

PETTER ASP

§ ex och amtycke

IUSTUS FÖRLAG

Innehåll:

1. Inledning
2. Sexuella övergrepp och skyddsintresse
3. Utgångspunkt i svensk rätt
4. Samtyckesbegreppets struktur
5. Samtyckets beståndsdelar
6. Uppsåt och oaktsamhet
7. Kritik mot samtycke som bas
8. Avslutande anmärkningar
9. M.C. v. Bulgaria – a Swedish Perspective

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Sex &
Samtycke

Sex & Samtycke

Petter Asp

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2010
ISBN 978-91-7678-746-5
Omslagsidé: Ebba Asp
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Edita, Västerås 2010
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Denna bok kan sägas vara den första mer omfattande rapporten från det projekt som går under namnet *Sexualbrotten – dogmatik, debatt och teori* som undertecknad bedriver i samverkan med Kerstin Berglund (som är verksam vid Uppsala universitet). Boken kan emellertid också sägas vara en fortsättning på den mycket långa och mångfacetterade debatt som genom åren har förts om sexualbrotten. Jag tar det för givet – och det har påverkat bokens utformning – att de ord som här offentliggörs inte heller innebär slutet på debatten.

Som vanligt kan konstateras att åtskilliga personer på ett eller annat sätt har hjälpt mig på vägen.

Ett varmt tack riktas sålunda till Andreas Anderberg, Malou Andersson, Martin Borgeke, Iain Cameron, Dan Frände, Nils Jareborg, Annika Norée, Andrew Simester, Andrew von Hirsch, Håkan Westin, Fredrik Zanetti, Josef Zila och Jack Ågren samt till deltagarna i det heldagsseminarium vid vilket en sammanfattning av denna bok diskuterades en varm augustidag.

Härutöver vill jag särskilt framhålla Kerstin Berglund som, i egenskap av projektpartner, ständigt har ifrågasatt både mina utgångspunkter och mina slutsatser. Gudarna skall veta att vi har haft olika åsikter om, och synpunkter på, saker och ting, men i vetenskapliga sammanhang är det långt ifrån det sämsta vare sig för den som vill komma framåt eller för den som vill få sina tankar prövade. Kerstins kritik har – också om vi fortsatt är oeniga om mycket – på flera sätt påverkat framställningen.

Ett särskilt omnämnande förtjänar också Monica Burman som var opponent vid det seminarium vid vilket de tankar som kommer till uttryck i texten lades fram för diskussion och där framförde en rad värdefulla synpunkter och påpekanden. Monica Burman bjöd också, på ett ganska tidigt stadium under projektet, in Kerstin och mig att presentera våra (olika) tankar i Umeå.

Slutligen har Magnus Ulväng löpande stått för såväl support som kritik och därtill i ett sent skede – och inte utan tidspress – tagit sig tid att läsa manuskriptet från början till slut.

Ett varmt tack riktas till er alla!

Ett tack riktas också till Riksbankens Jubileumsfond som välvilligt har finansierat min del av projektet och till Brottsofferfonden som finansierar de delar som skrivs av Kerstin Berglund, samt till Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning som beviljat tryckningsbidrag till boken.

I sammanhanget bör vidare framhållas att kapitel 3 i delar bygger på en rapport som författats på uppdrag av Nationellt centrum för kvinnofrid samt att kapitel 9 tidigare publicerats i *Scandinavian Studies in Law* (vol. 54).

Avslutningsvis sänds en tanke av tacksamhet och kärlek till min familj – Hanna, Ebba, Erik och Arvid – som inte bara har stått ut med växande bokstaplar och pappershögar, utan också med en emellanåt (i flera betydelser) frånvarande pappa och make. Min dotter Ebba står också bakom den huvudsakliga utformningen av bokens omslag.

Stockholm en guldskimrande dag i början av november 2009

PAP

I have come to the conclusion that although commentators then and now differ among themselves about what ought to count as rape, their differences do not turn in any significant way upon whether rape statutes are framed in terms of "force" or in terms of "non-consent". They may believe they disagree about force and non-consent, but in reality they disagree about what is being masked by their references to force and non-consent.

PETER WESTEN

Innehåll

Förord 5

1. Inledning 11

- I. Om ämnet och texten 11
- II. Om dispositionen 16
- III. Om sex och straffrätt 19
- IV. Om användningen av exempel 27

2. Sexuella övergrepp och skyddsintresse 29

- I. Inledning 29
- II. En utgångspunkt 31
- III. Om att göra fel – och om att göra intrång i ett intresse 35
- IV. Objektifiering och integritet 39
- V. Om betydelsen av samtycke 48
- VI. Särskilt om våldtäkt, skada och gradering 51

3. Utgångspunkt i svensk rätt 56

- I. Inledning 56
- II. Gällande rätt 56
 - a. Inledning 56

b.	Våldtäkt	57
c.	Sexuellt tvång	62
d.	Sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning	65
e.	Brott mot barn och ungdomar	66
III.	Utvecklingslinjer	68
a.	Inledning	68
b.	Brottsbalken	68
c.	1984 års ändringar	70
d.	1998 års ändringar	71
e.	2005 års ändringar	72
f.	Sammanfattning	73
IV.	Närmare om Samtyckesutredningen och 2008 års sexualbrottsutredning	75
a.	Samtyckesutredningen	75
b.	2008 års Sexualbrottsutredning	79
4.	Samtyckesbegreppets struktur	81
I.	Inledning	81
II.	Om särskiljande samtycke	83
a.	Samtycke som ett resultat av etisk argumentation	83
b.	Jämförelser med existerande reglering	91
c.	Terminologiska anmärkningar	96
d.	Särskiljande samtycke som normativt begrepp	103
III.	Sammanfattning	107
5.	Samtyckets beståndsdelar	109
I.	Inledning	109
II.	Samtyckesgärningen	110
a.	Om form	110
b.	Gärning eller inställning?	114

- III. Samtyckesnegerande faktorer 121
 - a. Inledning 121
 - b. Våld 126
 - c. Hot och erbjudanden 128
 - d. Utnyttjande av en utsatt position 143
 - e. Vilsedande 147
 - f. Obehörighet 155
 - g. Godtagbar sex som samtyckesstandard? 158
- IV. Samtyckets betydelseområde 159
- V. Exkurs om samtycke och tid 165
 - a. Ja betyder inte ja 165
 - b. Nej betyder inte nej 167
 - c. Samtycke och föregående beteende 174

6. Uppsåt och oaktsamhet 178

- I. Inledning 178
- II. Om uppsåtsbrist 180
- III. Om kriminalisering av oaktsamhet 185
 - a. Inledning 185
 - b. Värdering 187

7. Kritik mot samtycke som bas 195

8. Sammanfattande och avslutande anmärkningar 204

9. Appendix: M.C v. Bulgaria – a Swedish perspective 215

- I. Introduction 215
- II. The Case 220
- III. The Consent Report and M.C.
v. Bulgaria 225
- IV. An alternative interpretation 229

a.	The task of the Court and the Convention System	229
b.	The structure of the Court's reasoning	232
c.	The importance of the national interpretative approach	233
d.	References to statements of the Bulgarian authorities	235
e.	Margin of appreciation	236
f.	The Wrongful Focus upon Rape and the Nature of Consent	237
V.	Concluding remarks	242
10.	Litteratur m.m.	244
a.	Böcker och artiklar	244
b.	Offentligt tryck	249
c.	Rättsfall	250

1. Inledning

I. OM ÄMNET OCH TEXTEN

1. Ämnet för denna text är samtycke till sex. Åtskilligt av det som sägs är emellertid tillämpligt också i relation till samtycke till andra typer av åtgärder och aktiviteter.¹ I allt väsentligt kan samtycke i relation till t.ex. medicinska åtgärder, till att utsättas för smärta osv. analyseras på det sätt som här utvecklas.

2. Texten ingår – se härom förordet – som en första forskningsrapport från ett projekt som går under namnet Sexualbrotten – dogmatik, debatt och teori.²

3. Texten handlar om samtycke och därmed också om bl.a. relationen mellan (olika typer av) tvång och samtycke och mellan (olika typer av) utnyttjande(n) och samtycke.

4. Om man skall karaktärisera texten, i syfte att ge läsaren en aning om vad som komma skall, är det näraliggande att tala om att den innehåller en dogmatisk-filosofiskt inriktad berättelse med vissa konstruktiva drag.

5. Berättelsen kan karaktäriseras som dogmatisk-filosofisk i det att den i nära anslutning till straffrätten i allmänhet och svensk straffrätt i synnerhet diskuterar den utpräglat normativa frågan om vad vi *bör* godta som ett straffrättsligt *särskiljande samtycke*

¹ Jfr t.ex. Wertheimer 2003 s. 8 f.

² Projektet finansieras i de delar som här är aktuella av Riksbankens Jubileumsfond.

och, kanske framför allt, vilka frågor som är relevanta vid den bedömningen. För att kunna fullgöra denna uppgift fordras en analys av hur samtycke relaterar till tvång, utnyttjande och andra liknande begrepp. Det sistnämnda innebär att berättelsen innefattar ett inte obetydligt inslag av begreppsanalys.

6. Berättelsen är konstruktiv i den meningen att den syftar till att skapa ett slags (embryo till ett) system inom vilket frågan om samtycke kan hanteras och diskuteras – syftet är inte bara att bryta ned, utan också att bygga upp.

7. Liknande texter har i utlandet skrivits såväl inom filosofi och rättsteori som inom mer dogmatiskt inriktad rättsvetenskap (utan att man alltid och med nödvändighet kan se någon tydlig skillnad texterna emellan).³

8. Det kan redan här förutskickas att det centrala för mig *inte* har varit att ge välmotiverade och slutliga svar på alla tänkbara gränsdragningsfrågor – det vore naturligtvis ett på många sätt fåfängt företag. Det går alltid att diskutera – och ha olika uppfattningar om – var gränsen skall dras mellan olika situationer och mellan det relevanta och det irrelevanta. Däremot har det varit viktigt att (ofta medelst exempel) göra ett försök att visa vilka frågor som måste ställas, hur olika frågor och begrepp hänger ihop och vilka frågor som förtjänar betydligt mer uppmärksamhet än de hittills fått. Jag bestämmer inte vägen, men jag tillhandahåller något slags rudimentär karta som i bästa fall kan användas av den som är intresserad av att ta sig någonsans.

9. Det kan vidare vara värt att framhålla att framställningen på många sätt är summarisk, bl.a. såtillvida att många av de frågor som ställs inte ges svar på annat sätt än genom antydningar om hur man skulle kunna svara. Som ovan nämnts kan ett huvudsyfte med texten sägas vara att skapa (bättre) förutsättningar för fortsatt debatt och diskussion på området.

³ Se t.ex. Burgess-Jackson 1996, Archard 1998, Schulhofer 1998, Wertheimer 2003 och Westen 2004 samt texterna i Legal Theory 1996, Burgess-Jackson 1999 och Cowling & Reynolds 2004.

10. Ursprungligen var tanken att i en första delrapport skriva om tvång, utnyttjande och samtycke som en del av den dogmatiska analysen (av gällande rätt), dvs. som en del (bland andra) av analysen av, framför allt, bestämmelserna i 6 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken.

11. Med hänsyn till att det strax efter projektstarten tillsattes en utredning med fokus på just sexualbrotten, 2008 års sexualbrottsutredning,⁴ framstod det emellertid av flera skäl som mindre klokt att inleda projektet med en rent dogmatiskt analys inriktad på att konstruera gällande rätt.

12. Bl.a. kan sägas att det är både möjligt och sannolikt att utredningen kommer att föreslå ändringar av lagstiftningen, vilka skulle kunna innebära att delar av den dogmatiska analysen skulle bli överspelad. Även om det är fullt möjligt att skriva dogmatik som behåller mycket av sitt värde också vid ändrad lagstiftning, framstår det som oklokt att lägga mycket tid på att analysera något som med all sannolikhet kommer att vara delvis förändrat inom några år.

13. Vidare synes det, just nu, när frågan är öppen och när en utredning är mitt uppe i sitt arbete, vara ett mycket gott tillfälle att publicera en konstruktivt inriktad analys avseende betydelsen av samtycke och relationen mellan tvång och samtycke. Oberoende av om man har några egentliga ambitioner att påverka rättsutvecklingen eller inte, är det naturligtvis alltid trevligt med både aktualitet (och möjligheter till påverkan). Jag vill på intet sätt säga att undersökningens värde skulle vara direkt kopplat till konkreta lagstiftningsreformer – *det* skulle vara fåfängt – men den bör åtminstone i någon utsträckning kunna ses som ett bidrag till tänkandet på området.

14. I den ursprungliga projektbeskrivningen sades bl.a. följande angående den dogmatiska analysen:

”Ett första problemkomplex som kommer att behandlas är våldtäktsbestämmelsens krav på tvång och dess relation till samtycke och till de bestämmelser som bygger på utnyttjande. Begreppet inkluderar naturligtvis fall av rent betvingande ..., men också åtskilliga

⁴ Se dir. 2008:94.

fall där man kan analysera tvånget i termer av att gärningsmannen förser offret med (ofta mycket starka) 'skäl att göra något visst'. ... En analys som bygger på den ovan gjorda uppdelningen bör kunna leda till nya insikter om och bättre förståelse för tvångsbegreppets innebörd och dess relation till samtycke och frivillighet. Bl.a. synes relationen mellan 'samtycke som negerar tvång' och 'accepterande under tvång' kunna belysas på ett fruktbart sätt, liksom relationen mellan icke-samtycke ('jag är tvingad') och icke-frivillighet ('jag samtycker till detta även om jag egentligen inte vill')."

Åtskilligt av vad som sägs i detta citat kan förvisso diskuteras, inte minst från terminologisk utgångspunkt – det är t.ex. långt ifrån givet att man bör beskriva icke-frivillighet i termer av att "egentligen inte vil[ja]" – men det kan konstateras att förevarande text, trots att den inte alls på sätt som planerades är rättsdogmatisk till sin karaktär, i grunden är en bearbetning av de tankar som presenterades i projektbeskrivningen.

