att sluta vilket han inte brydde sig om. För att trosorna skulle vara hela när hon senare skulle springa

från bilen, tog hon själv av sig dem och stoppade dem i jackfickan. Sedan han tagit av sig sina egna byxor till hälften lade han sig över henne och hade sin penis i hennes slida, åtminstone ett litet tag, men hon vet inte om han fick utlösning. Efter det att han satt sig upp i baksätet sa hon åter att hon mådde illa och måste ut ur bilen, vilket hon lyckades med. Hon sprang från platsen till ett hus där hon fick hjälp med att ringa polisen.

Mannen som körde bilen berättade i överensstämmelse med målsägandens berättelse.

Den tilltalade berättade: Han började först på skoj att rycka i målsägandens kläder och sa även att han ville slicka hennes fitta. När målsäganden avböjde hans närmanden blev han påhejad av kamraterna att fortsätta vilket fick till följd att han gick till överdrift mot målsäganden och slet sönder hennes tröja. Målsäganden gjorde då motstånd och försökte stöta bort honom varpå han gav henne en örfil och frågade varför han inte dög. Hon kan också ha försökt ta sig ur bilen och det är möjligt att han förhindrade detta. Därefter upphörde målsägandens motstånd och hon hjälpte själv till att ta av sina jeans och trosor. Sedan han knäppt upp sina byxor lade han sig över målsäganden, som var varm och blöt i skrevet – han trodde därför att hon var tänd på honom. Han försökte föra in sin penis i målsägandens slida men det gick dåligt och han gav upp. När han satt sig upp sade målsäganden att hon mådde illa och sprang från platsen.

TR:en ansåg att det genom målsägandens berättelse, vittnets uppgifter samt övriga omständigheter var styrkt att den tilltalade genom att ha utövat våld på målsäganden, tilltvingat sig samlag med henne. Vid bedömningen av brottets svårhetsgrad beaktade domstolen att målsäganden ”redan från början”⁷⁶⁶ gjort klart för den tilltalade att hon ”icke ville inlåta sig på ett intimare umgänge med honom”⁷⁶⁷ samt att gärningen innefattade misshandel. Även om misshandeln var av lindrig art skulle gärningen bedömas som våldtäkt.

I *HovR:en* yrkade den tilltalade att åtalet skulle ogillas samt i andra hand att gärningen skulle bedömas som våldförande. I *HovR:en* förekom samma utredning samt ytterligare ett vittne, åberopat av den tilltalade. *HovR:en* fann dock inte anledning att komma fram till en annan bedömning än *TR:en* och fastställde *TR:ens* dom.⁷⁶⁸

766. NJA 1981 s. 253, s. 256.

767. A.a., s. 256.

I HD yrkade den tilltalade att gärningen skulle bedömas som frihetskränkande otukt eller våldförande. Utredningen i HD var densamma som tidigare. Även vad målsäganden berättade i HD överensstämde med vad hon sagt tidigare. Angående detaljerna kring det sexuella umgänget var målsäganden i HD säker på att den tilltalades penis berört hennes könsdelar men kunde inte med säkerhet ange om det var hans penis eller något eller några fingrar som var inne i hennes slida: ”någonting var inne men jag vet inte vad”.⁷⁶⁹ Den tilltalade uppgav som tidigare att han med hjälp av ena handens fingrar försökte föra in sin penis i målsägandens slida men att han misslyckades på grund av bristande erektion och därför gav upp. Han tillade också att han höll om penisen med ena handen på ett sådant sätt att den inte berörde målsägandens könsorgan. Sistnämnda uppgift beaktade dock inte HD då den bedömdes osannolik i sig⁷⁷⁰ och stred mot vad målsäganden uppgett i samtliga instanser samt mot vad den tilltalade uppgett tidigare. HD ansåg att det var visat att den tilltalade med våld tvingat målsäganden till samlag. Vid bedömningen av brottets svårhetsgrad tog domstolen hänsyn till att den tilltalades penis inte med säkerhet förts in i målsägandens slida samt att det sexuella umgänget varit kortvarigt, även om dessa omständigheter inte ansågs utslagsgivande. Varken de omständigheter ”under vilka [målsäganden] kom att delta i bilfärden”⁷⁷¹ eller hennes övriga beteende kan dock ha gett den tilltalade uppfattningen att ”hon var villig att inlåta sig på något intimare umgänge med honom”⁷⁷² eftersom hon satte sig till motvärn och försökte komma ut ur bilen. Med hänsyn till detta och till att den tilltalade slet sönder hennes tröja och utövade misshandel genom en örfil ansåg domstolen att gärningen utgjorde en så allvarlig kränkning av målsägandens integritet att brottet skulle bedömas som våldtäkt.

Kommentar

Inte heller i detta fall gällde huvudfrågan bevisningen. Domstolen gick inte in på en trovärdighetsbedömning av målsäganden, utan det tycktes

768. Hovrättslagmannen Glück var skiljaktig och ville döma för våldförande, se vidare a.a., s. 257.

769. A.a., s. 258.

770. Jämför detta med fallet NJA 1980 s. 725 där den tilltalades invändning om samlagsrörelser i det fallet vägdes in i bedömningen.

771. NJA 1981 s. 253, s. 259.

772. A.a., s. 259 f.

underförstått att hennes uppgifter förtjänade tilltro. Vid bedömningen av brottets svårhetsgrad togs viss hänsyn till om penetration förekommit samt hur långvarigt det sexuella umgänget varit. Men avgörande var uppenbarligen att målsäganden visat ovilja och motstånd, samt att den tilltalade använt misshandel vid utövande av tvånget.

NJA 1988 s. 40

I detta fall hade den tilltalade enligt åtalet tvingat målsäganden till samlag genom att hålla fast henne och med sin kropp hindra henne från att komma loss. Den tilltalade skulle massera målsäganden, som var stel efter ett träningspass i hans träningsinstitut. Själv förnekade han våldtäkt och hävdade att han inte vistats i solariet där våldtäkten påstods ha ägt rum.⁷⁷³

I utredningen förekom parternas uppgifter samt tre vittnen, nämligen målsägandens sambo och kusin, som båda vittnade om målsägandens reaktioner efter övergreppet, samt den tilltalades sambo som bland annat vittnade om den tilltalades ryggproblem.

Målsäganden berättade: Hon hade tränat i den tilltalades träningsinstitut och efter träningspasset erbjöd han henne massage i ett solarium. När hon under massagen låg i ryggläge masserade han henne på bröstet och ner över magen mot underlivet, varpå han kom med handen i grenen. Detta tyckte hon var egendomligt men tänkte att det var en ofrivillig handrörelse. Den tilltalade drog därefter av hennes tvådelade gymnastikdräkt, från midjan och uppåt, samtidigt som han lyfte upp hennes huvud med ena handen, kysste henne häftigt, sade att hon var hans drömflicka och att han ville bli hennes pojkvän. Sedan drog han av henne kläderna helt så de samlades vid anklarna och hävde sig från knästående ställning över henne, så att hon inte kunde komma loss då hon kämpade emot. Hon hade från början gjort klart för honom att hon inte ville ha samlag och gjorde även under samlaget rörelser med underkroppen för att slippa ifrån. Däremot skrek hon inte eftersom hon inte visste vad som då kunde hända och upplevde situationen som pinsam. Den tilltalade uttalade inget hot men talade oavbrutet och hon uppfattade hela hans beteende som hotfullt. Han hade inte full erektion men fick utlösning i hennes slida. När samlaget var över lämnades hon ensam i

773. I detta fall förekom även två åtalpunkter avseende sexuellt ofredande mot två ytterligare målsäganden men dessa delar av målet behandlas inte här.

rummet, varefter hon duschade, klädde om och samtalade en kort stund med den tilltalade innan hon lämnade institutet. När hon kommit hem ringde hon sin fästman och kusin för att berätta om händelsen, som hon polisanmälde nästa dag när hon fick höra om en annan kvinna som råkat ut för en liknande händelse vid träningsinstitutet.

Den tilltalade, som under förundersökningen sagt att han inte kände till målsägandens namn men under huvudförhandlingen sagt sig känna igen henne till utseendet, uppgav att målsäganden vid det aktuella tillfället tränade på egen hand men att han under träningspasset kontrollerade hennes arbete vid ett tillfälle, samt att hon inte varit inne i solariet efter träningen.

TR:en ogillade åtalet medan *HovR:en* fann den tilltalade skyldig till våldtäkt.⁷⁷⁴ Den tilltalade yrkade i HD i första hand att domstolen skulle ogilla åtalet och, i andra hand, att brottet skulle bedömas som mindre allvarligt.⁷⁷⁵

HD konstaterade först att målsägandens berättelse, som stämde väl överens i de olika instanserna, var lång och mycket detaljrik. Det fanns dock inga undersökningsfynd eller några direkta vittnesiakttagelser som kunde ge stöd åt målsägandens uppgifter, varför dessa måste bedömas med stor försiktighet. Domstolen påpekade vidare att stor vikt måste läggas både vid omständigheter som talar emot utsagan och förhållanden som kunde tyda på att outhärdliga faktorer inverkat på den. Det måste stå utom rimligt tvivel

inte bara att samlag har förekommit vid tillfället utan också att det skett mot [målsägandens] vilja och att [den tilltalade] haft detta klart för sig eller i vart fall räknat med det.⁷⁷⁶

Liksom *TR:en* och en skiljaktig ledamot i *HovR:en* ansåg *HD* att det framför allt var en omständighet som ingav tvekan i bedömningen, nämligen att en våldtäktshandling i det olåsta och dåligt ljudisolerade solariet lätt hade kunnat upptäckas och att den tilltalade, om anklagelsen var riktig, skulle ha riskerat hela sin fortsatta verksamhet vid institutet. Dessutom var det anmärkningsvärt att målsäganden inte på ett tidigt stadium

774. Se vidare *TR:ens* domskäl, *NJA* 1988 s. 40, s. 44-45, och *HovR:ens* dito, a.a., s. 46-47.

775. Beträffande påföljden yrkade den tilltalade att *HD* skulle döma till en icke frihetsberövande sådan eller sätta ned fängelsestraffet.

776. *NJA* 1988 s. 40, s. 49.

kunde rädda sig undan eller hindra övergreppet framför allt genom att ropa på hjälp, utan istället enligt egna uppgifter kunde tala relativt sansat med [den tilltalade] både när han förgrep sig på henne och efteråt innan hon lämnade lokalerna.⁷⁷⁷

Eftersom målsäganden emellertid under mycket pressade förhör kunnat ge ”rimliga och övertygande” förklaringar där hennes uppgifter satts i fråga, ansåg domstolen att innehållet i utsagan och sättet den berättats på inte gjorde att det var möjligt att tvivla på att samlag mellan henne och den tilltalade förekommit. Vid bedömningen av frågan om tvång förekommit anförde domstolen att sexualbrottslagstiftningen bygger på att en kvinnas önskemål om att inte ha samlag ”ovillkorligen skall respekteras i varje situation”:

Det krävs inte ett fysiskt motstånd om kvinnan på annat sätt gör klart att hon motsätter sig mannens önskan eller avsikt.⁷⁷⁸

I det här fallet gjorde målsäganden enligt egna uppgifter det motstånd hon kunde och bad flera gånger den tilltalade att sluta. Målsäganden skildrade också på ett sätt ”som tyder på stark och verklig upplevelse” hur ett chocktillstånd inträtt så snart hon lämnat institutet och dessa uppgifter fanns det stöd för i ett vittnesmål. Målsäganden var i domstolens ögon helt trovärdig och hennes utsaga skulle i alla delar läggas till grund för prövningen, varför åtalet därmed av domstolen ansågs styrkt.

Vid bedömningen av våldtäktens allvarlighetsgrad tog domstolen först upp förarbetenas uttalanden och påpekade att dessa inte innebar att en våldtäkt skulle anses som mindre allvarlig så snart våldet var mindre allvarligt, som i förevarande fall. Vidare framhöll domstolen att ett övergrepp som det förevarande, som skett i en ”patientsituation”, i sig var en anledning till strängare bedömning. Gärningen kunde inte anses mindre straffvärd än ett övergrepp utomhus av en för offret främmande person och integritetskränkningen bestod av fullbordat samlag. Sammantaget var det fråga om en våldtäkt av normalgraden.⁷⁷⁹

777. A.a., s. 49.

778. A.a., s. 49.

779. A.a., s. 50.

Kommentar

Av detta fall framgår hur mycket motstånd som krävs av offret i en våldtäktssituation enligt svensk rätt. Som visats krävs inte ett fysiskt motstånd, men det är kvinnans ansvar⁷⁸⁰ att visa att hon "[...]på annat sätt gör klart att hon motsätter sig mannens önskan eller avsikt."⁷⁸¹ För att händelsen skall betraktas som våldtäkt i rättslig mening, det vill säga att tvång förekommit, måste offret således visa att hon eller han inte samtycker till det aktuella samlaget. Att motståndet på detta sätt fick en central betydelse för utgången i målet illustrerar hur sammanvävda sakfrågorna och rättsfrågorna är vid den rättsliga prövningen i våldtäktsmål. Målsäganden förklarade här varför hon inte ropade på hjälp eller gjorde annat tydligt motstånd och domstolen bedömde hennes förklaring som rimlig. Därtill påstod hon sig vara alltför chockad och generad för att ropa på hjälp och gjorde det motstånd hon kunde. Härav, samt att hennes utsaga i övrigt var trovärdig och hade stöd i kusinens vittnesmål, ansågs våld bevisat och den tilltalade dömdes för våldtäkt. Offrets motstånd, som används i förarbetena vid tolkningen av våldsbegreppet, ansågs här bevisa målsägandens ovilja till samlag och i förlängningen den tilltalades våld. I den rättsliga prövningen används således offrets motstånd både som *bevis* för hennes ovilja, eller icke-samtycke, i förlängningen som bevis för våldet, och vid *tolkningen* av det straffrättsliga kravet på våld. Därtill kommer att utsagan i sig anses trovärdig om tecken på motstånd uttrycks.⁷⁸²

NJA 1996 s. 176

Enligt åtalet i detta fall hade den tilltalade tvingat målsäganden till samlag genom att slita ner henne på golvet från en soffa. Därefter höll han fast hennes händer ovanför hennes huvud med sin ena hand, samtidigt som han höll den andra handen ovanför hennes mun. Slutligen hade han tvingat isär hennes ben med ett av sina egna.⁷⁸³ Den tilltalade förnekade

780. Det är intressant att notera att domstolen i sitt resonemang utgår från att offret är en kvinna och förövaren en man trots att paragrafen vid tiden för domen varit könsneutral under flera år. Detsamma gäller resonemanget i förarbetena till den könsneutralt utformade lagtexten, se till exempel SOU 1982:61, s. 71 f.

781. NJA 1988 s. 40, s. 49.

782. Detta framkommer implicit i flera domar, se exempelvis a.a.

783. Se NJA 1996 s. 176, s. 176 för den fullständiga gärningsbeskrivningen.

anklagelserna och påstod att han vid det aktuella tillfället hade varit i sitt sovrum samtidigt som hans kamrat hade haft sexuellt umgänge med målsäganden i ett annat rum i lägenheten. Målsäganden hävdade att kamraten inte alls befunnit sig i lägenheten. Enligt henne hade alla tre tillsammans lämnat den restaurang där de träffats tidigare på kvällen men kamraten hade gått hem till sig. Kamraten, som bekräftade den tilltalades berättelse, åtalades för skyddande av brottsling i samma mål. *TR:en* och *HovR:en* ansåg att målsägandens utsaga var trovärdig och fann att hon utsatts för en våldtäkt. Förutom parternas berättelser förekom även vittnen, rättsintyg och rättsmedicinskt protokoll samt brottsplatsundersökning, kriminalteknisk undersökning och fotografier. Tingsrätten fällde den tilltalade för våldtäkt (samt kamraten för skyddande av brottsling) och domen fastställdes av hovrätten.⁷⁸⁴

I *HD* gjordes en mer ingående analys av ett DNA-test av spermafläckar från ett täcke som legat på madrassen där det påstådda övergreppet ägt rum.⁷⁸⁵ Sperma-analysen hade inte ansetts vara av direkt intresse i de lägre instanserna men nu visade den nya DNA-analysen att det fanns nio spermafläckar på täcket, med DNA från både kamraten och målsäganden. Därtill fanns sex spermafläckar som innehöll DNA från den tilltalade, men det "lämnades öppet" huruvida dessa fläckar också hade DNA från målsäganden. Den nya DNA-analysen visade sig bli avgörande för målets utgång. *HD* friade nämligen den tilltalade med motiveringen att målsägandens uppgifter var svårörenliga med DNA-analysen.⁷⁸⁶ Någon utförligare diskussion fördes inte.

Med stöd av DNA-analysen ansåg sig domstolen kunna sätta tilltro till den tilltalades och kamratens berättelser, vilka de lägre domstolarna inte hade fäst något avseende vid.⁷⁸⁷ På så sätt avgjorde DNA-analysen målets utgång och ledde till att högsta domstolen inte lade målsägandens utsaga till grund för domen – istället blev de identifierade spermafläckarna utslagsgivande utan vidare argumentation.

784. A.a., s. 176, s. 186-189 samt s. 190-192. I *HovR:en* förekom även utlåtande från Statens kriminaltekniska laboratorium (SKL) avseende spermafläckar från det täcke som låg på madrassen där övergreppet påstods ha ägt rum samt förhör med biologen Anne Kihlgren som utfört undersökningen av täcket.

785. Nya vittnesförhör återopades också med en polisinspektör respektive en biolog.

786. *NJA* 1996 s. 176, s. 193.

787. A.a., s. 188 och 191.

Kommentar

Här fick bevisfrågorna en direkt inverkan på utgången i målet. I de lägre instanserna ansågs målsäganden trovärdig och den tilltalade fälldes därför för våldtäkt. Sedan analysen av spermafläckarna på ett täcke fördjupats och preciserats ansåg HD inte att målsägandens berättelse kunde läggas till grund för bedömningen eftersom den var svårförenlig med SKL:s utlåtanden, vilket fick till följd att åtalet ogillades. Naturligtvis kan man bara spekulera i domstolens överväganden här. Jag menar att det är troligt att den ansåg att målsäganden ljugit om den påstådda våldtäkten från den tilltalades sida och att hon istället haft sexuell umgänge med kamraten, då så många fläckar innehöll DNA både från henne och honom.⁷⁸⁸

NJA 1997 s. 538

Åtalet i denna dom, den så kallade Södertäljedomen, tar upp flera brott men här refereras endast de delar som gäller de sexuella övergreppen.⁷⁸⁹ Fallet, som jag diskuterat tidigare, rörde en ung kvinna, som efter att ha varit ute och dansat satt på en bänk utanför restaurangen sent på natten. Hon var berusad, arg och ledsen efter ett gräl med sin väninna. En ung man kom fram till henne och erbjöd sig, enligt kvinnans uppgifter, att skjutsa henne hem. Mannen hävdade för sin del att han föreslog kvinnan att följa med på en så kallad raggarrunda.⁷⁹⁰ I bilen visade det sig sitta ytterligare tre män och enligt kvinnan begicks därefter flera sexuella övergrepp, dels i bilen vid flera tillfällen och dels i en lägenhet. Enligt männen var det fråga om frivilliga samlag från kvinnans sida.⁷⁹¹

788. Detta tycks också vara förutsättningen för analysen av detta fall i Sutorius/Kaldal (2003), s. 77-78.

789. I hela åtalet ingick 14 åtalpunkter, varav de nio som rör sexuella övergrepp behandlas här. Eftersom en stor del av bedömningen i detta fall kom att handla om rekvisitet hjälplöst tillstånd kan det diskuteras om fallet skall tas upp i detta avsnitt, som rör våldtäkt. Eftersom det ursprungligen handlade om våldtäkt och en åtalpunkt omfattade våldtäkt även i de övre instanserna samt på grund av att fallet fått stor genomslagskraft även i diskussionen om våldtäkt, har jag valt att ta med det här. Våldtäktsfrågan blir även indirekt aktuell då högsta domstolen indikerade (särskilt i den skiljaktiga meningen) att det här rörde sig om en våldtäktsituation.

790. Jämför NJA 1967 s. 637, s. 644, där domstolen lägger målsäganden till last att hon känt till att hon åkte på en "s.k raggarfärd".

I tingsrätten yrkade åklagaren ansvar för våldtäkt alternativt sexuellt utnyttjande i flera åtalpunkter. En åtalpunkt omfattade endast våldtäkt. Utredningen bestod förutom parternas berättelser av flera vittnen samt ett sakkunnigt vittne. *TR:en* koncentrerade sin bedömning på målsägandens berusningsgrad och ansåg att det genom uppgifter från målsäganden, vissa av de tilltalade och vittnen samt sakkunnige vittnet från SKL, var visat att målsäganden varit mycket berusad under den aktuella kvällen och natten.⁷⁹² I domstolens ögon var det just denna berusning hos målsäganden som gjorde att ingen av de tilltalade kunde fällas till ansvar för våldtäkt:

Mot bakgrund av att [målsäganden] sålunda på grund av sin berusning varken kunnat säga ifrån eller göra något motstånd att tala om och med hänsyn till att utredningen i målet varken ger stöd för att ynglingarna har använt det av åklagaren påstådda våldet mot [målsäganden] eller talar för att de skulle ha fått klara signaler från [målsäganden] att gärningarna skedde mot henne vilja kan ingen av de tilltalade, av subjektiva skäl, fällas till ansvar för våldtäkt.⁷⁹³

Istället dömde domstolen tre av de fyra tilltalade för *sexuellt utnyttjande* avseende samtliga de åtalpunkter som rörde de sexuella övergreppen.⁷⁹⁴

Åklagaren nöjde sig med rubriceringen sexuellt utnyttjande, utom beträffande en åtalpunkt, där han yrkade ansvar för våldtäkt. De tre männen som dömdes i tingsrätten yrkade att åtalet skulle ogillas. De övre instanserna kunde antingen döma för sexuellt utnyttjande, förutom en punkt som avsåg våldtäkt, eller ogilla åtalet och målet rörde här främst tolkningen av formuleringen vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd.

I *HovR:ens* bedömning av målsägandens tillstånd, konstaterades först att det var utrett att hon konsumerat avsevärda mängder starköl och som konsekvens av det att

791. I HD förnekade en av de tilltalade en av åtalpunkterna, se NJA 1997 s. 538, s. 560. Angående de tilltalades inställningar i *TR:en*, se a.a., s. 540-541. Här diskuteras inte den åtalpunkt som avser försök till våldtäkt eftersom den inte prövas i de övre instanserna.

792. NJA 1997 s. 538, s. 553.

793. A.a., s. 554.

794. En intressant notering är att tingsrätten utan närmare kommentar eller motivering dömde för sexuellt utnyttjande även för den åtalpunkten som endast omfattade våldtäkt. Detta är felaktigt i enlighet med RB 30:3.

[ä]ven om det måste hållas för visst att hennes förmåga att värja sig varit nedsatt på grund av alkoholförtäringen talar sistnämnda omständigheter *mot* att hon redan till följd av alkoholförverkan befunnit sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd.⁷⁹⁵

Det är förvirrande att domstolen ansåg att kvinnans oförmåga att värja sig talar *mot* att hon befunnit sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Som vi sett ovan anges i förarbetena att en redlös berusning som minskar offrets förmåga att värja sig kan vara ett exempel på ett hjälplöst tillstånd. Jag förmodar att domstolen *menade* att den omständigheten att kvinnans förmåga att värja sig ”endast” varit *nedsatt* talar mot att hon vid tillfället befann sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Hovrätten tycktes här kräva att denna förmåga helt skulle ha satts ur spel.

Därefter ställde domstolen frågan om kvinnan på grund av berusningen i förening med andra omständigheter befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Först nämndes det faktum att kvinnan befann sig i en för henne okänd omgivning tillsammans med flera för henne okända män och att hon själv uppgett att hon var rädd för dessa. Sedan konstaterade domstolen det enligt min mening irrelevanta

[h]on måste emellertid ha haft åtskilliga tillfällen att försöka lämna männen eller åtminstone att söka påkalla uppmärksamhet, men har såvitt kan bedömas endast vid ett tillfälle [...] gjort ett halvhjärtat försök att göra detta⁷⁹⁶

och drog därav slutsatsen att kvinnan inte befann sig i vanmakt eller hjälplöst tillstånd. Hovrätten uttalade sig inte direkt om bevisningen eller målsägandens trovärdighet förutom när det gäller åtalspunkten för våldtäkt. I detta sammanhang påpekades att det i och för sig inte fanns någon anledning att ifrågasätta målsägandens trovärdighet men att det för våldtäktsansvar krävdes någon form av stödbevisning.⁷⁹⁷

Även *HD* kunde här endast pröva huruvida sexuellt utnyttjande var för handen, med undantag för en av åtalspunkterna enligt vilken endast ansvar för våldtäkt hade yrkats. Av domskälen att döma, tycktes det inte ha varit direkta bevisfrågor som var huvudfrågan vid domstolens prövning. Däremot framkom vid intervjuer i media i samband med att domen meddelades att det var beviskäl som låg bakom att åklagaren ur-

795. NJA 1997 s. 538, s. 558, min kursivering.

796. A.a., s. 558-559.

797. Av fallet NJA 1991 s. 83, som behandlas nedan, framkommer dock att så inte är fallet på ett principiellt plan. Se vidare a.a., s. 98.

sprungligen stämde med alternativa gärningsbeskrivningar, våldtäkt respektive sexuellt utnyttjande, samt att han valde att endast överklaga påföljden. Bevisläget, vad de olika parterna och vittnena skulle berätta, var oklart ända in i det sista och åklagaren nöjde sig därför med tingsrättens dom om sexuellt utnyttjande och på så sätt inverkade bevisningen på de straffrättsliga bedömningarna i målet.

HD ägnade inledningsvis sin bedömning åt målsägandens berusning och gick först igenom innehållet i olika vittnesuppgifter samt konstaterade att målsägandens berättelse om sin berusning var trovärdig. Vad vissa vittnen och den tilltalade uppgett kunde enligt domstolen inte rubba den framträdande bilden av målsäganden som kraftigt berusad. Därefter granskade domstolen olika omständigheter som kunde avgöra om målsäganden "varit villig att medfölja i en bil på en raggarrunda"⁷⁹⁸ respektive var förmögen att göra motstånd eller ropa på hjälp. Domstolen menade att det med tanke på målsägandens berusning och upprörda tillstånd var osannolikt att hon ville följa med på en raggarrunda och fäste också tilltro till hennes uppgifter om svårigheterna att göra motstånd vid de påstådda övergreppen i närheten av sjön respektive hyreshusen. Vittnesuppgifter från ett åberopat polisförhör gav också stöd för detta. Avseende händelserna i lägenheten var läget lite oklart beträffande vem av de tilltalade som varit på plats och gjort vad. Domstolen fäste dock tilltro till målsägandens uppgifter, som till viss del kunde stödjas av olika vittnesuppgifter även om dessa var mer svävande i HD än i lägre instanser, och fann det styrkt att de påstådda samlagen skett mot hennes vilja.⁷⁹⁹ Beträffande den sista åtalspunkten som gällde en händelse på en skolgård konstaterade domstolen:

[a]tt detta samlag, som [den tilltalade] påstått, skulle ha skett med [målsägandens] samtycke framstår under omständigheterna som uteslutet.⁸⁰⁰

Domstolen konstaterade först att det var styrkt att de tre olika tilltalade haft samlag med målsäganden vid samtliga de tillfällen som Riksåklagaren påstått⁸⁰¹ och att "inget av dessa samlag varit frivilligt"⁸⁰² från målsä-

798. NJA 1997 s. 538, s. 562.

799. Resonemangen om målsägandens vilja analyseras i kapitel 3 och 4.

800. NJA 1997, s. 538, s. 565.

801. I HD omfattade åtalet punkterna 1, 3-7 samt 9. Endast den sistnämnda avsåg våldtäkt, alla övriga gällde sexuellt utnyttjande.

802. A.a., s. 565.

gandens sida. Därefter gick domstolen igenom den straffrättsliga innebörden av rekvisiten vanmakt och annat hjälplöst tillstånd, vilken slutligen applicerades på omständigheterna i förevarande fall.

I det aktuella fallet var målsäganden enligt domstolens bedömning påtagligt berusad.

Hon var emellertid inte så berusad att hon enbart på grund härav var oförmögen att motsätta sig samlag⁸⁰³.

Det fanns också andra omständigheter som påverkade målsägandens "möjligheter att värja sig",⁸⁰⁴ nämligen att hon inledningsvis fördes natetid tillsammans med okända män till en relativt isolerad plats. Målsäganden uppfattade de olika situationerna så att hon saknade möjlighet att undkomma samlag och riskerade något ännu värre om hon inte gjorde de tilltalade till viljes, att hon saknade möjlighet att undkomma eller kalla på hjälp och avstod från aktivt motstånd för att förhindra att utsättas för ännu svårare övergrepp samt att hon upplevde sig vara i människens våld utan möjlighet att värja sig. Dessa omständigheter ansåg domstolen utgjorde ett hjälplöst tillstånd. Enligt domstolen fanns det inga tvivel om att de tilltalade på ett otillbörligt sätt utnyttjade målsägandens hjälplösa tillstånd. Beträffande deras uppsåt konstaterade domstolen att de tilltalade känt att målsäganden luktat öl och verkat full och att de tillsammans bidragit att skapa en situation, som medfört att målsäganden befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Det måste därför ha stått klart för dem att de otillbörligt utnyttjat detta tillstånd.⁸⁰⁵

Beträffande det sista ledet i händelseförloppet, åtalspunkten för våldtäkt, gjorde HD följande bedömning. Enligt målsägandens egna uppgifter, som domstolen fann trovärdiga, vägrade hon att ha samlag med den tilltalade, som trots det drog av henne trosorna och klädde av sig naken, varefter han tilltvingade sig ett samlag med henne. Till slut blev hon så arg att hon bet den tilltalade i halsen och på överarmen samt gav honom en örfil, varpå han tog tag i hennes hår och pressade ner hennes huvud för att undvika att bli biten igen. HD ansåg att detta våld innebar att händelsen utgjorde våldtäkt.

803. A.a., s. 565.

804. A.a., s. 565.

805. Jämför HovR:ens diskussion i Tumbadomen, s. 14-17.

Kommentar

Södertäljedomens inverkan på tolkningen av uttrycket hjälplöst tillstånd har behandlats ovan.⁸⁰⁶ När det gäller bevisfrågornas inverkan på den straffrättsliga bedömningen kan vi se att målsägandens olika viljeuttryck hade betydelse i samtliga instanser.⁸⁰⁷ Trots att den huvudsakliga bevisningen här bestod av målsägandeutsagan gjorde domstolarna inte någon uttalad trovärdighetsbedömning utan nöjde sig med att konstatera att målsäganden var trovärdig.⁸⁰⁸

2.5.4.4 Relation

Allmänt om fallen

Här behandlas de fall där den aktuella händelsen inträffat inom en (sexuell) relation eller där parterna haft en relation som nu är avslutad.

NJA 1986 s. 127

Parterna i detta fall var tidigare sammanboende men fortsatte efter separationen att ha kontakt och hade vid några tillfällen även sexuellt umgänge. Den aktuella natten vaknade målsäganden av att det bultade och ringde på dörren. Hon hörde att det var den tilltalade och släppte in honom. Enligt åtalet tvingade den tilltalade därefter målsäganden till samlag genom våld som bestod av att han "tagit ett kraftigt strupgrepp på henne, tryckt sin ena hand mot hennes mun, hållit fast hennes armar, kastat ner henne på en säng och med sitt ena ben med våld särat hennes ben och dragit av hennes pyjamasbyxor och trosor."⁸⁰⁹

Den tilltalade erkände att han tvingat målsäganden till samlag genom våld men gjorde gällande att brottet med hänsyn till våldets art och omständigheterna i övrigt skulle anses vara mindre allvarligt i enlighet med BrB 6:1 andra stycket.