15. Man kan uttrycka det så att syftet med analysen visserligen delvis har förändrats, men att uppgiften ändå i stor utsträckning är densamma.

16. Ytterligare ett skäl att inledningsvis fokusera på en konstruktiv analys av betydelsen av samtycke (och frivillighet) är att dylika frågor ligger i hjärtat av det förslag som hösten 2008 presenterades av den s.k. Samtyckesutredningen.⁵ Samtyckesutredningen utfördes av Madeleine Leijonhufvud på uppdrag av Miljöpartiet, och även om det är delvis oklart vilken status utredningen har är det naturligtvis rimligt att förhålla sig till den och dess förslag i den fortsatta diskussionen kring sexualbrottslagstiftningen.

17. Jag ber att få återkomma till Samtyckesutredningen, men det kan redan här finnas skäl att förutskicka att jag å ena sidan har stark sympati för tanken att icke-samtycke kan och bör ses som ett slags grundelement vad gäller sexualbrott (se närmare kap. 2), men samtidigt – och å den andra – menar att frågan om huruvida vi bör införa en samtyckesreglering därmed inte är avgjord. Det faktum att man fullt ut godtar intresset av självbestämmande som det grundläggande skälet bakom de straffrättsliga reglerna

⁵ Leijonhufvud 2008.

om sexualbrott⁶ säger inget om vare sig vilken konception av samtycke som bör väljas eller om vilken regleringsteknik som skall användas.

18. Framför allt vill jag framhålla *att* diskussionen om huruvida en tvångsreglering bör ersättas av en samtyckesreglering ytterst bygger på en förenklad syn på samtyckesbegreppet (och dess relation till bl.a. våld och tvång) och *att* den helt avgörande frågan om vad vi bör godta som ett samtycke (eller som frivilligt sex) överhuvudtaget inte kan sägas ha diskuterats på allvar i en svensk kontext. Detta framstår – med hänsyn till att debatten har varit både intensiv och högljudd – som något ganska anmärkningsvärt.

19. I Samtyckesutredningen finns visserligen vissa antydningar om vad kravet på frivillighet skall innebära (bl.a. sägs att det förhållandet att någon gör något under felaktiga förutsättningar inte skall innebära att gärningen på grund därav är ofrivillig),⁷ men det är mycket tydligt att den föreslagna lagstiftningen inte bygger på någon sammanhållen idé om ”frivillighetens omfattning”. Så enkla frågor som om frivillighet kan uteslutas av erbjudanden (jag hjälper dig, men bara om du har sex med mig), lindriga och indirekta hot (ha sex med mig annars kommer jag att gå ut på stan och slå sönder något) eller av något slags beroendeställning (tänk t.ex. på en lärare-elev-relation) berörs överhuvudtaget inte i texten.

20. Avslutningsvis vill jag framhålla att texten *inte* syftar till analys och diskussion kring den mer tydligt genusteoretiskt inriktade diskussionen kring sexualbrotten. Jag har visserligen läst relativt mycket av sådana texter, framför allt i syfte att se om det har funnits skäl att överge de grundtankar som ligger bakom denna text. En närmare analys av denna diskussion ligger emellertid utanför ramen för min del av projektet.

⁶ Se nedan avsnitt 2.V.

⁷ Leijonhufvud 2008 s. 15 f. och 92. Se även s. 12 f., 88 ff. och 97 för ytterligare antydningar om vad frivillighet står för.

II. OM DISPOSITIONEN

1. Boken är som ovan framhållits relativt kortfattad. Många frågor skulle kunna behandlas betydligt mer utförligt och andra frågor har överhuvudtaget inte väckts. Detta är naturligtvis i många avseenden en nackdel. En fördel med framställnings-sättet är emellertid att det bör vara möjligt att läsa boken i ett sammanhang. Både för den som väljer att göra så och för den som vill ha vägledning för att kunna läsa boken i delar skall emellertid här sägas något om dess disposition.

2. I detta inledande kapitel har bokens tema presenterats. I kapitlet behandlas också vissa andra utgångspunkter för framställningen. Bl.a. diskuteras vilken betydelse som bör tillmätas dels det förhållandet att vi talar om samtycke till *sex* (finns särskilda hänsyn att ta när man skall reglera det sexuella?), dels det förhållandet att undersökningen har en straffrättslig utgångspunkt (finns det särskilda hänsyn att ta när samtycke skall användas inom ramen för en straffrättslig kontext – i jämförelse med, exempelvis, en moralisk kontext?).

3. I kapitel 2 diskuteras frågan om vad som egentligen är fel med våldtäkt (och andra likartade sexuella övergrepp). Frågan kan måhända tyckas självklar, men hur man konstruerar svaret har ytterst betydelse för hur en reglering av sexuella övergrepp bör konstrueras, för vad som i sammanhanget är relevanta skäl etc.

4. I kapitel 3 ges en ganska kortfattad redogörelse för gällande rätt, för rättsutvecklingen fram till idag samt för diskussionen kring en samtyckeslagstiftning. Syftet med kapitlet är att ge så mycket av en bakgrundsbild att också den som inte har särskilda kunskaper om sexualbrotten skall kunna följa texten – och alldeles särskilt förstå de referenser till svensk rätt som finns – i de följande kapitlen.

5. I bokens fjärde kapitel inleds analysen av samtyckesbegreppet. Här diskuteras vad samtycke är (och inte är) och relationen mellan samtycke å ena sidan och olika medel för att nå fram till ett ”ja” (eller accepterande) utvecklas. Kapitlets huvudpoäng är att samtycke inte är ett färdigt begrepp som man kan använda för att sluta sig till ett resultat (vad som bör respektive inte bör

vara kriminaliserat), utan snarare är en beckning vi sätter på utfallet av en utförd normativ bedömning (som omfattar flera delelement).

6. I det därpå följande femte kapitlet för jag en diskussion kring vilka förutsättningar som bör vara uppfyllda för att ett samtycke skall kunna anses föreligga. Upp till behandling tas bl.a. frågan om hur våld, hot, erbjudanden, utsatthet och obehörighet (inkompetens) kan anses påverka samtyckesfrågan (dvs. frågan gäller hur vi bör förhålla oss till olika faktorer som potentiellt kan negra samtycke) samt frågan om huruvida – och i så fall i vilken utsträckning – det finns skäl att sätta upp gränser för vad man kan samtycka till i samband med sex.

7. Kapitel 6 ägnas åt kravet på uppsåt eller oaktsamhet. I kapitlet behandlas bl.a. frågan om i vilken utsträckning relevanta villfarelser kan förekomma vid sexuellt umgänge (kan man verkligen missta sig om huruvida ens partner vill?) och det sägs också något om betydelsen av sociala konventioner. I sammanhanget behandlas vidare frågan om det finns skäl att komplettera brottsbalkens kapitel om sexualbrotten med ett (eller flera) delikt vid vilka oaktsamhet är tillräckligt för straffrättsligt ansvar. Oaktsamhetsansvar gäller redan i relation till åldern vid övergrepp som riktar sig mot någon under viss ålder (se 6 kap. 13 § brottsbalken) och det kan naturligtvis diskuteras om det inte skulle kunna övervägas ett oaktsamhetsansvar i ytterligare någon utsträckning.

8. Som redan framgått kan samtycke sägas utgöra bokens övergripande tema. Det kan härvid sägas vara förutsatt att det finns goda skäl att tillmäta frågan om samtycke avgörande betydelse vid bedömande av om något utgör ett övergrepp eller inte. Skälen för denna utgångspunkt kommer att utvecklas något i kapitel 2. I bokens sjunde kapitel uppmärksammas det förhållandet att vissa forskare och debattörer menar att denna utgångspunkt för den rättsliga regleringen om sexuella övergrepp i sig både kan och bör ifrågasättas, bl.a. med hänvisning till samhällsliga maktstrukturer. Felet med dagens lagstiftning är, enligt detta synsätt, inte bara att den inte tillräckligt väl skyddar den enskildes sexuella självbestämmande, utan att regleringen tar sin utgångspunkt i den enskildes möjlighet att bestämma över sig själv. Som

redan antytts tror jag att denna kritik i ganska stor utsträckning skjuter över målet, åtminstone om vi tar som utgångspunkt att vi diskuterar betydelsen av samtycke i en straffrättslig kontext.

9. I kapitel 8 ges några avslutande kommentarer i vilka jag försöker knyta ihop säcken genom att föra en preliminär diskussion kring vad resultaten av undersökningen betyder för den fortsatta diskussionen på området. Eftersom syftet med texten inte är att söka svaret på frågan hur gränsen mellan det tillåtna och det otillåtna bör dras, utan snarare att argumentera för att vi bör (måste) diskutera frågor hänförliga till *innehåll*, ges emellertid inga färdiga förslag till hur vi bör lösa enskildheter i en framtida lagstiftning.

10. I det avslutande appendixet återfinns en uppsats som närmare behandlar tolkningen av Europadomstolens avgörande i fallet *M.C. v. Bulgarien* (2003).⁸ Det kan finnas anledning att redan här förutskicka att min uppfattning är att fallet inte – till skillnad från vad som hävdas bl.a. i den s.k. Samtyckesutredningen – kan anses innebära att det enligt Europakonventionen uppställs ett krav på införandet av en "samtyckesreglering". Som framgår av texten i (framför allt) kapitel 4 bygger en tolkning av fallet som innebär att det finns krav på en "samtyckesreglering" på en mycket förenklad syn på relationen mellan å ena sidan samtycke och å andra sidan faktorer som tvång, utnyttjande, underårighet etc. Detta betyder emellertid inte – och detta framhålls explicit i uppsatsen – att fallet saknar relevans vid bedömningen av hur lagstiftningen på sexualbrottsområdet bör utformas. Bl.a. kan sägas att det efter fallet är alldeles klart att Europakonventionen kräver ett ganska starkt skydd för den enskildes sexuella självbestämmande.

⁸ *M.C. v. Bulgaria – a Swedish Perspective*. Uppsatsen har tidigare publicerats i *Scandinavian Studies in Law* (vol. 54).

III. OM SEX OCH STRAFFRÄTT

1. Om man vill tala om vad denna text handlar om kommer man inte ifrån att den handlar om samtycke till *sex*. Man kommer heller inte ifrån att texten är skriven i syfte att ligga till grund för bedömningar av hur långt *straffrätten* bör sträcka sig. Det kan här finnas skäl att, utifrån det faktum att texten handlar om både sex och straffrätt, göra vissa inledande noteringar som kan sägas gälla undersökningens utgångspunkter. Man kan uttrycka det så att jag preliminärt försöker säga något om dels vilken betydelse det har (eller bör ha) att frågan om samtycke här diskuteras i relation till *sex* (till skillnad från t.ex. deltagande i lek eller idrott, medicinsk behandling etc.), dels vilken betydelse det bör ha att frågan om samtycke diskuteras i relation till frågan om *straffansvar* (till skillnad från t.ex. i relation till moraliskt eller civilrättsligt ansvar).

2. Detta är viktigt därför att både sex och straffrätt är speciella företeelser vilka åtminstone till viss del styrs av sina egna förutsättningar. Jag vill inte nödvändigtvis ge uttryck för uppfattningen att sex och straffrätt är *särskilt* speciella företeelser (även om jag tror att man i viss utsträckning kan motivera en sådan ståndpunkt), bara att de – precis som de flesta andra företeelser – har sina respektive särarter och att dessa bör beaktas vid en diskussion kring de frågor som här diskuteras.

3. Låt oss börja med att konstatera att det förhållandet att vi har att göra med sex innebär att vi har att göra med ett område som föranleder starka känslor på flera sätt. Sex är person, kön, intimitet och integritet på ett sätt som många andra företeelser inte är. Sex är – också om utvecklingen på ett tydligt sätt har gått emot öppenhet – också något som det är vanskligt att tala öppet kring. Någon form av tabu finns ännu.

4. Allt det sagda påverkar diskussionen kring sex och samtycke på flera sätt. Bl.a. innebär det att många – riktigare är nog att säga de flesta – har svårt att tala helt öppet och obesvärat om sex. Det sagda innebär också en begränsning av i vilken utsträckning folk är beredda att (explicit) relatera till egna erfarenheter. Man skulle kunna uttrycka det så att den här aktuella diskussionen – liksom all annan diskussion – bygger på olika människors för-

förståelser och erfarenheter, samtidigt som möjligheterna till ett meningsutbyte kring dessa erfarenheter i viss mån kringskärs. Detta är naturligtvis något som påverkar både den allmänna debatten och den vetenskapligt inriktade diskussionen på området. Man kan inte utan fog säga att förutsättningarna för det samtal som skall föras är än mindre optimala än på många andra områden.

5. Ytterligare kan framhållas att kopplingen till kön, intimitet och integritet inte sällan bidrar till debattens hetta, vilken i sin tur inte alltid och med nödvändighet bidrar till det konstruktiva samtalet. Som jag konstaterat i annat sammanhang präglas inte sällan debatten av försök att desavouera meningsmotståndare.⁹ Det kan, med visst vemod, noteras att jag under arbetet med detta projekt flera gånger fått höra att jag är modig som överhuvudtaget begivit mig in på området, och dessutom fått erfara att redan det förhållandet att jag ställt vissa frågor har tagits till intäkt för slutsatser om min person och mina egenskaper (på ett sätt som sannolikt vore helt otänkbart om jag skulle skriva en motsvarande text om något annat område inom straffrätten). För egen del beklagar jag mig inte alls – jag både tål och roas av meningsutbyten – men det kan inte betraktas som annat än bekymmersamt att diskussionsklimatet leder till att många kloka människor tvekar att överhuvudtaget delta i en viktig diskussion.

6. Styrkan i det sexuella har betydelse för diskussionen också på andra plan. Bl.a. innebär den att övergrepp får en extra straffvärdedimension i relation till andra övergrepp som vad gäller den fysiska skadedimensionen ligger på samma nivå. Det är sålunda skillnad mellan ett olaga tvång och ett sexuellt tvång. Skälen bakom denna extra straffvärdedimension diskuteras ytterligare i kapitel 2.