806. Se vidare under "De gränsdragande rekvisiten".

807. Se NJA 1997 s. 538, s. 554 (TR), s. 558-559 (HovR) och s. 562-563 (HD). Jämför ovan, avsnittet "Samtycke i samband med sexualbrott".

808. A.a, s. 562. Se även Wennberg (1997) och (1998) och Sutorius (1997).

809. NJA 1986 s. 127, s. 127.

Förutom parternas utsagor fanns också tre vittnen som berättade vad målsäganden uppgett för dem om händelsen, samt två olika rättsintyg över rättsmedicinska undersökningar av målsäganden, som själv berättade följande: Den tilltalade, som var berusad, anklagade henne för att hon träffade en ny man. När hon bad honom lämna lägenheten vägrade han och satte sig på hennes säng. Därefter blev hon förtvivlad och arg och började knuffa den tilltalade i ryggen varefter de började slåss i sängen. Under slagsmålet gled sängen ut från väggen och hon ramlade ner på golvet mellan sängen och väggen. Den tilltalade tog då ett grepp om hennes hals vilket ledde till att hon fick andningssvårigheter, blev livrädd och började skrika. Han försökte då tysta ned henne genom att lägga handen på hennes mun och hon bad honom släppa taget, varpå han yttrade att det nu var han som hade kontrollen och ledde runt henne i lägenheten. Sedan tryckte han ned henne i sängen och sade att de skulle sova. När hon insåg att hon var fången virade hon in sig i täcket. Under tiden tror hon att den tilltalade klädde av sig samt därefter drog av hennes trosor och pyjamasbyxor. Han lade sig sedan ovanpå och pressade sig emot henne. Hon försökte då knipa ihop benen så mycket hon orkade, grät och bad att få slippa men han pressade isär benen med sitt ena ben. Först hade han svårt att tränga in i henne eftersom hennes underliv var i ett kramptillstånd och han förmodligen inte hade full erektion. När hon frågade honom om han tänkte våldta henne svarade han ja. Hon uppskattar att samlaget pågick mellan 10 och 15 minuter, vilket kändes som en evighet och hela tiden höll den tilltalade hennes armar låsta över hennes huvud. Så fort hon började gråta lade den tilltalade en hand över hennes mun och uppmanade henne att sluta. Efter att han fått utlösning gick hon på toaletten och därefter tillbaks till sängen. När hon anklagade den tilltalade för vad han gjort grät han och bad om förlåtelse. Hon halvsov sedan någon timme, gick därefter upp, grät och var apatisk. Den tilltalade vaknade så småningom och lämnade lägenheten. Hon ringde då till sin arbetskamrat och senare också till sin pojkvän.

Den tilltalade uppgav att han den aktuella kvällen druckit minst fem stora starköl. Då han kom på tanken att ha sexuellt umgänge med någon man inte ville bli smittad av aids och såg en flicka som liknande målsäganden, åkte han hem till henne. Han var berusad och visste inte hur mycket klockan var. Sedan hon släppt in honom, satte han sig ner bredvid henne på sängkanten och de samtalade i en timmes tid. När han berättade att han träffat en annan flicka, blev målsäganden svartsjuk och

började gråta samt bad honom att lämna lägenheten, vilket han vägrade, vilket ledde till att målsäganden började slå honom. Eftersom han fick panikkänslor, ”tappade helt nerverna”, kommer han inte riktigt ihåg vad som hände sedan. Dock vet han att han försökte hindra henne från att slå honom och fattade tag i hennes armar samt att de båda då ramlade ned på golvet. Därefter bar han tillbaks målsäganden till sängen, lade sig ovanpå henne och höll fast hennes händer för att hindra henne från att slå. För att inte grannarna skulle störas lade han sin ena hand över hennes mun när hon började skrika och gråta högt. Sedan tog han av sig sina kläder och drog av målsäganden hennes pyjamasbyxor och trosor. Målsäganden knep ihop sina ben och han fick använda lite våld då han med sitt ena ben särade dem men hon gjorde inget motstånd då han trängde in i henne, varför han trodde att hon samtyckte till samlag. Samlaget varade två till tre minuter och han fick utlösning. Efter samlaget sade sig målsäganden vara ledsen över att han tagit strupgrepp, något han inte kom ihåg själv.

TR:en ansåg att målsäganden gjort ett mycket trovärdigt intryck och att hennes berättelse om våldets art inte motsades av vad som framkommit vid de rättsmedicinska undersökningarna av henne. Att den tilltalades uppgifter i flera avseenden avvek från vad målsäganden berättat menade domstolen kunde bero på att den tilltalade på grund av sin berusning glömt vissa delar av händelseförloppet. Domstolen ansåg därför det vara styrkt att den tilltalade tilltvingat sig samlaget genom det våld som åklagaren påstått. Varken våldets art eller de övriga omständigheterna var sådana att brottet skulle anses som mindre allvarligt.

I *HovR:en* yrkade den tilltalade att brottet skulle bedömas som mindre allvarligt enligt BrB 6:1 andra stycket. Parternas uppgifter i hovrätten överensstämde i allt väsentligt med vad de berättat i tingsrätten. Målsäganden tillade dock följande: Sista gången den tilltalade övernattade hos henne före den aktuella händelsen gick hon motvilligt med på samlag. Den gången var dock helt väsensskild från förevarande händelse. Det struptag som den tilltalade tog på henne skedde framifrån och med en hand, inte med båda tummarna mot struphuvudet. Efter strupgreppet, som varade ungefär en halv minut, hade hon svårt att få luft ”och pep väl till liter”. Därefter lättade greppet och hon kunde säga åt den tilltalade. Hon bad om ursäkt för att hon slagit honom men det skedde bara för att hon skulle kunna komma till tals med honom. Det är svårt att säga vilket led i den tilltalades beteende som var mest kränkande för henne – hon

kände sig förnedrad och utnyttjad av den tilltalade samtidigt som hon blev livrädd av strupgreppet och fick senare även en fruktansvärd huvudvärk.

Även *HovR:en* ansåg att målsäganden gett ett mycket trovärdigt intryck och lade främst hennes uppgifter till grund för bedömningen. Domstolen fann det därmed styrkt att den tilltalade tvingat målsäganden till samlag genom våld. Vid bedömningen av brottets svårhetsgrad ansåg domstolen först att våldet, bortsett från strupgreppet, skulle bedömas som mindre allvarligt i enlighet med bestämmelsen i BrB 6:1 andra stycket. Det var dock tveksamt, menade domstolen, om det nämnda strupgreppet kunde bedömas som mindre allvarligt men beaktade att målsäganden själv uppgett att det inte varit fråga om ett kraftigt tryck mot struphuvudet, att greppet snabbt lossats och sammanlagt varat högst omkring en halv minut samt att det av ett rättsmedicinskt utlåtande framkommit att strupgreppet var av mycket lindrig karaktär. I övrigt ansåg domstolen att den vid en helhetsbedömning av gärningens straffvärde inte kunde bortse från ”att parterna sammanlevt i en sexuell relation, som relativt nyligen brutits, och att den sexuella kränkningen därigenom framstår som mindre svår.”⁸¹⁰

Domstolen vägde även in i bedömningen att övergreppet var av engångskaraktär och att ”stämningen mellan parterna efter övergreppet trots allt inte varit entydigt oförsonlig”⁸¹¹ och bedömde sammantaget våldtäkten som mindre allvarligt enligt BrB 6:1 andra stycket.⁸¹²

Riksåklagaren yrkade att HD skulle döma den tilltalade för våldtäkt av normalgraden. Parterna lämnade i allt väsentligt samma uppgifter i HD som redovisats i de nedre instansernas domar. HD fann också att det var styrkt att den tilltalade tvingat målsäganden till samlag genom våld och ansåg att i huvudsak tilltro borde sättas till målsägandens version beträffande det närmare händelseförloppet. Domstolen påpekade att det framkommit att den tilltalade tagit ett strupgrepp på henne av kortare varaktighet och att detta orsakat andningssvårigheter. Även om strupgreppet enligt det rättsmedicinska utlåtandet varit av mycket lindrig art hade det skapat skräck hos målsäganden. Den tilltalade hade vidare hållit

810. NJA 1986 s. 127, s. 132.

811. A.a., s. 132.

812. Två ledamöter var skiljaktiga och ansåg att brottet skulle rubriceras som våldtäkt av normalgraden, a.a., s. 133-134.

fast målsägandens armar, kontrollerat hennes rörelser i sängen under en inte oansenlig tidsrymd och därefter tvingat isär hennes ben med våld. Målsäganden gav inte i något skede den tilltalade uppfattningen att hon ville "inlåta sig på intimt umgänge med honom."⁸¹³ Tvärtom grät hon och visade klart att hon inte ville ha samlag med honom, vilket han borde ha förstått. Övergreppet medförde också vissa psykiska problem för målsäganden som var tvungen att ha regelbundna terapismöten för att bearbeta vad som hänt.

Domstolen relaterade därefter till olika uttalanden i förarbetena angående bedömningen av de olika våldtäktsgraderna och tog upp att hänsyn i första hand skall tas till arten och graden av det våld eller hot som använts samt arten och graden av den sexuella kränkningen. Vidare påpekades att den objektiva karaktären av övergreppet bör ha grundläggande betydelse vid bedömningen samt att en helhetsbedömning av den föreliggande situationen måste göras, här liksom vid andra brott. Det grundläggande är dock arten och graden av våldet eller hotet. En gärning där våldet eller hotet varit av allvarlig karaktär skall anses vara en våldtäkt av normalgraden oavsett övriga omständigheter. Departementschefens uttalande om att parternas samvaro före ett övergrepp inte bör leda till en mildare bedömning vid brottsrubriceringen kommenterades, liksom att justitieutskottet funnit detta något onyanserat och påpekat att en helhetsbedömning måste göras. Faktorer som förhållandet mellan offer och gärningsman samt vad som föregått övergreppet kan inte fränkännas betydelse.

Efter att på detta sätt ha gått igenom vad som tas upp i förarbetena i frågan konstaterade HD följande:

Vid en samlad bedömning av de förut anförda omständigheterna i målet finner HD att den våldtäkt som [den tilltalade] gjort sig skyldig till ej kan betraktas som mindre allvarlig *även om hänsyn tas till det förhållande att [målsäganden] och [den tilltalade] tidigare sammanlevt* och även därefter haft intimt umgänge med varandra.⁸¹⁴

HD ansåg således att gärningen skulle bedömas som en våldtäkt av normalgraden enligt paragrafens första stycke.

813. A.a., s. 134.

814. A.a., s. 127, s. 135, min kursivering.

Kommentar

Det är intressant att notera att HD ansåg det vara självklart att hänsyn skulle tas till parternas relation trots att borttagandet av bestämmelsen om våldförande, med uttrycklig hänvisning till parternas relation i lagtext, var en av de stora förändringarna som infördes 1984.⁸¹⁵ Att hänsyn tagits till parternas tidigare relation tolkar jag som ett uttryck för att offrets viljeuttryck vägts in i bedömningen, något som kommenteras nedan i det avslutande avsnittet. I övrigt är det svårt att uttyda vilka omständigheter som domstolen vägt in i den aktuella bedömningen. Bevisfrågorna hade inte någon avgörande betydelse här, särskilt inte eftersom den tilltalade hade erkänt att han tvingat målsäganden till samlag genom våld, något som är ytterst ovanligt i dessa mål och som inte heller kommenterats särskilt i någon av de olika instanserna.⁸¹⁶ Istället satte domstolen utan närmare motivering tilltro till målsägandens uppgifter och lade hennes uppgifter till grund för bedömningen av brottets grovhet.

NJA 1991 s. 83

I ett annat fall var den tilltalade anklagad för upprepade våldtänker på sin hustru. De påstådda övergreppen hade skett under en lång tidsperiod. Enligt åtalet hade den tilltalade tvingat målsäganden till samlag genom att föra isär hennes ben medan hon gjorde motstånd, hålla fast hennes armar och kropp och, vid ett tillfälle, genom att lägga en kudde över hennes huvud.⁸¹⁷ Den tilltalade förnekade åtalet och hävdade att hans sexliv med målsäganden fungerade perfekt. Detta tolkar jag som att den tilltalade medgav att han haft samlag med sin hustru men att han förnekade det påstådda tvånget, eftersom målsäganden enligt hans mening samtyckt till samlagen.⁸¹⁸

Utöver parternas uppgifter⁸¹⁹ förekom i målet flera vittnen på både åklagar- och försvararsidan, fotografier avseende målsägandens skador samt viss

815. Se vidare ovan under "Rättshistorisk Bakgrund" och "1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser".

816. Visserligen skall ju även ett erkännande värderas i relation till den övriga utredningen.

817. Sistnämnda del av åtalet justerades i HD, NJA 1991 s. 83, s. 97-98. Delar av åtalet omfattade misshandel men behandlas inte här.

818. Han kan också ha avsett att förneka uppsåt till tvånget, under förvärdningen att han trodde att hans hustru samtyckte till händelsen.

819. Den tilltalades uppgifter har dock inte vägts in i någon större omfattning här, se till exempel a.a., s. 84.

bevisning angående den tilltalades alkoholmissbruk.⁸²⁰ Målsäganden berättade följande⁸²¹ om de sexuella övergreppen i tingsrätten: Det brukade gå till så att den tilltalade kom hem sent, var berusad och tvingade sig på henne i sängen där hon låg och låtsades sova. Vid dessa tillfällen brukade hon säga att hon inte ville och vanligtvis spjárnade hon emot. Trots detta hade den tilltalade slitit av henne nattlinne och trosor och därefter vältrat sig över henne. Vid något tillfälle hade han också lagt en kudde över hennes huvud, varvid hon troligen skrek på hjälp, och en annan gång med sin ena hand låst hennes armar.⁸²² I HD tillade⁸²³ hon: Vid ett tillfälle i september 1987 kom den tilltalade hem berusad. När hon vägrade att ha samlag med honom tvingade han henne till detta genom att trycka ned henne i sängen, lägga en kudde över hennes huvud – troligtvis ville han förhindra att hennes skrik skulle höras in till grannen – och pressa i sär hennes ben. Innan samlaget fullbordats tog han bort kudden. Hon minns inte om den tilltalade tvingade henne till samlag vid något ytterligare tillfälle under det året men 1989 förekom flera samlag under tvång och 1990 ökade antalet sådana samlag. Vid dessa var den tilltalade onykter. Eftersom hon vid denna tid började känna avsmak för sexuellt umgänge även när han var nykter minskade samtidigt de frivilliga samlagen. I januari 1990 kom den tilltalade hem sent en kväll när hon låg i sin säng och tilltvingade sig samlag genom att låsa hennes armar och pressa i sär hennes ben. När han släppte armarna och hon började fäkta med dem tog han ett kraftigt struptag på henne med båda händerna, så att hon fick svårt att andas och var rädd för att hon skulle dö. Av struptaget fick hon ett märke som satt kvar i två veckor. I mars 1990 tilltvingade sig den tilltalade samlag genom att ”låsa” henne i sängen, varvid hon försökte komma loss och ”bönade och bad att han inte skulle ta hennes mänsklighet ifrån henne”. En gång i juli 1990, samma kväll som hon kom hem från en resa, tilltvingade han sig samlag när han var nykter, genom att låsa hennes armar och pressa i sär hennes ben.⁸²⁴

820. Se utredningen i TR:en, a.a., s. 84 respektive HovR:en, s. 92. och HD, s. 98.

821. A.a., s. 87-88.

822. Sistnämnda händelser daterade hon till våren 1990, a.a., s. 88. Detta fall har uppmärksamrats med hänsyn till kravet på gärningsbeskrivningens precisering, se Bergholtz, Gunnar (1992) Åtal och kontradiktion. Marginalanteckningar till några nyare rättsfall. I: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding*, Norstedts, Stockholm, s. 1-17.

823. A.a., s. 98. Se även vad målsäganden tillade i HovR:en angående tidpunkterna för de påstådda våldtäkterna, a.a., s. 96-97.

824. A.a., s. 98.

Bedömningen av målsägandens trovärdighet var här av avgörande betydelse.⁸²⁵ Domstolen jämförde först hennes uppgifter med den av åklagaren åberopade stödbevisningen avseende två olika blåmärken⁸²⁶ och konstaterade därefter att det sätt på vilket målsäganden lämnade sin berättelse hade gett ett trovärdigt intryck samt att berättelsen var ”lång och i sina detaljer sammanhängande”.⁸²⁷ Uppgifterna i HD stämde vidare i alla väsentliga delar överens med vad målsäganden uppgett i de lägre instanserna. De uppgifter som hon lagt till i HD förklarade hon med att hon försökt förtränga upplevelserna samt att hon först nu kunnat erinra sig och placera dem i tid. När hennes uppgifter ifrågasatts under pressande förhör, lämnade hon också rimliga förklaringar. Slutligen framkom inte några uppgifter som tydde på att målsäganden sanningslöst velat tillvita den tilltalade de åtalade brotten och inte heller fanns belägg för att hon velat lämna felaktiga uppgifter i underdomstolarna eller under förundersökningen. De nu nämnda omständigheterna visade enligt HD att målsägandens utsaga måste vara trovärdig och att våldtäkt var styrkt.⁸²⁸ I domstolens resonemang om den tilltalades uppsåt var målsägandens vilja central. Domstolen konstaterade att

[d]et kan inte råda något tvivel om att [den tilltalade] insett att samlagen skett mot [målsägandens] vilja.⁸²⁹

Kommentar

I detta fall uttrycks tydligt vilka faktorer som domstolarna använder i sin trovärdighetsbedömning av målsägandens uppgifter.⁸³⁰ Av betydelse var här *hur* målsäganden berättade. Målsäganden hade enligt domstolen gett ett *trovärdigt intryck*. Beträffande själva utsagan nämnde domstolen att

825. A.a., s. 98. Angående begreppen trovärdighet och tillförlitlighet, se Sutorius/Kal-dal (2003), s. 90.

826. NJA 1991 s. 83, s. 98-99.

827. A.a., s. 99.

828. A.a., s. 99. Därefter gick domstolen in på att bedöma i vilken omfattning våldtäkt kunde anses styrkt, a.a., s. 99-101. Slutligen utvecklade justitierådet Nyström sina synpunkter på beviskrav och gärningsbeskrivningens precisering i samband med förvarande brottslighet, a.a., s. 101-102.

829. A.a., 100.

830. Domstolen använde här benämningen trovärdighet om målsägandens uppgifter, se nedan om begreppen trovärdighet och tillförlitlighet. Se även Gregow, Torkel, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn. I: *Svensk Juristtidning* 1996, s. 509-523.

den var *lång, detaljerad* och *sammanhängande*. Vidare var utsagan *konsekvent berättad* och avvikelser från tidigare tillfällen kunde förklaras. Domstolen berörde också utsagans innehåll i förhållande till *stödbevisningen*, om det funnits *anledning* för målsäganden att *ljuga* om brotten eller om hon i övrigt lämnat *felaktiga uppgifter* under utredningen. Trovärdighetsbedömningen fick här en avgörande betydelse för målets utgång men även gärningsbeskrivningen och dess utformning hade en direkt inverkan på utgången.⁸³¹ Som vi sett hade även målsägandens vilja betydelse i argumentationen om den tilltalades uppsåt till tvånget.

2.5.4.5 Sammanfattande kommentarer

Introduktion

Som jag berört i inledningskapitlet utmärks den straffrättsliga hanteringen på området för sexualbrott av en påtaglig integrering mellan å ena sidan rent straffrättsliga frågor, exempelvis hur tolkningen av ett rekvisit skall göras, och å andra sidan frågor om vad som föregått i sak, frågor som rör bevisningen.⁸³² Den straffrättsliga hanteringen av sexualbrott studeras därför här i ljuset av bevisfrågorna.⁸³³

Även om rättsfrågorna och sakfrågorna i hög grad är integrerade diskuterar jag först bevisprövningen separat här. Jag sammanfattar först de faktorer som HD lagt vikt vid i bevisprövningen⁸³⁴ och berör därefter den integrerade argumentationen i de anförda våldtäktsmålen.

831. Se vidare NJA 1991 s. 83, s. 99-101.

832. En annan straffprocessuell omständighet som har stor betydelse i sammanhanget är gärningsbeskrivningens precisering och tolkningen av denna. Av utrymmesskäl tas denna fråga inte upp i avhandlingen.

833. Se vidare om detta nedan under "Den straffprocessuella prövningen". Sexualbrottskommittén, SOU 1982:61, s. 150, ansåg att bevisproblemen i våldtäktsmål handlar om "[v]em talar sanning i fråga om vad som hände omedelbart i samband med själva samlaget?"

834. Se även Sutorius/Kaldal (2003), s. 89-92.

HD:s bevisprövning i våldtäktsmål – trovärdighetsbedömningen av målsägandens utsaga

Kort om trovärdighet och tillförlitlighet

I doktrinen görs en skillnad mellan *trovärdighets*bedömningen å ena sidan och *tillförlitlighets*bedömningen å den andra.⁸³⁵ *Trovärdigheten* avser då det subjektiva intryck som berättelsen och berättandet ger åhöraren vid återgivningen medan *tillförlitligheten* omfattar vilket bevisvärde som utsagan kan anses ha. Min uppfattning är att dessa olika bedömningar glider in i varandra samt att begreppen inte alltid används konsekvent i högsta domstolen. Ofta används det ena uttrycket för båda dessa bedömningar och eventuellt finns en övervikt för begreppet trovärdighet, vilket därför är det begrepp som används nedan om inte domstolen gjort annorlunda. Högsta domstolens bedömningsförfarande är klart inspirerat av vittnespsykologins metoder för utsageanalys. Vittnespsykologin studerar faktorer som kan påverka riktigheten och fullständigheten i en persons upplevelse av en händelse.⁸³⁶

Offrets sätt att berätta

I högsta domstolens granskning av trovärdigheten ingick en bedömning av offrets *sätt att berätta*. Målsägandens trovärdighet påverkade således utsagans tillförlitlighet. Att offrets sätt att berätta bär ”det självupplevdas prägel” är en återkommande motivering i trovärdighetsbedömningen.⁸³⁷ Sistnämnda omständighet tas också upp under avsnittet om offrets beteende. Följande citat, från det ovan refererade NJA 1988 s. 40, är betydande för domstolarnas bedömning av offrets sätt att berätta:

Hon har också på ett sätt som tyder på *stark och verklig upplevelse* skildrat ett chocktillstånd som inträtt så snart hon hade lämnat⁸³⁸.

Att offret berättar på ett återhållsamt sätt är en annan faktor i trovärdighetsbedömningen som talar för utsagans trovärdighet. Offret får dock inte vara alltför nedtonat. Utsagan måste ju innehålla tillräckligt mycket detaljer, som kan styrka det aktuella brottet.

835. A.a., s. 90.

836. Jämför Sutorius/Kaldal (2003), s. 89 ff. Se även Granhag, Pär Anders (2001) *Vittnespsykologi*, Studentlitteratur, Lund.

837. Se exempelvis NJA 1991 s. 83, s. 95.

838. NJA 1988 s. 40, s. 50, min kursivering.

Innehållet i offrets utsaga

Beträffande utsagans innehåll lade HD stor vikt vid utsagans *detaljriktighet*:

har [målsäganden] lämnat en lång och i sina *detaljer* sammanhängande berättelse.⁸³⁹

I domstolens ögon var alltså en detaljrik utsaga trovärdig. Det förekommer dock inte någon förklaring eller redogörelse för denna bedömningsgrund. Det är dock lätt att här se samband med att det faktiskt krävs ett visst mått av detaljriktighet för att brott ska kunna styrkas.⁸⁴⁰

Att offret lämnar *likartade uppgifter* i olika instanser respektive under polisförhör anses av domstolarna tala för utsagans trovärdighet.⁸⁴¹ Detsamma gäller om det finns *stöd* för offrets uppgifter i den *övriga bevisningen*.⁸⁴²

Offrets beteende

Att offret faller i gråt eller på annat sätt visar att hon finner det pressande att avge sin berättelse, är en omständighet som enligt HD gör målsäganden trovärdig.

Domstolen lade även stor vikt vid offrets agerande vid övergreppet. I de ovan refererade fallen finns flera exempel där domstolen ställt sig frågande till varför offret inte ropat på hjälp eller motsvarande.⁸⁴³ Sistnämnda bedömningsgrund illustrerar på ett tydligt sätt hur sammanflätad bevisprövningen är med den straffrättsliga prövningen. Att domstolen lägger avgörande vikt vid huruvida offret ropat på hjälp eller försökt fly har direkt relevans för trovärdighetsbedömningen. Samtidigt är rop och skrik ett av uttryckssätten för motstånd eller ovilja, som i strikt mening är ett bevisfakta för tvångsrekvisitet. Enligt min mening innefattar tolk-

839. Se NJA 1991 s. 83, s. 99, min kursivering. Se även NJA 1997 s. 538, s. 558.

840. Jämför Eliasson, Mona (2000) *Mäns våld mot kvinnor. En kunskapsöversikt om kvinnomisshandel och våldtäkt, dominans och kontroll*, Natur och kultur, Stockholm.

841. Se till exempel NJA 1991 s. 83, s. 99.

842. Se exempelvis NJA 1988 s. 40, s. 50. I NJA 1996 s. 176 ansågs den tekniska bevisningen vara oförenlig med offrets utsaga, varför HD friade de tilltalade. Se vidare nedan om detta fall.

843. Se NJA 1988 s. 40, s. 49 och NJA 1997 s. 538, s. 558-559.

ningen av tvångsbegreppet bevisrelaterade frågor. Offrets vilja betraktas mer eller mindre som ett rättsfaktum, vilket framkommer i de ovan refererade fallen.⁸⁴⁴ Högsta domstolen påpekar vid flera tillfällen att det måste bevisas att sexualhandlingen skedde mot offrets vilja.⁸⁴⁵

HD:s bevisprövning i våldtäktsmål – värdering av övrig bevisning

Även om den centrala och i de flesta fall helt avgörande bevisningen i våldtäktsmålen består av offrets utsaga förekommer även annan bevisning. Det kan exempelvis röra sig om vittnesutsagor från vänner, släktingar, poliser, psykologer eller läkare. Dessa vittnesmål rör ofta offrets reaktion eller annat beteende efter övergreppet och hans eller hennes fysiska eller psykiska hälsa. Men även teknisk bevisning förekommer i form av brottsplatsundersökningar eller utlåtanden från SKL, exempelvis avseende DNA-analyser.

Värderingen av uppgifterna om offrets reaktion styrs ofta av bedömningen angående offrets reaktion i sig. Ett exempel på denna situation finns i fallet NJA 1980 s. 725. Fallet rörde som nämnts två unga flickor som påstod sig ha blivit utsatta för våldtäkt vid samma tillfälle av två olika män. Efter de påstådda övergreppen besökte flickorna den ena flickans mormor, som sedan hördes i målet. Av mormoderns uppgifter framkom att flickorna, vittnesmålet rörde i första hand dotterdottern, varit "gladlynta" och betett sig "som vanligt", vilket tillsammans med andra omständigheter gjorde att rätten ställde sig frågande "till åtskilligt av vad flickorna anförde."⁸⁴⁶

Ett annat exempel, där målsägandens reaktion bedömdes vara rimlig, återfinns i NJA 1988 s. 40. Här rörde det sig som nämnts om en kvinna som påstod sig ha blivit våldtagen när hon besökte en träningslokal och efter träningen skulle få massage. Domstolen, som menade att hon skildrat sitt chocktillstånd på ett sätt som tydde på stark och verklig upplevelse, ansåg att en vittnesberättelse om offrets upplevelse gav stöd åt utsagan.⁸⁴⁷

844. Suzanne Wennberg (1998) hävdar i detta sammanhang, s. 523, att det är "angeläget att man inte pumpar rök över begreppsbildningen, utan urskiljer vad som kännetecknar tvång" och att "bevisproblematiken blandas in på ett alltför tidigt stadium".

845. Se om detta i Andersson (2001a) och (2001b). Jämför kapitel 3 och 4 om viljediskurserna.

846. Se NJA 1980 s. 725, s. 738.

Endast i ett av de ovan redovisade fallen hade den tekniska bevisningen avgörande betydelse för utgången i målet.⁸⁴⁸ Här blev det tydligt att *grundligheten* i bedömningen av offrets utsaga stod i direkt relation till förekomsten av övrig bevisning och domstolens värdering av den senare. De lägre instanserna bedömde, efter en relativt noggrann bedömning, offrets utsaga som trovärdig och tog mindre hänsyn till det kriminaltekniska utlåtandet. När sedan innehållet i utlåtandena ändrades radikalt i högsta domstolen, som på grund härav lade stor vikt vid dessa, utförde domstolen inte någon utförlig granskning av målsägandens utsaga, åtminstone inte enligt domskälen. Detta kan ha flera orsaker. Enligt min uppfattning är det dock tydligt att det råder en *hierarkisering* av de bevismedel som förekommer vid bevisprövningen i våldtäktsmålen i HD:s praxis. Målsägandens utsaga betraktas med större skepsis än exempelvis ett kriminaltekniskt utlåtande. Detta uttrycks tydligast i det nu nämnda fallet men kommer även till uttryck i de övriga fallen där teknisk bevisning förekommer, bland annat genom att offrets utsaga bedöms utifrån den övriga så kallade stödbevisningen och inte tvärtom. Offrets utsaga blir mer trovärdig om det finns övrig bevisning som kan bekräfta den. Resonemangen är aldrig de omvända, vilket tyder på att den övriga bevisningen, här avses framför allt den tekniska, är överordnad offrets utsaga.

HD:s bevisprövning i våldtäktsmål – argumentationen

Själva trovärdighetsbedömningen av offrets utsaga har varit direkt avgörande i endast ett fåtal av de fall som redovisats. Det tycks vara så att trovärdighetsbedömningen mer uttalat ställs på sin spets i de fall där parterna har eller har haft en sexuell relation. Vad som därutöver är gemensamt i dessa fall är domstolens bedömning av och argumentation om *offrets vilja*. Hur offret uttryckt sin vilja blev ofta avgörande i de olika resonemangen. Offrets vilja eller samtycke framstod i många fall som ett brottsrekvisit, ett rättsfaktum som skulle bevisas på samma sätt som tvångsrekvisitet, och kan även beskrivas som länken mellan sakfrågan och rättsfrågan i det enskilda fallet. I avhandlingens tredje kapitel analyserar jag argumentationen om offrets vilja.

Även om det inte är direkt uttalat är offrets motstånd en grundläggande förutsättning för alla sexualbrott i brottsbalken, en förutsättning som

847. Se NJA 1988 s. 40, s. 50.

848. Se NJA 1996 s. 176.

tydliggör den heterosexuella normen. Den aktiva sexualiteten förknippas med den manlige förövaren medan den passiva (icke-)sexualiteten uttrycks genom betydelsen av det kvinnliga offrets motstånd eller icke-samtycke. En aktiv kvinnlig sexualitet får inte utrymme i denna rättsliga diskurs, lika lite som det finns plats för en passiv manlig. För att offrets kropp och sexualitet skall skyddas i straffrättslig mening bör hon (eller han) visa sin ovilja att delta i den aktuella handlingen. Gränsen för våldtäkt går vid det sexuellt passiva offrets uttryckta ovilja, förutsatt att denna har uppfattats av förövaren. Ett omvänt förfarande, där domstolarna i *tillämpningen* tog hänsyn till förövarens beteende i förhållande till offrets potentiella uttryck för sin aktiva sexualitet, eller brist på sådant uttryck, anser jag vore fullt möjligt även inom ramen för rådande rättsliga förutsättningar.

Bevisfrågorna var ofta integrerade med den straffrättsliga bedömningen i de refererade våldtäktmålen. Det är också tydligt att argumentationen och diskussionen i målen följde ett bestämt mönster. Vilka omständigheter som domstolen valde att ta upp i argumentationen inverkade också på utgången och framställde dessutom rättsskyddssubjektet på ett visst sätt. Det är därför intressant att undersöka argumentationen i ett större antal domar, vilket jag gör i nästa kapitel.

3. Rättstillämpning – sexualbrotten i hovrätterna

3.1 Introduktion

I detta kapitel undersöker jag sexualbrottsdomar från hovrätterna. Genom den diskursanalytiska metod som presenterats i inledningen granskar jag och analyserar *diskurserna* i dessa domar. Jag inleder med att precisera undersökningens frågeställningar, hur jag samlat in materialet och vilka domar jag valt att studera närmare. Därefter redovisar jag undersökningen och avslutar med en analys.

3.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med kapitlet är att ta reda på hur de svenska hovrätterna under 1999 hanterade mål som rörde sexualbrott mot vuxna. Med utgångspunkt i att dessa mål behandlar *gränsen* mellan ömsesidiga sexuella handlingar eller relationer och sexuella övergrepp, är avsikten att studera hur denna gräns konstruerades. Sett i ett straffrättsligt perspektiv går jag igenom hur den rättsliga prövningen av de gränsdragande rekvisiten genomfördes och tar som nämnts även hänsyn till bevisfrågorna. Utifrån bland annat Michel Foucaults teorier om diskurser och makt undersöker jag vad hovrätterna uttalar i prövningen av de gränsdragande rekvisiten i domarna och på vilket sätt detta görs. Min avsikt är att identifiera och

analysera *diskurserna* i det aktuella materialet, i syfte att ta reda på hur rättsskyddssubjektet *producerades*, särskilt med avseende på subjektets kön, kropp och sexualitet. Jag strävar således *inte* efter att (be)visa vilka fördomar, föreställningar eller ståndpunkter kring rättsskyddssubjektets kön, kropp och sexualitet som *föregår* rättstillämpningen på detta område.⁸⁴⁹ Den rättsliga prövningen i hovrätternas domar om sexualbrott ses som ett *exempel* på rättsliga diskurser⁸⁵⁰ som behandlar gränsen mellan sexuella övergrepp och ömsesidiga sexuella handlingar. Undersökningen har ett illustrativt syfte och avser *inte* att redogöra för rättstillämpningen i generellt avseende.

Med de utgångspunkter som redovisats i inledningen undersöker jag hur rättsskyddssubjektet *producerades* i hovrätterna. Min metod är en form av diskursanalys och innebär alltså att jag först söker mönster eller resonemang som återkommer och hänger ihop.⁸⁵¹ Med andra ord identifierar jag de *diskurser* som texterna innehåller. Jag analyserar som nämnts resonemangen och bedömningarna *i sig*. Därefter undersöker jag hur diskurserna producerade rättsskyddssubjektets kropp, sexualitet och kön.⁸⁵² Detta medför att andra frågor, som skulle kunna vara intressanta här, inte tas upp i analysen.⁸⁵³

849. En annan fråga är ju hur motsvarande kategorier produceras i denna text.

850. Andra rättsliga diskurser som skulle kunna undersökas i detta sammanhang är till exempel försvarets invändningar och hanteringen av dessa eller försvarets frågor till målsäganden och bemötandet av desamma, jämför Ehrlich, Susan (2001) *Representing Rape. Language and sexual consent*, Routledge, London. I avhandlingens fjärde kapitel analyseras diskurserna från gällande rätt på området. Se närmare om begreppet diskurs i avsnitt 1.3.3.

851. Se mer om min metod i avsnitt 1.4.3 och 1.4.4.

852. För en beskrivning och diskussion av diskursanalys i relation till rättsliga dokument och texter, se Niemi-Kiesiläinen m.fl., (2004).

853. Frågor som rör etnicitet eller klass, exempelvis, kommer inte att fokuseras närmare. Dessa aspekter på ämnet tas delvis upp av Sutorius/Kaldal (2003), s. 162-167. Se även Laster, Kathy och Raman, Padma (1997) *law for one and one for all? An intersectional legal subject*. I: Naffine och Owens, s. 193-212.

3.3 Materialet för undersökningen

Jag har gått igenom alla brottmålsdomar från 1999 i samtliga svenska hovrätter och valt ut de sexualbrott där offret varit en vuxen person.⁸⁵⁴ Att jag valt ett samtida material beror främst på att jag är intresserad av hur just nutida texter behandlar de aktuella frågorna. Genom 1970-talets debatt, inför de då aktuella ändringarna i sexualbrottslagstiftningen, fördes könsperspektivet in i ämnets rättsliga kontext på allvar.⁸⁵⁵ Intresset för frågorna försvann delvis under 1980-talet men kom åter i fokus under sent 1990-tal, både inom och utanför rättsvetenskapen. Drygt 20 år efter det att könsrelaterade frågor blev något rättsvetenskapen inte kan komma undan i dessa sammanhang, är det alltså i hög grad relevant att undersöka rättsliga diskurser i ämnet. Jag har valt att studera domar från hovrätterna för att få ett tillräckligt stort underlag men ändå ett hanterbart omfång.⁸⁵⁶ Undersökningen omfattar de fall där saken rubricerades som våldtäkt, sexuellt tvång, sexuellt utnyttjande eller sexuellt ofredande.⁸⁵⁷ De mål som gällde sexuellt utnyttjande av underårig mot någon över 15 men under 18 år ingår också i undersökningen. I vissa fall pågick övergreppen under en längre tid. Jag har i sådana fall tagit med domen när jag bedömt att övergreppen dominerats av den del där målsäganden varit över 15 år. I enlighet med avgränsningen av mitt ämne skall också domar med brottsrubriceringen sex-

854. Där offrets ålder inte nämnts särskilt har jag utgått från att hon eller han varit över 15 år om det inte kommit fram andra uppgifter som talar för en lägre ålder. I avhandlingen använder jag begreppet offer respektive förövare när jag talar om de inblandade parterna utan anknytning till ett särskilt fall. Avsikten är, som redan nämnts, att använda dessa termer i så allmän och vid betydelse som möjligt. Tanken är inte att ta ställning eller peka ut något "verkligt" offer eller någon "verklig" förövare. De processuella termerna målsägande respektive tilltalad används när ett konkret fall diskuteras.

855. Jämför Höjer (2002), s. 120 ff. Se även under "1965 års brottsbalk och övrig bakgrund till samtida bestämmelser".

856. Anledningen till att jag valde just år 1999 är främst praktisk. Det var lämpligt med detta år eftersom en lagändring hade införts i våldtäktsparagrafen den 1 juli 1998. När jag påbörjade insamlingen av materialet var dessa domar också mest lättillgängliga eftersom de ännu inte hade bundits in. Vid insamlingen gick jag igenom alla brottmålsdomar från samtliga svenska hovrätter och gjorde mitt urval utifrån hur saken rubricerats på domarnas försättsblad.

857. Jag har även tittat närmare på domar som rubricerats misshandel m.m. respektive olaga hot m.m., då jag uppträckte att även dessa kunde innehålla brott som var relevanta för undersökningen. Alla domar med osjälvständiga brottsformer har insorterats under respektive fullbordade brott.

uellt umgänge med avkomling respektive syskon i BrB 6:6 vara med. Jag har endast hittat en dom där ett av dessa brott, sexuellt umgänge med avkomling, var en av åtalspunkterna. Följande tabell visar domarnas fördelning mellan de olika brottstyperna⁸⁵⁸ respektive hovrätterna.⁸⁵⁹

Tabell 2 *Antalet insamlade hovrättsdomar fördelade per brottstyp respektive hovrätt*

	Våldtäkt	Sexuellt tvång	Sexuellt utnyttj.	Sexuellt utnyttj. u-årig	Sexuellt ofred.	Totalt
H ÖN	5	0	3	1	1	10
H NN	13	0	0	0	0	13
H Svea	27	1	4	2	5	39
H Göta	15	2	6	0	8	31
H VS	16	0	0	2	5	23
H S&B	12	1	1	1 ⁸⁶⁰	6	21
TOTALT	88	4	14	6	25	137

Som framgår av tabell två var sammanlagt 137 domar från år 1999 relevanta för undersökningen. I tabellen anges också antal fall per brottstyp. Här framgår att det förekom flest våldtäktsdomar, nämligen 88 stycken. Brottet sexuellt tvång var däremot mycket sällsynt förekommande. Endast fyra domar hade denna rubricering.⁸⁶¹ Nästan lika ovanliga var de domar som rubricerats med brottet sexuellt utnyttjande av underårig *och* där offret var över 15 år (totalt 6 domar). I materialet fanns 25 domar

858. De olika brottstyperna i tabellen är från vänster till höger, med tillhörande lagrum i BrB: Våldtäkt (6:1), Sexuellt tvång (6:2), Sexuellt utnyttjande (6:3), Sexuellt utnyttjande av underårig (6:4), Sexuellt ofredande (6:7). I de fall brotten förekommit i kvalificerade respektive mindre allvarliga former (det senare gäller enbart våldtäkt) har de placerats med "normalgradsbrottet".

859. Hovrätterna förkortas enligt följande: Hovrätten för Övre Norrland: H ÖN, Hovrätten för Nedre Norrland: H NN, Svea Hovrätt: H Svea, Göta Hovrätt: H Göta, Hovrätten för Västra Sverige: H VS och slutligen Hovrätten över Skåne och Blekinge: H S&B.

860. I denna dom fanns också en åtalspunkt som rörde sexuellt umgänge med avkomling.

med rubriceringen sexuellt ofredande medan 14 stycken hade rubriceringen sexuellt utnyttjande. Redovisningen av fallen nedan görs dock inte utifrån de olika brottstyperna.⁸⁶²

Denna tabell visar också att det fanns flest domar som var relevanta för undersökningen från Svea Hovrätt i Stockholm medan Göta Hovrätt i Jönköping hade några färre fall (39 respektive 31 domar). Hovrätten för Västra Sverige i Göteborg samt Hovrätten för Skåne och Blekinge i Malmö följde därefter med totalt sett 23 respektive 21 domar vardera. Minst antal domar hade de norrländska hovrätterna: I Hovrätten för Nedre Norrland i Sundsvall fanns 13 domar och i Hovrätten för Övre Norrland i Umeå fanns 10 stycken.

Som nämnts har jag studerat och analyserat prövningen av den straffrättsliga gränsen för sexuella övergrepp i de insamlade domarna. Jag har dock inte analyserat samtliga 137 domar. I det följande redovisas hur jag valt ut de fall som studerats närmare.

3.4 Allmänt om prövningen av de gränsdragande rekvisiten

3.4.1 Straffprocessuella aspekter

I hovrättsfallen utfördes grovt sett två olika prövningar av tvångsrekvisitet.⁸⁶³ I en del fall gjorde domstolen endast en *trovärdighetsbedömning* – steg ett – och därefter en *enkel subsumtion* ("åtal är därför styrkt") – steg två. I vissa fall gick man i steg två även in på vad jag kallar en *kvalificerad tvångsbedömning* . Med detta avser jag att domstolen *på något sätt* resonerade kring och motiverade bedömningen av de gränsdragande rekvisiten.

861. Att antalet lagföringar per år enligt bestämmelsen om sexuellt tvång, BrB 6:2, är få bekräftas av 1998 års sexualbrottskommitté, SOU 2001:14, s. 187 ff, som menar att det finns en tendens att domstolarna allt oftare dömer för våldtäkt på bekostnad av brottet sexuellt tvång. Jämför Wennberg (1997), s. 506 f.

862. En del fall innehåller flera åtalspunkter med flera av de aktuella brotten. Dessa domar har sorterats efter sakrubriceringen som oftast anger "huvudbrottet", såvida inte domstolens prövning varit koncentrerad på något av de andra brotten.

863. För enkelhetens skull skriver jag "tvångsrekvisiten" eller de "gränsdragande rekvisiten" här och åsyftar då även övriga utnyttjandeformer, exempelvis det som definieras i bestämmelsen om sexuellt utnyttjande i 6:3 BrB.

Det är fallen med kvalificerade tvångsbedömningar som lades till grund för analysen. Här kunde jag studera domstolarnas uttalade bedömning angående den gränsdragning som min undersökning särskilt fokuserar. För att tydliggöra mitt materialurval skall jag nu kort beskriva de olika bedömningstyperna som förekom i materialet.

Under steg ett, *trovärdighetsbedömningen*, var målsägandens utsaga föremål för en ingående bedömning. Bedömningen gjordes enligt ett tämligen förutsägbart mönster där domstolarna lade stor vikt vid faktorer såsom utsagans detaljrikedom och förenlighet med övrig bevisning.⁸⁶⁴

Trovärdighetsbedömning kan relateras till den tyske rättsteoretikern Karl Engischs beskrivning av subsumtionen enligt vilken han delar in denna i tre olika element, nämligen

1. föreställningen av det konkreta sakförhållandet,
2. fastställandet av detta sakförhållande och
3. värderingen av sakförhållandet som ett sådant som motsvarar försåt-
sen i rättsregeln.⁸⁶⁵

Trovärdighetsbedömningen hör till det andra elementet av subsumtionen, fastställande av ett sakförhållande. Genom trovärdighetsbedömningen fastställer domstolen vad som hänt i fallet och kommer fram till om den skall lägga målsägandens utsaga till grund för bedömningen.

Steg två som jag kallar *enkel subsumtion* innebar att domstolarna kortfattat konstaterade att målsäganden var trovärdig (alternativt inte trovärdig), att hans eller hennes uppgifter skulle ligga till grund för bedömningen (alternativt inte) och att åtalet därför var styrkt (alternativt skulle lämnas utan bifall). Detta led i bedömningen hör till det tredje elementet av subsumtionen enligt indelningen ovan och innehåller enligt Engisch den "egentliga subsumtionen".⁸⁶⁶

Under steg två förekom också fall med en mer utvecklad bedömning, *en kvalificerad tvångsbedömning*. Detta åsyftar att domstolarna *resonerade* kring och *motiverade* bedömningarna av de gränsdragande rekvisiten. I

864. Se vidare om trovärdighetsbedömningen i avsnitt 2.5.4.

865. Engischs beskrivning av subsumtionen har redovisats av Lindell, Bengt (1987) *Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Iustus Förlag, Uppsala, s. 365 f.

866. A.a., s. 365 f. med tillhörande hänvisningar.

bedömningarna integrerades straff- och processrättsliga frågor och de var sannolikt en blandning av samtliga Engischs tre element. Som exempel kan här nämnas att själva bevisvärderingen inverkade på tolkningen av tvångsrekvisitet genom att värderingen av offrets motstånd, en omständighet som tas i beaktande vid trovärdighetsbedömningen, fick betydelse i avgörandet av hur mycket våld som förekommit.

Det förekom också resonemang där de ovan beskrivna bedömningsstegen sammanblandades. I dessa fall utfördes den kvalificerade tvångsbedömningen *tillsammans med* själva trovärdighetsbedömningen i steg ett och benämns här *integrerad bedömning*.

Som nämnts är det domar med den *kvalificerade tvångsbedömningen* som jag lagt till grund för analysen. Detta för att domstolen här uttalade sig explicit om de gränsdragande rekvisiten. Jag har tagit med domar både där tvångsbedömningen utfördes separat och där den utfördes integrerat med bevisvärderingen. Mitt undersökningsunderlag består således av sådana domar där domstolen enligt min bedömning utvecklade sitt resonemang rörande de aktuella rekvisiten. Denna bedömning var inte alltid uppdelad från den prövning som rörde sexualhandlingen. De domar där en sådan "helhetsbedömning" utförts har också tagits med i undersökningen. I en del fall fastställde hovrätten tingsrättens dom, vilket även innefattar domskälen. Jag har då använt tingsrättens skäl som grund för analysen förutsatt att hovrätten inte skrev egna skäl, vilket förekom i en del fall. Den delen av domskälen där bedömningen av tvångsrekvisitet uttrycktes ligger till grund för analysen. Parternas yrkanden m.m., som föregår domskälen, samt den inledande delen av domskälen där parternas berättelser återges, har inte analyserats närmare annat än i de fall där det behövts för sammanhangets skull.

När jag sorterade domarna utifrån benämningarna ovan bedömde jag prövningen som *kvalificerad* så snart den innehöll *något mer* än den enkla subsumtionen av typen "åtalet är därför styrkt". Alla övriga domar har sorterats under gruppen enkel subsumtion, oavsett om denna subsumtion utförts i egentlig mening. Sistnämnda grupp omfattar alltså även sådana domar där åtalet ogillats och domstolen inte utfört någon subsumtion. Hur många domar som innehöll kvalificerade tvångsbedömningar respektive enkel subsumtion samt hur dessa fördelades mellan de olika hovrätterna framgår av tabell tre. Antalet våldtäktsdomar anges till vänster inom parentes och motsvarande antal för övriga brott till höger.

Tabell 3 *Antalet domar per hovrätt innehållande kvalificerad prövning respektive enkel subsumtion*

	KVALIFICERAD PRÖVNING	ENKEL SUBSUMTION	TOTALT
H ÖN	7 (4/3)	3 (1/2)	10
H NN	7 (7/0)	6 (6/0)	13
H Svea	22 (15/7)	17 (12/5)	39
H Göta	18 (11/7)	13 (4/9)	31
H VS	15 (12/3)	8 (4/4)	23
H S&B	11 (6/5)	10 (6/4)	21
TOTALT	80 (55/25)	57 (33/24)	137

Som anges i tabellen har sammanlagt 80 domar legat till grund för analysen. 55 av dessa domar rörde våldtäkt medan resterande 25 var fördelade mellan övriga brott.

3.4.2 Diskursanalytiska aspekter

I domstolarnas prövning av de gränsdragande rekvisiten förekom tre huvuddiskurser. Dessa är för det första diskursen om *offrets viljeuttryck*, för det andra en diskurs som behandlar den *tekniska bevisningen* och, för det tredje, en diskurs som tar upp *den sexuella karaktären* på handlingen i fråga. Dessa diskurser fanns med både i de fall där tvångsbedömningen utfördes separat och i de fall den integrerades med trovärdighetsbedömningen. I en del fall förekom endast en av dessa diskurser medan flera diskurser fanns med i andra fall. Den totalt sett mest dominerande diskursen handlade om *offrets viljeuttryck*. Denna diskurs förekom också vid prövningen av samtliga brott som ingick i undersökningen, vilket även gäller den näst mest förekommande diskursen om *den tekniska bevisningen*. Diskursen om *den sexuella karaktären* hos handlingen i fråga, slutligen, förekom i minst omfattning och då endast i de fall som gällde brottet sexuellt ofredande. Eftersom syftet med denna undersökning är att *identifiera och analysera de diskurser som förekom* i materialet, gör jag inte någon statistisk kartläggning över hur ofta eller i vilka fall de olika dis-

kurserna förekom. Jag presenterar först de olika diskurserna genom olika typexempel. Därefter analyserar jag hur rättsskyddssubjektet producerades i dessa diskurser.

3.5 Hovrätternas diskurser i den straffprocessuella prövningen av de gränsdragande rekvisiten

3.5.1 Introduktion

Efter en inledande genomgång av sexualbrottens gränsdragande rekvisit, redovisar jag nedan hovrätternas diskurser i prövningen av dessa rekvisit. Utgångspunkten för de olika rekvisiten är våldtäktsparagrafens tvångsrekvisit, varför detta här diskuteras mer utförligt. Våldtäktsfallen utgör dessutom den största delen av undersökningen. Rekvisiten i de olika sexualbrotten redovisas mer utförligt i avhandlingens andra kapitel.⁸⁶⁷

3.5.2 De gränsdragande rekvisitens utformning

Enligt våldtäktsdefinitionen är tvånget det kriterium som skiljer våldtäkt från en ömsesidig sexuell relation. Tvånget skall bestå av våld eller hot som innebär "trängande fara". Det kan också vara fråga om ett hot som uppfattas som "trängande fara" av den hotade. I förarbetena beskrivs *våldet* som en fysisk "kraftöverföring" som riktas direkt mot en person. Detta kan innebära misshandel eller att personen som attackerats övermannas, exempelvis genom ett sådant våld som "bara består i att en man tvingar i sär en kvinnas ben då hon försöker värja sig".⁸⁶⁸ Förövarens våld relateras således till offrets motstånd i tolkningen av hur mycket våld som krävs enligt våldtäktsparagrafen. För att det skall vara fråga om ett *hot* som innebär "trängande fara" måste det vara fråga om en handling som hotar offrets liv eller hälsa. Det kan också röra sig om en situation där offrets barn eller motsvarande är hotade. Hot om allvarlig misshandel eller annan skada anses också utgöra

867. Se avsnitt 2.4.2.

868. SOU 1982:61, s. 145.

”trängande fara”. Det är tillräckligt att hotet uppfattas som ”trängande fara” av den hotade, och att handlingen verkar hotfull även om inte uttalat hot förekommer. Ett bra exempel på detta är om en inbrottstjuv väcker en kvinna mitt i natten och utan våld eller uttalat hot beordrar henne till samlag. En sådan situation är så hotfull i sig att kravet på hot får anses uppfyllt.⁸⁶⁹ Att försätta offret i *vanmakt* eller ett annat liknande tillstånd jämföras med våld. Här avses sådana situationer där offret utan att själv veta om det intar alkohol eller droger. Som typfall tänker man sig att förövaren lägger något i offrets drink, något som ibland kallas ”knock out drops”.

Motsvarande rekvirit för brottet sexuellt utnyttjande är när någon *förmår annan*, genom att *allvarligt missbruka* hans eller hennes *beroendeställning*, till viss sexualhandling eller har sådan sexualhandling genom att *otillbörligt utnyttja* någons *vanmakt*, *hjälplösa tillstånd* eller *psykiska sjukdom*. När det gäller brottet sexuellt utnyttjande av underårig dras den rättsliga gränsen vid att någon har sexuellt umgänge med annan som är *under 18 år* och som är *avkomling* till, *står under fostran* av honom eller henne eller för *vars tillsyn* hon eller han svarar på grund av myndighets beslut. Brottet sexuellt ofredande, slutligen, förekommer i tre olika former, varav en är aktuell här. I detta fall går gränsen för övergrepp vid att någon blottar sig för annan på ett sätt som är ägnat att *väcka anstöt*, respektive att någon genom ord eller handling på ett *uppenbart sedlighetssårande* sätt uppträder *anstötligt* mot annan.

3.5.3 De gränsdragande rekviriten i hovrätternas diskurser

3.5.3.1 Allmänt

I detta avsnitt undersöker jag den straffprocessuella prövningen i de mål som jag valt ut enligt beskrivningen ovan. I fokus står resonemangen och argumentationerna vid prövningen av de gränsdragande rekviriten. I vissa fall har prövningen av nämnda rekvirit utförts tillsammans med prövningen av sexualhandlingsrekviritet. De fall som inte alls resonerar eller problematiserar kring de gränsdragande rekviriten tas som nämnts inte upp här.

Kapitlet är indelat utifrån de tre olika diskurser som jag har identifierat. Dessa handlade om *offrets viljeuttryck*, *teknisk bevisning* respektive

869. A.a., s. 73 och 146.

handlingens *sexuella karaktär*. I vissa fall kombinerades dessa medan andra fall innehöll avvikande diskurser. De sistnämnda redovisas särskilt under rubriken *atypiska diskurser*. Jag skall nu gå igenom de olika diskurserna och illustrerar var och en med exempel från olika domar.⁸⁷⁰

En dom i brottmål inleds med en redovisning av parternas *yrkanden m.m.* Därefter återges vanligtvis i *domskälen* först parternas inställning, muntliga utsagor och övrig bevisning samt slutligen, i stycket *bedömning*, en allmän värdering av bevisningen i målet.⁸⁷¹ En stor del av denna bedömning, bevisprövningen, handlar i förevarande mål om att bedöma målsägandens trovärdighet,⁸⁷² en bedömning som behandlas i avhandlingens andra kapitel.⁸⁷³

Denna beskrivning av en doms uppbyggnad återfanns i de undersökta domarna. När domstolarna i undersökningen redovisat sina bedömningsgrunder för målsägandens trovärdighet, konstaterades i en del fall att målsägandens ”uppgifter kan läggas till grund för bedömningen”, varefter en kortare argumentation fördes.⁸⁷⁴

I andra fall förde domstolarna mer utvecklade resonemang i bedömningen av om bevisade fakta⁸⁷⁵ kunde styrka den åtalade gärningen. Domstolarnas argumentation handlade här om de aktuella gärningsrequisiten var uppfyllda. Man kan säga att domstolarna motiverade subsumtionen.⁸⁷⁶ I vissa fall, men långt ifrån alla, uttalade man sig också särskilt om den tilltalades uppsåt.⁸⁷⁷

870. Jag gör inte något anspråk på att redovisa samtliga exempel från de olika diskurserna. Det är inte heller syftet med analysen. Exempelen har valts ut för att ge en tydlig bild av hur de olika diskurserna är uppbyggda. De domar som citeras anges i källförteckningen.

871. Denna beskrivning gäller i första hand tingsrättsdomar. Hovrättsdomar är uppbyggda på ett liknande sätt men återger oftast endast berättelser respektive anför domskäl i den mån dessa avviker från tingsrättens dom.

872. Angående begreppen trovärdighet och tillförlitlighet, se kapitel 2 under ”Bevishanteringen i våldtäktsmål från högsta domstolen”.

873. Se avsnitt 2.5.4.5.

874. Se exempelvis domen H S&B, B 1275/98.

875. Här avser jag både bevisfakta och rättsfakta, se vidare om innebörden av dessa termer ovan i avsnitt 2.5.2 respektive 2.5.3.

876. Eller motiverade varför man *inte* skulle utföra någon subsumtion, det vill säga ogilla åtalet.

877. Se om detta under ”Uppsåt i samband med sexualbrott”. Jämför ”Tumbadomen”, Svea Hovrätt, 2003-11-03, mål B 4086-03, s. 14-17, där domstolen gjorde en omfattande prövning av uppsåtet.

3.5.3.2 Offrets viljeuttryck

I gällande rätt uttrycks i samband med sexualbrotten en norm för offrets beteende vid ett sexuellt övergrepp. Normen innebär att offret förväntas uttrycka sin inställning till händelsen. De rättsliga resonemangen utgår från att ett våldtäktsoffer normalt sett gör motstånd i någon form eller på annat sätt tydliggör sin inställning till händelsen i fråga. I vart fall krävs att ett offer som inte gjort detta, på ett godtagbart sätt kan förklara varför så inte skett. Normen uttrycks i förarbeten⁸⁷⁸ och doktrin⁸⁷⁹ samt har även manifesterats av högsta domstolen. Av HD-fallet NJA 1988 s. 40 framgår att ett fysiskt motstånd inte är nödvändigt om ”kvinnan på annat sätt *gör klart* att hon motsätter sig mannens önskan eller avsikt.”⁸⁸⁰ Normen kom också till uttryck i hovrätternas prövning av de gränsdragande rekviriten genom diskurserna om *offrets viljeuttryck*.

I dessa diskurser tolkade domstolarna offrets beteende, som uttryck för hans eller hennes vilja till det inträffade. Domstolarna talade på ett självklart sätt om *offrets vilja*. De olika diskurserna rörde två huvudteman, nämligen å ena sidan hur offret *uttryckte* sin vilja eller hur viljan kunde *tolkas* utifrån omständigheterna och å andra sidan om offret hade *förmågan* att uttrycka sin vilja eller uppfatta förövarens beteende. Det förstnämnda, hur offret uttryckte sin vilja, behandlas i följande avsnitt om offrets *aktiva viljeuttryck*, där offrets *protester* eller *motstånd* sattes i centrum i diskursen. De övriga, om tolkningen av offrets vilja samt offrets förmåga att uttrycka sin vilja och uppfatta förövarens beteende, tas upp därefter i det avsnitt som diskuterar offrets *passiva viljeuttryck*, vilka fokuserar sådana diskurser där domstolarna talade om offrets *frivillighet*, huruvida något inträffat *mot offrets vilja*, om offret *inte ville* eller om offret överhuvudtaget hade *förmåga* att uppfatta händelsen eller värja sig emot den.

878. Se till exempel SOU 1982:61, s. 145, om det våld som förövaren använder när han skiljer en kvinnas ben åt, när hon gör motstånd.

879. Detta framkommer i avsnitt 2.3.2.

880. Se NJA 1988 s. 40, s. 49. Se även under ”Bevishantering i våldtäktsmål från högsta domstolen”.

”Aktiva” viljeuttryck – offrets protest och motstånd

De mest tydliga diskurserna i hovrätternas prövning av de gränsdragande rekvisiten var de om offrets viljeuttryck. Domstolarna talade främst om *offrets vilja* istället för förövarens beteende, som den rättsliga prövningen enligt åtalet handlade om.⁸⁸¹ I detta avsnitt behandlar jag diskurserna med de viljeuttryck som innebar någon form av *aktivitet* hos offret.

I dessa diskurser framtonade en tydlig *förväntan* på offret från domstolarnas sida, att på något sätt *visa sin inställning* till det handlande från förövarens sida som var under prövning. Att domstolarna utgick från att offret under normala förhållanden skulle uttrycka sin vilja framkom när de talade om att målsäganden ”*inte vågat protestera* mot samlagen”⁸⁸² eller att målsäganden ”*aldrig sade* ”rakt ut” att hon *inte tyckte om* vad han gjorde med henne.”⁸⁸³ Denna förväntan ligger även till grund för följande uttalande där domstolen konstaterade att:

[Den tilltalade] genom hot som för henne framstod som trängande fara skrämde henne till *underkastelse* [...] [samt att] [...] hon även ibland funnit *motstånd* meningslöst och därför *gett upp allt motstånd*.⁸⁸⁴

I diskurserna framkom också att offret på något sätt borde *agera för att förhindra övergrepp*. Domstolen kunde till exempel anmärka att målsäganden inte ”gjort några *försök att lämna* [platsen].”⁸⁸⁵ Av följande formuleringar framkommer denna tankegång där domstolen lade ansvaret på målsäganden, som förväntades förhindra den tilltalades beteende eller i vart fall inte kom att ses utan ansvar till det inträffade:

Och såvitt framkommit av [målsägandens] uppgifter gjorde han *inte ens något allvarligare försök att uppmärksamma* [den tilltalade] på att han *inte var trakterad* av dennes närmanden.⁸⁸⁶

Tingsrätten kan inte undgå att finna något *märkligt* att [målsäganden] *släpper in* en man i sin bil som, med halvöppen gylf, öppnat konversationen med repliken ”Är du kåt?”⁸⁸⁷

881. Se dock nedan om motbilder i hovrätternas diskurser.

882. H S&B, B 1275/98, TR-domen s. 11, min kursivering.

883. H Göta, B 623/98, s. 6, min kursivering.

884. H Göta, B 559/99, s. 5 och 15, min kursivering.

885. H Göta, B 623/98, s. 6, min kursivering.

886. H Göta, B 969/98, TR-domen, s. 9.

887. H Göta, B 1139/98, s. 4 i TR-domen.

Man kan med rätta fråga sig vilket *rimligt intresse* målsäganden, med sin mamma i sällskap och med pojkvän på annat håll, kunde ha av att under sena natten *följa med en främmande man*⁸⁸⁸ in i hans lägenhet för att dricka sprit och prata. Det är också befogat att fråga sig *varför målsäganden inte lämnade lägenheten* när hon, enligt egen uppgift, blev föremål för [den tilltalades] lustar i köket [...]. Än mer *frågande* blir man inför målsägandens uppgift att hon blev så paralyserad i sitt rygg-läge på soffan att *hon inte skrek på hjälp*.⁸⁸⁹

Under ett händelseförlopp i stil med det ovan beskrivna *borde* målsäganden, trots att han varit panikslagen, *ha haft möjligheter att komma loss om han varit helt inriktad på detta*. Han *borde också ha kunnat ropa på hjälp*.⁸⁹⁰

Som vi kan se vilade här ett stort ansvar på målsäganden att reagera och uttrycka sin (o)vilja.