7. Sex är emellertid inte bara något som är negativt om det är påtvingat, utan också något som kan vara positivt och ha ett påtagligt socialt och mänskligt värde.¹⁰ Detta har betydelse framför allt såtillvida att intresset av att ha (eller kunna ha) sex

⁹ Se Asp 2009a s. 25.

¹⁰ Se t.ex. Asp & Ulväng 2007 s. 54 ff.

också bör beaktas vid utformningen av de straffrättsliga reglerna. Självfallet bör intresset av att en person skall få ha sex inte beaktas på så sätt att någon påtvingas sexuellt umgänge för att tillfredsställa en annan människas sexuella önskemål eller behov.¹¹

8. Däremot kan det finnas skäl att beakta sexualitetens värde som en faktor av betydelse när man t.ex. avgör hur långt man bör gå för att minska riskerna för att någon utnyttjas eller utsätts för övergrepp av en annan. Det kan exempelvis – med hänvisning till sexualitetens positiva värden – finnas skäl att vara försiktig med halvpaternalistisk lagstiftning som innebär att den enskilde skyddas mot att göra sina egna val.

9. Det sagda, dvs. att sex inte är något som kan klassificeras såsom varande vare sig något uteslutande positivt eller som något uteslutande negativt, utgör med andra ord en komplicerande faktor när det gäller bedömningen av var gränsen mellan tillåten sexualitetsutövning och ett övergrepp skall gå.

10. Om sex alltid vore något negativt för den utsatte skulle det vara näraliggande att gå mycket långt för att skydda den som – i en eller annan mening – befinner sig i en svår situation. Det skulle sålunda, med hänvisning till de påtagliga riskerna för utnyttjande, generellt kunna kriminaliseras att ha sex med den som är drogberoende, med den som lider av mer allvarliga psykiska besvär, med den som är på rymmen eller med den som är berusad.

11. Även om det är lätt att föreställa sig situationer där en sådan kriminalisering skulle träffa alldeles "rätt" är det emellertid också tydligt att den ensidigt fokuserar på de negativa sidorna av sex. Det framstår följaktligen som minst lika enkelt att föreställa sig fall där en dylik regel skulle slå helt fel, och träffa fall av genuin och innerlig – tja, varför inte vacker? – samvaro mellan två människor eller – allt positivt behöver inte knytas till det rosenröda – fall av oproblematiskt men tillfällig kroppslig spänning och njutning.¹²

¹¹ Se Svensson 2000 s. 33.

¹² I dagens lagstiftning hanteras denna problematik genom att det fordras att gärningsmannen "otillbörligt utnyttjar" eller "allvarligt missbrukar" de som

12. Vid en bedömning av i vilken utsträckning vi straffrättsligt bör ingripa mot sexuella handlingar med en person som på något sätt kan sägas vara i en utsatt situation bör vi sålunda beakta att sex inte bara kan kopplas till termer som utnyttjande och övergrepp, utan också till termer som närhet, värme, ömsesidighet och gemenskap.

13. Ytterligare kan framhållas att kopplingen till sex innebär vissa särdrag i relation andra brottstyper. Det förhållandet att fråga är om sex innebär t.ex. att övergrepp förutsätter kroppslig närvaro på ett sätt som saknar motsvarighet vid t.ex. stöldbrottet. Som vi skall se nedan kan det argumenteras för att detta förhållande påverkar såväl behovet av straffskydd i olika situationer som skälen för att uppställa krav på att ett samtycke faktiskt kommit till uttryck (dvs. skälen för att uppställa krav på mer än ett s.k. "inre samtycke").

14. Det kan också sägas att det förhållandet att fråga är om sex innebär att vi måste utgå ifrån, eller i vart fall ta viss hänsyn till, det sätt på vilket vi kommunicerar om sex. Typfallet för sexuell kommunikation följer inte den bild av avtalsslut som man får om man läser avtalslagen, utan frågan är om en kommunikation som inte sällan sker genom konkludent handlande och med subtila medel som inte alltid är särskilt lätta att avläsa utifrån och i efterhand.

15. Jag har nu pekat på några implikationer av att texten behandlar samtycke till sex. Texten handlar emellertid också om straffrätt och också detta finns skäl att beröra med några ord.

16. Hela boken kan sägas utgöra ett bidrag till diskussionen om när och under vilka förutsättningar ett samtycke bör tillmätas betydelse för vår bedömning av en förövd gärning. Jag kommer, vilket närmare utvecklas nedan i avsnitt 4.II.c att tala om *särskiljande samtycke*.

17. Ett samtycke kan vara särskiljande, dvs. tillmätas betydelse, på olika sätt vid olika typer av bedömningar. I detta samman-

relevanta utpekade situationerna. Kanske kommer man inte närmare. Kanske finns det också andra vägar att gå. Dessa frågor diskuteras närmare i avsnitt 5.III.d.

hang finns framför allt skäl att peka på att en grundläggande distinktion kan göras mellan det samtycke som är särskiljande från moralisk synpunkt och det samtycke som är särskiljande från rättslig synpunkt.¹³

18. Rättens relation till moralen har diskuterats i oändlighet, dvs. i en utsträckning som knappast motiveras av frågans betydelse, och det finns en inte obetydlig faiblesse för att inta ståndpunkter som saknar varje täckning i praktiskt handlande. I det följande utgår jag, vilket rimligen bör vara relativt okontroversiellt, ifrån att det inte finns något nödvändigt samband vare sig

(i) mellan vad som *bör* ses som ett moraliskt särskiljande samtycke och vad som vid en viss tidpunkt *är* att se som ett straffrättsligt särskiljande samtycke enligt gällande rätt (i en viss rättsordning) eller

(ii) mellan vad som *bör* ses som ett moraliskt särskiljande samtycke och vad som *bör* ses som ett straffrättsligt särskiljande samtycke.¹⁴

19. Det finns flera skäl att upprätthålla denna skiljelinje och det kan här inte komma ifråga att närmare utveckla den saken. Några uppenbara saker kan emellertid sägas.

20. För det första är det tydligt att frågan om vad som skall vara rättsligt otillåtet inte uteslutande styrs av bedömningar av vad som är moraliskt otillåtet. Det finns t.ex. vad gäller kriminaliseringsfrågan goda skäl att uppställa krav inte bara på att det beteende man vill kriminalisera är straffvärt i någon mening, utan också på att en straffrättslig reglering skall kunna hanteras praktiskt och på ett någorlunda rättssäkert sätt i en ganska fyrkantig masshanteringsprocess (där deltagarna normalt möts endast under några timmar). Man kan uttrycka det så att straffrättsliga bestämmelser inte kan konstrueras enbart med hänsyn till intresset av att fånga allt som kan anses straffvärt, utan också måste konstrueras med intressen som tydlighet och pregnans

¹³ Se Wertheimer 2003 s. 3 och 5 ff.

¹⁴ Kombinationen *är* och *är* har utelämnats av det enkla skälet att man – såvitt man inte talar om konventionell moral – kan säga att det som *bör vara* från moralisk synpunkt också *är*.

som ledstjärnor. Detta följer bl.a. av de krav som ligger i de normer som brukar sammanfattas som legalitetsprincipen.

21. Omvänt, och för det andra, finns det ett starkt intresse av att inte begränsa den moraliska diskussionen genom att koppla den till det straffrättsliga. Det är viktigt att vi inte bygger upp ett sätt att tänka enligt vilket det icke-straffbara (det icke-kriminaliserade) med nödvändighet är moraliskt indifferent. Åtskilligt av vardagligt (och tillåtet) beteende som bl.a. beroende på straffrättens inneboende begränsningar aldrig kommer att kunna kriminaliseras, kan problematiseras i ett moraliskt perspektiv. Exempelvis bör det vara tydligt att vi lever och verkar inom ramen för olika mer eller mindre tydliga beroendeförhållanden som, åtminstone i viss utsträckning, måste anses påverka vår faktiska valfrihet och som därför också kan användas som grund för etiskt grundade ifrågasättanden av högst frekventa och vardagliga gärningar. Dylika ifrågasättanden kan naturligtvis göras utan att de nödvändigtvis innefattar en önskan om kriminalisering.

22. På motsvarande sätt kan sägas att det inte finns någon nödvändig koppling mellan sådana omständigheter som bör anses tillräckliga för att vi i ett civilrättsligt sammanhang skall underkänna ett accepterande såsom grund för att anse att ett giltigt avtal ingåtts och sådana omständigheter som bör anses tillräckliga för att anse att ett lämnat samtycke bör underkännas såsom grund för straffrättslig ansvarsfrihet.¹⁵

23. Lika viktigt som att notera att det straffrättsligt och det moraliskt relevanta – eller det straffrättsligt och civilrättsligt relevanta – inte nödvändigtvis sammanfaller, är att notera är att straffrätt, åtminstone enligt den mening som här företräds, *inte bara är beteendestyrning* utan också, och i grunden, handlar om förtjänst. Detta betyder att straffrättsliga normer inte kan konstrueras *enbart* för skapa förutsättningar för effektiv lagföring eller *enbart* för att effektivt kunna förebygga skador av olika slag.

24. Man skulle kunna säga att det, på grund av straffrättens hårdhänta, tillbakablickande och klandrande karaktär, är förutsatt att beteendestyrningen skall ske *genom* bestraffning av just

¹⁵ Jfr t.ex. Feinberg 1986 s. 253.

sådant beteende som är problematiskt i ett moraliskt perspektiv. Gärningen som bestraffas måste i någon mening utgöra ett *exempel* på det man vill förhindra (sedan kan det vara orsakande av skada, tillskapande av risker eller faror osv.); gärningen kan s.a.s. inte stå i ett rent instrumentellt förhållande till kriminaliseringsgrunden. Grunden för denna hållning är ytterst att en ren instrumentell kriminalisering kan sägas stå i strid med den grundläggande principen att människor bör behandlas som mål i sig och inte uteslutande som medel för att uppnå något.¹⁶

25. Låt mig illustrera det sagda med ett exempel. Antag att det i ett inte obetydligt antal fall visar sig vara svårt att skilja mellan (fullt frivilligt) sexuellt umgänge med våldsinslag å ena sidan och sex som erhållits genom användande av våld som medel för tvång å den andra. Det skulle då kunna hävdas att intresset av att förebygga och förhindra de senare gärningarna talar för att också de förstnämnda borde kriminaliseras. Därigenom skulle man uppnå en situation där det inte skulle spela någon roll om den tilltalade hävdade att fråga varit om fullt frivilligt sexuellt umgänge med våldsinslag. Som ett argument för detta skulle vidare kunna anföras att det samhälleliga intresset av att förebygga övergrepp är väsentligt mycket större än intresset av att folk tillåts ha sex (av sådan karaktär som många skulle vilja beteckna som tvivelaktig).

26. Även om man ställer sig bakom den sistnämnda avvägningen framstår det emellertid som tydligt att denna typ av argumentation är problematisk om man godtar utsagan att straffrätt ytterst handlar om tillskrivande av ansvar och om klander. Frågan kan enklast formuleras så att den gäller huruvida det är rimligt och moraliskt godtagbart att rikta klander innefattande kännbar statlig bestraffning mot A och B (eller mot A eller B) som, båda nöjda och glada, kommer ut ur sovrummet efter att ha idkat okonventionell sex innehållande inte obetydliga våldsinslag.

27. Man kan uttrycka det så att straffrätten – också om den syftar till beteendestyrning – alltid bottnar i bedömningar av

¹⁶ Se för en mer utförlig argumentation för en grundläggande straffrättslig princip om rättvis bestraffning, Asp 2008.

enskilda fall och att det därför är problematiskt att konstruera reglerna enbart utifrån vad som i ett strukturellt eller samhällsligt perspektiv kan ses som önskvärd beteendestyrning. Jag återkommer till denna fråga nedan i avsnitt 5.IV.

28. Det bör emellertid framhållas att vad som ovan har sagts endast är att det är problematiskt att konstruera förbud som *uteslutande* bygger på vad som är önskvärt i ett beteendestyrande perspektiv.

29. Också när man konstruerar förbud (delvis) utifrån en klandervärdhetsaspekt finns emellertid val att göra och inom ramen för dessa är det särskilt relevant att fråga sig i vilken utsträckning straffrätten bör föra (snarare än följa) utvecklingen. För drygt 20 år sedan skrev Susan Estrich följande rader i boken *Real Rape*:

"We live in a time of changing sexual mores, and we are likely for some time to come. In such times the law can bind us to the past or help push us into the future. It can continue to enforce traditional views of male aggressiveness and female passivity, continue to uphold the 'no means yes' philosophy as reasonable, continue to exclude the simple rape from its understanding of force and coercion and nonconsent – until change overwhelms us. That is not a neutral course. In taking it, the law (judges, legislators, or prosecutors) not only reflects the views of (a part of) society, but legitimates and reinforces those views.

Or we can use the law to push forward. It may be impossible – and unwise – to try to use the criminal law to articulate any of our ideal visions of male-female relationships. But recognition of the limits of the criminal sanction need not be taken to justify the status quo. As for choosing between reinforcing the old and the new in a world of changing norms, it is not necessarily more legitimate or neutral to choose the old. There are lines to be drawn short of the ideal. The challenge we face in thinking about rape is to use the legitimizing power of law to reinforce what is best, not what is worst, in our changing sexual mores."¹⁷

Att straffrätten kan användas både för att flytta fram positionerna och för att befästa en långsam förändring torde stå klart. Samtidigt måste emellertid beaktas just att straffrätten handlar

¹⁷ Estrich 1987 s. 101.

om klander, vilket betyder att beteendestyrningen inte kan ske utan hänsyn till om det finns grund för klander i det enskilda.

30. Vi landar sammanfattningsvis – vilket inte framstår som en nackdel i en värld av svartvithet – någonstans mellan möjliga ytterlighetspositioner. Straffrätten kan inte konstruera sin karta helt utan att beakta verkligheten. Verkligheten är vad som skall regleras och om man bygger regleringen utan hänsyn till verkligheten kommer den att slå blint och orättvist. Samtidigt kan man genom att formulera om kartan påverka hur verkligheten kommer att gestaltas; dvs. det finns en potential till beteendestyrning som inte skall vare sig förnekas eller underskattas.

IV. OM ANVÄNDNINGEN AV EXEMPEL

1. Avslutningsvis skall sägas något om användningen av exempel. Exempel kan användas på många sätt och för många olika syften. Inte sällan är emellertid användningen av exempel känslig, bl.a. därför att vissa exempel förknippas med vissa föregivna positioner, men också därför att man genom användande av olika exempel kan ge en skev bild av verkligheten.

2. Mot denna bakgrund bör särskilt framhållas att exempel i en normativt inriktad text inte alltid används för att de är representativa, vare sig i relation till den s.k. verkligheten eller i förhållande till reglerna. Exempel kan visserligen användas för att visa antingen hur verkligheten normalt är beskaffad eller för att påvisa vad en norm typiskt sett innebär. På detta sätt används exempel ofta i juridiska läroböcker; normen förklaras genom utpekande av typfall.

3. Exempel kan emellertid – och det gäller särskilt i en text med konstruktiva ambitioner – också användas för att söka påvisa att det finns problem med en viss norm, att normen inte är generellt tillämplig eller att normen på ett eller annat sätt måste (eller bör) differentieras eller omformuleras.

4. En normkandidat av innebörd att väl övervägda och planerade dödandegärningar alltid är allvarigare än oövervägda och spontana gärningar kan t.ex. problematiseras genom användande av exemplet barmhärtighetsmord, liksom en normkandidat

av innebörd att narkotika alltid saknar marknadsvärde kan problematiseras genom användande av exemplet narkotikaklassade läkemedel.

5. Åtskilliga av de exempel som används i denna text har just denna karaktär: de används för att pröva hållbarheten (eller för att demonstrera ohållbarheten) i föregivna eller föreslagna normkandidater. Syftet är med andra ord att söka de differentieringar som behövs och att söka nyansera. Ibland kan det i detta perspektiv t.o.m. vara fördelaktigt att ta ytterlighetsexempel – som i praktiken sällan förekommer – för att tydliggöra en poäng. Om man t.ex. vill tydliggöra att också erbjudanden (inte bara hot) kan vara tvingande för den som utsätts för dem, kan detta enklast göras genom exempel som närmast kan karaktäriseras som övertydliga – jfr här de exempel som används nedan avsnitt 5.III.c. En annan sak är att sådana exempel inte är särskilt användbara när man slutligt försöker finjustera gränserna för det område som en kriminalisering bör omfatta.

6. Exempel kan naturligtvis också från denna utgångspunkt vara irrelevanta (bl.a. därför att de överhuvudtaget inte omfattas av den diskuterade normen eller därför att de gäller situationer som aldrig förekommer och som därför inte behöver beaktas i ett praktiskt perspektiv). Enbart det förhållandet att något är sällsynt eller icke-representativt kan emellertid inte utgöra skäl att avvisa ett exempel i en straffrättslig normativt inriktad text.

Jag framlägger formlösa och obestämda infall, likt de som offentliggör tveksamma frågor för att de skall diskuteras i skolorna, inte för att etablera sanningen utan för att söka den.

MICHEL DE MONTAIGNE

2. Sexuella övergrepp och skyddsintresse

I. INLEDNING

1. I det inledande kapitlet har jag sagt något om skälen till varför jag i denna text fokuserar på samtycke. Det som där sägs bör i och för sig vara tillräckligt för att motivera varför det finns skäl att skriva en text om samtycke i relation till sexuella övergrepp. Man skulle kunna uttrycka det så att det faktum att debatten fokuserar så starkt på samtyckesfrågan utgör ett gott skäl att ägna sig åt denna fråga, och det alldeles oavsett om nyss nämnda fokus är rationellt grundat eller ej. Samtyckesfrågans relevans skulle sålunda kunna tas för given och analysen föras vidare utifrån denna förutsättning.

2. I en längre text om samtycke finns emellertid – och naturligtvis – också skäl att normativt söka motivera *varför* samtycke bör tillmätas (avgörande) betydelse vid bedömningen av huruvida ett sexualbrott förövats, dvs. att försöka förklara varför samtycke är så viktigt. Och den frågan är i sin tur nära sammankopplad med frågan *vad som är fel med våldtäkt och andra sexuella övergrepp*. Som John Gardner och Steven Shute framhåller kan det framstå som:

”odd that anyone would try to settle such cases [här syftas på ’borderline cases of rape’] by studying the moral logic of consent without giving detailed thought to the prior questions of whether and

why consent matters to rape in the first place. And that depends, of course, on what exactly is wrong with rape.”¹⁸

Även om syftet med denna text inte är att försöka ”settle such cases”, dvs. ”borderline cases of rape”, utan snarare att söka mig fram till de relevanta frågorna och tentativt diskutera betydelsen av olika faktorer, är det som sägs tillämpligt också i relation till denna text. Jag skall därför i detta kapitel ägna uppmärksamhet både åt Gardner och Shute och åt frågan om varför samtycke egentligen bör tillmätas avgörande betydelse.

3. Innan jag går in och diskuterar frågan vad som är fel med våldtäkt och andra sexuella övergrepp kan emellertid finnas skäl att framhålla att man inte alls fullt ut behöver acceptera den förklaringsmodell, med tillhörande enskildheter, som här ges för att texten i de senare kapitlen skall vara meningsfull. Tillräckligt är att man godtar själva slutsatsen, dvs. att frågan om huruvida den enskildes självbestämmande har respekteras eller inte bör tillmätas stor betydelse vid bedömningen av huruvida ett sexuellt övergrepp har förövats.

4. Man kan säga att jag visserligen gör ett försök att – genom att utveckla vad som är fel med sexuella övergrepp – förklara varför samtycke bör vara relevant vid bedömning av vad som utgör ett sexuellt övergrepp, men modellen bör ses som tentativ och den som vill kan naturligtvis förklara samtyckets relevans på annat sätt. Om man byter ut skälen till varför samtycke är relevant kan detta visserligen påverka slutsatserna på marginalen, men i huvudsak kommer man, så länge man godtar själva utgångspunkten *att samtycke har betydelse*, att möta ungefär samma typ av frågeställningar.

¹⁸ Gardner & Shute i Gardner 2007 s. 2. Uppsatsen publicerades ursprungligen i *Essays in Jurisprudence*, utgiven år 2000 av Jeremy Horder, men i denna bok hänvisas, här och i fortsättningen, till den version som finns i Gardner 2007. Att Shute är medförfattare till artikeln kommer inte att särskilt anmärkas i noterna.

II. EN UTGÅNGSPUNKT

1. Som ett slags utgångspunkt för hela diskussionen kan inledningsvis konstateras att det redan vid en första anblick framstår som kontraintuitivt att säga annat än att det som är fel med våldtäkt åtminstone delvis ligger i det förhållandet att den ifrågavarande sexuella handlingen tvingas på offret *i strid med dess vilja* och att frågan om *samtycke* därför är grundläggande för frågan om huruvida brott har förövats eller ej.

2. Denna intuitivt grundade slutsats kan sedan understödjas, bl.a. genom ganska allmänna hänvisningar till rättslig reglering och vardaglig moralisk praktik.

3. Det kan sålunda konstateras att samtycke, de lege lata, på ett eller annat sätt, och mer eller mindre generellt, är relevant som en rättfärdigande omständighet vid brott som riktar sig mot enskilda intressen, dvs. i de fall där det finns någon som kan sägas vara behörig att förfoga över det intresse som träds för när.¹⁹

4. Fråga kan vara om att samtycke är relevant enligt den allmänna bestämmelsen i 24 kap. 7 § brottsbalken eller att samtycke blir av direkt eller indirekt betydelse på grund av de rekvisit som uppställs i den enskilda brottsbeskrivningen. Vid misshandel tillämpas sålunda den generella bestämmelsen i 24 kap. 7 § brottsbalken, medan det vid brottet stöld istället handlar om att avgöra huruvida tagandet skett "olovligen".²⁰

5. I åter andra fall finns visserligen inga rekvisit som direkt tar sikte på förekomsten eller frånvaron av samtycke, men de rekvisit som uppställs är sådana att de, om de är uppfyllda, anses innebära att ett relevant samtycke inte föreligger. Vad gäller våldtäkt kan sålunda (om vi fokuserar på det typfall som gäller tilltvingande av sex medelst våld eller hot) sägas att frågan om

¹⁹ Se t.ex. Jareborg 2001 s.284 ff. Se även framställningen i Westen 2004 s.111 ff.

²⁰ Se om skillnaden mellan dessa båda sätt att beakta samtycke t.ex. Jareborg 2001 s.284 f. och Leijonhufvud & Wennberg 2009 s.97. Jfr även Leijonhufvud 2008 s.89. I sammanhanget kan också finnas skäl att hänvisa till den tyska indelningen i Einwilligung och Einverständnis, se Roxin 2006 § 13.I.2.

samtycke inte direkt framhålls i lagtexten – rättstillämparen har att avgöra om gärningsmannen genom relevant våld eller hot har tilltvingat sig sex och ingenstans talas om samtycke. Likväl är det tydligt att samtyckesfrågan ändå finns där såsom baksidan på det mynt som utgörs av tvångsrekvisitet. Man kan uttrycka det så att rekvisiten är sådana att de, om de är uppfyllda, gör frågan om samtycke irrelevant; föreligger tvång så föreligger inte samtycke. Omvänt gäller emellertid att förekomsten av ett samtycke kan sägas negra tvång, dvs. om samtycke föreligger, föreligger inte tvång.

6. Det sagda betyder inte att en bedömning av huruvida samtycke föreligger eller ett konstaterande (t.ex. av en domstol) av att samtycke föreligger eller inte föreligger, behöver vara missriktat.²¹ Dyliga frågor och uttryckssätt kan – vilket följer av det ovan sagda – mycket väl användas som ett sätt att fråga sig om (eller som ett sätt att uttrycka att) kravet på tvång är eller inte är uppfyllt.²² Sex med samtycke är s.a.s. en alternativhypotes till sex genom tvång, som det emellanåt kan finnas goda skäl att pröva.²³

7. En liknande konstruktion, dvs. en konstruktion som innebär att samtycke irrelevant görs genom förekomsten av visst beteende, ligger till grund för brottsbalkens bestämmelse om människohandel. Brottet förutsätter, vilket framgår direkt av bestämmelsen i 4 kap. 1 a § brottsbalken, att gärningsmannen använt vissa medel för att ta kontroll över offret. Samtidigt klargörs i de bakomliggande internationella instrumenten att samtycke från den utsatte är irrelevant. I propositionen till den ursprungliga svenska människohandelsbestämmelsen sägs sålunda följande:

”I protokollet slås fast att ett offers samtycke till den åsyftade exploateringen saknar relevans när något av de angivna medlen har använts.”²⁴

²¹ Jfr angående relationen mellan tvång och samtycke de utförliga analyser som gjorts av Wennberg. Se t.ex. Wennberg 2004–05 s. 121 f. med vidare hänvisningar.

²² Jfr t.ex. Burgess-Jackson 1999a s. 20 (angående relationen tvång och samtycke i Model Penal Code).

²³ Jfr, angående den rättsliga situationen i USA (där det typiskt sett krävs ”non-consent plus force”) bl.a. West 1996 s. 236 ff.

²⁴ Prop. 2001/02:124 s. 10. Jfr även Westerstrand 2008 s. 258 ff. och 274 ff.

Motsvarande beskrivning ges, i nämnda proposition, av EU:s rambeslut om åtgärder mot människohandel.²⁵ Innebörden av det sagda kan knappast vara annan än att bedömningen skall ta sikte på huruvida gärningsmannen använt vissa medel för att förmå offret till något och att det – om sådana medel har använts – inte har någon betydelse om offret har "samtyckt" till det hela. Det hela kan också uttryckas så att ett samtycke som lämnas under inflytande av de aktuella medlen inte skall tillmätas rättslig betydelse.

8. Både vad gäller våldtäkt och vad gäller människohandel kan man säga att de i lagtexten nyttjade rekvisiten ger en (visserligen inte uttömmande) negativ definition av samtycke, dvs. de talar om att samtycke (i betydelsen samtycke som fritar från ansvar) inte föreligger under vissa förutsättningar, nämligen de som bestämmelserna tar sikte på.

9. Om vi lämnar rätten och juridiken, eller i vart fall breddar perspektivet något, kan på ett mer generellt plan hänvisas till att något slags samtyckesprincip – vi kan lämna den närmare formuleringen därhän just i detta sammanhang – framstår som en av de mest centrala och betydelsefulla normerna för moraliska bedömningar överhuvudtaget.²⁶ Vad gäller samtycke och skada kommer detta till uttryck bl.a. i den latinska sentensen *volenti non fit injuria* (den som samtycker skadas inte).²⁷

10. Det är naturligtvis fullt möjligt att mänskligheten är vilseledd på ett eller annat sätt, men det kan svärigen förnekas i att vi – rätt eller orätt – tillmäter samtycke en helt avgörande betydelse på en lång rad områden (t.ex. när det gäller att förfoga över tid eller egendom eller att ingå avtal eller andra förbindelser, såsom äktenskap). Ett lämnat samtycke ger ett slags auktorisation åt den person åt vilken samtycket lämnas.

11. Det sagda visar förvisso att samtycke och självbestämmande i allmänhet tillmäts betydelse, men det förklarar inte *varför* det tillmäts betydelse. Jag kan naturligtvis i detta sammanhang inte

²⁵ Prop. 2001/02:124 s. 12.

²⁶ Se t.ex. Wertheimer 2003 s. 124 med hänvisning till Nozick. Se även Burgess-Jackson 1996 s. 91 f.

²⁷ Se t.ex. Roxin 2006 § 13.I.1. Jfr även Feinberg 1986 s. 10 f.

lämna något mer utförligt svar på denna fråga, men något kan ändå sägas.