Den förväntan att uttrycka sin vilja som vilade på offret uttalade domstolarna vidare genom att de med uppenbar självklarhet tog in i bedömningen som något högst relevant, vad som i deras ögon var uttryck för offrets vilja. I det undersökta materialet förekom ytterst få exempel på motbilder eller ifrågasättanden av denna diskurs.⁸⁹¹

En stor del av bedömningen och argumentationen ägnades istället åt att tala om och granska offrets protester, motstånd eller andra motsträvigheter. Offrets beteende framstod i diskursen som intressant i sig själv genom att domstolen exempelvis betonade att det "framgått att [målsäganden] *uttryckligen motsatt sig* att inlåta sig i sexuella aktiviteter"⁸⁹² eller att "målsäganden *uppsmanat* [den tilltalade] att låta bli och med sina händer *försökt hindra* honom."⁸⁹³

Följande uttalanden illustrerar också hur centralt och självklart offrets viljeuttryck var i dessa diskurser:

Vidare framgår det av utredningen, att [målsäganden] försökte hindra [den tilltalade] från att dra ned hennes byxor och trosor, genom att *hon höll emot*. Hon bad honom enträget att sluta och dessutom *tillkännagav* hon för honom, att hon *inte ville ha* samlag. Hon orkade emellertid inte hålla emot och [den tilltalade] kunde därför med våld dra ned hennes byxor och trosor.⁸⁹⁴

888. Se nedan i analysen om rättsskyddssubjektets sexualitet.

889. H Svea, B1672/99, TR-domen s. 6-7, mina kursiveringar. Nästan identiska kommentarer om att lämna lägenhet och ropa på hjälp gjorde domstolen i H Svea, B 2130/97, s. 11.

890. H Göta, B 311/99, s. 4, min kursivering.

891. Se dock nedan under "Övriga diskurser" och "Motbilder".

892. H Göta, B 1337/98, TR-domen, s. 10, min kursivering.

893. H Göta, B 1037/98, TR-domen, s. 12-13, min kursivering.

[Målsäganden] har berättat att hon [...] *tydligt visade* [den tilltalade] att hon *inte var intresserad av* att utföra några sexuella aktiviteter tillsammans med honom [...] [att] hon *sagt till* [den tilltalade] att han skulle sluta, att hon *visat med sina händer* att hon inte gillade hans närmanden och att hon försökt att knäppa igen sina byxor.⁸⁹⁵

Även i samband med bedömningen av hur förövaren handlat togs offrets beteende upp, exempelvis kunde domstolen konstatera att det var ”styrkt att [den tilltalade] hållit fast [målsäganden] på marken och mot hennes *protester och motstånd* dragit ned hennes byxor och trosor”.⁸⁹⁶ I det följande illustreras detta tydligt när domstolen anförde att den tilltalade

mot [målsägandens] vilja knäppte upp knappen i hennes byxor och drog ner dragkedjan i byxorna, den tilltalade hade tvingat [målsäganden] att tåla att han *mot hennes vilja* och liggande på henne utförde samlagsrörelser, [...] då [målsäganden] *gjorde motstånd* betvingade hennes rörelseförmåga genom att ta tag i hennes handleder och hålla dem ovanför och bakom hennes huvud samt att han *mot [hennes] vilja* genomförde ett i lagens mening fullbordat samlag med henne.⁸⁹⁷

Det ingick också i denna diskurs att bedöma om motståndet varit *tillräckligt* och, om så inte var fallet, bedöma om det fanns en *rimlig förklaring* till det bristande motståndet eller huruvida offret haft *möjlighet* att uttrycka sin vilja. Domstolen kunde exempelvis betona att målsäganden ”inte gjort mer än *ringa motstånd*”⁸⁹⁸ eller att motståndet var *begränsat*.⁸⁹⁹ De förklaringar på bristande motstånd som togs upp i diskursen handlade även de om offret. Domstolarna talade i detta sammanhang om att offret var ”en späd ung kvinna”⁹⁰⁰ eller att hennes tillstånd var *försvagat*.⁹⁰¹ Följande citat illustrerar domstolarnas bedömningar av offrets motstånd och sökande efter en förklaring till dess bristfällighet:

[Den tilltalade] har således på ett beräknande sätt långsamt övervunnit det motstånd som fanns hos målsäganden. Hon har visserligen tagit medicin vilket har lindrat hennes symtom. Hennes *psykiska ohälsa* har emellertid gjort sig särskilt på-

894. H NN, B 459/98, TR-domen, s. 23, mina kursiveringar.

895. H Svea, B 2130/97, s. 10-11, mina kursiveringar.

896. H Göta, B 1158/99, TR-domen, s. 6-7, min kursivering.

897. H NN, B 46/99, TR-domen, s. 19, mina kursiveringar.

898. H Svea, B 1548/99, TR-domen, s. 10, min kursivering.

899. H Svea, B 185/99, s. 7, min kursivering.

900. H Svea, B 1548/99, TR-domen, s. 10, min kursivering. Domstolen tog här också upp att målsäganden kände sig underlägsen den tilltalade som fått mycket stora kroppskrafter genom sin styrketräning.

901. H Svea, B 185/99, s. 7, mina kursiveringar.

mind just vad avser hennes relation till män och hon har uppenbarligen inte *förmått värja* sin sexuella och personliga integritet.⁹⁰²

Här förde domstolen fram målsägandens hälsotillstånd, som förklaring till att hon inte kunnat värja sin integritet.

Även om domstolen fann rimliga förklaringar till målsägandens bristande motstånd kunde den komma fram till att den tilltalade inte förstått⁹⁰³ dessa omständigheter, vilket framgår av följande:

Enligt målsägandens egna uppgifter föll hon till marken i samband med att [den tilltalade] fattade tag i hennes arm. Inte ens [målsäganden] själv har emellertid påstått att [den tilltalade] drog omkull henne; snarare var det så att hon hade svårt att hålla balansen på grund av att hon hade skor med tjocka sulor som var svåra att gå med. [Målsäganden] har i och för sig hävdat att [den tilltalade] utnyttjade situationen och passade på att klä av henne medan hon låg på marken. Detta kan emellertid inte anses innefatta någon sådan användning av våld som föranleder ansvar för våldtäkt. Av [målsägandens] uppgifter i hovrätten framgår *inte heller att hon i detta skede gjorde klart för* [den tilltalade] att hon inte gick med på hans närmanden. [Målsäganden] har som *skäl för sin passivitet* angett att hon var *rädd för att den fysiskt överlägsne* [tilltalade] skulle slå henne om hon gjorde motstånd, och hon har förklarat sin rädsla med att hon visste att han kunde vara våldsam. Men även om [målsäganden] kan ha haft visst fog för en sådan uppfattning, ger utredningen *inte stöd för att [den tilltalade] skulle ha förstått* att [målsäganden] gav efter på grund av rädsla för honom.⁹⁰⁴

Domstolen sökte här en förklaring till målsägandens passivitet och målsäganden angav sin rädsla för den tilltalade. Enligt domstolen fanns det inte stöd för att den tilltalade skulle ha förstått att målsäganden ”gav efter” på grund av rädsla för honom.⁹⁰⁵

Offrets viljeuttryck användes följaktligen både vid bedömningen av själva gärningen och förövarens uppsåt, vilket även framgår av följande citat:

[Målsäganden] har berättat att hon efter misshandeln kände sig helt slut och att hon var livrädd för [den tilltalade]. Hon har också berättat att *hon värdjade till honom* att slippa sex med att detta inte hjälpte. Hon har sagt att hon försökte ”koppla sig loss” men att hon *inte gjorde något större fysiskt motstånd*. Hon har förklarat att hon var rädd för att bli misshandlad ytterligare om hon inte gjorde [den tilltalade]

902. H Svea, B 2315/98, s. 8, mina kursiveringar.

903. Detta innebar således att den tilltalades uppsåt inte ansågs uppfyllt. Se vidare om uppsåtet i detta sammanhang under ”Uppsåt i samband med sexualbrott”.

904. H VS, B 824/98, s. 4, mina kursiveringar.

905. Se vidare om detta angående rättsskyddssubjektets sexualitet under ”Analys” nedan.

till viljes. Det är uppenbart att [målsäganden] *inte frivilligt* gått med på att ha sexuell umgänge vid tillfället. [...] måste situationen för [målsäganden] ha framstått som [...] mycket hotande med tanke på vad hon utsatts för kort innan. Enligt tingsrätten måste det outtalade hotet om ytterligare misshandel som [målsäganden] upplevt ha framstått som en trängande fara för henne. Det är enligt tingsrättens mening uppenbart att [den tilltalade] måste ha varit *medveten om* detta när han krävde att få ha sex med [målsäganden].⁹⁰⁶

Här konstaterade domstolen att målsäganden *inte frivilligt gått med på* sexuell umgänge, en formulering som var vanlig när domstolarna talade om de passiva viljeuttrycken. Att domstolarna *både* kunde tala om offrets aktivitet och passivitet rörande samma omständigheter framgår även av det följande:

Det krävs inte ett *fysiskt motstånd* om kvinnan på annat sätt gör klart att hon motsätter sig mannens önskan eller avsikt. [Målsäganden] har berättat att hon *skrek att hon inte ville ha samlag* och beskrivit hur hon med sina händer *försökte hindra* [den tilltalade] från att tränga in i henne. Med hänsyn till hur [målsäganden] agerade vid tillfället måste det ha stått klart för [den tilltalade] att [målsäganden] *inte ville ha samlag*. Han har trots det fortsatt att förgripa sig på henne och har genom att hålla fast hennes armar och slå henne fullbordat samlaget. Det är således utrett att [den tilltalade] vid det angivna tillfället tilltvingat sig samlag med [målsäganden] medelst våld och hot som för [henne] framstått som trängande fara. Det kan inte råda något tvivel om att [den tilltalade] insett att *samlaget skett mot [målsägandens] vilja*. Åtalet för våldtäkt är därmed styrkt.⁹⁰⁷

Här kommenterade domstolen först att målsäganden både verbalt och fysiskt uttryckt sin inställning till den aktuella händelsen. Därefter talade domstolen också om målsägandens viljeuttryck i passiva termer, att den tilltalade måste ha insett att målsäganden ”inte ville” ha samlag samt att detta skett ”mot målsägandens vilja”. Ett liknande resonemang uttrycktes i följande citat:

Det *motstånd* [målsäganden] har gjort är något obestämt. Det är dock utrett att hon knipit ihop benen, kämpat emot med armarna och sagt till [den tilltalade] att sluta. Hon har *inte gjort något motstånd* under det att hon haft [den tilltalades] penis i sin mun. Tingsrätten finner dock att [målsäganden], efter de inledande hotelserna från [den tilltalades] sida, försatts i en sådan situation att det för henne framstått som i det närmaste omöjligt att slippa undan [den tilltalade] och att hon *därför inte vågat göra nämnvärt motstånd*. Härtill kommer att [den tilltalade] förstärkt hoten genom sitt tal om kniv när [målsäganden] gjort motstånd. Det är uppenbart att hans avsikt varit att skrämna [målsäganden] till passivitet vilket han

906. H Svea, B 1817/99, TR-domen, s. 16-17.

907. H VS, B 566/98, s. 17, mina kursiveringar.

också lyckats med. Våldet mot henne har varit begränsat men ändå tillräckligt i straffbestämmelsens mening. Förhållandena har varit sådana att det måste stått klart för [den tilltalade] att samlaget och det sexuella umgänget *inte varit frivilligt* från [målsägandens] sida.⁹⁰⁸

Efter att först ha diskuterat målsägandens motstånd och den tilltalades hot talade domstolen om att samlaget och det sexuella umgänget inte varit frivilligt. De passiva viljeuttrycken i domstolarnas diskurser diskuteras i följande avsnitt.

”Passiva viljeuttryck” – offrets frivillighet, vilja och förmåga att värja sig

Som nämnts rörde viljediskursen även offrets passiva viljeuttryck. Resonemangen handlade i dessa fall inte om en förväntad handling från offrets sida utan var snarare en bedömning av offrets vilja utifrån de aktuella omständigheterna. Domstolarna diskuterade till exempel om offret haft förmågan att värja sig eller om det var fråga om ett frivilligt samlag.

I våldtäktsmål förekommer inte sällan att den tilltalade invänder att det påstådda övergreppet utgjort ”frivilligt” sexuellt umgänge från målsägandens sida, eller att målsäganden ”samtyckt” till händelsen i fråga. I andra sammanhang har jag diskuterat hur högsta domstolen *ex officio* talar om det frivilliga samlaget som ett alternativt händelseförlopp till den åtalade gärningen.⁹⁰⁹ I förevarande kapitel behandlar jag *domstolarnas diskurser* i prövningen av de gränsdragande rekvisiten och tar *inte* upp huruvida dessa relaterar till försvarets invändningar.

I diskursen om offrets passiva viljeuttryck var offrets *förmåga att uppfatta* förövarens beteende respektive *förmåga att värja sig* mot detta mycket central. I följande formuleringar prövade domstolen om målsäganden befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd:⁹¹⁰

908. H VS, B 451/99, TR-domen, s. 11, mina kursiveringar.

909. Se artiklarna Andersson (2001a) och (2001b). 1998 års sexualbrottskommitté utförde en undersökning av tingsrättspraxis i bland annat våldtäktsmål. Här förekom denna typ av invändning från den tilltalade i endast 8 av de 122 undersökta våldtäktsfallen, SOU 2001:14, bilaga 2, s. 633-634.

910. För en redogörelse av begreppet hjälplöst tillstånd, se kapitel 2 under ”De gränsdragande rekvisiten”.

Det är klarlagt att [den tilltalade] har haft⁹¹¹ samlag – dvs. sexuellt umgänge – med [målsäganden] [...] hon var så påverkad av alkohol att hon inte *uppfattade* [den tilltalades] sexuella handling. [...] hennes *oförmögenhet* i detta avseende var så djupgående att hon skall anses ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd⁹¹².

I centrum för domstolens resonemang stod således målsägandens *förmåga att uppfatta* den sexuella handlingen som utfördes av den tilltalade. Då denna förmåga enligt domstolen saknades blev bedömningen av offrets förmåga *att motsätta sig* en handling inte aktuell, en bedömning som där- emot blev tydlig i följande citat:

ger den utredning som finns tillgänglig om [målsägandens] psykiska status i sig inte stöd åt antagandet att hon på grund av sin psykiska störning saknade *förmåga att motsätta sig* samlag med [den tilltalade].⁹¹³

Även om det kan hållas för visst att [målsägandens] reaktionsförmåga och *hans möjligheter att värja sig* var nedsatt på grund av hans alkoholförtäring, kan denna passivitet inte tas till intäkt för att han var så berusad att han enbart av den anledningen var *oförmögen att motsätta sig* [den tilltalades] handlande. Och inte heller i övrigt är det visat att han när han hade vaknat befann sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd och därmed var *oförmögen att fatta vad som hände* och att *bjuda motstånd*⁹¹⁴.

Offrets förmåga att värja sig utgjorde som synes en väsentlig och självklar del av diskursen.

När domstolarna granskade och bedömde de olika viljeuttrycken i denna diskurs gjordes det vidare utifrån en förutsättning om att ett *frivilligt* samlag eller annan sexualhandling utgör gränsen för icke-övergrepp. Offrets frivillighet användes för att skilja ut de handlingar som skulle bedömas som övergrepp i rättslig mening.

I ett fall konstaterade domstolen att

[d]et framstår som uteslutet att det rört sig om *frivilligt* samlag och sexuellt umgänge från målsägandens sida. Det framgår istället att målsäganden på grund av [den ena tilltalades] hot ansåg sig tvungen att ha sex med [den andra tilltalade].⁹¹⁵

911. Genom denna formulering produceras den aktive förövaren. Se vidare nedan i analysen.

912. H Svea, B 6650/99, s. 4-5, min kursivering.

913. H Göta, B 881/99, s. 9, min kursivering.

914. H Göta, B 969/98, TR-domen, s. 9, min kursivering.

915. H S&B, B 1059/98, s. 12, min kursivering.

Domstolen jämförde här den åtalade händelsen med ett *frivilligt* samlag. Tvånget, i det här fallet hotet, ansågs bevisat eftersom domstolen bedömde det vara uteslutet att samlag skett frivilligt. Uppenbarligen var den *uteslutna frivilligheten* något som domstolen fann nödvändigt att inkludera i den gränsdragande diskursen. Det var uppenbarligen inte tillräckligt att bedöma själva hotet, som utgör den straffrättsliga gränsmarkören, i detta fall som rörde våldtäkt.

Att frivilligheten ansågs kunna förekomma även när ett samlag skedde mot personens önskan framgår av följande :

[A]v utredningen framgår att [målsäganden] och [den tilltalade] även under den tid de levit isär haft ett flertal samlag efter att [den tilltalade] "tjatar" och "övertalar" henne att "ställa upp" samt att hon uppfattat dem som *frivilliga* även om samlagen skett mot hennes önskan [...] [det är] inte uteslutet att det med åtalet avsedda tillfället skulle kunna vara ett försök till ett *sådant* samlag⁹¹⁶.

I domstolens ögon var det här inte fråga om en våldtäkt eftersom det inte kunde uteslutas att den aktuella händelsen var *frivillig*.

Frivilligheten användes också när domstolen skulle bedöma förövarens uppsåt till gärningen och man kunde då tala om att den tilltalade insett "att [målsäganden] *inte frivilligt* gått med på att ha samlag med honom"⁹¹⁷ eller att "[den tilltalade] måste ha insett att det sätt på vilket han närmade sig [målsäganden] knappast skulle ha efterföljts av en spontan eller *frivillig* invit."⁹¹⁸

Domstolarna tog också upp målsägandens *vilja* i förhållande till händelsen. Målsägandens ovillighet användes å ena sidan i diskursen vid bedömningen av gärningen som sådan, så som i följande formuleringar: "[D]e påstådda sexuella handlingarna har ägt rum och att de har utförts *mot [målsägandens] vilja*"⁹¹⁹ och "[D]et förekom inslag som skedde *mot hennes vilja*."⁹²⁰ Å andra sidan förde domstolarna in målsägandens vilja i argumentationen när den diskuterade den tilltalades uppsåt: "[D]et måste ha stått klart för [den tilltalade] att [målsäganden] vid tillfället *inte ville* vara med om ett samlag."⁹²¹

916. H Göta, B 703/98, s. 4, mina kursiveringar.

917. H S&B, B 1275/98, s. 11 i TR-domen, min kursivering.

918. Se H Svea, B 153/99, s. 6 i TR-domen, min kursivering.

919. H Göta, B 969/98, s. 6, min kursivering.

920. H Göta, B 623/98, s. 5, min kursivering.

921. H Göta, B 1005/98, s. 5, min kursivering.

Ytterligare ett citat får illustrera detta resonemang:

Det är alltså inte utrett att [...] han i detta skede skulle ha *insett att* [målsäganden] var *ovillig* att ha samlag med honom [...] inte visat att [den tilltalade] tilltvingat sig, eller försökt tilltvinga sig, sexuellt umgänge med [målsäganden] *med insikt om* att det skedde *mot hennes vilja*.⁹²²

3.5.3.3 Teknisk bevisning

Den andra huvuddiskursen rörde den *tekniska bevisningen*,⁹²³ en diskurs som i många fall även relaterades till målsägandens utsaga. Domstolarna talade här främst om bevisning som härrörde från *tekniska undersökningar* av olika slag, exempelvis rörande den tilltalades sperma eller fingeravtryck, uppgifter från *rättsmedicinska undersökningar* eller andra läkarintyg, om skador eller dylikt, samt *vittnesuppgifter* som innehöll information om målsägandens reaktioner på övergreppet eller liknande omständigheter. Det var främst för att styrka sexualhandlingen som bevisning från tekniska undersökningar användes i dessa mål. Som kommer att visas nedan hade den även betydelse – främst som stödbevisning – för de gränsdragande rekvisiten.

DNA-bevisning rörande den tilltalades sperma hade en framträdande plats i denna diskurs. Som redan nämnts kunde prövningen av de gränsdragande rekvisiten inte alltid skiljas från den bedömning som gällde sexualhandlingen. Av följande formuleringar framkom till exempel att domstolen gjorde en sådan helhetsbedömning. Den ansåg det här vara

utrett att [den tilltalade] tvingat till sig samlag med [målsäganden] och fäst(e) härvid särskild vikt vid det förhållandet att hans *sperma* påträffats i [målsägandens] trosor.⁹²⁴

922. H Göta, B 246/99, s. 5 och 6, min kursivering.

923. Här ingår både teknisk och övrig bevisning. Med teknisk bevisning avser jag intyg från Statens kriminaltekniska laboratorium (SKL) avseende DNA-prov från sperma, hudavskrap eller liknande samt övrig kriminalteknisk utredning avseende fingeravtryck eller dylikt. Uttrycket övrig bevisning åsyftar rättsintyg från undersökande läkare eller uppgifter från rättsmedicinsk undersökning samt vittnesuppgifter från anhöriga, behandlande läkare, psykolog eller motsvarande.

924. H, S&B, B 1089/99, s. 5, min kursivering.

Förekomsten av sperma, som regelmässigt användes i dessa mål för att styrka rekvisitet avseende sexualhandlingen, tycktes här även inverka på tvångsbedömningen, ett resonemang som kommer att analyseras nedan.⁹²⁵

En helhetsprövning gjordes också i följande citat, som visar att det inte var ovanligt att den tekniska diskursen fungerade som en komplettering till målsägandens uppgifter:

De av [målsäganden] lämnade uppgifterna om att [den tilltalade] varit i hennes lägenhet styrks också av de uppgifter [den tilltalade] lämnat och de styrks av den omständigheten att hans *fingeravtryck* återfunnits på ett vinglas han lämnat kvar i [målsägandens] lägenhet. [Målsägandens] uppgifter om att samlag förekommit bekräftas av att den *sperma* som påträffats i prov tagna från [målsäganden] kommer från den [tilltalade].⁹²⁶

Den tekniska bevisningen ansågs också ge stöd åt målsägandens uppgifter i följande citat:

[Målsägandens] berättelse vinner *stöd av rättsintyget*, såvitt avser blåmärkena på höger överarm och låren samt skadorna i underlivet, vilket helt motsäger [den tilltalades] uppgifter om att den sexuella samvaron varit frivillig och att [målsäganden] varit upphetsad under denna.⁹²⁷

[Målsägandens] uppgifter *stöds* vidare av den *medicinska utredningen* av vilken framgår att hon hade skador som är väl förenliga med det våld som [den tilltalade] skulle ha utsatt henne för; av utlåtandet över den *rättsmedicinska undersökningen* av henne [...] framgår att hon företedde punktformiga blodutådringar i ögonens bindehinnor, blå- och rödprickiga blodutådringar på halsen och bälens framsida samt blåmärken på ryggen och vänstra överarmen.⁹²⁸

Även resultatet av den *rättsmedicinska undersökningen* av [den tilltalade] samma dag ger *stöd* åt [målsägandens] uppgifter angående det motstånd hon gjorde mot [den tilltalade]; enligt utlåtandet uppvisade [den tilltalade] blåmärken på bröst-korgens framsida, svullnad och överhudsavskrapning ovan vänstra örat och strimformiga överhudsavskrapningar på halsen.⁹²⁹

För hennes berättelse *talas* också i betydande mån de skador som, enligt åberopat *rättsintyg*, påvisats vid läkarundersökningen ett dygn senare samt att den undersökande läkaren vid detta tillfälle funnit levande sperma i hennes vagina.[...] Därtill

925. Se även fallet NJA 1996 s. 176 som tas upp i avsnitt 2.5.4.

926. H S&B, B 22/99, s. 6 i TR-domen, mina kursiveringar.

927. H V, B 451/99, TR-domen, s. 10, min kursivering.

928. H Svea, B 3421/99, TR-domen, s. 13, min kursivering.

929. H Svea, B 3421/99, TR-domen, s. 13, min kursivering.

kommer att de skador [den tilltalade] hade, framför allt på näsvingen och vänstra sätespartiet, talar för att hon som hon uppgivit satt sig till motvärn medan [den tilltalades] förklaring till uppkomsten av dessa skador förefaller vara en efterhandskonstruktion.⁹³⁰

[Vittnena], som i sitt arbete kommer i kontakt med chockade människor, har berättat att [målsäganden] tidigt på morgonen [...] var upprörd och befann sig i ett chockstillstånd. Vidare uppgav [målsäganden] för [vittnena] att hon blivit våldtagen av en man som lurat sig in i hennes lägenhet. Dessa vittnesuppgifter stöder starkt [målsägandens] berättelse, att hon skulle ha lyckats förstålla sig för vittnena förefaller enligt tingsrättens mening högst osannolikt.⁹³¹

I vissa fall talade domstolen om *avsaknad av stöd* i den tekniska bevisningen:

Av än större betydelse är hur målsägandens uppgifter *förhåller sig till den tekniska bevisningen*. Samma dag som den åtalade gärningen skall ha ägt rum har målsäganden genomgått en *rättsmedicinsk undersökning*. Han har därvid *inte företett skador av något slag*. Målsägandens liksom [den tilltalades] kläder har också undersökts *utan att man funnit spår av skador* eller nedsmutsning. Med hänsyn till målsägandens uppgifter bland annat om hur han dragits in i skogspartiet av [den tilltalade] och hur denna före och under samlaget tryckt hans kropp och händer mot marken – allt under det att han enligt egen uppgift gjorde motstånd och försökte komma loss – framstår det som anmärkningsvärt att den påstådda våldsutövningen från [den tilltalades] sida *inte avsatt några som helst spår på målsägandens kropp eller kläder*. Vidare kan noteras att målsägandens uppgift i hovrätten att han och [den tilltalade] ramlat med mopeden och mopeden mer eller mindre släpats av gångvägen *inte styrks av några fynd*.⁹³²

Domstolen uppställde här närmast ett krav på att målsägandens uppgifter skulle stödjas av den tekniska bevisningen. Några krav på att muntliga uppgifter, om exempelvis knuffande och släpande, skall stödjas genom bevisning om skador eller dylikt finns dock inte.⁹³³

930. H Svea, B 1923/99, TR-domen, s. 11, min kursivering.

931. H Svea, B 3421/99, TR-domen, s. 12, min kursivering.

932. H Göta, B 311/99, s. 4, min kursivering.

933. Detta följer av den grundläggande processuella principen om fri bevisprövning och fri bevisvärdering. Mer specifikt för dessa brott återfinns ett uttalande i fallet NJA 1991 s. 83, s. 98, om att det inte krävs ytterligare bevisning utöver målsägandens utsaga, för att någon skall kunna fällas till ansvar för denna typ av brott. Samma höga beviskrav som i övriga brottmål skall dock gälla.

3.5.3.4 Handlingens sexuella karaktär

I de domar som rörde sexuellt ofredande, återfanns en diskurs som fokuserade den aktuella handlingens *sexuella karaktär*. Vid bedömningen av om en handling inneburit *sexuellt ofredande*, utgörs ett av de gränsdragande rekvisiten avseende brott mot vuxen av formuleringen att någon på ett ”uppenbart sedlighetssårande sätt uppträtt anstötligt”.⁹³⁴ I dessa diskurser betonades om handlandet eller yttrandet framstod som *sexuellt*: ”Med beaktande av [...] den påtagliga *sexuella karaktären* hos yttranden”,⁹³⁵ ”har antastandet av [målsäganden] varit av *sexuell karaktär* av så utpräglad grad”.⁹³⁶

Att en central del av denna diskurs var hur *sexuell(t)* handlingen eller yttrandet ansågs i domstolarnas ögon framgick också av följande citat:

Tingsrätten finner det således styrkt att [den tilltalade] framfört förslag och kommentarer kring hennes utseende av klart *sexuell innebörd*. Han har även berört henne på ett sätt som har klart *sexuell innebörd*.⁹³⁷

Av deras uppgifter är också klarlagt att handlingarna haft en *sexuell innebörd* och att [målsägandena] tagit illa vid sig av [den tilltalades] uppträdande. Hans angrepp kan emellertid inte ur sedlighetssynpunkt anses som så utpräglat anstötligt som förutsätts för att ansvar för sexuellt ofredande skall komma i fråga.⁹³⁸

Uppenbart är att [målsäganden] tagit illa vid sig och känt sig förnedrad av [den tilltalades] handlande. Det är också klart att det sätt på vilket [den tilltalade] uppträtt har haft en *sexuell* anspelning. Oaktat detta kan hans uppträdande enligt hovrättens mening inte anses ha varit sedlighetssårande i sådan grad som förutsätts för ansvar för sexuellt ofredande.⁹³⁹

Att en person måste tåla en viss grad av ett sådant beteende tydliggjordes av följande uttalande:

Yttrandena och handlandena har med råge *överstigit gränserna* för vad [målsäganden] kan haft att räkna med eller haft att finna sig i, även med beaktande av att hon varit medveten om att den [tilltalade] var berusad.⁹⁴⁰

934. Denna formulering återfinns i BrB 6:7 tredje stycket.

935. Se H S&B, B 68/99, s. 4-5 i TR-domen, min kursivering.

936. Se H S&B, B 410/99, s. 5, min kursivering.

937. Se H Göta, B 397/99, s. 7 i TR-domen, min kursivering.

938. H VS, B 634/98, s. 2, min kursivering.

939. H ÖN, B 138/98, s. 4, mina kursiveringar.

940. H Göta, B 397/99, s. 7 i TR-domen, min kursivering.

På vilket sätt eller varför handlingen respektive yttrandet var sexuell(t) togs inte upp explicit i diskurserna. Det kan därför vara intressant att närmare granska några handlingar respektive yttranden som ansågs ha sådan *sexuell karaktär eller innebörd*.

Följande exempel ansågs, trots att de bedömdes ha *sexuell* anspelning respektive innebörd, *inte* vara sedlighetssårande i sådan grad som krävs för ansvar för sexuellt ofredande:

- Den tilltalade trängde upp målsäganden mot en svängdörr samtidigt som han hårt tryckte sina händer mot hennes skinkor.⁹⁴¹
- Den tilltalade smekte målsäganden på kinden, kysste henne ett flertal gånger i ansiktet och på halsen och tog henne på ena bröstet och ena låret.⁹⁴²

I ett annat sådant fall talade domstolen om en gärning som inneburit att den tilltalade ”nypt [målsäganden] högt upp på lårens insida vid ett tiotal tillfällen och sagt att ”det ändå var det enda nyp hon skulle få” samt att han under samma tid vid upprepade tillfällen fällt yttranden med en sexuell innebörd, nämligen ”portionsluder”, ”luder” och ”hora”.⁹⁴³ I bedömningen av om detta handlande skulle anses sedlighetssårande uttalade domstolen: ”Även om det sålunda fanns *sexuella inslag* i [den tilltalades] handlande finner tingsrätten att detta snarast förekommit för att skärpa den rent trakasserande effekten av vad som sades. Handlandet kan därför inte anses som sedlighetssårande”.⁹⁴⁴

Följande handlingar ansågs å andra sidan både ha *sexuell* karaktär (innebörd) och vara tillräckligt sedlighetssårande för att bedömas som sexuellt ofredande:

- Den tilltalade frågade hur målsäganden trodde det skulle vara att ligga med en man som han, lade sin hand på hennes lår, frågade om hon ville ligga med honom i bilens baksäte och yttrade att hon hade så fina ”tuttar” samt att han ännu inte blivit dömd för våldtäkt, vilket han kunde bli nu.⁹⁴⁵

941. Se H ÖN, B 138/98. Handlingen bedömdes som ofredande enligt BrB 4:7.

942. Se H VS, B 634/98, s. 2 samt TR-domen, s. 10. Handlingen bedömdes som ofredande enligt BrB 4:7.

943. H VS, B 37/99, s. 4 samt s. 4 och 11, TR-domen.

944. H VS, B 37/99, TR-domen, s. 4 och 11. Handlingen bedömdes som ofredande enligt BrB 4:7.

- Den tilltalade smekte målsäganden längs låret i riktning mot skrevet och klämde till mellan benen.⁹⁴⁶
- Efter att olovligen ha gjort intrång i målsägandens bostad uttalade den tilltalade flera gånger ”jag vet att du vill ha mig” samt att han var ”tänd på” henne.⁹⁴⁷

I det andra kapitlet har jag redovisat innebörden av vad som i gällande rätt är att anse som sedlighetssårande enligt bestämmelsen om sexuellt ofredande och i det fjärde kapitlet analyseras *sedlighetsdiskursen* i gällande rätt.

3.5.3.5 *Atypiska diskurser*

Förevarande avsnitt tar upp de diskurser som förekom i mer begränsad omfattning eller diskurser som helt motsade huvuddiskurserna.⁹⁴⁸ Som jag visat ovan handlade de mest framträdande diskurserna i hovrätternas prövning av de gränsdragande rekvisiten om offrets viljeuttryck. Domstolarna talade om hur *offret* uttryckte sin vilja.

I hovrättsmaterialet förekom även att domstolen vände på detta resonemang och bedömde den *tilltalades beteende* i förhållande till offrets vilja:

Han har vidare kraftfullt och dominerande beordrat [målsäganden] att agera på olika sätt *utan att efterhöra hennes vilja* eller bry sig om hennes ifrågasättande. Det är mot den bakgrunden förklarligt att [målsäganden] inte gjorde något motstånd och inte protesterade förrän i slutskedet.⁹⁴⁹

Visserligen diskuterade domstolen även i detta fall målsägandens motstånd och sökte en förklaring till frånvaron av hennes motstånd. Icke de-

945. Se H Göta, B 397/99, TR-domen, s. 3.

946. Se H S&B, B 410/99.

947. Se H S&B, B 68/99. Utöver den påtagliga sexuella karaktären hos yttrandena beaktades här även under vilka förhållanden yttrandena hade gjorts.

948. I något enstaka fall rörde den avgörande prövningen själva utpekandet av gärningsmannen och någon övrig uttalad prövning förekom inte, se till exempel H Svea B 3843/99.

949. H Svea, B 2745/98, s. 6-7, min kursivering.

sto mindre uppmärksammade domstolen faktiskt den tilltalades beteende i *förhållande* till målsägandens vilja och motstånd.

En form av ”motdiskurs” var det också fråga om i följande fall där domstolen vid prövningen av om en handling hade varit ”uppenbart sedlighetsssärande” talade om den *tilltalades* beteende:

Att den *tilltalade* velat inleda ett sexuellt förhållande med [målsäganden] är uppenbart. Hans närmande har mot bakgrund av frånvaron av närmare kontakt dem emellan varit inte så lite burdust. Han *har inte närmare undersökt eller gjort klart för sig vilken inställning* [målsäganden] kan ha haft gentemot honom. Objektivt skall [den tilltalades] uppträdande bedömas som sexuellt ofredande.⁹⁵⁰

Istället för att diskutera målsägandens beteende respektive icke-beteende, gick domstolen i detta fall in på den tilltalades *bristande* undersökning av *målsägandens inställning*. Jag diskuterar detta vidare i analysen nedan.

I vissa fall förekom också vad man skulle kunna kalla en diskurs om *förövarens våld*. Här diskuterade domstolarna våldet eller motsvarande rekvisit direkt och uttalat. I de flesta fall nämndes dock våldet i anknytning till målsägandens uppgifter eller beteende, det vill säga i *själva viljediskursen*:

Med hänsyn till hur [målsäganden] agerade vid tillfället måste det ha stått klart för [den tilltalade] att [målsäganden] inte ville ha samlag. Han har trots det fortsatt att förgräpa sig på henne och har genom att hålla fast hennes armar och slå henne fullbordat samlaget. Det är således utrett att [den tilltalade] vid det angivna tillfället *tillvingat sig* samlag med [målsäganden] *medelst våld och hot* som för [henne] framstått som trängande fara.⁹⁵¹

[Målsäganden] har i och för sig hävdat att [den tilltalade] utnyttjade situationen och passade på att klä av henne medan hon låg på marken. Detta kan emellertid inte anses innefatta någon sådan *användning av våld* som föranleder ansvar för våldtäkt. Av [målsägandens] uppgifter i hovrätten framgår inte heller att hon i detta skede gjorde klart för [den tilltalade] att hon inte gick med på hans närmanden.

[Målsäganden] har som skäl för sin passivitet angett att hon var rädd för att den fysiskt överlägsne [tilltalade] skulle slå henne om hon gjorde motstånd, och hon har förklarat sin rädsla med att hon visste att han kunde vara våldsam.⁹⁵²

950. H Svea, B 2130/97, TR-domen, s. 43, mina kursiveringar.

951. H VS, B 566/98, s. 17, mina kursiveringar.

952. H VS, B 824/98, s. 4, mina kursiveringar.

[Målsägandens] uppgifter stöds vidare av den medicinska utredningen av vilken framgår att hon hade skador som är väl förenliga med *det våld som [den tilltalade] skulle ha utsatt henne för*.⁹⁵³

Härtill kommer att [den tilltalade] förstärkt hoten genom sitt tal om kniv när [målsäganden] gjort motstånd. Det är uppenbart att hans avsikt varit att skrämma [målsäganden] till passivitet vilket han också lyckats med. *Våldet mot henne* har varit begränsat men ändå tillräckligt i straffbestämmelsens mening.⁹⁵⁴

Som vi kan se behandlas våldet här i samband med domstolens kommentarer om målsägandens viljeuttryck eller andra uppgifter från målsäganden.

3.5.3.6 *Analys*

Introduktion

I hovrätternas diskurser om de gränsdragande rekvisen var *offrets vilja* central. En outtalad premis för dessa diskurser tycks vara ett subjekt som har *förmåga att uttrycka sin vilja* och som också gör det. Domstolarna granskade här hur offret uttryckte sin vilja och talade om hur hon eller han protesterat genom att ropa på hjälp eller bjuda fysiskt motstånd. På så sätt producerades en *skyldighet* för detta subjekt – *rättsskyddssubjektet* – att uttrycka sin vilja, verbalt eller genom handling. Under vissa omständigheter tonades denna skyldighet ned och diskursen handlade istället om att ”det var uppenbart att offret inte frivilligt” deltagit i det inträffade eller att offret saknade ”förmåga att värja sig” gentemot förövarens handlande.

Domstolarna tycktes närmast argumentera utifrån offrets vilja som gränsdragande rekvise i de olika brotten. De olika brottsdefinitionerna, däremot, tar som ovan visats sikte på förövarens tvång eller någon annan form av utnyttjande. Offrets viljeuttryck betonades även till viss del i diskursen om den tekniska bevisningen respektive den sexuella karaktären. Nedan analyserar jag hur dessa diskurser producerade rättsskyddssubjektets *kropp, sexualitet* och *kön*.

953. H Svea, B 3421/99, TR-domen, s. 13, min kursivering.

954. H VS, B 451/99, TR-domen, s. 11, min kursivering.

Producerande diskurser

Med de utgångspunkter som redovisats i inledningen producerade diskurserna om de gränsdragande rekvisiten ett visst rättsskyddssubjekt. Domstolarna bedömde i första hand offrets uppgifter och beteende i prövningen av tvånget, istället för att lägga vikt vid förövarens beteende i förhållande till offret. Relevansen av offrets vilja togs för givet i diskurserna. Utifrån outtalade premisser inkluderade domstolarna vissa delar av händelseförloppet i diskursen samtidigt som andra exkluderades. Detta producerade rättsskyddssubjektet på särskilda sätt.

Rättsskyddssubjektets diskursiva kropp

Den kroppsliga integriteten är en central aspekt av det utsatta subjektets rättsskydd. I förarbetena finns diskussioner om våldtäkt där explicita hänsynstaganden till offrets kropp görs, exempelvis vid bedömningen av hur grov kränkning en handling skall anses vara.⁹⁵⁵

Ovan har jag visat att den mest centrala diskursen i hovrätternas prövning av de gränsdragande rekvisiten handlade om offrets viljeuttryck. Domstolarna diskuterade inte detta och motiverade inte heller varför offrets vilja var central. Det framstod därför som självklart att offrets vilja skulle bedömas och inkluderas i prövningen av förövarens tvång. Jag argumenterar för att denna diskurs producerade en öppen – gränslös – kropp hos rättsskyddssubjektet, trots att offrets kropp sällan nämndes uttryckligen i dessa diskurser.

I *viljediskursen* togs för givet att *det subjekt som utsätts* för övergrepp bär ansvar för att uttrycka sin vilja i förhållande till det aktuella händelseförloppet. Som visats talade domstolarna exempelvis om att offret borde ha kunnat ropa på hjälp eller ta sig från platsen. I bedömningarna av offrets sätt att uttrycka sin vilja framkom vidare att det var av central betydelse hur offret uttryckte sin vilja samt att förövaren kunnat uppfatta detta. Huruvida förövaren på eget initiativ tagit redan på offrets vilja saknade helt betydelse i diskursen.⁹⁵⁶

Hur framstår då det utsatta subjektets *kropp* i denna diskurs? Jag anser att viljediskursen producerade rättsskyddssubjektet kropp som öppen⁹⁵⁷

955. Se kapitel 2 under "Sexualhandlingar" samt kapitel 4.

956. Se dock nedan under "Motbilder".

957. Jämför Solheim (2001), s. 9-28.

och gränslös.⁹⁵⁸ Kroppen producerades öppen i den bemärkelsen att den framstod som tillgänglig för utomstående om inte rättsskyddssubjektet protesterat, gjort motstånd eller andra omständigheter kunde konstateras som motsade frivillighet. Det väsentliga i domstolarnas bedömningar var följaktligen hur *offret själv* på olika sätt avgränsade sin kropp. Genom att domstolarna å ena sidan *inkluderade* offrets protest, motstånd och frivillighet i diskursen och å andra sidan *exkluderade* huruvida förövaren förhållit sig till offrets vilja, producerades en öppen kropp hos rättsskyddssubjektet.⁹⁵⁹

I diskursen om den *tekniska bevisningen* talade domstolarna, till skillnad från i viljediskursen, till viss del uttalat om offrets kropp eftersom en del av den bevisning som diskuterades och bedömdes rörde offrets kroppsliga skador. Den "diskursiva kroppen" handlade så att säga till viss del om den "materiella kroppen".⁹⁶⁰

I den del av diskursen som rörde förekomsten av sperma eller annan rent teknisk bevisning producerades rättssubjektets kropp som *frånvarande* i hög grad. Domstolarnas diskurser kunde här snarare kopplas till förövarens kropp.⁹⁶¹

När resonemangen rörde uppgifter från rättsintyg eller rättsmedicinska undersökningar avseende offrets fysiska status, blev det utsatta subjektet åter synligt. Här producerades offrets kropp utifrån en fysisk nivå av skador och liknande omständigheter. Domstolarnas diskussioner och bedömningar rörande den kroppsliga bevisningen relaterades dock i stor utsträckning till offrets viljeuttryck. De "kroppsliga uttrycken" från offret sattes i relation till hans eller hennes beteende och muntliga uppgifter. Rättsskyddssubjektets kropp framstod som tillgänglig om inte skador, blåmärken, rivmärken eller liknande kunde styrka det påstådda tvånget. På samma sätt som i viljediskursen producerades således kroppen här som öppen och gränslös, i denna del av den tekniska diskursen.

Diskursen om handlingens *sexuella karaktär* återfanns som nämnts ovan i de prövningar som rörde sexuellt ofredande. De händelser som prövades gällde både fysiska handlingar och verbala yttranden. Den sexualhandling som prövades innebar därmed inte alltid kontakt med off-

958. Jämför Naffine (1997).

959. Se dock domen i H Svea, B 2745/98.

960. Se om subjektets tre olika nivåer i avsnitt 1.3.4.

961. Detta tas även upp i kapitel 4.

rets kropp. Rättsskyddssubjektets kropp var således inte alltid närvarande i diskursen. Det framkom dock i vissa fall att hon eller han fick tåla en viss grad av ofrivillig beröring eller benämning även om domstolen bedömde den som sexuell.⁹⁶² Följaktligen fanns även i denna diskurs spår av rättsskyddssubjektets öppna kropp. Vad som ytterligare framkommer i denna diskurs är att kroppen verkligen producerades som öppen i förhållande till handlingar och yttranden som i domstolarnas ögon ansågs vara sexuella. Även om förövarens beteende var av utpräglad sexuell karaktär i domstolens ögon, innebar detta inte med säkerhet att ett sexuellt ofredande ansågs föreligga. Det avgörande var i många fall om handlingen kunde anses sedlighetssårande, vilket också är ett av de gränsdragande rekvisiten enligt lagtexten. Sexualiteten har historiskt sett också varit en del av den så kallade sedligheten, moralen, när det gäller den straffrättsliga regleringen på området. Rättsskyddet för det enskilda subjektet var i så måtto beroende av vad som ansågs såra den allmänna ordningen eller anständigheten.

Rättsskyddssubjektets diskursiva sexualitet

Sett i ett förenklat historiskt perspektiv har den straffrättsliga regleringen avseende sexuella övergrepp flyttat fokus från egendom, våld och ordning till sexualitet.⁹⁶³ I den senaste utredningen om sexualbrotten betonas, indirekt visserligen, sexualiteten som det bärande skyddsintresset.⁹⁶⁴ Det förs dock inte några resonemang om sexualitetens betydelse för utformningen eller tillämpningen av de aktuella bestämmelserna och detta har heller inte gjorts tidigare i någon större utsträckning.⁹⁶⁵

Jag menar att *viljediskurserna* om offrets protest, motstånd och frivillighet producerade rättsskyddssubjektets sexualitet som *passiv* och *tillgänglig*.

Den person som utsattes för ett övergrepp gavs i *diskursen* endast möjligheten att *reagera* på förövarens sexuella handling. *Diskursen inkluderade* offrets protest, motstånd och frivillighet samtidigt som den *exkluderade* att ta i beaktande omständigheter som kunde tyda på bristande

962. Se ovan under "Handlingens sexuella karaktär".

963. Se i kapitel 2 under "Rättshistorisk bakgrund" för en mer utförlig beskrivning av den rättshistoriska utvecklingen på området.

964. Se betänkandet av 1998 års Sexualbrottskommitté, SOU 2001:14, s. 108 ff.

965. Se dock diskussionen i SOU 1982:61, till exempel s. 31 ff.

sexuell *aktivitet från offrets* sida. Offret betraktades som passivt i sexuellt hänseende och förväntades endast bejaka eller avvisa *förövarens aktivitet*. Annorlunda hade det varit om domstolarna istället hade tittat på *uttryck för offrets bristande sexuella aktivitet*. Detta hade producerat rättsskydds-subjektets sexualitet som aktiv. Så länge som offrets protest, motstånd eller ofrivillighet inte kunde konstateras kunde hon eller han nu istället tas i anspråk sexuellt. Dessa diskurser producerade rättsskydds-subjektets sexualitet som passiv och tillgänglig.

Att den kvinnliga sexualiteten är passiv ingår i normen för heterosexu- alitet, något som framgår explicit av det ovan nämnda fallet där dom- stolen menar att målsäganden inte *gav efter* på grund av sin rädsla för den tilltalade.⁹⁶⁶ Domstolens resonemang producerade här en passiv⁹⁶⁷ sexu- alitet hos rättsskydds-subjektet som förmodades ge efter av annan anled- ning än den rädsla hon själv angett. Eftersom händelsen på grund av det- ta inte kom att betraktas som våldtäkt och istället som en ömsesidig och frivillig sexuell relation, producerades på ett tydligt sätt sexualiteten med en aktiv förövare som tar initiativ och ett passivt offer, som ger efter.

Den passiva sexualiteten hos rättsskydds-subjektet producerades också mer uttalat i ett annat fall som redovisats ovan. Här framkom att den till- talade "har haft samlag med" målsäganden.⁹⁶⁸ Båda var berusade men det var den tilltalade som ansågs *ha haft* samlag med målsäganden. Ansvars- subjektet producerades som *aktiv* och rättsskydds-subjektet som *passiv*.⁹⁶⁹

Som nämnts hade bevisning om den tilltalades sperma en framträdan- de plats i domstolarnas diskurser om den *tekniska bevisningen*. Det fram- stod här som uppenbart att förekomsten av sperma från den tilltala- des tvång. Bevisningen avseende sperman, som sannolikt på grund av sitt tydliga uttryck för manlig sexualitet självklart ansågs styrka sexualhand- lingen, kom även att betraktas som ett starkt, konkret stöd för tvångs- handlingen.⁹⁷⁰ I denna del av diskursen producerades rättsskydds-subjek- tets sexualitet som frånvarande och betydelselös medan sexualiteten hos den tilltalade, ansvarssubjektet, producerades närvarande och relevant.

966. Se ovan under "Offrets viljeuttryck".

967. Se avsnitt "Rättsskydds-subjektets diskursiva kön" nedan.

968. Se ovan under "Offrets viljeuttryck".

969. Se även kapitel 4.

970. Jämför Andersson (2001b).

I de delar av diskursen som gällde uppgifter från rättsmedicinska undersökningar och andra läkarintyg relaterades domstolarnas bedömningar som nämnts i många fall till offrets vilja. Diskursen tog här upp om den tekniska bevisningen kunde stödja uppgifter gällande motstånd eller andra omständigheter som talade mot frivillighet. I något fall uppställdes som visats närmast ett krav på sådan stödbevisning.⁹⁷¹ Sexualiteten kom därmed att produceras som passiv och tillgänglig. Vissa undantag förekom.

I ett fall nämner domstolen att rättsintygets uppgifter om skador i målsägandens underliv motsäger den tilltalades uppgifter om att den sexuella samvaron varit frivillig och att målsäganden varit upphetsad.⁹⁷² Här produceras rättsskyddssubjektets sexualitet som synlig och i det närmaste *aktiv* och *mer otillgänglig* än vi har sett ovan i avsnittet om viljediskursen. Jag tolkar rättsskyddssubjektets sexualitet som mer aktiv här på grund av att domstolen tar med i beräkningen att det utsatta subjektet *skulle kunna vara sexuellt upphetsat* och att denna upphetsning faktiskt görs till ett krav för rättsskyddssubjektets deltagande i den sexuella aktiviteten. De aktuella skadorna i offrets underliv motsäger upphetsning och frivillighet. Offrets potentiella sexuella *aktivitet* blir här avgörande i domstolens argumentation.

När diskursen rörde bedömningar av olika vittnesuppgifter framstod rättsskyddssubjektets sexualitet som i hög grad frånvarande. Här handlade domstolens diskussioner i första hand om de reaktioner som offret uppvisade efter övergreppet.

Att den aktuella handlingen eller yttrandet var av *sexuell karaktär* eller hade en *sexuell* innebörd var centralt i denna diskurs. Även om förövarens beteende var av utpräglad sexuell karaktär i domstolens ögon innebär detta inte alltid att ett sexuellt ofredande ansågs föreligga. Det avgörande var i många fall om handlingen kunde anses sedlighetssårande, vilket också är ett av de gränsdragande rekvisiten enligt lagtexten. I den äldre straffrättsliga regleringen på området har som nämnts sexualiteten varit en del av den så kallade sedligheten eller moralen. Vad som numera skall anses sedlighetssårande analyseras i det andra kapitlet.

Det framkommer dock i vissa fall att rättsskyddssubjektet *fick råla* en viss grad av ofrivillig beröring eller benämning även om domstolen ansåg

971. Se ovan under "Teknisk bevisning".

972. Se ovan under "Teknisk bevisning".

den vara sexuell.⁹⁷³ Följaktligen producerades sexualiteten här mer uttalat som *passiv* och *tillgänglig* eftersom domstolarna faktiskt talade om sexuella handlingar och yttranden.

Rättsskyddssubjektets diskursiva kön

De diskurser som nu analyserats producerade enligt min mening ett rättsskyddssubjekt med en *bekönad* kropp och sexualitet. Genom att framför allt offrets viljeuttryck *inkluderades* i diskursen, som gränsmärker för övergrepp, medan förövarens handlande i huvudsak *exkluderades*, producerades det utsatta subjektets *öppna, gränslösa kropp* och *passiva, tillgängliga sexualitet*. I diskurserna om den öppna kroppen och den passiva sexualiteten könskodades rättsskyddssubjektets *kön* som *kvinnligt*.⁹⁷⁴

Rättsskyddssubjektets kropp och sexualitet som producerades och könskodades i dessa diskurser skall skiljas från den fysiska och individuella kroppen respektive sexualiteten.⁹⁷⁵

Som nämnts i det inledande kapitlet betraktar Jorun Solheim kroppen som både ting och tecken, det vill säga kroppen existerar i fysisk mening, samtidigt som den är bärare av symboler. Hon tilldelar kvinnokroppen en speciell position och menar att den är överdeterminerad till att framstå som det gränslösa – det som inte har eller ska ha gränser. Det är denna symboliska könsfigur hon kallar den öppna kroppen, en symbolisk konstruktion som hon menar är så starkt objektiverad att den *framträder som sann*.⁹⁷⁶ Det är fölaktligen kroppen i symbolisk mening som producerades i de rättsliga diskurser, som analyseras i avhandlingen. Kroppen i symbolisk mening motsvarar vad jag i avhandlingen kallar den diskursiva kroppen.⁹⁷⁷

I diskurserna kom *offrets viljeuttryck* att framstå som avgörande i den rättsliga bedömningen. Det väsentliga var att offret uttryckte sin vilja och att detta gjordes på ett tillräckligt tydligt sätt eller att det fanns en förklaring till varför så inte skett. Rättsskyddssubjektets kropp producerades således som öppen och kvinnlig.

973. Se ovan under "Handlingens sexuella karaktär".

974. Jämför avsnitt 1.3.2.

975. Jämför avsnitt 1.3.4.

976. Solheim (2001), s. 9-28.

977. Jämför Gatens (1997).

Rättsskyddssubjektets sexualitet producerades passiv eftersom domstolarna exkluderade en bedömning av offrets *bristande* sexuella aktivitet. Det är skillnad mellan att lägga vikt vid offrets motstånd, något som uttrycker ett förnekande av ett initiativ, och att betona *bristande egen aktivitet*. Om domstolarna resonerat utifrån uttryck för *bristande aktivitet* skulle rättsskyddssubjektets sexualitet istället framställas som aktiv. De nuvarande diskurserna ger det utsatta subjektet som enda handlingsalternativ att bejaka eller avböja förövarens *aktivitet*. Detta producerade rättsskyddssubjektets passiva sexualitet samt skyldigheten och ansvaret att agera på vissa sätt i en övergreppssituation.

Att den kvinnliga sexualiteten sedan länge har *framställts* som passiv och tillgänglig har hävdats av flera teoretiker.⁹⁷⁸ Mot detta resonemang kan ställas de särartsteoretiker som framhäver könens *naturliga* skillnader. I linje med deras resonemang skulle den kvinnliga sexualiteten kunna påstås vara till naturen passiv och undergiven.⁹⁷⁹

Detta motsägs dock av de exempel i avhandlingen som visar att argumentationen i domstolarna inte kräver ett kvinnligt biologiskt, eller materiellt, kön hos offret för att producera ett kvinnligt rättsskyddssubjekt diskursivt. Av de exempel som återgetts här förekommer tre manliga offer.⁹⁸⁰ I samtliga dessa fall produceras rättsskyddssubjektet som kvinnligt på motsvarande sätt som i fallen där offret var kvinnligt även på den materiella nivån.

Motbilder

Ovan har jag visat hur de dominerande diskurserna i hovrätternas prövning producerade rättsskyddssubjektet på vissa sätt, genom att lägga störst vikt vid offrets sätt att *uttrycka sin vilja* eller på andra sätt tala om *offrets vilja*. Det fanns dock andra diskurser som "gick emot" denna dominerande diskurs. Istället för att tala om *offrets motstånd, frivillighet eller förmåga att uttrycka sin vilja* gick domstolen i några enstaka fall in på *förövarens handlande i förhållande till offrets vilja*. Domstolen uttalade i dessa fall att den tilltalade inte tagit reda på målsägandens inställning. I

978. Se kapitel 1 avsnitt 1.3.2 samt Andersson (2001b), s. 183.

979. Angående biologiska teorier i samband med kön och våld, se Lövkrona, Inger (2001) Den våldsamme mannen. I: Inger Lövkrona (red.) *Mord, misshandel och sexuella övergrepp*, Nordic Academic Press, Lund, s. 9-32, s. 11-16.

980. Dessa förekommer i H Göta B 969/98, B 1139/98 och B 311/99.

andra fall tog domstolen särskilt upp huruvida den tilltalade använt något våld, hot eller motsvarande. Rättsskyddssubjektet producerades här på ett annat sätt än i de dominerande diskurserna. Istället för att betona *offrets eget sätt* att uttrycka sin inställning inkluderade således domstolen *förövarens sätt* att ta reda på offrets vilja i diskursen. På så sätt producerades en *avgränsad kropp och sexualitet* hos rättsskyddssubjektet, en kropp och sexualitet som inte kunde angripas av någon som inte förvissat sig om subjektets inställning till en aktuell handling. Sexualiteten producerades också något mer aktiv eftersom förövaren förväntades förhöra sig om offrets vilja, som på så vis förväntades kunna ge uttryck för en egen vilja. Detta är åtminstone en antydning till sexuell aktivitet hos offret. Rättsskyddssubjektet producerades här med en manlig kropp och sexualitet. Gränsen för övergrepp sattes således vid *förövarens* handling. I de dominerande diskurserna i hovrätterna, som redovisats och analyserats ovan, har vi sett att rättsskyddssubjektets kropp och sexualitet producerades som öppen och gränslös respektive passiv och tillgänglig, av vilket följer att subjektet kunde tas i anspråk fram till dess att hon eller han uttryckt sin vilja.

Avslutning

I hovrätternas diskurser i prövningen av de gränsdragande rekviriten betonades främst offrets vilja. Hur den person som utsatts för övergrepp reagerade på förövarens beteende hade en avgörande och central plats i de undersökta diskurserna, främst i viljediskurserna. Även i de övriga diskurserna, om den tekniska bevisningen respektive den sexuella karaktären, talade domstolarna om offrets vilja.

I hovrättsmaterialet förekom även motbilder, sådana diskurser som klart avvek från de dominerande huvuddiskurserna. Här koncentrerades domstolarnas argumentation på förövarens beteende.

Sammanfattningsvis kan konstateras att lagtextens ”diskurser” förbjuder en potentiell förövares handlande genom att sätta gränsen för övergrepp vid tvånget eller motsvarande handling. I hovrätternas diskurser, däremot, var det främst offrets viljeuttryck som utgjorde gränsmärket.

Hur rättsskyddssubjektet producerades i de straffrättsliga diskurserna, det rättsliga material som definierade sexualbrotten, analyserar jag i följande kapitel.

4. Våld och vilja – straffrättsliga diskurser

4.1 Introduktion

Straffbestämmelserna om sexualbrott har till syfte att skydda den sexuella integriteten. Rättsskyddssubjektets kropp, sexualitet och kön, framstår som särskilt viktiga för den sexuella integriteten. Det straffrättsliga skyddet för den sexuella integriteten skall realiserars genom de straffrättsliga definitionerna. Dessa beskriver olika handlingar som innehåller tvång och sexualitet. I det här kapitlet analyserar jag det material som är aktuellt beträffande sexualbrotten i gällande svensk rätt, det vill säga lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.⁹⁸¹ Med den diskursanalytiska metod och de utgångspunkter som redovisats i det första kapitlet, har jag studerat och analyserat detta material så som det beskrivits i det andra kapitlet, utifrån frågan om hur rättsskyddssubjektet producerades i diskurserna.

Materialet har analyserats utifrån en uppdelning i gällande rätt, nämligen för det *första* det aktuella rättsskyddet, den sexuella integriteten, för det *andra* de gränsdragande rekvisiten, för det *tredje* rekvisiten om sexualhandlingarna och för det *fjärde* de kvalificerande rekvisiten. Indirekt analyseras härmed det Norman Fairclough kallar den *diskursiva praktikkens nivå* eftersom det straffrättsliga materialet är en viktig förutsättning för hur diskurserna på detta område produceras.⁹⁸²

981. Även det historiska materialet och aktuella lagförslaget, SOU 2001:14, tas i vissa delar upp här.

Jag har funnit fem huvuddiskurser. Dessa är för det första diskursen som handlade om att *bestämma* genom att *avböja*. Den andra diskursen tog upp *våld och vilja*. Här talades om relationen mellan förövarens våld och offrets vilja. I den tredje diskursen dominerade *offrets förmåga* att *uppfatta* och *värja sig*. Den fjärde diskursen uppmärksammade *könsumgänget* mellan *man* och *kvinnna*. Slutligen ägnades den femte diskursen åt *livsfarligt våld* och *skada*.

Inledningsvis presenterar jag i tur och ordning dessa huvuddiskurser. Jag avslutar med att analysera hur diskurserna producerade rättsskydds-subjektets kropp, sexualitet och kön.

4.2 Sexuell integritet – att bestämma genom att avböja

Innebörden av den sexuella integriteten diskuterades inte i någon större utsträckning i denna diskurs. Uppenbarligen förknippades den dock med att offret skall *bestämma* genom att *avböja*.

Redan i kommentarer till våldtäktsbestämmelsen i 1864 års strafflag talades om viljefriheten i psykologisk mening, ”människans makt att själf *bestämma* hvad hon vill, hennes förmåga att i detta afseende välja mellan olika möjligheter”,⁹⁸³ samt om kvinnans rätt att ”*bestämma* öfver sin person med afseende å könsumgänget.”⁹⁸⁴ Våldtäktsbrottens skyddsintresse var alltså att skydda friheten, här i bemärkelsen individens makt att *bestämma* över sitt sexualliv.

Genom införandet av brottsbalken blev våldtäktsbrottet och de övriga sedlighetsbrotten explicit bestämmelser som hade till syfte att ”bereda straffrättsligt skydd för barn och ungdom mot sexuella kränkningar samt [...] i övrigt värna individens integritet i sexuellt hänseende”.⁹⁸⁵ För första gången talades i de rättsliga diskurserna om den *sexuella integriteten* i samband med dessa brott.

Vid den revidering av kapitlet som inleddes i slutet av 1970-talet var ambitionen att ”inte påverka det *frivilliga sexuallivet* mellan vuxna män-

982. Se vidare kapitel 1 avsnitt 1.4.4.

983. Hagströmer (1906), s. 242.

984. A.a., s. 244.

985. SOU 1953:14, s. 228.

niskor.”⁹⁸⁶ Det betonades att ”[d]et gäller att inpränta att varje människa har rätt till sexuell integritet och att man måste respektera när en annan människa *avböjer* sexuella inviter.”⁹⁸⁷ Den sexuella integriteten förutsatte här att offret själv skall uttrycka *sin inställning* till ett sexuellt initiativ.

Att rättsskyddssubjektet förväntas visa sitt eventuella ogillande var också en grundläggande förutsättning för den sexuella integriteten i betänkandet från 1998 års sexualbrottskommitté, som konstaterade att ”[d]en som har nått sin sexuella självbestämmanderätt och som *avböjer* en sexuell invit skall ovillkorligen respekteras.”⁹⁸⁸ Kommittén påpekade också att sexualbrotten, särskilt våldtäktsbestämmelsen, bygger ”i viss utsträckning på att en person har *förmåga* till *viljeuttryck* och därmed förmåga att visa fysiskt eller psykiskt motstånd.”⁹⁸⁹ Den sexuella integriteten kopplades också till *frivillighet*.⁹⁹⁰ Enligt kommittén bör lagstiftaren inte ha några synpunkter om frivilligheten är grunden för det sexuella umgänget, så länge inte någon utnyttjas eller utsätts för övergrepp: ”Ingen har således rätt att välja att utöva sin sexualitet på ett sådant sätt att den kränker någon annans sexuella integritet eller åsidosätter en annan persons självbestämmanderätt.”⁹⁹¹

På vilket sätt den sexuella integriteten utformades i diskurserna om de olika brottsdefinitionerna tar jag upp i de avsnitt som följer.

4.3 Våld och vilja

Trots att de olika syftena med våldtäktsbestämmelsen har varierat genom historien innehåller de olika definitionerna samtliga moment som handlar om förövarens *våld* eller detta våld i kombination med offrets *vilja*.

I 1734 års lag togs för första gången offrets vilja med i våldtäktsdefinitionen. Förutom våld krävdes också att samlaget, eller motsvarande, skett *mot kvinnans vilja*. Däremot fanns inte kvar några krav på att typiska bevis, såsom rop på hjälp eller motstånd, skulle läggas fram vid våldtäkt.⁹⁹² Lagkommentarer från denna tid betonade att dessa tecken varken

986. SOU 1982:61, s. 61-62, min kursivering.

987. A.a., s. 62, min kursivering.

988. SOU 2001:14, s. 109, min kursivering.

989. A.a., s.113, min kursivering.

990. A.a., s.109.

991. A.a., s.109.

var nödvändiga eller tillräckliga bevis för att våldtäkt skett. David Nehrman konstaterade exempelvis att:

hävdamdet kan vara skett med våld, utan dessa tecken, eller äntligen (slutligen) frivilligt, fast dessa finns⁹⁹³.