12. Ytterst torde här finnas ett samband med det förhållandet att individen åtminstone i vissa avseenden är *enskild och särskild* och att vi faktiskt tillmäter den enskilde betydelse. Man skulle kunna säga att vi – alldeles oberoende av hur vi värderar det – lever och verkar under ett slags *liberalt samtyckesparadigm* där den enskildes självbestämmande är av helt grundläggande betydelse. En viktig underliggande tanke är att motsatt grundinställning, dvs. att individen inte själv skall få bestämma över sina intressen, förutsätter att vi låter någon annan göra det.

13. Det sagda kan sägas också om relationen mellan individ och kollektiv inte på något sätt är konstant och kulturoberoende. Det torde t.ex. stå klart att individens roll (sedd i relation till kollektivet) kan variera mellan olika tider, mellan olika länder, och mellan olika kulturer, liksom det är klart att synen på relationen mellan individ och kollektiv kan variera mellan olika grupper inom ett visst samhälle.²⁸

14. Det är möjligt att vi tenderar att tillmäta den enskildes *särskildhet* för stor (eller för liten) betydelse och att vi har skäl att försöka förflytta gränserna i endera riktningen, men att frånga paradigmet som sådant är ett skifte av sådan karaktär att det är svårt att ens föreställa sig dess konsekvenser.

15. Jag återkommer till kritiken mot det rådande och frågan om det finns skäl till förändringar av mer paradigmatiske karaktär vad gäller synen på sexuella övergrepp i kapitel 7 nedan. Som kommer att framgå menar jag emellertid att det också inom ramen för vad som ovan har betecknats som ett samtyckesparadigm finns mycket goda möjligheter att hantera de frågor som kritikerna pekar på och att det därför är betydligt mer fruktbart att diskutera gränserna för vilka samtycken som bör tillmätas betydelse – eller, annorlunda uttryckt, när det finns skäl att skydda den enskilde mot påverkan och utnyttjanden av olika slag – än att söka åstadkomma ändringar eller synsättsförskjutningar av mer paradigmatiske karaktär.

²⁸ Jfr t.ex. Bredal 1993 s. 16 f. (om människan som underordnad eller som världens centrum).

16. I de följande kapitlen skall jag utveckla det sagda och också försöka förklara varför sexuella övergrepp bör (eller åtminstone kan) ses som en särskild kategori av övergrepp också om de likt många andra övergrepp innefattar en kränkning av den utsattes självbestämmande.

III. OM ATT GÖRA FEL – OCH OM ATT GÖRA INTRÅNG I ETT INTRESSE

1. För diskussionen om vad som är fel med våldtäkt har jag valt att ta min utgångspunkt i en uppsats skriven av John Gardner och Steven Shute där de utifrån ett fall av vad de kallar "harmless rape" försöker formulera ett svar på frågan vad som egentligen är fel ("wrong") med våldtäkt.²⁹ I uppsatsen når de genom sin analys fram till slutsatsen att det som är fel med våldtäkt är att det innebär en *objektifiering* av den utsatte, dvs. den enskilde behandlas utan respekt för sitt självbestämmande och därmed mer som en sak än som en moralisk agent.

2. Jag skall strax återkomma till Gardner och Shute, men vi skall inleda med en kortare allmän diskussion kring själva begreppsbildningen. Som framgått förutsätter redan Gardners och Shutes utgångspunkt att vi kan skilja mellan "harm" och "wrong". Vad innebär det då att något är fel ("wrong") och hur relaterar detta till ett begrepp som skada ("harm")?

3. När det talas om kriminalisering och skyddsintressen talas numera – i regel i anslutning till Feinberg – ofta om ett slags huvudregel för kriminalisering (här bortses från diskussionen kring offence) av innebörd att kriminalisering förutsätter att en gärning både kan (a) betecknas som wrongful och (b) innebär eller orsakar ett intrång i en annan persons intressen. Denna formel kan sägas härröra närmast från en analys av vad som avses med harm i "the harm principle".³⁰ Harm enligt the harm principle skulle närmast vara att likställa med det område där harm (i betydelsen "wrong") överlappar med harm (i betydelsen

²⁹ Gardner 2007.

³⁰ Se t.ex. Duff 2001 s. 17 f.

”setbacks to interest”), dvs. där vi har att göra med något som både kan sägas var fel (”wrong”) och som dessutom innefattar ett intresseintrång:

”The sense of ‘harm’ as that term is used in the harm principle must represent the overlap of senses two and three [setbacks to interest respektive wrongs]: only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense.”³¹

Jag skall inte använda mig av Feinbergs analys i sig, utan blott konstatera att den – även om själva poängen är att säga att det relevanta området är där skada (i betydelsen fel) och skada (i betydelsen intresseintrång) överlappar – förutsätter att man kan skilja mellan å ena sidan det som är fel (”wrong”) och å andra sidan det som är ett intresseintrång (”setback to interest”).³²

4. Det sagda kan sägas innebära att något kan innefatta (i) ett intresseintrång utan att vara fel (exempelvis kan en gärning som innefattar kroppsskada vara tillåten på grund av att den företas i nödvärn; vi kan också tänka på situationer där en skada orsakas av naturkrafter³³) liksom (ii) något kan vara *fel* utan att detta innefattar ett *intresseintrång* annat än på en mycket abstrakt nivå:

”so-called harmless trespass on another’s land violates the land-owner’s property rights and thereby ‘wrongs’ him even though it does not harm the land, and even might incidentally improve it. But the law does recognize a proprietary interest in the exclusive possession and enjoyment of one’s land, and for whatever it is worth, the trespass did invade *that* interest. It is ‘harmless’ only in the sense that it doesn’t harm any *other* interests, and certainly no interest of a ‘tangible and material kind.’ Another hard example is the wrongly broken promise that redounds, by a fluke, to the promisee’s advantage. This wrong violates a kind of interest of the ‘victim’s’ in liberty, that is, an interest in himself tying down the future in a certain respect and determining through his own choice what is to happen. Insofar as *that* interest was invaded, he was *harmed* (as well as wronged), but in the example, no other interest of his is harmed

³¹ Feinberg 1984 s. 36.

³² Se Duff 2001 s. 18: ”harms and wrongs are still analytically separate”.

³³ Se t.ex. Hampton 1999 s. 121 och Duff 2001 s. 17.

and some are actually promoted, so that on balance, he actually benefits. Most such apparent examples of wrongs that are not harms to interests can be interpreted in this way. There *can* be wrongs that are not harms *on balance*, but there are few wrongs that are not to *some extent* harms.”³⁴

5. Som framgår av det föregående är det lätt att peka på skador (i betydelsen ”setbacks to interest”) som kan uppstå utan att kravet på ”wrong” är uppfyllt, men svårare att peka på klara och tydliga fall av motsatsen. Jag skulle mot bakgrund av detta vilja påstå att Feinbergs huvudpoäng med att tillfoga ett krav på wrongfulness är att understryka att all sorts skada (i betydelsen ”setbacks to interest”) inte är kriminaliseringsrelevant bl.a. eftersom skada kan uppstå utan att någon kan sägas vara ansvarig för den (fråga kan t.ex. vara om skada till följd av naturkrafter, skada till följd av ”socialadekvat” handlande osv.):

”Though almost all harms in the special narrow sense (wrongs) are also harms in the sense of invasions of interest, not all invasions of interest are wrongs, since some actions invade another’s interests excusably or justifiably, or invade interests that the other has no right to have respected.”³⁵

6. Även om man i viss utsträckning kan skilja på vad som är *fel* och vad som innefattar eller orsakar ett *intresseintrång* (skada) finns det – mot bakgrund av det ovan sagda – en risk att man hamnar snett om man inte samtidigt ser att det finns påtagliga överlappningar – eller kopplingar – mellan de båda begreppen.

7. För det första måste man i många fall kunna säga att *det som gör något fel* är just det förhållandet *att det orsakar skada*, dvs. att det innebär ett intrång i någon annans intressen. Man kan uttrycka det så att uppsåttligt orsakande av skada i de flesta fall också är fel, och *att det är fel beror åtminstone delvis på att beteendet orsakar skada*. Det som gör att det är fel att t.ex. skära av någons händer är kort sagt bl.a. att det innebär allvarlig skada (exem-

³⁴ Feinberg 1984 s. 34 f.

³⁵ Feinberg 1984 s. 35. Med Duff 2001 s. 18 f. skulle det kunna diskuteras om inte kravet på wrongfulness närmast rör frågor om ansvarighet, dvs. förutsättningar för att det skall vara legitimt att tillskriva någon ansvar för något som hänt, och att de därför inte nödvändigtvis behöver sammankopplas med frågan om vad som är kriminaliseringsrelevant skada.

pelvis såtillvida att personen kommer att behöva klara sig utan händer fortsättningsvis).

8. Det sagda innebär också att jag tror att man kan säga att det som är *fel* med något inte låter sig fångas fullt ut utan en hänvisning till *den typ av intresseintrång* (eller skada) som beteendet innebär.

9. Beträffande de brott som innefattar tvång (t.ex. olaga frihetsberövande, olaga tvång och våldtäkt) kan man visserligen säga att det som gör beteendet fel är att det innefattar handlande i strid med personens rätt att bestämma över sig själv. Vi kan sålunda finna något som är gemensamt för dessa brottstyper.

10. Samtidigt är det emellertid svårt att se att det går att nöja sig med detta. Visst kan man finna likheter mellan de nämnda brotten, men det finns också tydliga skillnader vilka beror på andra saker än att handlandet sker i strid med personens rätt att bestämma över sig själv, bl.a. det förhållandet att det är olika saker som påtvingas (vid frihetsberövande: att vara på en viss plats, vid våldtäkt: en viss typ av kroppsligt umgänge med någon annan).

11. Omvänt kan också ifrågasättas om man vid en diskussion kring vad som utgör ett intresseintrång (eller skada) helt kan bortse från hur skadan orsakas. Den skada som orsakas av en fallolycka kan – i ett rent fysiskt perspektiv – naturligtvis vara identisk med den skada som orsakas av en misshandel. Frågan är emellertid om vi i dessa fall kan säga att A (som fallit) och B (som misshandlats) har utsatts för samma skada.³⁶ Måhända påverkas den utsatte av att skadan orsakats på ett sätt som kan sägas vara ”fel”?

12. Det ovan anförda kan kanske låta abstrakt men jag skall nu, med utgångspunkt i den analys som gjorts av Gardner och Shute, försöka konkretisera det sagda i relation just till våldtäkt och andra liknande sexuella övergrepp.

³⁶ Duff 2001 s. 21 f.

IV. OBJEKTIFIERING OCH INTEGRITET

1. Gardner och Shute har, som nämnts, i sin uppsats sökt förklara "the wrongness of rape" med utgångspunkt i ett fall som inte innefattar någon skada.³⁷

2. I ett inledande avsnitt i artikeln definierar de frågeställningen ytterligare och det gör de bl.a. genom att sätta den i relation till samtycke ("consent"). Deras slutsats är att ett fokus på samtycke "doesn't tell us the answer" på frågan "what is wrong with rape *in particular*". Poängen är med andra ord att många typer av gärningar kan definieras som gärningar som vidtas mot någon utan dennes samtycke, t.ex. "non-consensual handshaking" ("vandalism, theft, and assault") och frågan är vad det är som gör "rape" till en annan sorts "wrong":

"Why aren't these all handily collapsed into one crime of 'doing to another that to which they do not consent'? Why aren't they all just one and the same wrong? You may still think that the answer is obvious: rape is a worse violation ... But in what respect, in what dimension, is rape worse? Wherein does its 'worseness' lie? What exactly, in other words, is wrong with rape?"³⁸

3. I sin argumentation utgår författarna ifrån ett fall av "harmless rape" – "perpetrated on a sexually aroused but somatic victim and leaving no trace on her memory or her body (or indeed any other trace)".³⁹ Genom att ta sin utgångspunkt i ett fall där någon skada inte uppstår menar sig författarna ha funnit "the pure case". Fråga är om en situation som "strips out the epiphenomena" och som utgör "rape pure and simple".⁴⁰

4. Utifrån denna utgångspunkt inleder författarna sedan med att säga att det som är fel med våldtäkt inte kan vara att det orsakar skada:

"Its wrongfulness cannot lie in its harmfulness. For it does no harm."⁴¹

³⁷ Se ovan not 29.

³⁸ Gardner 2007 s. 3.

³⁹ Gardner 2007 s. 7.

⁴⁰ Gardner 2007 s. 5 och 7.

⁴¹ Gardner 2007 s. 6.

Detta betyder inte att våldtäkt inte kan innebära eller orsaka skada, utan snarare att skada (harm) är något som visserligen "aggravate[s] ... the wrongfulness of rape" men samtidigt kvarstår denna "wrongfulness ... even in the absence of these harms".⁴² Skada kan således påverka graden av "wrongfulness", men skada ligger s.a.s. inte i botten på "the wrongfulness of rape".

5. I större delen av sin artikel argumenterar sedan författarna för att det som gör våldtäkt "wrong" är att det innefattar en *objektifiering*:

"Rape, in the pure case, is the sheer use of a person. In less pure, but statistically more typical cases, this use is accompanied by violence, terror, humiliation, etc. The important point is that when someone feels terrified or humiliated by rape itself this feeling is justified. Rape is terrifying and humiliating even when unaccompanied by further affronts, because the sheer use of a person, and in that sense the objectification of a person, is denial of their personhood. It is literally dehumanizing."⁴³

Som svar på frågan om vad som är fel med våldtäkt säger alltså Gardner och Shute att det som är fel med gärningen är att den innebär en objektifiering av offret, dvs. att personen inte behandlas som en person (utan som ett objekt).

6. För egen del menar jag, som redan antytts, att det svar som ges kan sägas vara både riktigt och otillräckligt.

7. Svaret framstår som riktigt såtillvida att det i våldtäktsbrottet onekligen ligger inbäddat något som kan beskrivas som objektifiering; den utsatte behandlas utan respekt för sin autonomi. I den meningen finns en påtaglig likhet mellan våldtäkt och olaga tvång. I båda fallen behandlas den utsatte utan respekt för att denne är en autonom individ – en person. I båda fallen kan den utsatte sägas bli "använd" enbart som ett medel eller som ett objekt.

8. Exkursvis kan framhållas att det i detta kan sägas ligga ett slags (sekundär) skada som består i ett budskap av innebörd att

⁴² Gardner 2007 s. 7.

⁴³ Gardner 2007 s. 16.

gärningsmannen är likgiltig inför den utsattes intressen; Westen talar sålunda om "dignitary harms".⁴⁴ Det uppsåtliga intrånget talar om för den utsatte att dennes väl och ve (i det avseende som är aktuellt) inte har fullt värde för gärningsmannen. Denna sekundära skada är emellertid beroende av det primära intrånget; det är *genom* att åsidosätta den enskildes intressen (i det här fallet att använda den enskilde enbart som ett medel eller som ett objekt) som buskapet förmedlas.

9. Även om svaret således delvis framstår som riktigt måste samtidigt framhållas att svaret är så generellt att det kan tillämpas i förhållande till de flesta brott som innebär ett intrång i en annan person kroppsliga eller fysiska sfär. I sammanhanget kan jämföras med följande exempel:

(i) A åker stående i en buss. När A ser en kurva närma sig vill han inte riskera att tappa balansen. Han tar därför ett rejält tag i B:s arm och håller i sig i den genom kurvan. A upprepar sitt beteende vid tre tillfällen trots att B redan första gången sagt åt A att låta bli och ta tag i en ledstång istället.

(ii) A vill hoppa över en mur, men muren är så hög att A inte klarar detta utan något att ta spjörn mot. A ser att den långe B kommer gående. A hoppar upp och tar spjörn mot B:s axlar för att häva sig upp och få tag i murens överkant. B upplever situationen som obehaglig, men skrattar till när han förstår vad som hänt.

Också i dessa båda fall kan man naturligtvis säga att det som gör A:s gärningar – som i båda fallen kan sägas utgöra typfall av ofredande – fel är att A behandlar B utan respekt för B:s autonomi och att A objektifierar B genom att använda honom eller henne enbart som ett medel för att uppnå sina egna mål. Det som är fel med gärningarna är att de innebär ett icke-respekterande av den andra personens kroppsliga autonomi. Samtidigt är det svårt att tänka sig att någon skulle tala om dessa gärningar såsom "terrifying" eller "humiliating" eller att gärningarna skulle vara "dehumanizing" eftersom de innebär ett slags objektifiering och innefattar ett slags "denial of ... personhood".

⁴⁴ Westen 2004 s. 149. Se även Hampton 1999 och McGregor 2005 s. 226 ff.

10. Om man vill återknyta till den fråga författarna själva (retoriskt) ställer för att förklara varför en hänvisning till bristande samtycke är otillräcklig skulle man kunna uttrycka sig på följande sätt:

"Why aren't these all handily collapsed into one crime of 'doing to another that which objectifies them'? Why aren't they all just one and the same wrong?"⁴⁵

11. Problemet med Gardners och Shutes representation (enligt vilken det som är fel med våldtäkt är att det innebär en *objektifiering*) är naturligtvis inte att den faktiskt är tillämplig också i relation till andra brott än våldtäkt, utan snarare att den i sammanhanget närmast framstår som närmast eufemistisk till sin karaktär och inte förklarar varför våldtäkt är annorlunda än många (och värre än de flesta) andra gärningar som vidtas mot den utsattes vilja (jfr här åter den av Gardner och Shute givna programförklaringen ovan i punkt 2). Man skulle kunna säga att deras representation fångar bara en del av vad den bör fånga.

12. I sammanhanget kan måhända en jämförelse med en brutal överfallsmisshandel som sker för nöjes skull vara belysande. Visst kan man säga att det som är fel med ett sådant misshandelsbrott är att det innebär ett slags objektifiering såtillvida att den utsatte används som en slagpåse för någon annans höga nöjes skull. Men fattas då inte något? Fångar vi det väsentliga genom en hänvisning till att gärningen innebär ett slags objektifiering? Är inte en högst väsentlig del av det som är fel med misshandel att det innefattar en direkt och uppsåtlig attack på de oomtvistliga intressena av fysiskt välbefinnande, kroppslig integritet och kroppslig oantastlighet?

13. På motsvarande sätt kan man säga att våldtäkt förvisso innebär en objektifiering, men det som är skrämmande är inte bara objektifieringen, utan det mycket långtgående intrång i intresset av fysisk integritet som gärningen ytterst innebär.

14. Vad jag genom det ovanstående försöker säga är att jag tror att vi, för att kunna finna ett rimligt svar på frågan om vad som är fel med våldtäkt, måste kombinera det förhållandet att en

⁴⁵ Jfr citatet ovan vid not 38.

våldtäkt innebär ett intrång i den utsattes intresse av autonomi med det förhållandet att intrånget sker på ett område där vi tillmäter intresset av autonomi särskilt stor betydelse.

15. Westen talar sålunda, när det gäller ”dignitary harms” (jfr ovan punkt 8), om att:

”[t]he magnitude of dignitary harms is also a function of the nature of the legitimate interest on [B’s] part that A manifests himself as ready to abridge”.⁴⁶

Med andra ord: om A visar sig likgiltig inför B:s intresse av liv (A roar sig genom att kasta kniv i en cirkel runt B) tillfogas ett större mått av dignitary harm i jämförelse med om A visar sig vara likgiltig inför B:s intresse av en god nattsömn (A fortsätter att spela musik mitt i natten trots att B ringt på och bett honom sluta).

16. På ett liknande sätt bör också kunna sägas att skadan av att inte respekteras såsom autonom individ, att inte själv få välja vad man vill göra eller vad man vill låta sig användas till, kan variera med hänsyn till hur starkt intresset av autonomi är i den ifrågavarande kontexten. Om någon, utan att försäkra sig om ett samtycke, momentant använder B:s påklädda kropp som ett stöd (jfr ovan punkt 9 exempel (i)) används B lika mycket som ett objekt som om någon påtvingar B sex. Skillnaden mellan de båda fallen är inte att det ena, men inte det andra, innefattar en objektifiering, utan att objektifieringen i det senare fallet uppfattas som betydligt allvarigare därför att intresset av autonomi där är så mycket starkare än i det andra fallet.

17. Om man skall försöka förklara varför intresset av autonomi och självbestämmande är särskilt starkt vad gäller sexuellt umgänge tror jag – i linje med vad jag tidigare framhållit i en uppsats tillsammans med Magnus Ulväng – att man skall fokusera mindre på sex såsom en aktivitet i sig och mer på att sex alltid (eller nästan alltid) förutsätter en hög grad av intimitet.

”[Det tycks] oss vara tydligt att det moderna samhället bygger på en relativt djupt förankrad uppfattning om kroppslig integritet som innefattar normer för både nakenhet och närhet (eller beröring),

⁴⁶ Westen 2004 s. 149.

samt att dessa normer utgör en slags rustning för människan. Inom ramen för detta normsystem synes det stå klart att könsorgan och andra kroppsdelar (t.ex. kvinnobrust) kopplade till sexualitet sticker ut såsom varande särskilt integritetsnära. Vad gäller nakenhet kan t.ex. hänvisas till att vi till vardags bär kläder, till att vi har miniminormer för klädsel (t.ex. vid sol och bad) som är mer eller mindre direkt kopplade till sexuellt 'laddade' kroppsdelar samt till att nakenhet klär av oss en del av det skal som skyddar oss till vardags. Man skulle litet tillspetsat kunna uttrycka det så att vi har ett slags integritets- och intimitetsgräns kopplad till gängse badmode (här kan nog bröst sägas inta något av en mellanställning, vilket återspeglas både på badstranden och vad gäller nakenhet på film). Motsvarande kan sägas beträffande beröring. Utgångspunkten för vardaglig samvaro är i princip icke-beröring. Vi rör ibland vid varandra (ofta för att uttrycka mild intimitet såsom vänskap, uppskattning osv.), men beröring av vissa delar av kroppen uppfattas som något högst integritetsnära. Och det synes vara otvetydigt att det som uppfattas som allra mest integritetsnära är kroppens insida (det är t.ex. tydligt att det är en sak att utbyta kindpussar och en annan att kyssas, en sak att hjälpa någon genom en omfamning och en annan att nyttja munmot-mun-metoden och än tydligare är att 'beröring' av håligheter i underlivet är integritetsnära); huden skulle litet populärt uttryckt kunna sägas vara människans innersta klädlager.⁴⁷

18. Till det sagda lades sedan tanken att kontroll över den ovan skisserade integritetsnära sfären är viktig och att vårt självbestämmande i detta avseende är helt centralt "för vad vi uppfattar som vår värdighet som människor".⁴⁸ Det är naturligtvis alltid riskfyllt att hänvisa till begrepp sådana som värdighet,⁴⁹ inte minst därför att det kan missuppfattas, men jag tror fortfarande att det ligger mycket i den tanke som framfördes. Att ha kontroll

⁴⁷ Se Asp & Ulväng 2007 s. 44 f.

⁴⁸ Asp & Ulväng 2007 s. 45.

⁴⁹ Avsikten är naturligtvis inte att säga att den som våldtas förlorar sin värdighet, utan att den som våldtas genom det påtvingade integritetsintrånget tillfälligt förlorar mycket av den kontroll över den integritetsnära sfären som vi uppfattar som central för vår värdighet såsom människor. Se Hampton 1999 s. 138: "For on any version of the Kantian view, there is *nothing* that someone can do to you that literally lowers or degrades you in value. And it is very important for society to respond to a wrongdoing in a way that affirms this normative fact – both for the sake of the victim's psychological health and for the sake of the rest of society, which one wants to hold a certain view about her value and about human value generally."

över sin egen fysiska integritet kan, med den uppfattning som här förs fram, sägas vara en mycket central del av vad som definierar vad det är att vara en *person*.

19. Det sagda kan förtydligas genom en jämförelse av vikten av självbestämmande och icke-objektifiering i olika situationer. En person kan t.ex. objektifiera en annan enbart genom (i) att iakttä den andre i en offentlig miljö (A kan t.ex. se på B som ett sexuellt objekt, som något vackert att se på etc.), genom (ii) användande av den andres kropp genom någon form av ytlig beröring (tänk t.ex. på en påtvingad smekning utanpå kläderna) eller genom (iii) "naken" beröring av mer integritetskänsliga kroppsdelar (jfr ett sexuellt övergrepp). Enligt min uppfattning kan, med utgångspunkt i dessa exempel, sägas att alla tre fallen innefattar en form av objektifiering samtidigt som det negativa värdet av objektifieringen tilltar i takt med att det sker ett intrång i den integritetsnära sfären. Vi kan därför också se att skyddet mot objektifieringen ökar ju närmare vi kommer den fysiska kroppen. Vi får finna oss i att på avstånd bli betraktade och objektifierade, men vårt skydd mot att på olika sätt användas tilltar allt eftersom vi kommer närmare den fysiska kroppen.

20. Som en sammanfattning skulle man kunna säga att det som enligt den här förordade uppfattningen är fel med våldtäkt bör analyseras i beståndsdelar som hänför sig till *bristande respekt för autonomi på ett område där sådan autonomi uppfattas som särskilt betydelsefull*.

21. I sammanhanget kan finnas skäl att hänvisa till McGregor som framför en likartad tanke på ett delvis annat sätt:

"Sex, sexuality, our bodies and control over them are central to who we are. One does not have to have an overly romantic view of sexual relationships to conceptualize a significant difference in the experience of consensual sexual interactions and non-consensual ones. Rape is such a serious violation because it transgresses this central zone for our identity, it exposes us and makes us a tool or a thing for someone else's sexual ends.

The scope of our power of consent ranges over our 'domain,' that is, our body and property. Being a *person* is conceptually linked to having a domain which we control through our power of consent."⁵⁰

⁵⁰ McGregor 2005 s. 221 f.

McGregor fullföljer sedan sin argumentation genom att framhålla att vissa former av intrång är allvarligare än andra därför att de rör "the inner circles" av en persons "domain". Man kan i detta perspektiv jämföra såväl kroppsliga intrång med andra typer av intrång (t.ex. inbrott eller bilstöld) som olika typer av kroppsliga intrång.⁵¹ Sammanfattningsvis hamnar hon mycket nära den här företrädde uppfattningen:

"The moral wrongness of rape consists in violating the autonomous right to control one's own body and one's sexual self-determination, and the seriousness of rape derives from the special importance we attach to sexual autonomy."⁵²

22. McGregor synes möjligen väl starkt betona att det som gör sexuella övergrepp till ett allvarligt intrång (som rör "de inre cirkelarna") är att det är fråga om *sex*.⁵³ Jag skulle, som framgått ovan, snarare vilja argumentera för att det huvudsakligen är det förhållandet att sex är intimt och kroppsligt "nära" som gör att sex är speciellt. Det centrala vad gäller sexuella övergrepp skulle med detta synsätt inte vara att övergreppet är kopplat till sex, utan att det – genom att vara kopplat till sex – innebär ett intrång i en, sedd i ett kroppsligt perspektiv, mycket integritetsnära sfär.⁵⁴ I grunden råder emellertid mycket stor överensstämmelsen mellan den här företrädde ståndpunkten och den som McGregor ger uttryck för.

23. Också Gardner och Shute talar om ett element vid sidan av objektifieringen, som bidrar till att göra objektifieringen vid våldtäkt allvarligare än andra former av objektifiering, nämligen att våldtäktsmannen parasiterar på den sociala meningen hos vanligt sexuellt umgänge. Deras poäng är att det som i allmän-

⁵¹ McGregor 2005 s. 223 ff.

⁵² McGregor 2005 s. 226.

⁵³ McGregor 2005 s. 224 f.