Även våldtäktsbestämmelsen i 1864 års strafflag innehöll både *våld* och *vilja*, kvinnan skulle var *tagen med våld* och *emot hennes vilja*. Det krävdes dels kraftigt *våld*, som antingen omöjliggjorde ett effektivt motstånd från kvinnans sida eller ”nedbryter ett af kvinnan till det yttersta gjordt motstånd”.⁹⁹⁴ Kravet på våldets omfattning förknippades med offrets motstånd. Den straffrättsliga definitionen av *våld* sattes alltså i *relation till offrets vilja*.⁹⁹⁵ Men fortfarande kvarstod i lagtexten kravet på att handlingen skulle ha skett *mot kvinnans vilja*. För att sistnämnda krav skulle anses vara uppfyllt krävdes att kvinnan, om hon blivit tillfrågad om otukten skulle äga rum eller inte äga rum vid det aktuella tillfället, hade besvarat frågan nekande. Att kvinnan gjort motstånd så gott hon kunnat, ansågs också bevisa att vad som skett var henne emot.⁹⁹⁶ Kvinnans *motstånd* hade alltså betydelse *både* för att avgöra omfattningen av våldet *och* för att bevisa att handlingen skett mot kvinnans vilja.

När brottsbalken infördes 1965 placerades våldtäktsbrottet bland sedlighetsbrotten. Trots att rubriken anknöt till sedligheten var syftet med kapitlet att skydda mot *sexuella* kränkningar och att värna individens *sexuella* integritet. Som visas nedan finns dock fortfarande kvar tankar om sedlighet i vissa diskurser när det talas om att en handling ”väcker anstöt” eller är uppenbart ”sedlighetssårande”.

Kravet på att en våldtäktshandling skulle ha skett *mot kvinnans vilja* togs nu bort. Motiveringen till detta var att det tidigare kravet på effektivt motstånd inneburit svårigheter i rättstillämpningen. Tanken var också att våldtäktsparagrafen skulle innehålla samma tvångsbegrepp som

992. Tidigare hade detta varit ett krav för processuell prövning av dessa fall, se kapitel 2 under ”Rätthistorisk bakgrund”.

993. Nehrman (1756), s. 419.

994. Hagströmer (1906) s. 366.

995. Tidigare hade offrets motstånd eller rop på hjälp endast förknippats med våldtäktsprocessen, så som *bevis* för våld.

996. Hagströmer menar att ett motstånd dock inte utesluter att ”hon i grund och botten ej haft något emot, att det gått så, som det gått”, Hagströmer (1906) s. 369.

rånbestämmelsen.⁹⁹⁷ Fortfarande betonades dock att ett försättande i vanmakt kunde bedömas som tvång endast om det skett *mot offrets vilja*.

Kravet på att våldet måste ha brutit ett effektivt motstånd togs alltså bort men våldets omfattning relaterade fortfarande mycket tydligt till offrets motstånd. Kvinnan skulle nu *tingas* till samlaget *genom* våld eller hot. Det ansågs nu tillräckligt med det våld som ”bara består i att en man tvingar isär en kvinnas ben då hon försöker *värja sig* genom att knipa samman benen”.⁹⁹⁸

Offrets *vilja och motstånd* aktualiserades också i samband med diskussionen om offrets beteende i samband med den revidering av kapitlet som genomfördes under 1970-talet. Det avgörande ansågs vara att ”gärningsmannen inte vill respektera *kvinnans nej* utan bryter hennes motstånd med fysiskt eller psykiskt tvång”.⁹⁹⁹ När kvinnan ”*klargör för mannen* att hon inte vill vara med om samlag eller annat sexuellt umgänge har mannen att rätta sig efter detta.”¹⁰⁰⁰

Även i rättspraxis och rättstillämpning lyftes offrets vilja och viljeuttryck fram.¹⁰⁰¹ I samband med bedömningarna av våldets omfattning kunde domstolarna till exempel konstatera att det var ”förklarligt om [målsäganden] inte gjorde något *motstånd* eller protesterade [...] situationen [var] sådan att det måste ha framstått som uppenbart för [den tilltalade] att [målsäganden] inte *frivilligt* skulle inlåta sig på ett sexuellt umgänge med honom.”¹⁰⁰² Det frivilliga samlaget framställdes alltså i diskursen som ett självklart alternativ till det påstådda övergreppet:

Man måste räkna med möjligheten att [målsäganden] *frivilligt* haft samlag med [den tilltalade] eller haft sådant samlag utan att göra fullt klart för [honom] att det skedde *mot hennes vilja*.¹⁰⁰³

I dessa diskurser skapades också en skyldighet för offret att uttrycka sin vilja. Denna skyldighet kunde även uttryckas mer explicit:

997. SOU 1953:14, s. 232, min kursivering.

998. SOU 1982:61, s. 145, min kursivering.

999. A.a., s. 67, min kursivering.

1000. A.a., s. 67, min kursivering.

1001. Beträffande hovrätternas diskurser i prövningen av de gränsdragande rekvisiten, se kapitel 3.

1002. NJA 1993 s. 310, s. 317. Se även NJA 1988 s. 40, s. 49, min kursivering.

1003. 1980 s. 725, s. 737, min kursivering.

Det krävs inte ett fysiskt motstånd om kvinnan på annat sätt *gör klart att hon motsätter sig mannens önskan eller avsikt*.¹⁰⁰⁴

Relationen mellan våld (tvång) och vilja diskuterades också i doktrinen. Suzanne Wennberg menade att domstolarna felaktigt sammankopplar tvång med handlande *i strid mot offrets vilja* eller önskan respektive *icke frivilligt* handlande.¹⁰⁰⁵ I anknytning till ett konkret fall konstaterade hon:

Det faktum att flickan inte *av egen drift* skulle ha kommit på idén att inlåta sig på något sexuell umgänge innebär naturligtvis inte att hon måste ha utsatts för tvång.¹⁰⁰⁶

Att våldtäktsbestämmelsen sedan brottsbalkens införande tillämpas även inom äktenskapet var enligt Wennberg anledningen till problemet med våldtäktskonstruktionen. Hon såg också svårigheter med tillämpningen av det "felaktiga" vålds- och tvångsbegreppet i dessa fall:

Om en normal samlagsställning som förhindrar kvinnans rörelsefrihet innefattar ett tillräckligt våldsmoment och kravet på tvång är uppfyllt, när mannen handlat *i strid mot kvinnans vilja* ("inte ikväll"), består borgerligheten av ganska många våldtäktsmän.¹⁰⁰⁷

Helena Sutorius menade, i polemik med Wennberg, att prövningen av våldtäkt enligt dagens lagstiftning handlar om att bevisa "huruvida någon med *våld* eller *hot* genomfört den sexuella handlingen trots att den andre, med ord eller i handling eller detta i kombination, uttryckt att han eller hon *inte velat detta*."¹⁰⁰⁸ Hon betonade att grunden för sexualbrottslagstiftningen är en persons sexuella självbestämmanderätt och att ingen skall ha rätt att tvinga någon annan till sex *mot dennes vilja*, vilket tillsammans med dagens lagkonstruktion och kravet på gärningspersonens uppsåt innebär att "om någon har samlag med någon annan trots att hon eller han inte vill, handlar detta inte om våldtäkt såvida *inte motstånd till samlaget kommit till uttryck i någon form* och samlaget genomförts trots detta."¹⁰⁰⁹

1004. NJA 1988 s. 40, s. 49, min kursivering.

1005. Hon åsyftar rättsfallen NJA 1993 s. 310 och 1993 s. 616 samt Svea HovR 1993-04-15, DB 635, se vidare Wennberg (1997), s. 507-508.

1006. Wennberg a.a., s. 508, min kursivering.

1007. A.a., s. 508-509, min kursivering.

1008. Sutorius (1997), s. 1304, min kursivering.

Att *förmå* annan ansågs innebära "ett krav på åtminstone något mått av aktivitet i form av fysisk eller psykisk påverkan".¹⁰¹⁰ En medverkan som var "i alla avseenden *frivillig*" räknades inte hit.¹⁰¹¹ Vid bedömningen av *frivilligheten* i fråga om underåriga skulle offrets mognadsnivå, förhållande till gärningspersonen och liknande omständigheter beaktas.¹⁰¹²

I diskurserna om hot talades däremot *inte* om offrets vilja. Det skulle vara fråga om ett *hot* "som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara". Med trängande fara avsågs "fara för ett omedelbart förestående våld av allvarligare art",¹⁰¹³ vilket innebar att faran måste gälla liv eller hälsa eller något annat mera betydelsefullt intresse.

4.4 Förmåga att uppfatta och värja sig

Offrets förmåga att *uppfatta* vad hon eller han är utsatt för samt förmågan att *värja* sig är grundläggande förutsättningar för samtliga sexualbrott, men togs främst upp i de diskurser som rörde brott som är konstruerade i form av utnyttjande av en särskild egenskap eller ett visst tillstånd.

När offrets hjälplösa tillstånd skulle exemplifieras talades om att offret på grund av sjukdom eller kroppsskada antingen *inte kan bjuda motstånd* eller *inte förmår uppfatta* att hon utsätts för sexuella närmanden.¹⁰¹⁴ Här nämndes också det fallet att offret på grund av kraftig berusning eller narkotikapåverkan inte har förmåga att uppfatta att hon (eller han) utsätts för sexuella närmanden. *Vanmakt* ansågs ha "en tämligen tydlig innebörd och åsyfta en nära nog fullständig *oförmåga att handla*, t ex på grund av medvetlöshet eller sömn."¹⁰¹⁵ Psykiskt sjuka bedömdes ha särskilda svårigheter att *värja sin sexuella och personliga integritet*.¹⁰¹⁶

1009. A.a., s. 1304, min kursivering.

1010. Se NJA 1988 s. 279, s. 282.

1011. Brottsbalkskommentaren, s. 6:35, min kursivering.

1012. Enligt brottsbalkskommentaren är kravet att någon förmåtts medverka sannolikt uppfyllt om betalning har utlovats, s. 6:35.

1013. Se till exempel SOU 1982:61, s. 145.

1014. SOU 1953:14, s. 240, SOU 1982:61, s. 102 och prop. 1983/84:105, s. 26. Se även brottsbalkskommentaren, s. 6:20 f., mina kursiveringar.

1015. NJA 1997 s. 538, s. 565.

1016. SOU 1982:61, s. 103 och s. 155 samt prop. 1983/84:105, s. 25, mina kursiveringar.

I konkreta fall kunde påpekas att "[h]on måste emellertid ha haft åtskilliga tillfällen att *försöka lämna männen* eller åtminstone att *söka påkalla uppmärksamhet*, men har såvitt kan bedömas endast vid ett tillfälle [...] gjort ett *halvhjärtat försök* att göra detta",¹⁰¹⁷ eller att "[h]on var emellertid inte så berusad att hon enbart på grund härav var *oförmögen att motsätta sig samlag*"¹⁰¹⁸ och ej heller i ett "sådant tillstånd att hon inte förmådde *uppfatta* att [de tilltalade] hade samlag med henne."¹⁰¹⁹ Det togs också upp att kvinnans berusning kunde påverka hennes *förmåga* att värdera situationen och att "rationellt överväga vilka möjligheter hon hade att *undkomma* sexuella övergrepp."¹⁰²⁰

Det är troligtvis också offrets bristande förmåga att uppfatta och kunna värja sig som var i åtanke när det betonades att personer även efter det att de fyllt 18 år "ofta står i ett starkt *beroendeförhållande* till sina föräldrar."¹⁰²¹

4.5 "Normalt könsumgänge mellan man och kvinna"

4.5.1 Introduktion

Den sexuella integriteten skall skyddas genom de gärningar som beskrivs i lagtexten. Avgörande för de olika brottsbeskrivningarna är att vissa *sexualhandlingar* skall ha skett genom någon form av tvång eller utnyttjande. Både språkligt och innehållsmässigt relaterade diskussionerna i det rättsliga materialet till ett sammanhang för ömsesidiga sexuella handlingar och relationer. En grundläggande utgångspunkt var *gärningsmannens sexualdrift*. Det var även av stor vikt att gärningen var *sexuell* på något sätt, att *kroppen* var inblandad eller att gärningen var *sedlighetssärande*.

1017. NJA 1997 s.538, s. 558-559. Jämför med hovrätternas diskurser i detta avseende, kapitel 3.

1018. A.a., s. 566.

1019. A.a., s. 566, min kursivering.

1020. A.a., s. 566, min kursivering.

1021. Se vidare, prop. 1983/84: 105, s. 33 samt brottsbalkskommentaren, s. 6:30-31, min kursivering.

4.5.2 Sexualdrift och sexuell innebörd

De olika sexualhandlingarna relaterades i diskurserna till *sexualdriften*, framför allt till *gärningsmannens* sexualdrift, och anknöt explicit till ett sammanhang för ömsesidiga sexuella handlingar och relationer. Handlingen *sexuellt umgänge* beskrevs exempelvis som ”normalt könsumgänge mellan man och kvinna, samlag [eller] andra sexualhandlingar av såväl heterosexuell som homosexuell natur, vilka typiskt sett avser att tillfredsställa eller uppväcka bådas eller enderas *sexuella drift*.”¹⁰²² En handling som har ”en sexuell inriktning i den meningen att det är fråga om att söka reta eller tillfredsställa *gärningsmannens sexualdrift*” ansågs innebära *sexuell beröring*.¹⁰²³ Vid bedömning av helhetsbilden, för att avgöra om det kunde vara fråga om beröring eller umgänge, skulle hänsyn tas till om handlingen syftat till att bereda gärningsmannen *sexuell tillfredsställelse* eller annars haft en *sexuell* prägel.¹⁰²⁴ Det betonades dock att det inte var avgörande [h]uruvida handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller ej.¹⁰²⁵

En återkommande bedömning av den aktuella handlingen var om den hade en *sexuell* innebörd, *sexuell* karaktär eller *sexuell* prägel samt om det fanns *sexuella* syften med den.

4.5.3 Könsorgan och kroppslig beröring

Förutom sexualdriften var *könsorgan* och *kroppslig* beröring av central betydelse i denna diskurs. Den straffrättsliga innebörden av samlag var till exempel uppfylld om ”mannens och kvinnans blottade *könsdelar* ha[de] kommit i beröring med varandra.”¹⁰²⁶ Angående vilka handlingar som är att jämföra med påtvingade samlag uttalades att sådana ”som att föra in ett föremål eller en knytnäve i en kvinnas *underliv* torde regelmässigt innebära en sådan allvarlig kränkning.”¹⁰²⁷

1022. SOU 1953:14, s. 237, mina kursiveringar.

1023. Brottsbalkskommentaren, s. 6:33, min kursivering.

1024. NJA 1991 s. 228, 1992 s. 585 och 1993 s. 616.

1025. SOU 1953:14, s. 237, min kursivering.

1026. SOU 1982:61, s. 147, min kursivering.

1027. Se prop 1997/98:55, s. 91, min kursivering.

I fråga om sexuellt umgänge räckte det att ”gärningsmannen med sitt könsorgan berör annan del av kvinnans *kropp* än hennes *könsorgan*”,¹⁰²⁸ men det påpekades också att det i regel fordras ”direkt *kroppslig* beröring”.¹⁰²⁹ Som sexuellt umgänge betraktades också att gärningsmannen berörde offrets *könsorgan* med munnen eller tungan eller att hon tvingades utföra motsvarande handlingar på gärningsmannen.¹⁰³⁰

Däremot var det tveksamt om handlingar som innebar att mannen tvingade kvinnan att onanera åt honom skulle innebära sexuellt umgänge. Det betonades att gärningsmannen i sådana fall inte utnyttjar offrets *kropp* på ett lika omfattande sätt som vid andra former av påtvingat sexuellt umgänge.¹⁰³¹

4.5.4 Sedlighet

Gränsen för straffbara sexualhandlingar överhuvudtaget gick vid en *handling*, nämligen att någon blottar sig ”på sätt som är ägnat att väcka *anstöt*” eller annars, genom ord eller handling, uppträder anstötligt på ett *uppenbart sedlighetssårande* sätt. Vid bedömningen av ett blottande påverkade offrets eventuella *frivillighet*. Även vid bedömningen av om handlingen var uppenbart sedlighetssårande skulle hänsyn tas till offret. En vuxen förväntades exempelvis tåla mer än en minderårig person. Varierande tids- och miljöförhållanden ansågs också påverka denna bedömning. Om det varit fråga om handlingar som parterna ”brukade företa” har dessa inte ansetts vara uppenbart sedlighetssårande.¹⁰³²

Att dessa diskurser innehöll inslag av både *sedlighet* och *sexualitet* blev tydligt när det framfördes att inte ”varje angrepp med *sexuell* inriktning” skulle anses utgöra uppenbart sedlighetssårande handlingar.¹⁰³³ Uttalanden med uppenbara sexuella anspelningar – den överordnade tilltalade hade frågat den underställda värnpliktige målsäganden om hon varit ”inne på toaletten och knullat” samt kallat henne för ”hora” – ansågs inte

1028. SOU 1982:61, s. 147, min kursivering.

1029. A.a., s. 147, min kursivering.

1030. SOU 1953:14 s. 237, min kursivering.

1031. Jämför analysen om rättsskyddssubjektets kropp i kapitel 3 ovan samt motsvarande nedan i detta kapitel.

1032. NJA 1996 s. 418, s. 427.

1033. Brottsbalkskommentaren, s 6:35.

vara av ”den *sexuella* karaktären” att uppträdandet bedömdes vara uppenbart sedlighetssårande. Istället för sexualiteten fokuserades i diskursen *sedligheten*, som blev avgörande för bedömningarna.

4.6 Livsfarligt våld eller skada

I de diskurser som rörde brottskvalificerande omständigheter talades främst om *livsfarligt våld*, *skada* och *hänsynslöshet* eller *råhet*. Påfallande stort utrymme ägnades också åt att betona att hänsyn *inte* skulle tas till *parternas relation* vid bedömningen av om en våldtäkt skulle rubriceras som *mindre allvarlig* eller höra till normalgraden. Tvärtom påpekades att den omständigheten att parterna *har eller har haft en relation* inte skall innebära att en våldtäkt skall bedömas som mindre allvarlig.¹⁰³⁴

Mest centrala i dessa diskurser var livsfarligt *våld*, allvarlig *skada* och allvarlig *sjukdom*. De viktigaste kvalificeringsfaktorerna var uppenbarligen *tydliga yttre* omständigheter. Till exempel talades om användandet av livsfarligt vapen, långvarigt frihetsberövande eller särskilt allvarlig miss-handel i form av ”knytnävsslag i ansiktet med utslagna tänder som följd eller knäckt käkben”.¹⁰³⁵

Även offrets *ålder* och *relation* till *gärningsmannen* hade en framträdande plats i dessa diskurser. Förutom att offret var ett *barn* kunde det även verka försvårande om hon eller han var *invalid* eller på annat sätt *hjälplos*. Att gärningspersonen var *förälder*, att offret på annat sätt ”stått *under gärningsmannens fostran*” eller att gärningspersonen allvarligt missbrukat offrets *beroende ställning* var sådana relationer som här verkade försvårande.¹⁰³⁶

Att övergreppen skett vid *upprepade* tillfällen, varit *systematiska* eller skett *under en lång tid* ansågs innebära särskild hänsynslöshet medan övergrepp med *sadistiska inslag* och grovt *förnedrande* handlingar talade för särskild råhet.

1034. Se till exempel NJA 1986 s. 414 och 1991 s. 83.

1035. SOU 1982:61, s. 75 och 150-151 samt prop. 1983/84:105, s. 52. 1998 års sexualbrottskommitté föreslog att det av lagtexten skulle framgå att en våldtäkt som begås av flera personer skall anses grov, SOU 2001:14, s. 179-185.

1036. Prop. 1983/84:105, s. 52-53 och prop. 1991/92:35, s. 13. Se även NJA 1993 s. 616 samt SOU 2001:14, s. 179-185. Angående konkurrens mellan förevarande brott och brotten i 6:1-3, se brottsbalkskommentaren, s. 6:28.

4.7 Hur producerades rättsskyddssubjektet?

4.7.1 Introduktion

I detta avsnitt analyserar jag hur rättsskyddssubjektet producerades i de straffrättsliga diskurser som nu presenterats. Jag fokuserar med andra ord rättsskyddssubjektets *diskursiva* nivå.¹⁰³⁷ Enligt mina utgångspunkter är synen på sexualitet central för detta rättsområde.¹⁰³⁸ Därför diskuterar jag här hur rättsskyddssubjektets *sexualitet* framställdes, eller producerades, i diskurserna. Den kroppsliga integriteten är i sin tur avgörande för den sexuella integriteten och därför granskar jag även hur rättsskyddssubjektets *kropp* producerades. Dessa diskurser om sexualitet och kropp utgör tillsammans och var för sig en väsentlig del av hur rättsskyddssubjektet relateras till kön på detta område. Avslutningsvis undersöker jag därför hur rättsskyddssubjektets *kön* producerades.

4.7.2 Diskursen om sexuell integritet

Det avgörande i diskursen om sexuell integritet var att offret skulle *bestämma* genom att *avböja*. I äldre diskurser, när friheten var det huvudsakliga skyddsintresset för våldtäktsbestämmelsen, var det centralt att kvinnan själv skulle bestämma över sitt könsumgänge. När den sexuella integriteten ersatte friheten som skyddsintresse kvarstod offrets *bestämmande* som en avgörande faktor. Nu specificerades bestämmandet och det betonades att en människas *avböjande* till en sexuell invit skulle respekteras. Rättsskyddssubjektets sexuella integritet upprätthölls på så sätt genom hans eller hennes *avböjande* till en sexuell invit. Samtidigt som detta avböjande framstod som avgörande för den sexuella integriteten utgjorde det också en förväntad handling från den som angreps. Härigenom producerades en *skyldighet* för rättsskyddssubjektet att visa sin inställning, något som även återfinns i andra diskurser.

1037. Se inledningen, avsnitt 1.3.4, för en redogörelse om subjektets olika nivåer.

1038. Se inledningen, avsnitt 1.3.2.

Offrets *kropp* nämndes inte uttalat i denna diskurs. Däremot konstiterade diskursen indirekt rättsskyddssubjektets kropp. Genom att den sexuella integriteten här gjordes beroende av offrets avböjande producerades *rättsskyddssubjektets kropp* som gränslös, det vill säga *öppen och tillgänglig*. Kroppen framstod som tillgänglig tills avböjande skett. Med andra ord fanns det en inbyggd motsättning i denna diskurs. I ordets ursprungliga bemärkelse betyder integritet *helhet* och kan här närmast innebära att någon är oantastbar.¹⁰³⁹ Sexualitetens helhet borde således skyddas och subjektet borde framstå som sexuellt oantastbart. Men på grund av att offrets avböjande var en förutsättning för den sexuella integriteten producerades i stället rättsskyddssubjektets kropp som icke-hel och möjlig att antasta, nämligen öppen och tillgänglig.

Rättsskyddssubjektets *sexualitet* omnämndes inte heller i någon större utsträckning. En central faktor var dock *frivilligheten* och det *frivilliga sexuallivet*. Men även detta var intimt förknippat med att offrets *avböjande* skulle respekteras. I vissa delar av diskursen sammanblandades också offrets sexuella *integritet* med den sexuella *självbestämmanderätten*. Den sistnämnda ansågs, åtminstone delvis, innebära en respekt för ett självbestämmande som innebar detsamma som ett avböjande.

Den kroppsliga och sexuella integriteten kan istället anses bestå av två delar. Å ena sidan den del som innebär att individen har rätt att själv välja när och hur hon eller han skall agera sexuellt, det som vanligtvis brukar åsyftas med sexuell självbestämmanderätt. Å andra sidan den del av integriteten som innebär skydd mot angrepp. Båda dessa delar tillhör alltså den sexuella integriteten. Det är dock enbart den sistnämnda delen som utgör det aktuella skyddsintresset här.¹⁰⁴⁰

Genom att offrets *avböjande* var avgörande för den sexuella integriteten producerades rättsskyddssubjektets sexualitet som passiv och tillgänglig. Avböjandet innebar en förutsättning för sexuell integritet. Rättsskyddssubjektet hade i diskursen endast möjlighet att acceptera el-

1039. Jämför Mattsson, Titti (2002) *Barnet och rättsprocessen. Rättssäkerhet, integritetskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 32. Se även Helmius, Ingrid (2000) *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, Iustus Förlag, Uppsala., s. 96 f.

1040. Jämför Lacey, Nicola och Wells, Celia (1998) *Reconstructing Criminal Law. Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process*, Butterworths, London – Edinburgh – Dublin, Second edition, s. 354. Se även Helmius a.a., s. 96 f.

ler avböja en sexuell inuit, inte att själv ta initiativet till en sådan. Detta producerade en passiv sexualitet hos rättsskyddssubjektet.

4.7.3 Diskursen om våld och vilja

Det centrala i denna diskurs var att förekomsten av förövarens *våld* var avhängigt offrets *vilja*. Trots att dagens lagtext enbart fokuserar *våldet* eller motsvarande, koncentrerades övriga diskurser huvudsakligen på hur offret *uttryckte sin vilja*. Det straffrättsliga kravet på *våld* tolkades helt *i ljuset av offrets vilja*, exempelvis när det påtalades att det räckte med det våld som behövdes för att tvinga isär det *värjande* offrets sammanknipande ben. Att det i diskursen betonades att förövaren skulle respektera "kvinnans *nej*" och rätta sig efter att "hon *klargör* för mannen att hon *inte vill*" innebar samtidigt att förövaren *inte* hade något att respektera eller rätta sig efter om hon *inte* sa nej eller klargjorde något. Det var med andra ord offrets skyldighet att uttrycka sin inställning, vilket producerade rättsskyddssubjektets *kropp* som öppen, i bemärkelsen tillgänglig och möjlig att antasta. Diskursen producerade härmed rättsskyddssubjektets *ansvar* att markera gränsen för det otillåtna i detta sammanhang. Detta ansvar vilade tydligt på offret även om det också påpekades att det inte krävdes ett fysiskt motstånd från hans eller hennes sida.

Det bärande momentet i denna diskurs var att offret självt på något sätt skulle *uttrycka sin vilja*. Även rättsskyddssubjektets *sexualitet* framstod till följd av detta ansvar som tillgänglig. I diskursen förväntades offret uttrycka sin inställning till en *sexuell* inuit. Offret gavs i diskursen endast möjlighet att bejaka eller avböja en *inuit* från *förövarens* sida. Detta gjorde inviter eller annan aktivitet från offrets sida omöjlig, vilket producerade en passiv sexualitet hos rättsskyddssubjektet.

Diskursen om *hotet* avvek från huvuddiskursen om våld och vilja. Offrets vilja relaterades inte alls till hotet, som istället framstod som något helt *separat* från offret, vilket producerade rättsskyddssubjektets kropp som slutet och otillgänglig. Sexualiteten producerades som otillgänglig och aktiv eftersom rättsskyddssubjektet här gavs möjlighet till egna initiativ.

4.7.4 Diskursen om förmåga att uppfatta och värja sig

Offrets *förmåga* att *uppfatta* ett handlande, exempelvis att förövaren ”hade samlag med henne” samt offrets *förmåga* att *värja sig*, var i centrum för denna diskurs. Att ett offer under normala förhållanden skulle ha dessa förmågor tydliggjordes i diskursen, som uppvisade vilka omständigheter som ansågs innebära att så inte var fallet. Att offret var sjukt, skadat eller kraftigt berusat ansåg exempelvis innebära att dessa förmågor saknades. Även psykiskt sjuka ansågs ha särskilda svårigheter att *värja* sin sexuella integritet. I diskursen framkom också att det förväntades av offret att hon eller han skulle försöka undkomma övergreppet eller ropa på hjälp.

Instället för offrets vilja eller viljeuttryck var det här olika *egenskaper* eller *tillstånd* hos offret som framstod som det väsentliga. Detta gjorde att rättsskyddssubjektets *kropp* här producerades som *avgränsad* i bemärkelserna inte tillgänglig, oberoende av hur offret uttryckte sin vilja.

Även rättsskyddssubjektets sexualitet producerades här som otillgänglig. I diskursen var en aktiv sexualitet hos offret möjlig, då accepterande eller avböjande till förövarens sexuella inviter inte framställdes som de enda handlingsalternativen. Detta gjorde att rättsskyddssubjektets sexualitet producerades som aktiv.

4.7.5 Diskursen om normalt könsumgänge

Utmärkande för denna diskurs var att det talades om de straffrättsliga definitionernas sexualhandlingar utifrån ett *ömsesidigt sammanhang* för sexualitet. Diskursen relaterade till sexualdriften, i huvudsak *gärningsmannens* sexualdrift. Här togs hänsyn till om handlingen gett gärningsmannen *sexuell tillfredsställelse* eller annars haft en *sexuell* prägel, innebörd eller karaktär. På något sätt skulle alltså den aktuella handlingen vara *sexuell*.

Central betydelse i diskursen hade också *könsorgan* samt *kroppslig* beröring och penetrering. Att könsorganen eller kroppen hade varit inblandad i handlingen var i flera sammanhang avgörande. Samlaget definierades exempelvis utifrån om könsdelarna berörde varandra eller om

gärningsmannen med sitt könsorgan penetrerade anus, mun eller underliv på offret. Att föra in ett föremål eller knytnäve i kvinnans *underliv* räknades också hit.

I vissa delar av diskursen dominerade istället *sedligheten*. Vid bedömningen av *sedligheten* togs bland annat hänsyn till offret. En vuxen person förväntades här tåla mer än ett barn. Det var också mindre sannolikt att handlingar som förekommit mellan parterna tidigare skulle anses vara *sedlighetssårande*.

Kroppen var uttalat närvarande i denna diskurs. För att det skulle vara fråga om en sexualhandling av något slag hade könsorganen och den kroppsliga beröringen stor betydelse. Hänsyn togs här också explicit till i vilken *omfattning offrets kropp* hade utnyttjats. Rättsskyddssubjektets kropp framställdes som avgörande för om en sexualhandling förelåg.

Dessa diskurser var inte gränsdragande på samma sätt som de som redovisats ovan. Varken kroppen eller sexualiteten producerades här med avseende på tillgängligheten eller aktiviteten.

Eftersom utgångspunkterna här var ett ömsesidigt sammanhang producerade dessa diskurser mer eller mindre uttalat rättsskyddssubjektets *sexualitet*. Könsorganen och kroppen var här avgörande för sexualiteten. Diskursen producerade härmed en starkt *förkroppsligad sexualitet* samtidigt som *kroppen* var *sexualiserad*.

Men även *sedligheten* spelade in här. I dessa delar av diskursen framstod kroppen åter som tillgänglig eftersom frivilligheten delvis knöts till denna bedömning och så även offrets mognad. Det vuxna rättsskyddssubjektets *kropp* producerades därmed som *öppen* och *tillgänglig* och *sexualiteten* som *passiv*. En vuxen person förväntades uttrycka något som innebar ogillande, annars kunde handlingen inte anses *sedlighetssårande*. Detta lämnade endast den möjligheten för offret att bejaka eller avböja en handling. Offrets bristande sexuella aktivitet togs inte med i beräkningen här, vilket producerade rättsskyddssubjektets *passiva sexualitet*.

4.7.6 Diskursen om livsfarligt våld och skada

Tydliga, yttre faktorer dominerade de diskurser som talade om hur de olika brotten kvalificerades. Det var i första hand fråga om synligt *våld*, tydliga *skador* eller *sjukdom*. Det *kroppsliga* inslaget var helt dominerande. Det talades exempelvis om knytnävsslag i ansiktet, utslagna tänder eller

knäckta näsben. Även den omständigheten att övergreppen varit upprepade, systematiska eller skett under lång tid kvalificerade brotten, liksom att de skett med sadistiska inslag och grovt förnedrande handlingar. Rättsskyddssubjektets *kropp* producerades avgränsad och *sexualiteten* framstod som *otillgänglig* och potentiellt *aktiv*.

Att offret stått under gärningsmannens *fostran* eller varit i annan *beroende ställning* hade också betydelse och även detta framställde rättsskyddssubjektets kropp som avgränsad och oantastbar. Sexualiteten, trots att den inte nämndes uttalat, framstod till följd härav också som otillgänglig och potentiellt aktiv.

Att det däremot påpekades att hänsyn *inte* skulle tas till att parterna hade eller hade haft en relation, kunde å ena sidan tolkas som att rättsskyddssubjektets kropp producerades oantastbar. Parternas *relation*, och därmed i förlängningen offrets beteende och vilja, skulle enligt vad som påtalades inte ha någon betydelse i bedömningen. Å andra sidan är den motsatta tolkningen enligt min mening möjlig. Eftersom *relationen* uttryckligen nämndes i diskursen kom rättsskyddssubjektets kropp, trots vad som sades, att produceras som öppen. Likaså hur sexualiteten producerades kunde enligt samma resonemang tolkas på två sätt, å ena sidan som oantastbar och aktiv och å andra sidan som tillgänglig och passiv.

4.7.7 Rättsskyddssubjektets kön

4.7.7.1 Introduktion

Frågor som rör kön, kropp och sexualitet var för sig och de sinsemellan olika sambanden mellan dessa kategorier, är självklara föremål för forskning och debatt inom genusvetenskapen i vid mening.¹⁰⁴¹ I diskussionerna har hävdats att kroppen som sådan har betydelse för kön (*genus*)¹⁰⁴² eller att tolkningen av kroppen påverkat uppfattningar om (kvinnors) sexualitet.¹⁰⁴³ Vidare har påståtts att kön och sexualitet är relaterade fö-

1041. Se till exempel Rosenberg (2002), s. 72-75 och Carlson (2001), s. 17-37 samt s. 152 ff., s. 173 ff., 187 ff., 199 ff. och 218 ff. Se även Laqueur, Thomas (1999/1990), bland annat s. 15-38.

1042. Se Carlson (2001), s. 54-59.

1043. Laqueur (1999/1990), s. 16.

reteelser men inte samma sak,¹⁰⁴⁴ samt att kön inte kan frikopplas från sexualitet.¹⁰⁴⁵

Utgångspunkten är som nämnts i inledningen att *kroppen* och *sexualiteten* är av central betydelse för avhandlingstemat, särskilt med tanke på att rättsskyddsintresset är den sexuella integriteten. Av den genusvetenskapliga diskussionen framkommer att båda dessa kategorier tillsammans och var för sig är relaterade till kön. I det följande analyseras därför hur de straffrättsliga diskurserna, som producerade rättsskyddssubjektets kropp och sexualitet, könskodade detta subjekt.

4.7.7.2 *Kön, kropp och sexualitet i straffrättsliga diskurser*

I avhandlingens inledning har jag talat om hur den kvinnliga *sexualiteten* i modern traditionell mening har framställts som passiv,¹⁰⁴⁶ medan den manliga har framställts som kraftfull och aktiv.¹⁰⁴⁷ I litteraturen har talats om att den *kvinnliga* kroppen betraktas som öppen.¹⁰⁴⁸ Det har även hävdats att det subjekt som tas för givet i straffrätten är kroppsligt sett avgränsat och autonomt, vilket har förknippats med det manliga.¹⁰⁴⁹ Både kroppen och sexualiteten är alltså på ett tydligt sätt relaterade till kön i olika avseenden. Hur könskodades då rättsskyddssubjektet i de straffrättsliga diskurserna?

Som vi har sett producerades rättsskyddssubjektets kropp till stor del som öppen och antastbar. Den sexuella integriteten avgjordes genom rättsskyddssubjektets *avböjande*. I de dominerande gränsdragande diskurserna var också offrets *motstånd* eller annat viljeuttryck avgörande. Den kroppsliga och sexuella tillgängligheten avgjordes genom offrets eget beteende och detta producerade ett tillgängligt rättsskyddssubjekt.

1044. Rosenberg (2002), s. 72.

1045. Rosenberg (2002), s. 74.

1046. Thomas Laqueuer menar att möjligheten att debattera och omdefiniera den kvinnliga sexualiteten skapades i och med den radikala omtolkning av kvinnans kropp i förhållande till mannens som skedde mot slutet av 1700-talet, se vidare Laqueuer (1999/1990), s.16 ff.

1047. Se vidare i inledningen under "Kön, kropp och sexualitet" samt i kapitel 3.

1048. Jämför Solheim (2001) samt mina slutsatser om rättsskyddssubjektets kropp i kapitel 3.

1049. Jämför Naffine (1997).

Rättsskyddssubjektets *kropp* producerades således som *kvinnlig*. Även *sexualiteten* hos rättsskyddssubjektet framställdes som *kvinnlig* genom att den producerades som *passiv*.

I huvudsak producerades således både rättsskyddssubjektets kropp och sexualitet som *kvinnlig*. Det kroppsliga och det sexuella är bärande delar för den sexuella integriteten, det intresse som de aktuella bestämmelserna skall skydda. Utgångspunkten för den straffrättsliga hanteringen är ett könsneutralt rättsskydd men diskurserna producerade alltså i väsentliga delar ett *kvinnligt* rättsskyddssubjekt.

Men det fanns som vi har sett ovan *avvikande* diskurser, i vilka ett *manligt* rättsskyddssubjekt producerades. Här blev inte alls offrets vilja avgörande utan hans eller hennes förmåga, vilket gjorde att kroppen framställdes som avgränsad och otillgänglig. I dessa diskurser var det också möjligt att inkludera offrets *bristande* sexuella aktivitet, vilket producerade en aktiv sexualitet hos rättsskyddssubjektet.

I de icke gränsdragande diskurserna producerades inte kroppen eller sexualiteten med avseende på tillgängligheten. Här tydliggjordes istället en *förkroppsligad* sexualitet och en *sexualiserad* kropp hos rättsskyddssubjektet. Möjligen kan här i diskursen skönjas en viss övervikt för den *manliga* sexualiteten och den *kvinnliga* kroppen. Här spelade språket in mer explicit. Trots den könsneutrala hållningen användes i diskursen oftast "han" om gärningspersonen och "hon" om offret. *Hans* sexualitet och *hennes* kropp.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det var i diskurserna om våld och vilja som relaterades till de *allvarligaste* brotten med de starkaste skydden för den sexuella integriteten, som rättsskyddssubjektets *öppna* kropp och *passiva* sexualitet producerades. I diskurserna om offrets förmåga, som rörde de mindre allvarliga brotten, framstod kroppen däremot som avgränsad och sexualiteten som aktiv. Jag återkommer till detta i den avslutande diskussionen i nästa kapitel.

5. Hans våld eller hennes vilja? Avslutande diskussion

5.1 Introduktion

I moderna västerländska demokratier är straffrättssystemet uppbyggt kring ansvarssubjektets rättigheter gentemot staten.¹⁰⁵⁰ Hela systemet vilar på principer och regler som skall tillvarata rättssäkerheten för den som ställs till ansvar för brott. Grunden för detta system är att kontrollera den repressiva makt som staten *innehar* i förhållande till individen när hon eller han anklagas för brott. Det antas vara ett autonomt subjekt som ställs inför rätten enligt en ansvarslära som bygger på att detta subjekt gör fria och rationella val. Den *tänkande* delen av subjektet är den väsentliga, snarare än det kroppsliga. Ansvarslärans konstruktion kan alltså relateras till den *intellektuella* delen av den uppdelning som gjorts av rättssubjektet mellan intellekt och kropp.¹⁰⁵¹ Enligt feministisk filosofi har det intellektuella traditionellt associerats med det manliga och varit överordnat det kroppsliga som förknippats med det kvinnliga.¹⁰⁵²

1050. Motsvarande tankegång ligger också till grund för den straffrätliga utvecklingen inom EU, se till exempel Asp (2002).

1051. Jämför Lacey (1998), s. 111 f. Se också Cahill (2001), Lundström (1999) och Naffine (1997).

1052. Lacey (1998).

I detta arbete fokuserar jag den del av straffrättslig maktutövning som inte är repressiv. Med Michel Foucault kan de rättsliga diskurserna *i sig* betraktas som maktutövande. Makten i diskursen verkar enligt detta synsätt genom lagstiftaren eller den enskilda rättstillämparen och konstruerar rättssubjektet diskursivt. Med detta angreppssätt blir det möjligt att analysera hur rättsskyddssubjektet produceras i olika diskurser. Rättsskyddet för sexuell integritet är starkt förknippat med rättssubjektets *kroppslighet*, vilken är hänförlig till det kvinnliga i den ovan nämnda uppdelningen och på så sätt underordnad det manliga mentala ansvaret.

Det finns alltså en inbyggd motsättning i straffrätten mellan det subjekt som ställs till ansvar och det som skall åtnjuta rättsskydd, en motsättning som kan urskiljas på flera nivåer. För det första brukar ansvarssubjektets rättssäkerhet ställas mot rättsskyddssubjektets skydd på den *rättsliga* nivån, i lagstiftningssammanhang såväl som i den straffprocessuella prövningen. Det är för det andra olika *maktperspektiv* som ligger till grund för de olika positionerna ansvar respektive rättsskydd. Slutligen kan ansvaret och rättsskyddet relateras till hur det moderna rättssubjektet uppdelats mellan intellekt och kropp, en uppdelning som i sin tur förknippas med manligt respektive kvinnligt där det manliga är överordnat det kvinnliga.

I detta kapitel sammanfattar jag först hur rättsskyddssubjektet producerades, dels i hovrätternas diskurser och dels i de straffrättsliga diskurserna, det vill säga det material som definierar sexualbrotten i gällande rätt. Därefter diskuterar jag hur dessa diskursanalytiska slutsatser kan relateras till gällande rätt och avslutar med en reflektion om motsättningen mellan ansvar och rättsskydd.

5.2 Rättsskyddssubjektet i diskurserna

5.2.1 Hovrätternas diskurser

I hovrätternas prövning av de gränsdragande rekvisiten handlade den mest centrala diskursen om *offrets viljeuttryck*. De rättsliga bedömningarna inkluderade offrets viljeuttryck på ett självklart sätt. Detta producerade rättsskyddssubjektets kropp som *öppen*, det vill säga tillgänglig för utomstående. Om inte *offret själv* avgränsade sin kropp, genom mot-

stånd eller andra protester, var den alltså tillgänglig för andra. Detsamma gällde diskursen om den *tekniska bevisningen*. Här sattes offrets olika ”kroppsliga uttryck”, i form av skador eller liknande, i relation till hans eller hennes beteende eller muntliga uppgifter, vilket i sin tur producerade en öppen kropp hos rättsskyddssubjektet. Detta uttrycktes också i diskursen om den *sexuella karaktären* där offret fick tåla en viss grad av ofrivillig beröring eller verbalt utpekande.

I dessa diskurser gavs alltså offret endast möjlighet att reagera på förövarens handling. Omständigheter som kunde tolkas som *bristande sexuell aktivitet* från offrets sida exkluderades helt. På så sätt producerades en *passiv sexualitet* hos rättsskyddssubjektet. Fram till dess att offret protesterade kunde hon eller han också tas i anspråk sexuellt, vilket producerade rättsskyddssubjektets *tillgängliga* sexualitet. Samma sak skedde i diskursen om den *tekniska bevisningen*, som relaterade till offrets uppgifter, och i diskursen om den *sexuella karaktären*, genom att offret här fick tåla vissa uttalat sexuella handlingar eller uttalanden som var ofrivilliga.

Både den öppna kroppen och den tillgängliga, passiva sexualiteten har tydliga konnotationer till föreställningen om den kvinnliga kroppen respektive den kvinnliga sexualiteten.¹⁰⁵³ Det rättsskyddssubjekt som producerades i de dominerande hovrättsdiskurserna var därför på ett påtagligt sätt *kvinnligt*. Hovrättsdiskurserna kan ses som starka och tydliga uttryck för den heterosexuella matris som Judith Butler menar är grunden för konstruktion av kön. Den syn på sexualiteten som ligger till grund för att producera ett rättsskyddssubjekt med en öppen kropp och en tillgänglig sexualitet är just heteronormativ. Den kvinnliga kroppen blir enligt detta resonemang tillgänglig genom den kvinnliga passiva (hetero)sexualiteten. Att det är fråga om rättsskyddssubjektets diskursiva nivå tydliggörs i de få exempel i hovrättsundersökningen där det materiella subjektet, det verkliga, var man. Även i dessa fall producerades rättsskyddssubjektet i diskursen som kvinnligt med en öppen kropp och en passiv, tillgänglig sexualitet. Det diskursiva subjektets kön överordnades det materiella.

Men det fanns också diskurser som *inte* följde dessa mönster. Till exempel förekom enstaka diskurser som tog upp förövarens beteende i *förhållande till* offrets vilja eller som fokuserade förövarens *våld* istället för offrets vilja. Här producerades offrets kropp och sexualitet som avgränsad och oantastbar. Från diskursen om den tekniska bevisningen kan

1053. Se till exempel Solheim (2001), Naffine (1997) och Oakley (1996).

också märkas exempel på att offrets eventuella upphetsning poängteras, något jag tolkar som att offrets *potentiella* sexuella aktivitet inkluderades i bedömningen. I nu nämnda avvikande diskurser producerades rättsskyddssubjektet med en manlig kropp och sexualitet. Butlers heterosexuella matris kommer här till uttryck genom att den aktiva sexualiteten och den avgränsade kroppen som förknippas med den manliga, producerade det manliga rättsskyddssubjektet.

Att rättsskyddssubjektet producerades på liknande sätt i de straffrättsliga diskurserna, det material som definierade de sexuella övergreppen rättsligt, framkommer i följande avsnitt.

5.2.2 De straffrättsliga diskurserna

De straffrättsliga diskurserna analyserades utifrån vad de kunde säga om fyra olika huvudteman i gällande rätt. Dessa var för det *första* det aktuella rättsskyddet, det vill säga den sexuella integriteten, för det *andra* de gränsdragande rekvisiten, för det *tredje* rekvisiten om sexualhandlingarna och slutligen, för det *fjärde*, de kvalificerande rekvisiten.

Avgörande för den sexuella integriteten var att offret skulle *bestämma* genom att avböja. Den sexuella integriteten gjordes därmed beroende av offrets *avböjande*, som utgjorde en förutsättning för hans eller hennes sexuella integritet. Detta producerade rättsskyddssubjektets kropp öppen och möjlig att antasta, vilket även gällde sexualiteten. Eftersom diskursen omöjliggjorde att hänsyn kunde tas till offrets brist på eventuell sexuell aktivitet, producerades sexualiteten även som passiv. När jag talar om att sexualiteten producerades som aktiv avser jag just att diskursen möjliggör att betydelse ges åt offrets *eventuella* sexuella aktivitet.

Att offret hade skyldighet att uttrycka sin inställning till förövarens handlande betonades i diskursen om *våld* och *vilja*. Det straffrättsliga kravet på våld tolkades i ljuset av hur offret uttryckte sin vilja. Den för straffrättsligt ansvar så grundläggande rationella viljan, hänförlig till intellektet i den ovan nämnda uppdelningen av subjektet, *förkroppsligades* alltså i de straffrättsliga diskurserna. Istället för rationalitet, insikt och kontroll kom viljan här att handla om *offrets viljeuttryck*, framförallt kroppsliga sådana.¹⁰⁵⁴ Genom att offret tvingades uttrycka sin vilja producerades rätts-

1054. Jämför Lacey (1998), Naffine (1997) och Cahill (2001).

skyddssubjektets *kropp* här som *öppen* och *sexualiteten* som *tillgänglig*. Avvikande var dock att *hotet* diskursivt framstod som något helt separat i förhållande till offret, vilket producerade rättsskyddssubjektet som manligt med avgränsad kropp och otillgänglig, aktiv sexualitet.

Däremot handlade diskursen om *offrets förmåga* att *uppfatta* och *värja sig* inte om hur hon eller han uttryckte sin vilja. Bärande moment i denna diskurs var istället offrets förmåga att uppfatta ett handlande från förövarens sida samt offrets förmåga att värja sig. Det gjorde att olika egenskaper eller tillstånd hos offret istället framstod som det väsentliga. Rättsskyddssubjektets kropp producerades på detta sätt som avgränsad och oantastbar. Detta gällde även sexualiteten, som producerades aktiv då föreställningen om en aktiv sexualitet hos offret möjliggjordes i diskursen. Den manligt avgränsade kroppen och aktiva, manligt laddade sexualiteten producerade därmed ett manligt rättsskyddssubjekt.

I diskursen om *normalt könsumgänte* var det centralt hur *sexuell* en handling ansågs vara men det var också avgörande i vilken omfattning *könsorganen* eller *kroppen* varit inblandad i den aktuella handlingen. Sedligheten spelade också in här. Eftersom huvuddelen av dessa diskurser inte berörde de gränsdragande rekvisten utan rörde olika sexualhandlingar, producerades varken kroppen eller sexualiteten avseende tillgängligheten eller aktiviteten här. Däremot producerades en tydligt förkroppsligad sexualitet samtidigt som kroppen sexualiserades. I förlängningen blir det de kulturellt tillgängliga könskoderna som sexualiserar kroppen och härigenom konstruerar den sexualitet som kommer ur denna kropp.¹⁰⁵⁵ I den del av diskursen som fokuserade sedligheten knöts däremot offrets frivillighet till bedömningen, vilket innebar att rättsskyddssubjektets kropp producerades öppen och antastbar samt att sexualiteten framstod som tillgänglig och passiv.

Som visats producerades alltså rättsskyddssubjektets kropp även i de straffrättsliga diskurserna huvudsakligen som öppen medan sexualiteten framstod som tillgänglig och passiv. Detta innebar att rättsskyddssubjektet i väsentliga delar producerades som kvinnligt trots att utgångspunkterna för den straffrättsliga hanteringen på området är ett könsneutralt subjekt. Men det fanns även avvikande diskurser där rättsskyddssubjektet producerades som manligt samt diskurser som producerade en manlig sexualitet och en kvinnlig kropp. Detta kan ses som uttryck för den syn på makt som

1055. Jämför Rosenberg (2002), s. 74.

Foucault förespråkar, nämligen att makten finns överallt, vilket också innebär att motstånd finns överallt och att diskurser inte är konstanta eller entydiga.¹⁰⁵⁶ Tydliga yttre faktorer dominerade diskursen om *livsfarligt våld* och *skada*, diskurser som handlade om hur de olika brotten kvalificerades. Det talades om synligt våld, tydliga skador eller sjukdom, exempelvis knyt-nävsslag i ansiktet, utslagna tänder eller knäckta näsben. Med andra ord var det *kroppsliga* inslaget helt dominerande här. Att dessa kroppsliga faktorer kvalificerade brotten tolkar jag som att rättsskyddssubjektets kropp producerades avgränsad och oantastbar, vilket även innebar att sexualiteten producerades otillgänglig och aktiv. I denna diskurs poängterades också att offret stått under gärningsmannens fostran eller varit i en beroende ställning. Även denna del av diskursen producerade kroppen som avgränsad och sexualiteten som otillgänglig och aktiv eftersom diskursen möjliggjorde att hänsyn kunde tas till offrets bristande sexuella aktivitet. Däremot kunde den del av diskursen som tog upp att parternas relation inte skulle tas i beaktande tolkas på två sätt. Eftersom det här uttalades att hänsyn inte skulle tas till offrets beteende och vilja, kunde detta å ena sidan tolkas som att diskursen producerade rättsskyddssubjektets kropp avgränsad och oantastbar samt sexualiteten som otillgänglig och aktiv. Å andra sidan inbjöd dessa uttalanden till tolkningen att det faktum att parternas relation överhuvudtaget nämndes producerade kroppen och sexualiteten öppen och antastbar respektive tillgänglig och passiv.

Att Butlers heterosexuella matris är grundläggande uttrycks tydligt i dessa diskurser. Heteronormativa föreställningar om manlig sexualitet som aktiv och kvinnlig sexualitet som passiv blir synliga genom det rättsskyddssubjekt som producerades.

5.3 Diskurser och gällande rätt

5.3.1 Introduktion

I bestämmelserna om sexualbrott i brottsbalkens sjätte kapitel avgränsas de sexuella övergreppen från ömsesidiga handlingar och relationer. Som visats i avhandlingens andra kapitel består de gränsdragande rekvisiten

1056. Foucault (2002/1976), s. 103 f. och 105 f. Se även Hunter och Mack (1997), s. 174.

dels av tvång och dels av utnyttjanden. De allvarligaste brotten med det starkaste skyddet förutsätter att gärningspersonen har använt *tvång*. Övriga brott erbjuder straffrättsligt skydd när offret har en viss egenskap eller befinner sig i ett visst tillstånd som gärningspersonen utnyttjar. Som påtalats i andra kapitlet är utgångspunkten för sexualbrottslagstiftningen att det subjekt som utsätts för övergrepp är autonomt och har förmåga att avböja oönskade närmanden. Med andra ord är det ett modernt, rationellt subjekt som lagstiftningen skyddar. Ett subjekt som avviker från detta genom att ha vissa egenskaper eller befinna sig i särskilda tillstånd erbjuds också straffrättsligt skydd men då genom kriminaliserade gärningar som anses mindre straffvärda. Diskursanalysen av materialet om gällande rätt visar att dessa bestämmelser paradoxalt nog ger rättsskydds-subjektet en starkare integritet än det allvarigare våldtäktsbrottet.

Historiskt har det autonoma och rationella rättsskyddssubjektet inte varit den självklara utgångspunkten för den straffrättsliga lagstiftningen på området. Det kom att betonas först i 1864 års strafflag då våldtäktsbrotten placerades bland frihetsbrotten. Dessförinnan hade dessa brott betraktats som egendomsbrott samt vålds- och ordningsbrott. Offret erkändes då inte någon status som subjekt varför hennes vilja, eller rationalitet, gavs föga betydelse.¹⁰⁵⁷

Genom två olika diskursanalyser har jag bland annat visat att det rättsskyddssubjekt som produceras i rättslig reglering och tillämpning i samband med sexualbrott har en öppen och tillgänglig kropp, en tillgänglig och passiv sexualitet, med andra ord ett rättsskyddssubjekt med kvinnligt kön.

Vad kan då dessa slutsatser bidra med i relation till gällande rätt? Denna fråga diskuteras i det följande.

5.3.2 Diskursanalys och gällande rätt

Diskursanalytiska undersökningar syftar inte direkt till att bidra till tolkningar om gällande rätt eller att utmana rättsdogmatiken i sökandet efter en ”riktig” tolkning av rätten. Däremot kan diskursanalysen indirekt

1057. Detta bekräftas i Karin Hassan Janssons historiska undersökning om synen på våldtäkt, se ovan kapitel 2.3.1.

vara till hjälp genom att analysera underliggande utgångspunkter för olika begrepp och kritisera vedertagna tolkningar.¹⁰⁵⁸

Genom min diskursanalys av gällande rätt i fjärde kapitlet har jag visat att diskurserna om *våld* och *vilja*, som återfanns i anknytning till de allvarligaste brotten med det starkaste skyddet för den sexuella integriteten, producerade ett rättsskyddssubjekt med *öppen kropp* och *tillgänglig, passiv sexualitet*. På en diskursiv nivå innebar detta en *bristfällig integritet* för rättsskyddssubjektet. I diskurserna om *offrets förmåga* däremot framstod kroppen som avgränsad och sexualiteten som otillgänglig, vilket erbjöd rättsskyddssubjektet ett starkare integritetsskydd.

Lagstiftaren erbjuder alltså det *autonoma subjektet* det starkaste integritetsskyddet. Detta subjekt ersätts vid de *mindre straffvärda* sexualbrotten av ett subjekt som befinner sig i ett visst tillstånd eller har en viss egenskap och på det sättet explicit saknar autonomi. Genom diskursanalysen framkommer att detta paradoxalt nog bidrar till att erbjuda rättsskyddssubjektet en starkare integritet.

I gällande rätt sätts gränsen för ett sexuellt övergrepp vid förövarens *våld* eller *utnyttjande*. I de rättstillämpande hovrättsdiskurserna, däremot, var det huvudsakligen offrets *viljeuttryck* som utgjorde gränsmärk. Det som i lagtext beskrivs som en *kroppslig* gärning i form av våld handlar alltså i rättstillämpningen om ett *intellektuellt* moment, nämligen offrets vilja, eller snarare en bedömning av förkroppsligade viljeuttryck. Vi kan alltså se en tydlig förskjutning av *innebörden* av *gällande rätt*. Trots att det rättsligt sett centrala gränsdragande rekvisitet är *våld*, gör föreställningar om kön och sexualitet att den huvudsakliga bedömningen i hovrätterna handlar om offrets *vilja*.

5.4 Subjektets rationalitet och kroppslighet – en straffrättslig dualism

Det finns en inbyggd motsättning mellan å ena sidan straffrättens grundstruktur och å andra sidan våldtäktsbrottet. Straffrätten, liksom övriga rättsområden, utgår fortfarande från ett modernt rättssubjekt, som för-

1058. Niemi-Kiesiläinen m. fl. (2004), s. 14 och 17.

väntas vara rationellt, autonomt och utföra fria val utifrån en oberoende vilja. Subjektiviteten definieras alltså genom förmågan att vara rationell.¹⁰⁵⁹ Den kroppsliga delen av subjektet däremot, som är central i samband med våldtäkt och andra sexuella övergrepp, betonas inte närmare i relation till det moderna subjektet.¹⁰⁶⁰ Det har påpekats att kroppslighet traditionellt ansetts stå i vägen för rationalitet: ”the body was fundamentally a hindrance to the projects of reason.”¹⁰⁶¹

Den nu antydda motsättningen mellan rationalitet och kroppslighet åskådliggörs också i det straffrättsliga brottsbegreppet.¹⁰⁶² Gärningsrekvisiten är en nödvändig del för att ett brott skall anses begånget och utförs genom kroppsrörelser på subjektets materiella nivå. Den intellektuella eller rationella motsvarigheten är ansvarsrekvisiten, som till allra största delen konstrueras på den diskursiva nivån. Vad som utspelas på den materiella nivån inverkar visserligen på bedömningen av ansvarsrekvisiten men det är ansvarssubjektets rationalitet som är grunden för ansvarsbedömningen.¹⁰⁶³ Brottskonstruktionen består således av en del som kan hänföras till kroppslighet och en annan som kan relateras till rationalitet. Båda dessa delar av brottsbegreppet handlar i grunden om en bedömning av ansvarssubjektets handlande.

Våldtäktsbrottet stämmer inte in på denna beskrivning.¹⁰⁶⁴ Som Nicola Lacey har påpekat finns ett intellektuellt inslag även på våldtäktsbrottets gärningssida, som normalt relateras till det kroppsliga, eftersom offrets *bristande samtycke* ingår här.¹⁰⁶⁵ I brittisk rätt framkommer detta av lagtexten medan det i svensk rätt istället uttrycks i praxis från högsta domstolen och annan rättstillämpning.¹⁰⁶⁶ Det är alltså rättsskyddssub-

1059. Jämför engelskans ”the ability to reason”, Cahill (2001), s. 50.

1060. Jämför Naffine (1997).

1061. Cahill (2001), s. 50. Se även de resonemang av Kant och Descartes som Cahill refererar, s. 50.

1062. Detta har påpekats av Lacey (1998), s. 111 ff.

1063. Jämför Cavallin, Samuel (1999) *Skuld*, Iustus Förlag, Uppsala. Cavallin menar att gärningstypen i ett visst fall är avgörande för uppsåtsbedömningen i svensk rättstillämpning. Hans analys bygger på rättsfall från tingsrätterna rörande grova våldsbrott. I Cavallins analys *förkroppsligas* således den *intellektuella* delen av brottsbegreppet.

1064. Jag diskuterar här endast våldtäktsbrottet men med tanke på mina slutsatser i det tredje kapitlet är resonemanget även aktuellt beträffande övriga sexualbrott som tas upp i avhandlingen.

1065. Lacey (1998), s. 112. Det bristande samtycket uttrycker offrets vilja, som kan relateras till intellekt och rationalitet i motsats till kroppslighet.

jektets vilja som huvudsakligen utgör den rättsliga gränsen här. När domstolarna skall avgöra huruvida bristande samtycke föreligger bedöms dock inte offrets rationalitet. Istället är det offrets kroppsliga och verbala uttryck som blir avgörande för bedömningen. Den ”manliga” rationella viljan som är grundläggande för ansvarsläran har här ersatts av ”kvinnliga” förkroppsligade viljeuttryck. En fråga som i grunden gäller *hans våld* görs i rättstillämpningen om till ett problem om *hennes vilja*.

En utgångspunkt vid en analys om varför våldet görs om till vilja är det *subjekt* som är grunden för straffrättsystemet. Att definiera våldtäkt utifrån det moderna subjektet bidrar sannolikt till att den manliga delen av detta betonas:

Moreover, insofar as rape is defined in terms that surround and constitute the *modern subject*, it is likely that that definition would serve to repeat the masculinist bias inherent in that conceptualization of the subject.¹⁰⁶⁷

Uppdelningen mellan kropp och intellekt är inte av godo, istället bör ett helhetstänkande eftersträvas. Med detta sagt vill jag ändå stämma in i vad som påpekats från flera feministteoretiker på senare år i relation till våldtäkt och andra sexualbrott, nämligen att en fruktbar utgångspunkt vid utformningen av dessa brott vore att betona kroppslighet och integritet, snarare än självbestämmande och vilja.¹⁰⁶⁸

Lagstiftaren utreder just nu frågan huruvida tvång eller bristande samtycke, *våld* eller *vilja*, skall utgöra utgångspunkten för våldtäktsbestämelsen.¹⁰⁶⁹ I de diskussioner som förts i 1998 års sexualbrottsutredning ifrågasätts vare sig dessa rekvisit som gränsdragande för våldtäktsbrottet eller sambandet dem emellan. Inte heller uppmärksammas de förutsättningar om kön och sexualitet som relationen mellan tvång och samtycke bygger på. För egen del anser jag att det mest grundläggande i detta sammanhang är att ifrågasätta utgångspunkterna för det straffrättsliga sub-

1066. Se kapitel 2 under ”HD’s bevisprövning i våldtäktsmål – argumentationen”, kapitel 3 och Andersson (2001a) samt (2001b). Detta kan också till viss del utläsas i förarbeten och doktrin, något jag tar upp i kapitel 2 under ”Samtycke i samband med sexualbrott”.

1067. Cahill (2001), s. 101, min kursivering.

1068. Jämför Lacey (1998), s. 111 ff. och Cahill (2001), s. 109-142.

1069. I det förslag som nu föreligger, straffrättsenhetens promemoria 2003-11-17, utgår lagstiftaren i våldtäktsbestämelsen delvis från ett autonomt rättsskydds-subjekt och delvis från ett subjekt som avviker från detta, vilket innebär att det moderna subjektet uppluckras.

jektet, både i samband med ansvar och rättsskydd. I stället för att enbart diskutera hur olika rekvisit skall utformas borde lagstiftaren även tydliggöra de underliggande premisserna för hur man resonerar. Den mest centrala premissen för dessa resonemang är det *subjekt* som bestämmelsen avser att skydda.

Summary

His (word) or Hers? A gender theoretical analysis of criminal legal protection against sexual abuse.

During the last decade, the judicial argumentation in cases of rape and other sexual offences has been severely criticized. Among other things it has been claimed that the victim is unnecessarily the focus of the legal discussions. In this thesis these argumentations and discussions are scrutinized and analyzed. My starting-point is that notions of gender and sexuality are influencing this legal area. By using both legal method and discourse analysis, I make visible the underlying conceptions of gender and sexuality that are so crucial for the legislation on rape and other sexual offences.