⁵⁴ Jfr här även Murphy 1994 s. 214 som också betonar betydelsen av det sexuella: "the importance of sex is essentially *cultural*, that is, there is nothing intrinsic about sexual assault that makes it objectively more serious than nonsexual assault. Our culture does in fact surround sexuality with complex symbolic and moral baggage, but it does not have to be this way, as the sexual revolutionaries of the sixties were fond of pointing out." Även det "integritetsnära" är naturligtvis kulturellt betingat, men synen på det integritetsnära torde uppvisa mindre variationer än synen på det sexuella. Se även Wertheimer 1996 s. 100.

het, eller under normala förhållanden, uppfattas som ett uttryck för ömsesidighet, av gärningsmannen görs till en direkt objektifierande gärning:

"The real reason for thinking of rape as a sexual offence has nothing to do with the offender's motivations. It is that rape is a weapon against its victim which trades on the social meaning of sexual penetration. It is a way of taking a paradigm subject-subject relationship ... and turning it against someone to make a mere object of her.

...

That most fundamental element of wrongdoing in rape, which differentiates rape from (most) assaults and gives rape a separate theme from the family of assault crimes, is the *sheer use* of the person raped, whether that is how the rapist saw what he was doing or otherwise. To understand how rape counts as sheer use, the social meaning of sexual penetration has to be kept in focus."⁵⁵

Här kommer vi alltså åter tillbaka till det sexuella och till sexualitetens sociala mening. Jag vill inte utesluta att man kan konstruera en konception av sexuella övergrepp där dylika faktorer har viss betydelse, men jag vill fortsatt hävda att det allt över-skuggande när det gäller att förklara varför sexuella övergrepp bör ses som allvarligare än många andra övergrepp är att de innefattar ett intrång i en mycket integritetsnära sfär.⁵⁶

⁵⁵ Gardner 2007 s. 24 f.

⁵⁶ Jag har här talat om att en människas (känsla av) värdighet är beroende av hennes rådighet och självbestämmande över åtminstone den (i fysisk mening) allra mest integritetsnära sfären. Litet exkursvis kan tilläggas att det torde kunna sägas att vi, på motsvarande sätt, kan se hur rådighet över den mer intellektuella integriteten uppfattas som central i detta avseende. Den intellektuella integriteten kan naturligtvis inte "tas med våld" på samma sätt som den fysiska, men man kan tänka sig att någon tvingas "stå för" något genom hot om våld och man kan – framför allt – tänka sig att någon kan sälja sin övertygelse för pengar. Man kan förvisso, utan att det framstår som särskilt problematiskt, sälja sin intellektuella förmåga ungefär på samma sätt som man kan sälja sin kropp (för att fullgöra fysiskt arbete), men den som låter sälja sin övertygelse kommer ofrånkomligen att förlora åtminstone fragment av sin värdighet såsom person (och, men det är något annat, sin trovärdighet).

V. OM BETYDELSEN AV SAMTYCKE

1. Eftersom det ovan sagda innebär att en väsentlig beståndsdel i det som är fel med sexuella övergrepp ligger i att de innefattar en bristande respekt för den utsattes självbestämmande och *såttillvida* innefattar en form av objektifiering, behövs inte särskilt många ytterligare ord för att förklara varför samtycke bör tillmätas avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida ett sexuellt övergrepp har förövats: ett konstaterande av att samtycke föreligger kan ju närmast ses som ekvivalent med ett konstaterande av att den enskildes (sexuella) autonomi har respekterats. Samtyckets betydelse följer analytiskt av den ovan skisserade uppfattningen om vad som är fel med sexuella övergrepp.

2. Den nu presenterade uppfattningen ger sålunda stöd både för den uppfattning som Högsta domstolen sedan länge gjort till sin (se närmare avsnitt 3.II.b), för Europadomstolens betoning av frånvaro av samtycke som konstitutivt för våldtäktsbrottet (se kap. 9) och för den uppfattning som ligger till grund för förslagen om en samtyckeslagstiftning, däribland den s.k. Samtyckesutredningen (se avsnitt 3.IV.a). Det sagda ger emellertid inget omedelbart svar på hur en reglering av sexuella övergrepp bör se ut, och detta beror på åtminstone två saker.

3. För det första bör uppmärksammas att det faktum att reglerna om sexuella övergrepp på normskälsnivå kan sägas bygga på tanken om frånvaro av samtycke, inte med nödvändighet betyder att den rättsliga regleringen också vad gäller beslutsskälén bör utformas på så sätt att den bygger på frånvaro av samtycke (eller frånvaro av frivillighet). Enkelt uttryckt kan sägas att det förhållandet att man genom en viss kriminalisering vill förhindra att x sker, inte behöver innebära att man skall kriminalisera just utförandet av x. Den som vill förhindra trafikolyckor behöver t.ex. inte nödvändigtvis förbjuda orsakande av trafikolyckor, utan kan t.ex. förbjuda fortkörning (se t.ex. trafikförordningen (1998:1276) 14 kap. 3 §) och rattfylleri (se t.ex. 4 och 4 a §§ lagen (1951:649) om straff för trafikbrott) eller byggandet av en viss typ av vägar.

4. På motsvarande sätt kan, om vi ser till regleringen av ordinärt olaga tvång (se 4 kap. 4 § brottsbalken), sägas att den som vill

förhindra att någon tvingar en annan person att göra något inte nödvändigtvis behöver bygga en reglering på frånvaro av samtycke, utan regleringen kan (jfr den nyss nämnda bestämmelsen) mycket väl ta sikte på vad gärningsmannen gör för att tvinga den utsatte. Även om skillnaden mellan normskäl (dvs. skäl för att ha en viss regel) och beslutsskäl (dvs. skäl som är relevanta för att i ett konkret fall döma på visst sätt) måste betraktas som mycket elementär inom lagstiftningsläran är det långt ifrån alltid den uppmärksammas på det sätt som den förtjänar.⁵⁷

5. För det andra måste uppmärksammas att jag ovan har talat om samtycke utan att på något sätt försöka ge detta begrepp ett innehåll. Som kommer att utvecklas närmare nedan i kapitel 4 är samtycke ett normativt begrepp som i mångt och mycket handlar om under vilka förutsättningar en person "säger ja" till något. Detta betyder bl.a. att det inte finns någon skarp skiljelinje mellan en samtyckesreglering byggd på frånvaro av samtycke och en reglering byggd på att vissa medel använts för att förmå någon att "säga ja" till något visst. Man kan uttrycka det så att det som är avgörande för vad en viss reglering omfattar inte är huruvida den formuleras negativt (frånvaro av samtycke) eller positivt (förekomst av vissa medel eller omständigheter), utan vad den negativa respektive positiva formuleringen omfattar.

6. Man skulle vidare, antingen självständigt eller vid sidan av den nu framförda tanken om att samtycke är av grundläggande betydelse, kunna argumentera för att vissa former av sexuella handlingar är fel och bör kriminaliseras av helt andra skäl att de företas i strid med den utsattes vilja.

7. I svensk litteratur har t.ex. Kerstin Berglund argumenterat för att det kan finnas en form av kränkning som inte bottnar i agerande i strid med den utsattes självbestämmande utan i en kontextualiserad integritetsuppfattning:

"När man utgår ifrån människan såsom genus blir det möjligt att argumentera för att den som utsätter sig för sexuellt våld gör det i sin egenskap av att vara människa. Det våld som utövas kränker därför en individuell integritet vilken även är påverkad av könstillhörighet och social tillhörighet. Situationen är därmed inte jämförbar med

⁵⁷ Se vidare Asp 2002 s. 160 ff.

frivilligt deltagande i andra former av lekar och spel, där man så att säga fritt kan välja i vilken position man vill spela.

Frågan om huruvida samtycke till sexuell våld kan utesluta en straffrättsligt relevant skada är, enligt min mening, intressant just därför att den träffar de faktorer som är av betydelse för förståelsen av *vad* som utgör en *kränkning* överhuvudtaget.

En viktig slutsats är att det inte finns några gärningar som sker i ett samhälleligt vakuum, även om de i en klassisk liberal mening sker på *privat* område. Den våldsutövning som sker i dessa fall betyder något både i den faktiska situationen och i förhållande till den kultur vi lever inom. Det är därför inte likgiltigt vad människor utsätts för, även om dessa gärningar sker frivilligt. Det finns alltid en risk för att man annars kan komma att frångå även andra människors lidande ett värde.”⁵⁸

8. På ett åtminstone till resultatet likartat sätt argumenterar Duff när han – i polemik med Feinberg – vill öppna upp för en användning av straffrätten i relation till frivilligt deltagande i gladiatorspel och sadomasochistisk sexutövning.

”I will suggest ... that this application of ‘Volenti non fit injuria,’ as a doctrine which must take ‘absolute priority,’ distorts our understanding of the kind of ‘evil’ that is involved in such examples as [sadomasochistisk sexutövning och gladiatorspel] and thus of the grounds we might have for criminalizing such conduct.

...

If we are fully to understand the claims that others have on our respect and concern as our fellow human beings, we need a richer conception of humanity: the kind of conception that we express in saying that [gladiatorspel och sadomasochistisk sex] dehumanize and degrade those who participate in them or enjoy watching them, even (or especially) if that participation is fully voluntary.

...

We will then see ... that we ... have good reasons—reason of the same kind as we have to criminalize violations of autonomy—to criminalize other modes of conduct that deny or radically fail to respect the humanity of those against or on whom they are perpetrated.”⁵⁹

⁵⁸ Berglund 2008-09 s. 709. Se även Berglund 2007 s. 350.

⁵⁹ Duff 2002 s. 32 och 44.

Jag skall i detta sammanhang inte ta ställning till denna argumentation utan nöjer mig med att vidhålla att den grundläggande faktorn när det gäller att förklara vad som är fel med sexuella övergrepp är att de innebär ett handlande i strid med den utsattes självbestämmande på ett område där självbestämmande är helt centralt för vad vi uppfattar som vår värdighet som en person. Jag utesluter med andra ord inte att det kan finnas skäl till straffrättslig inblandning också mot sexuella handlingar som vidtas med samtycke från den utsatte – en sådan möjlighet öppnas för övrigt redan av att vi måste diskutera, dvs. det är en öppen fråga, hur långt möjligheterna att samtycka sträcker sig (se närmare avsnitt 4.II.a p. 23 ff. och avsnitt 5.IV) – men jag tar min utgångspunkt i att det finns skäl till straffrättslig inblandning i första hand mot sådana sexuella handlingar som vidtas utan samtycke från den utsatte.

VI. SÄRSKILT OM VÅLDTÄKT, SKADA OCH GRADERING

1. Ovan har jag förbigått frågan om *skada* vid sexuella övergrepp nästan helt. Det är emellertid uppenbart att sexuella övergrepp kan innebära olika typer av skador. De kan innefatta fysiska skador både till följd av det våld som används som medel för att föröva övergreppet och till följd av den sexuella aktiviteten, de kan innefatta mer indirekta skador i form av sjukdomar och oönskade graviditeter och de kan innefatta psykiska skador (innefattande känslor av förnedring, smutsighet osv.).

2. Typiskt sett formuleras emellertid inte brottsbeskrivningen med utgångspunkt i dessa skador, utan den tar istället sikte på ett visst beteende (i en eller annan mening påtvingat sex) som sedan förutsätts ha en relation till dessa skador.

3. Leijonhufvud och Wennberg talar – i anslutning till en diskussion om handlingsbrott och effektbrott – om att skadan vid sexualbrotten ligger inbäddad i handlingen.⁶⁰ Beskrivningen framstår i inte obetydlig utsträckning som träffande. Skadan vid våldtäkt kan på ett sätt sägas ligga just i det förhållandet att man

⁶⁰ Leijonhufvud & Wennberg 2009 s. 34.

(presens) våldtas. Ungefär på samma sätt kan man tala om att skadan vid ett olaga frihetsberövande ligger just i att man frihetsberövas.

4. Jag skall i detta sammanhang inte gå närmare in på frågan om skada vid våldtäkt, men blott ge ett par kommentarer i anslutning till det sagda.

5. Inledningsvis kan konstateras att det här förordade synsättet – enligt vilket det som är fel med våldtäkt mindre är orsakande av några särskilda skador än ett icke-respekterande av en persons autonomi på ett område där autonomi är särskilt viktigt – är fullt förenligt med den utveckling som innebär att allt *mindre vikt* läggs vid det sätt på vilket ett sexuellt övergrepp förövas (genom våld, genom utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd etc.). Med en syn på sexuella övergrepp som en brottskategori som riktar sig mot självbestämmande kan med andra ord sägas att den tidigare regleringen av sexualbrotten lagt *väl stor vikt* vid huruvida det sexuella övergreppet skett på visst sätt.

6. Samtidigt innebär det sagda givetvis inte att vi kommer ifrån det förhållandet att brott kommer att behöva graderas (i förhållande till varandra) och jag vill påstå att vi skulle behöva en både bredare och djupare diskussion kring frågor om hur vi skall bedöma svårheten hos olika typer av övergrepp samt kring vilka faktorer som är (respektive inte är) relevanta härvidlag. Det finns en tendens att undertrycka graderingsdiskussionen (eftersom allt måste vara att bedöma som särskilt allvarligt). Att undertrycka diskussionen är emellertid att lämna domstolarna i sticket (och ytterst kan det öppna upp för en situation där var och en faller tillbaka på sina egna värderingar och sina egna fördomar).

7. Eftersom fråga är om relativa omdömen är möjligheten att uttrycka att något (relativt sett) är mindre allvarligt en direkt förutsättning för att kunna uttrycka att något (relativt sett) är (ännu) allvarligare.

8. Frågor gällande gradering kan tas om hand på rubriceringsnivå, dvs. genom att olika gärningar (som bygger på olika typer av rekvisit) rubriceras på olika sätt. I det sammanhanget kan, även om rubriceringen inte är allt när det gäller gradering, ifrågasättas om inte det förhållandet att rubriceringen av olika övergrepp

bygger på en kombination av två olika gränsdragningselement (våld/hot/hjälplöst tillstånd å ena sidan och den sexuella handlingens karaktär å den andra) bidrar till att de bedömningar som måste göras emellanåt kan framstå som väl tekniska till sin karaktär.