The criminal justice system in modern western democracies is built on the rights of the one who is being accused of a crime, the *subject of criminal responsibility*, in relation to the repressive power held by the state. The entire system rests upon rules and principles, aiming at ensuring the rule of law as far as this subject is concerned. The subject is presumed to be autonomous and is set before the law according to the legal doctrine on criminal responsibility, presupposing that this subject makes free, rational choices. Accordingly, the *rational* part of the subject is focused, rather than the *bodily* one. This can be related to the division of the modern subject between body and mind. According to feminist philosophy, the rational thinking part of the subject is associated with the superior masculine and the bodily, physical one with the feminine inferior. Criminal legal protection of sexual integrity, which is at stake here,

is clearly related to the bodily part of the subject and thus inferior to masculine mental responsibility.

This thesis focuses the victim, or the one who may claim protection from a certain criminal provision: the *subject of criminal protection*. The main purpose is to explore and analyze the construction of this subject in criminal law in relation to sexual offences. I start out by describing the object of the thesis, my theoretical framework and methods, in *chapter one*. My starting-point is that sex, as well as gender, is constructed, and that legal discourses contribute in doing so, while simultaneously producing the subjects set before the law. Drawing on the concept of discursive power put forward by Michel Foucault and Judith Butler's constructivist theory of gender founded on the heterosexual matrix, I analyze the legal discourses as such. My question is how these discourses construct, or produce the subject of criminal protection, more specifically regarding to body, sexuality and gender. I argue that these discourses produce a subject with an open, accessible body and an accessible, passive sexuality, in other words a subject which is clearly *feminine*.

In the *second* chapter where I use the legal method, I describe and analyze the definitions of rape and other sexual offences against adults: i.e. persons older than 15 years. The sexual offences are constructed as a *sexual act* together with *force* or *exploitation*. The sexual acts, such as sexual intercourse, are all defined from a perspective of mutual sexual relations. This means that the elements of *force* or *exploitation* draw the legal *boundary* of these offences. Historically the rape definition has focused the male perpetrator's force. But when women started to be considered as legal subjects in this context, during the 18th century, the female will – consent – was included in the legal definition of rape. However, in contemporary Swedish and Nordic legislation, the decisive criterion in the provision on rape is force, whereas for example British law focuses the victim's will, or lack of consent. In a recent proposed amendment it has been discussed whether Swedish legislation should use lack of consent instead of force but the commission on sexual offences finally decided to keep on using force as the decisive criterion. However, a certain ambivalence is shown since the commission also chose to place certain conditions of the victim in the same category as force.

In the *third* chapter I analyze discourses in the legal reasoning regarding the boundary elements, in cases on sexual offences from Swedish courts of appeal in the year of 1999. I have identified three main dis-

courses, regarding the *victim's expression of will*, *technical evidence* and the *sexual character* of the deed respectively. The main discourses were the ones focusing the *victim's expression of will*. The legal reasoning here naturally included the victim's expressions of will. This produced the *body* of the subject of criminal protection as *open* and *accessible*. If the victim did not delimit his or her body, by offering resistance or showing other kinds of rejections, the body was accessible for others. This was the case in the discourse on *technical evidence* as well. Here, different "bodily expressions", such as injuries, were related to the victim's action or verbal statement, which in turn produced an *open* body. The *open* body was also expressed in the discourse on the *sexual character* of the deed, where the victim had to accept involuntary contact or verbal insulting.

Accordingly, the victim was only given the possibility to react on the perpetrator's action. Circumstances which could be interpreted as lacking potential sexual activity of the victim were instead excluded. Thus the *sexuality* of the subject of criminal protection was produced as passive. Until the victim objected, he or she could be used sexually, which produced an *accessible sexuality*. The case was the same with the discourse on *technical evidence*, which was related to the statement of the victim, and the discourse on the *sexual character* of the deed, where the victim had to accept involuntary contact and verbal insulting.

The open, accessible body and the accessible, passive sexuality have obvious connotations to the notion of the *feminine* body and the *feminine* sexuality. The subject of criminal protection that was produced in the dominating discourses in the cases from the courts of appeal, was therefore well-defined *feminine*. These discourses may be seen as strong and evident expressions of the heterosexual matrix that Judith Butler claims to be the foundation of the construction of gender. The notion of sexuality that forms the production of the subject of criminal protection with an *open* body and an *accessible* sexuality is obviously hetero-normative. According to this reasoning, the feminine body becomes accessible at the discursive level, through the feminine passive (hetero)sexuality. In the few examples in the study where the "real" subject was male, the discursive subject was also produced as feminine, with an open body and a passive, accessible sexuality. The gender of the discursive subject was thus superior to the "real" one.

In the *fourth* chapter I analyze the legal material defining sexual offences: the criminal legal discourses. This analysis focuses on *sexual in-*

tegrity, the *boundary* elements of sexual offences, the elements of *sexual acts* and finally the *qualifying* elements of the crimes. In the discourse of *sexual integrity* it was most decisive that the victim decide by *rejecting*. Sexual integrity was thus dependent on the victim's objection and, as such, a prerequisite of his or her integrity. This produced the *body* of the subject of criminal protection as *open* and possible to *interfere with*. The subject's sexuality was also produced in this way. Since the discourse made it impossible to take into account the victim's potential sexual activity, the sexuality was also produced as passive.

In the discourses on the *boundary elements* there was an obligation for the victim to express his or her *attitude* towards the perpetrator's action. The criminal element of *violence* was interpreted in the light of the victim's *will*. As opposed to understanding, reason and control, the will was, however, transformed into bodily expressions of the victim's will. The rational will, most fundamental to criminal responsibility, was thus in the criminal legal discourses transformed into bodily expressions. Since the victim thus had to express his or her will, the *body* of the subject of criminal protection was produced as *open* and the *sexuality* as accessible. On the other hand, the discourse on the victim's *ability to apprehend* and *defend* did not focus how the victim expressed his or her will. Instead, great emphasis was put on whether the victim had the ability to apprehend the perpetrator's action and if he or she could *defend* herself or himself. Thus the victim's features or conditions became crucial. This in turn produced the subject of criminal protection as bounded and impossible to interfere with. As the notion of the victim's active sexuality was made possible in these discourses, the subject's sexuality was produced as active. Accordingly, the bounded body and active sexuality here produced a masculine subject of criminal protection.

The *threat* was discursively different and appeared to be quite separate to the victim. This discourse produced a male bodily bounded subject of criminal protection with an active, non accessible sexuality.

The discourses on the elements of *sexual acts* focused on normal sexual relations, the genitals and the body. It was here highly relevant how *sexual* an act was regarded and whether the genitals or the body was involved in the deed. Sexuality was here produced as something bodily at the same time as the body was sexualised.

In the *qualifying* discourses, dangerous *violence* and *injuries* were central. The discussions concerned visible violence, obvious injuries or ill-

ness, for example fist battery in the face, broken teeth or destroyed nasal bone. In other words, the bodily features dominated here. This produced the body of the subject of criminal protection as bounded, not possible to interfere with, which also meant that the sexuality was produced as non accessible and active.

To sum up, the criminal legal discourses produced the body of the subject of criminal protection mainly as *open* and the *sexuality* as accessible and passive. Thus the subject of criminal protection was produced as *feminine*, in spite of the gender-neutral subject being the starting-point of the criminal provisions on sexual offences. But there were also discourses that varied, where the subject of criminal protection was produced as masculine. This can be regarded as an expression of Foucault's view on power, that power is everywhere, which means that resistance is everywhere and that discourses are not stable and unambiguous. Butler's heterosexual matrix is obviously fundamental in these discourses. Hetero-normative notions of masculine sexuality as active and feminine sexuality as passive, become visible through the subject of criminal protection produced.

As has been implied, there is an internal clash between the very constitution of criminal wrongs on the one hand and the crime of rape on the other. The criminal legal subject is expected to be rational and autonomous, making free choices based on an independent will. Accordingly, subjectivity is defined by the ability to reason. However, the bodily part of the subject, which is central in the context of rape and other sexual offences, is not emphasized in relation to the modern subject. Traditionally the body has also been regarded as a fundamental hindrance to the projects of reason.

This binary division between mind and body is also illustrated in the criminal legal conception of crime, *actus reus* and *mens rea*: conduct and what makes one responsible for it. The conduct is performed through bodily movements whereas criminal responsibility depends on the capacities of understanding, reason and control. The criminal legal construction of crime thus consists of one element which is associated with the bodily part of the subject and another which is related to the mental part.

However in the crime of rape, there is a mental part also in the *actus reus*, the conduct element, as the victim's lack of consent is included here. In other words it is the will of the subject of criminal protection that con-

stitutes the legal boundary of the crime. When the courts decide whether lack of consent is at stake, however, they are not exploring the rational will. Instead the victim's bodily and verbally expressions are decisive in their argumentations. The "masculine" rational will which is central in connection to criminal responsibility has been replaced by "feminine" embodied expressions of will.

A starting-point in analyzing why violence is transformed to will is the *subject* which constitutes the foundation of the criminal justice system. The division between mind and body is not satisfactory: an integral thinking should be pursued in its place. Having said this, I would still want to emphasize the subject's body and integrity, rather than will and self-determination, when discussing the definitions of rape and other sexual offences.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Alcoff, Linda (1988) Cultural Feminism versus Poststructuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory. I: *Signs*, Vol. 13 nr. 3, s. 405-436.
- Andersson Helen (2001) Rättens fiktion och fiktionens rättvisa. Etiska och estetiska perspektiv på diké och adikia. I: *Retfaerd 93 Nordisk juridisk tidskrift*, 24. årgång Nr. 2, s. 35-53.
- Andersson, Ulrika (2001a) The Unbounded Body. The Intrusive Criterion of Non-Consent. I: Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström och Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) *Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, s. 331-351.
- Andersson, Ulrika (2001b) Det gränslöst feminina. Kvinnliga kroppar och sexualiteter i rättslig hantering av våldtäkt. I: Inger Lövkrona (red.) *Mord, misshandel och sexuella övergrepp. Historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*, Nordic Academic Press, Lund, s. 168-187.
- Asp, Petter (2002) *EU och straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*, Lustus Förlag, Uppsala.
- Asp, Petter, Träskman, Per Ole, Westin, Håkan och Zila, Josef (2002) Uppsåtets nedre gräns. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 2002/2003, s. 613-639.
- Austin, John (1962) *How to do things with words*, Oxford University Press, Oxford.
- Beauvoir, Simone de (1995/1949) *Det andra könet*, Norstedts Förlag, Stockholm. (Originalens titel: *Le deuxième sexe*)
- Bergholtz, Gunnar (1992) Åtal och kontradiktion. Marginalanteckningar till några nyare rättsfall. I: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm, s. 1-17.
- Berglund, Kerstin (1995) Rättens användbarhet vid brott mot kvinnor. I: Monica Herrlin (red.) *Kvinnor och miljöer. Rapport från det 9nde nordiska kvinnojuristmötet 19-21 maj 1995*, Helsingfors, s. 213-228.
- Borch, Christian (2003) Maktanalyttikkens rettsociologiske implikationer. I: *Retfaerd 103 Nordisk tidskrift for ret og samfund* 26 årgång Nr 4, s. 46-61.

- Bring, Thomas (red.), Diesen, Christian och Schelin, Lena (1999) *Förundersökning*, Norstedts Juridik, Stockholm, Andra upplagan. (Bring 1999)
- Brun, Hans, Diesen, Christian och Olsson, Thomas (2000) *Bevispraxis. Bevis 5. Svensk bevispraxis 1948-1999*, Norstedts Juridik, Stockholm.
- Burgess-Jackson, Keith (red.) (1999) *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*, Oxford University Press, Oxford.
- Burgess-Jackson, Keith (1996) *Rape. A Philosophical Investigation*, Dartmouth Publishing, Aldershot.
- Burr, Vivien (1999/1995) *An introduction to Social Constructionism*, Routledge, London.
- Butler, Judith (1997) Det performativa könet. I: *Res Publica*, vol. 35/36, nr 1-2, s. 13-35.
- Butler, Judith (1993) *Bodies that matter: On the discursive limits of sex*, Routledge, London.
- Butler, Judith (1990) *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, Routledge, London.
- Cahill, Ann J. (2001) *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Ithaca.
- Carlson, Åsa (2001) *Kön, kropp och konstruktion. En undersökning av den filosofiska grunden för distinktionen mellan kön och genus*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag.
- Cavallin, Samuel (2003) Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 2003/04, s. 3-16.
- Cavallin, Samuel (1999) *Skuld*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Connell, Robert Williams (1996/1995) *Maskuliniteter*, Daidalos, Göteborg. (Originalens titel: Masculinities)
- Dahl, Tove Stang (1994) *Pene piker haiker ikke*, Universitetsforlaget, Oslo.
- Danius, Sara (1995) Själens är kroppens fångelse: om den vanskliga distinktionen mellan kön och genus. I: Claudia Lindén och Ulrika Milles (red.) *Feministisk bruksanvisning*, Norstedts Förlag, Stockholm, s. 143-166.
- Davies, Margaret (1997) taking the inside out: sex and gender in the legal subject. I: Ngaire Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 25-46.
- Diesen, Christian (1994) *Bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm.
- Dijk, Teun A. van (1997) The study of Discourse. I: Teun A. Van Dijk (red.) *Discourse as Structure and Process*. Discourse Studies. A Multidisciplinary Introduction, Volume 1, SAGE Publications, London, s. 1-34.
- Edenheim, Sara (2002) *Kön, Genus... I: Kvinnovetenskaplig Tidskrift* nr 4, s. 73-76.
- Ehrlich, Susan (2001) *Representing Rape. Language and sexual consent*, Routledge, London.
- Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert (1992) *Rättegång. Fjärde häftet, Sjätte omarbetade upplagan*, Norstedts Juridik, Stockholm. (Ekelöf IV)
- Ekenstam, Claes (1993) *Kroppens idéhistoria. Disciplinering och karaktärsdaning i Sverige 1700-1950*, Gidlunds bokförlag, Hedemora.
- Ekström, Simon (2002) *Trovärdighet och ovärdighet. Rättsapparaterns hanterande av kvinnors anmälan av våldtäktsbrott Stockholm 1946-50*, Gidlunds förlag, Hedemora.
- Eliasson, Mona (2000) *Mäns våld mot kvinnor. En kunskapsöversikt om kvinnomisshandel och våldtäkt, dominans och kontroll*, Natur och kultur, Stockholm.
- Estrich, Susan (1987) *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Fairclough, Norman och Wodak, Ruth (1997) Critical Discourse Analysis. I: Teun A. Van Dijk (red.) *Discourse as Social Interaction*. Discourse Studies. A multidisciplinary Introduction, Volume 2, SAGE Publications, London, s. 258-284.

- Foucault, Michel (2002/1976) *Sexualitetens historia. Viljan att veta, Band I*, Daidalos Förlag, Göteborg. (Originalalets titel: Histoire de la sexualité. La volonté de savoir)
- Foucault, Michel (1993/1971) *Diskursens ordning*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag. (Originalalets titel: L'ordre du discours)
- Frände, Dan (1989) *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Juridiska Föreningen i Finland, Helsingfors.
- Gatens, Moira (1996) *Imaginary Bodies: Ethics, Power and Corporeality*, Routledge, London.
- Gauthier, Jeffrey A. (1999) Consent, Coercion and Sexual Autonomy. I: Keith Burgess-Jackson (red.) *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*, Oxford University Press, Oxford, s. 71-91.
- Granhag, Pär Anders (2001) *Vittnespsykologi*, Studentlitteratur, Lund.
- Gregow, Torkel (1996) Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn. I: *Svensk Juristtidning*, s. 509-523.
- Greve, Vagn (2003) Bör forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse? I: *Voldtægt. Retsbeskyttelse for den krænkedede – retssikkerhed for gerningsmanden*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København, s. 101-107. (Förkortad version av tidigare publicerad artikel.)
- Greve, Vagn, Jensen, Asbjørn och Nielsen, Gorm Toftegaard (2001) *Kommentareret Straffelov. Special del. 7. omarbejdede udgave*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København.
- Hagströmer, Johan (1906-1909) *Svensk straffrätt. Föreläsningar. Band II*, Almqvist & Wiksell, Uppsala.
- Halldenius, Lena (2001) *Liberty Revisited. A historical and systematic account of an egalitarian conception of liberty and legitimacy*, Bokbox Förlag, Lund.
- Haraway, Donna J (1991) *Simians, Cyborgs and Women. The Reinvention of Nature*, Free Association Books, London.
- Harding, Sandra (1986) *The Science Question in Feminism*, Cornell University Press, Ithac.
- Harris, Lucy Reed (1975) Towards a consent standard in the law of rape. I: *University of Chicago Law Review* 43, 613-645.
- Helmius, Ingrid (2000) *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Holmquist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken. En kommentar (Kap. 1-12) Brotten mot person och förmögensbrotten m. m.* Supplement 9, Norstedts Förlag, Stockholm. (Brottsbalkskommentaren)
- hooks, bell (1982) *Ain't I a woman: black women and feminism*, Pluto Press, London.
- Hunt, Alan och Wickham, Gary (1994) *Foucault and Law. Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, London.
- Hunter, Rosemary och Mack, Kathy (1997) exclusion and silence: procedure and evidence. I: Ngairé Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 171-192.
- Hydén, Håkan (2002) *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund.
- Höjer, Maria Wendt (2002) *Rädslans politik. Våld och sexualitet i den svenska demokratin*, Liber, Malmö.
- Jansson, Hassan Karin (2002) *Kvinnofrid. Synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600-1800*, Acta Universitatis Upsalensis, Studia Historica Upsalensis, Historiska institutionen vid Uppsala universitet, Uppsala.

- Jareborg, Nils (2001) *Allmän kriminalrätt*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Jareborg, Nils (1985) Determinism och straffrättsligt ansvar. I: Nils Jareborg och Per Ole Träskman (red.) *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Iustus Förlag, Juridiska föreningen i Uppsala, Uppsala.
- Jeffner, Stina (1998) *Liksom våldtäkt typ... Om ungdomars förståelse av våldtäkt*, Utbildningsförlaget Brevskolan, Stockholm.
- Jørgensen Winther, Marianne och Phillips, Louise (2000/1999) *Diskursanalys som teori och metod*, Studentlitteratur, Lund. (Originala titel: Diskursanalyse som teori och metode)
- Förundersökning*, Juristförlaget, Stockholm.
- Klette, Hans (1996) *Undersökning av tingsrätternas straffmättningspraxis*, Lund.
- Kouvo, Sari & Svensson, Eva-Maria (2000) Staten, grundlagen och sexualiteten: Pornografidebatten och statens ansvar för demokratis idéer. I: Bo Andersson (red.) *Samhällets demokratiska värdegrund. En fråga om mångfald, olikhet men lika värde*, Rapport från Värdegrunden, Göteborgs universitet, Göteborg, s. 59-86.
- Lacey, Nicola och Wells, Celia (1998) *Reconstructing Criminal Law. Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process*, Butterworths, London, Second edition.
- Lacey, Nicola (1998), *Unspeakable Subjects. Feminist essays in legal and social theory*, Hart Publishing, Oxford.
- Lacey, Nicola (1997) on the subject of "sexing" the subject... I: Ngairé Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 65-76.
- Laster, Kathy och Raman, Padma (1997) law for one and one for all? an intersectional legal subject. I: Ngairé Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 193-212.
- Laqueur, Thomas (1999/1990) *Om könenas uppkomst. Hur kroppen blev kvinnlig och manlig*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag. (Originala titel: Making Sex. Body and Gender from Greeks to Freud)
- Lees, Sue (1996) *Carnal knowledge – Rape on trial*, Penguin Books, London.
- Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne (2001) *Straffansvar*, Norstedts Juridik, Stockholm, Sjätte upplagan.
- Lernstedt, Claes (2003) *Kriminalisering. Problem och principer*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Lindell, Bengt (1987) *Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Lindén, Claudia och Milles, Ulrika (red.) (1995) *Feministisk bruksanvisning*, Norstedts Förlag, Stockholm.
- Lundström, Karin (1999) *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten – en feministisk analys*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Lövkrona, Inger (2001) Den våldsamme mannen. I: Inger Lövkrona (red.) *Mord, misshandel och sexuella övergrepp. Historiska och kulturella perspektiv på kön och våld*. Nordic Academic Press, Lund, s. 9-32.
- Mac Gregor, Joan (1996) Why when she says no she doesn't mean maybe and doesn't mean yes. I: *Legal Theory 2*, s. 275-297.
- MacKinnon, Catharine A. (1989) *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Mattsson, Titti (2002) *Barnet och rättsprocessen. Rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Juristförlaget i Lund, Lund.
- Moi, Toril (1997) Vad är en kvinna? Kön och genus i feministisk teori I: *Res Publica*, vol. 35/36 nr 1-2, s. 71-158.

- Naffine, Ngaire (1997) *the body bag*. I: Ngaire Naffine och Rosemary J. Owens (red.) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney, s. 79-93.
- Naffine, Ngaire och Owens, Rosemary J. (red.) (1997) *sexing the subject of law*, Sweet & Maxwell, Sydney.
- Nehrman, David (1756) *Inledning till then Svenska Jurisprudentialia Criminalem, efter Sveriges Rikes Lag och stadgar*, Gottfried Kiesewetter, Stockholm – Upsala.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi och Ruuskanen, Minna (2004) *Legal Texts as Discourses*. I: Reza Banaka och Max Travers, *Socio-Legal Methods*. Under publicering, hänvisning till artikel i manusform.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2001) *Criminal Law or Social Policy as Protection Against Violence*. I: Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström och Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) *Responsible Selves. Women in the Nordic legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, s. 289-309.
- Nousiainen, Kevät och Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2001) *Introductory remarks on Nordic Law and Gender Identities*. I: Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström och Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) *Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, s. 1-22.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna (1999) *Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter*. I: *Retfærd 84, Nordisk juridisk tidskrift*, 22. årgång Nr.1, s. 49-67.
- Nousiainen, Kevät, Gunnarsson, Åsa, Lundström, Karin och Niemi-Kiesiläinen, Johanna (red.) (2001) *Responsible Selves. Women in the Nordic legal Culture*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot.
- Nousiainen, Kevät (1999) *Equalizing images? Gendered images in criminal law*. I: *Antropologi i Finland. Journal of the Finnish Anthropological Society*, 3/1999, s. 7-24.
- Nowak, Karol (2003) *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm.
- Noreé, Annika (2000) *Laga befogenhet. Polisens rätt att använda våld*, Jure, Stockholm.
- Oakley, Ann (1996) *Sexuality*. I: Stevi Jackson och Sue Scott (red.) *Feminism and sexuality. A reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, s. 35-39.
- Pateman, Carole (1980) *Women and Consent*. I: *Political Theory* 8 (2) s. 149-168.
- Peczenik, Alexander (1995) *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag, Stockholm.
- Pohjonen, Soile (1995) *Kvinnor, våld och straffrätt*. I: Gudrun Nordborg (red.) *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Lustus Förlag, Uppsala.
- Rich, Adrienne (1996) *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*. I: Stevi Jackson och Sue Scott (red.) *Feminism and sexuality. A reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, s. 130-143.
- Robberstad, Anne (1999) *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornaermedes stilling*, Universitetsforlaget, Oslo.
- Rosenberg, Tiina (2002) *Queerfeministisk agenda*, Atlas, Stockholm.
- Smart, Carol (1995) *Law, crime and sexuality*, SAGE Publications, London.
- Solheim, Jorun (2001) *Den öppna kroppen. Om könssymbolik i modern kultur*, Daidalos, Uddevalla.
- Strandbakken, Asbjörn (2003) *Utskyldspresumsjonen. "In dubio pro reo"*, Fagbokforlaget, Bergen.
- Sutorius, Helena, Kaldal, Anna (2003) *Bevisprövning vid sexualbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm.
- Sutorius, Helena (1997) *Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors sexuella självbestämmanderätt – reflektioner med anledning av en rättsfallskommentar*. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1997-1998, Stockholm, s. 1297-1309.

- Svensson, Eva-Maria (1997) *Genus och Rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus Förlag, Uppsala.
- Søndergaard, Dorte Marie (2000) Destabiliserende diskursanalys: veje in i poststrukturalistisk inspireret empirisk forskning. I: Hanne Haavind (red.) *Køn og tolkning. Metodiske muligheder i kvalitativ forskning*, Natur och Kultur, Stockholm, s. 60-74.
- Tallroth, Paulina (2003) *Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren. Eine rechtsvergleichende Studie zur Verwirklichung strafprozessualer Garantien im Verfahrensrecht Deutschlands und der nordischen Länder unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Dissertation, Freiburg im Breisgau.
- Temkin, Jennifer (2002) *Rape and the legal process*, Oxford University Press, Oxford.
- Träskman, Per Ole (1994) Om straffbar "tilsnigelse" i ett nordiskt perspektiv. I: *Nordisk Tidskrift för Kriminologisk forskning*, Marts 1994, 81. årgång, Nr. 1, s. 111-121.
- Träskman, Per Ole (1985) Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? I: Nils Jareborg och Per Ole Träskman (red.) *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Iustus Förlag, Juridiska Föreningen i Uppsala Iustus, Uppsala, s. 56-75.
- Träskman P. O. (1987) Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet. I: Olle Höglund, Bertil Bengtsson, Lars Heuman och Hans Ragnemalm (red.) *Festskrift till Lars Welamson*, Norstedts Förlag, Stockholm, s. 469-486.
- Wennberg, Suzanne (1998) Att välja och att vilja. Några synpunkter på tvångsbegreppet enligt våldtäktsbrottet. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1998-1999 Stockholm, s. 523-525.
- Wennberg, Suzanne (1997) Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande. I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, 1997-1998, Stockholm, s. 506-512.
- Wennberg, Suzanne (1993) Bör våldtäkt alltid förutsätta tvång, även när brottsoffret är ett barn? I: *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 1993/1994, Stockholm, s. 491-498.
- Westberg, Peter (1992) Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet. I: Lars Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm, s. 421-446.

Offentligt tryck

SVERIGE

Direktiv

Dir. 1998:48

Statens offentliga utredningar

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*

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

SOU 1981:64 *Våldtäkt. En kriminologisk kartläggning av våldtäktsbrottet*

SOU 1982:61 *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp. Betänkande av 1977 års sexualbrottskommitté*

SOU 1990:44 *Demokrati och makt i Sverige. Maktutredningens huvudrapport*

SOU 1995:60 *Kvinnofrid. Huvudbetänkande av Kvinnovaldskommissionen, del A*
SOU 1996:185 del I *Straffansvarets gränser. Betänkande av straffansvarsutredningen*
SOU 2001:14 *Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor. Betänkande av 1998 års sexualbrottskommitté*

Propositioner

Prop. 1962:10 *Brottsbalken*
Prop. 1983/84:105 *Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)*
Prop. 1991/92:35 *Sexuella övergrepp mot barn, m.m.*
Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*
Prop. 2000/01:85 *Förberedelse till brott m.m.*

Riksdagsprotokoll

Andra kammarens protokoll 1962:33 *Brottsbalk m.m.*

Utskottsbetänkanden

JuU 1983/84:25 *Sexualbrotten*
1997/98:JuU13 *Kvinnofrid*

NORGE

Norges offentlige utredninger

NOU 1991:13 *Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning*
NOU 1997:23 *Seksuallovbrudd. Straffelovkomisjonens delutredning VI*
NOU 2002:4 *Ny straffelov*

Proposisjoner

Ot. prp. nr 28 (1999-2000) *Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)*

Innstilling fra justiskomiteen

Innst. O. nr. 92 (1999-2000) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)*

FINLAND

RP 6/1997 rd *Regeringsproposition avseende vissa delar av strafflagen*
LaUB 3 /1998 rd, *Lagutskottets betänkande avseende regeringens proposition med förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättskipning, myndigheter och allmän ordning samt om sexualbrott m.m.*

Rättsfall

SVERIGE

Högsta Domstolen (Nytt Juridiskt Arkiv avd I)

NJA 1950 s. 263
NJÄ 1959 s. 63
NJÄ 1966 B 50
NJÄ 1966 B 61
NJÄ 1967 B 21

NJA 1967 s. 637
NJA 1970 B 8
NJA 1980 s. 514
NJA 1980 s. 725
NJA 1981 s. 253
NJA 1986 s. 127
NJA 1986 s. 414
NJA 1987 s. 490
NJA 1988 s. 40
NJA 1988 s. 279
NJA 1990 s. 370
NJA 1991 s. 83
NJA 1991 s. 228
NJA 1992 s. 446
NJA 1992 s. 585
NJA 1993 s. 68
NJA 1993 s. 310
NJA 1993 s. 616
NJA 1994 s. 614
NJA 1995 s. 119
NJA 1995 s. 448
NJA 1996 s. 176
NJA 1996 s. 418
NJA 1996 s. 461
NJA 1997 s. 359
NJA 1997 s. 538
NJA 2002 s. 449

Rättsfall från hovrätterna

RH 116:83

RH 1989:48

RH 1989:116

Svea hovrätts dom den 15 april 1993 (DB 635)

Svea hovrätts dom den 6 oktober 1997 i mål nr B 1241/97 (DB 21)

Svea hovrätts dom den 3 november 2003 i mål B 4086-03 (Tumbadomen)

Citerade rättsfall från hovrättsundersökningen

Hovrätten för övre Norrland

B 138/98

Hovrätten för nedre Norrland

B 459/98

B 46/99

Svea Hovrätt

B 2130/97

B 2315/98

B 2745/98

B 153/99

B 185/99
B 1548/99
B 1672/99
B 1817/99
B 1923/99
B 3421/99
B 3843/99
B 6650/99

Hovrätten för Västra Sverige

B 566/98
B 634/98
B 824/98
B 37/99
B 451/99

Göta Hovrätt

B 623/98
B 703/98
B 969/98
B 1005/98
B 1037/98
B 1139/98
B 1337/98
B 246/99
B 311/99
B 397/99
B 559/99
B 881/99
B 1158/99

Hovrätten över Skåne och Blekinge

B 1059/98
B 1275/98
B 22/99
B 68/99
B 410/99
B 1089/99

NORGE (Norsk Retstidende)

Rt 1975 s. 46
Rt 1989 s. 517
Rt 1990 s. 319

DANMARK (Ugeskrift for Retsvæsen)

U 1993. 941

EUROPADOMSTOLEN

M. C. mot Bulgarien (Ansökan 39272/98, dom den 4 december 2003)

Övrigt

Leijonhufvud, Madeleine, Dags att förbjuda alla övergrepp. I: *Aftonbladet* den 7 november 2003.

Ledare, "Våldtäkt på rättssamhället", I: *Aftonbladet* den 7 november 2003.

Norstedts svenska ordbok, 1990.

Promemoria 2003-11-17, justitiedepartementets straffrättsenhet, förslag till lag om ändring i brottsbalken.

RÅ 2003/12154, Riksåklagarens överklagande av Svea Hovrätts dom den 3 november 2003 i mål B 4086-03.

Under de senaste åren har den rättsliga prövningen av våldtäkt och andra sexuella övergrepp utsatts för häftig kritik. Det hävdas att offret behandlas kränkande och att alltför stor vikt läggs vid hennes beteende. I *Hans (ord) eller hennes?* analyserar Ulrika Andersson lagstiftarens avvägningar i samband med de straffrättsliga definitionerna, samt domstolarnas prövningar i dessa mål.

Gällande lagstiftning på området sätter förövarens våld eller motsvarande beteende i fokus. Författaren argumenterar emellertid för att det är offrets viljeuttryck som kommit att bli centralt, i rättstillämpningen såväl som i de straffrättsliga texter som definierar sexuella övergrepp. En fråga som i grunden gäller hans våld görs om till ett problem om hennes vilja. Om inte offret själv sätter gränsen för övergrepp genom motstånd eller andra protester blir det legitimt att angripa hennes kropp.

Detta får till följd att offrets kropp framstår som öppen och gränslös samtidigt som sexualiteten framställs som tillgänglig och passiv. I ett straffrättsligt sammanhang förknippas alltså ett offer för sexuella övergrepp tydligt med en patriarkal föreställning om det kvinnliga.

Ulrika Andersson är verksam vid juridiska institutionen vid Lunds universitet. Detta är hennes doktorsavhandling.