9. Man skulle kunna uttrycka det sagda så att regleringen utåt förmedlar ett intryck av en hierarki (där våldtäkt är ett svårare övergrepp än sexuellt tvång osv.), men där överlappningarna i själva verket är så stora att rubriceringsfrågan inte alls behöver vara kopplad till straffvärde.⁶¹ Vi bör med andra ord ställa oss frågan hur vi skall se på relationen mellan våldtäkt och andra sexuella övergrepp i svårhetshänseende.

10. Frågor om gradering kan självfallet också hanteras inom ramen för respektive brottsart,⁶² både genom en indelning av brottsarten i olika grader och genom bedömning av det konkreta straffvärdet.

11. Vad gäller dessa graderingsfrågor (oberoende på vilken nivå de hanteras) är det ganska enkelt att ange ett antal faktorer som med viss plausibilitet kan sägas vara relevanta:

Övergreppets tidsmässiga utsträckning

De medel som använts/de omständigheter som utnyttjats

Graden av intimitetsintrång

I vilken utsträckning gärningsmannen utnyttjat någons skyddslöshet

Relationen mellan parterna⁶³

Antalet gärningsmän

Osv.

⁶¹ Jfr beträffande relationen mellan våldtäkt och sexuellt tvång (och sexuellt utnyttjande) även Wennberg 1997–98 s. 506 f. och 511 f.

⁶² Jfr, angående begreppet brottsart, Jareborg 2001 s. 32 och 38.

⁶³ Att diskutera relation är alltid kontroversiellt. Jag återkommer till dessa frågor i avsnitt 5.V.c nedan Jag skall här blott ge ett par exempel på frågor som skulle kunna ställas. (a) Samtycke till sex lämnas normalt genom godtagande av upptrappad intimitet, dvs. man går från ögonkontakt, till kyssar, till kel och smek, till avtagande av kläder osv. och någon tar i regel utan att särskilt fråga om lov

Det är emellertid högst oklart på vilket sätt och *varför* olika faktorer bör tillmätas relevans och i inte obetydlig utsträckning råder också betydande oenighet om huruvida en viss faktor är av relevans eller ej.⁶⁴

initiativ till att kliva över till nästa intimitetsnivå. Initiativen godkänns sedan omedelbart och konkludent. Frågan kan då ställas om inte de inblandades relation i viss utsträckning kan ha betydelse för vilka steg som kan tas utan att man i förväg försäkras sig om ett samtycke. Om A vaknar efter en natts sömn med B:s hand över ett av sina bröst eller kanske innanför kalsongerna/trosorna, har det då inte någon betydelse för vår bedömning om A och B är ett par och regelbundet är mycket intima med varandra, eller om de utan att ha känt varandra tidigare delar hotellrum på grund av rumsbrist på en konferensresa? (b) Det skulle kunna hävdas att en del av det som innebär skada vid sexuella övergrepp är att man blir tvingad att vara intim med någon och denna påtvingade intimitet blir värre om det är någon man inte normalt är intim med (bl.a. därför att det ökar risken för sjukdomar, därför att det kan ge en känsla av att något främmande gjort intrång i ens intima sfär osv.). En sådan värdering skulle i och för sig mycket väl kunna uppvägas av faktorer såsom "sviket förtroende", "missbruk av tillit" osv. Min poäng är inte att komma med några svar utan att öppna för en diskussion som vi är ovilliga att föra, men vars betydelse inte försvinner för att vi blundar. Preliminärt kan min ståndpunkt sägas vara att det vore förhastat att säga att relation i alla situationer saknar betydelse (och att relation antagligen kan ha betydelse i båda riktningar).

⁶⁴ Jfr, när det gäller graderingsfrågan, även Davis 1984 s. 94 f. som söker påvisa att straffen för våldtäkt är för stränga genom att använda ett slags alternativvalstänkande ("if we are not sure which of two evils we would rather suffer, the two evils may be treated as approximately equal; that if we *are* sure which of the two we rather suffer, we should treat the one we would rather suffer as the less serious of the two"). Det förhållandet att vi skulle välja att bli tvingade till sex framför att bli tvingade att låta någon tillfoga oss mycket allvarlig skada skulle enligt Davis tala för att våldtäkt är mindre allvarligt än misshandel. Modellen synes vara problematisk av två skäl. För det första är det naturligtvis så att ett hot i många fall är oprecist i den meningen att den utsatte inte riktigt vet vad hon kommer att utsättas för om hon inte efterkommer hotet. Det kan t.ex. vara högst oklart hur mycket misshandel som ligger i ett misshandelshot och det kan också vara så att det inte kan uteslutas att ett misshandelshot inkluderar ett dödshot. Det sagda kan gälla oavsett om hotet kommer till uttryck på ett någorlunda preciserat sätt (situationen kan vara sådan att gärningsmannen utvecklar hotet verbalt, men att det likväl framstår som oklart huruvida gärningsmannen kommer att nöja sig med den gärning som det hotas med) eller om hotet överhuvudtaget inte preciseras (jfr situationen där någon bara viftar med ett vapen). För det andra förutsätter modellen att vi när vi utsätts för ett hot och följaktligen ges möjligheten att göra ett val mellan att utsättas för det ena och det andra alltid väljer det som utifrån en helhetsbedömning är mindre allvarligt. Det kan starkt ifrågasättas om en sådan utgångspunkt är hållbar. Det kan t.ex. diskuteras om

12. Jag skall varken i detta sammanhang eller i återstoden av boken ta slutlig ställning till vilka faktorer som bör tillmätas betydelse eller till deras inbördes vikt, utan mitt ärende är, som framgått ovan, blott att framhålla *vikten av att dessa frågor diskuteras* på ett seriöst sätt.⁶⁵

inte människan åtminstone i viss utsträckning har en tendens att välja omedelbar behovstillfredsställelse framför mer långsiktig tillfredsställelse och att vi därför värderar vad man skulle kunna kalla högintensiva påverkansfaktorer alltför högt. Detta skulle bl.a. kunna innebära att man i valet mellan relativt momentan men mycket stark smärta (jfr ett knytnävsslag) och en påtvingad sexuell handling *ex ante* tenderar att välja det sistnämnda, trots att denna gärning, vid en bedömning som inte sker *ex ante* och utifrån den utsattes position, måste bedömas som klart allvarligare. Jfr angående detta även Murphy 1994.

⁶⁵ Med en mycket välvillig tolkning skulle man kunna förstå Hillegrens famösa och omdebatterade yttranden, se t.ex. Hillegren 2009, som ett (fullständigt misslyckat) försök att väcka en sådan diskussion. Se för en sådan tolkning, Sigridsdotter Thörnblom 2009.

3. Utgångspunkt i svensk rätt

I. INLEDNING

1. Eftersom den analys av samtycke som görs i denna bok ytterst syftar till att utgöra ett bidrag till diskussionen kring hur man bör utforma bestämmelserna om sexualbrott finns, innan vi går in närmare på analysen av samtycke, skäl att kortfattat redogöra både för den nuvarande regleringen av sexualbrotten och för utvecklingen på området i vad man skulle kunna kalla senmodern tid (från brottsbalkens ikraftträdande och fram till dagens debatt).

2. Syftet med kapitlet är, som ovan nämnts, att ge en så pass fylig bakgrundsbild att också den som läser boken utan närmare förkunskaper om den rättsliga regleringen skall kunna förstå hur argumentationen i de följande kapitlen relaterar till svensk rätt.

II. GÄLLANDE RÄTT

a. Inledning

1. Sexualbrotten regleras i 6 kap. brottsbalken. När man närmar sig regleringen finns redan inledningsvis anledning att uppmärksamma att bestämmelserna om sexuella övergepp kan sägas vara uppbyggda kring två grundläggande element.

Å ena sidan fordras, för att brott skall vara förövat, antingen att gärningsmannen har använt ett visst *medel* (våld, hot etc.) för att genomföra den sexuella handlingen eller företagit den under

vissa *särskilt angivna omständigheter* (mot någon som befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd, mot en person under viss ålder etc.). Å andra sidan sker en differentiering mellan olika brott också med hänsyn till *vilken typ av sexuell handling* det varit fråga om. I lagen talas bl.a. om sexuell handling, om samlag samt om sexuella handlingar som är jämförliga med samlag.

2. Dessa båda typer av rekvisit (brottsförutsättningar) kombineras sedan på ett ganska komplext sätt i kapitlets olika paragrafer. Som ovan framhållits (se avsnitt 2.VI) kan det ifrågasättas om inte det förhållandet att rubriceringen av olika övergrepp bygger på en kombination av två ganska väsensskilda gränsdragningelement bidrar till att rubriceringen får en smått "teknisk" karaktär.

3. I detta sammanhang, dvs. i en bok som fokuserar på frågan om samtycke, är frågan om vad som krävs i fråga om användande av vissa *medel* eller *utnyttjande av vissa omständigheter* av större intresse än frågan om vilka sexuella handlingar som faller under respektive bestämmelse. För att framställningen skall bli begriplig har jag ändå valt att behandla båda dessa element.

b. Våldtäkt

1. Våldtäkt kan sägas vara den mest kvalificerade typen av sexualbrott. Detta betyder, vilket förklaras närmare nedan, inte att varje enskild våldtäkt alltid och med nödvändighet är allvarigare än brott med annan rubricering, men däremot att brottstypen som helhet betraktas som allvarigare än övriga brottstyper i kapitlet.

2. Våldtäkt kriminaliseras i 6 kap. 1 § brottsbalken och bestämmelsen kan sägas vara uppdelad på två typfall som regleras i bestämmelsens första respektive andra stycke.

3. Det första typfallet (se 6 kap. 1 § första stycket brottsbalken) avser fall där gärningsmannen:

"genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person [till en sexuell handling av viss karaktär]".

4. Bestämmelsen förutsätter alltså *dels* att offret tvingas till en viss typ av sexuell handling, *dels* att tvånget sker på visst sätt: fråga skall vara om tvång ”genom” misshandel, våld eller genom hot om brottslig gärning.

5. Den första typen av tvång som faller under bestämmelsen är sådant som sker genom misshandel eller annars med användande av våld. Med våld avses i princip all fysisk kraftutövning. Fråga kan alltså vara om slag och sparkar och om våld som innebär ett betvingande av någon eller av dennes kroppsliga rörelser (att hindra en persons rörelsefrihet, att sära på någons ben osv.), men även lindrigare former av våld, såsom att ”rycka eller slita i en annan persons arm eller kläder”, att ”knuffa undan eller hålla fast någon” omfattas av bestämmelsen.⁶⁶

6. Genom hänvisningen till bestämmelsen om misshandel i 3 kap. 5 § brottsbalken framgår också att bestämmelsen omfattar fall där gärningsmannen försätter sitt offer i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Exempel på denna typ av gärningar är att söva någon (t.ex. genom narkos) och att lura i någon alkohol eller narkotika på ett sådant sätt att personen försätts i vanmakt.⁶⁷

7. Vad gäller tolkningen av våldsrekvisitet har det sedan länge varit klart att det inte fordras något fysiskt motstånd (NJA 1988 s. 40), samt att kravet på våld är begränsat (se NJA 2004 s. 231) och ska bedömas i relation till kontexten (se NJA 1993 s. 310 och NJA 1993 s. 616). Därefter har genom 2005 års reform kravet på våld sänkts ytterligare.⁶⁸ Det har sagts att det förhållandet att våldsrekvisitet tolkas extensivt innebär att ”fortsatt fysisk aktivitet från mannens sida när kvinnan har markerat att hon inte (längre) vill” i praktiken är tillräckligt för ansvar.⁶⁹

8. Våldtäkt kan vidare förövas genom användande av *hot om brottslig gärning*.⁷⁰ Ett typexempel kan vara att gärningsmannen tilltvingar sig samlag genom hot om att döda eller misshandla

⁶⁶ Se prop. 2004/05:45 s. 45 och 134.

⁶⁷ Se vidare t.ex. Jareborg 1984 s. 191 och KBrB I s. 3:29.

⁶⁸ Se prop. 2004/05:45 s. 45.

⁶⁹ Sutorius & Kaldal 2003 s. 171.

⁷⁰ Se härom prop. 2004/05:45 s. 134 f. och KBrB I s. 6:10.

den utsatte. Hotet kan emellertid också avse brott mot egendom (t.ex. ett hot om att förstöra offrets lägenhet). Det förutsätts inte heller, även om det torde vara vanligast, att hotet riktar sig mot offret. Ett hot kan sålunda avse annan person än den utsatte, t.ex. dennes barn. Framhållas bör också att ett hot inte behöver vara uttryckligt.

9. En fråga som har diskuterats i mycket begränsad utsträckning (och det gäller även ifråga om ansvar för olaga tvång), är vilken typ av hot om brott som kan anses tillräcklig för ansvar. Eftersom det är brottsligt t.ex. att snatta och att köra för fort framstår det som klart att bestämmelsen inte rimligen kan anses omfatta alla situationer där någon hotar att utföra en brottslig gärning ("ha sex med mig annars går jag och snattar en chokladkaka"). Avgörande får – även om gällande rätt är oklar på denna punkt – anses vara att hotet kan sägas ha varit *tvingande*. (Jag återkommer till denna problematik nedan i avsnitt 5.III.c i samband med att jag behandlar frågan om i vilken utsträckning olika hot och erbjudanden bör kunna ligga till grund för ansvar för sexuella övergrepp.)

10. Det andra typfallet regleras i bestämmelsens andra stycke och tar sikte på fall där någon:

"otillbörligt utnyttja[r] att [offret] på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd".

Som framgått ovan omfattas fall där offret av gärningsmannen försätts i vanmakt eller annat liknande tillstånd redan av första stycket. De här aktuella fallen kompletterar första stycket dels på så sätt att det inte förutsätts att tillståndet kan tillskrivas gärningsmannen (offret kan t.ex. själv ha berusat sig eller av gärningsmannen försatts i ett hjälplöst tillstånd vid ett tillfälle då denne saknat uppsåt att vidta en sexuell handling mot offret), dels såtillvida att det inte endast omfattar vanmakt och därmed jämförliga tillstånd, utan en vidare krets av tillstånd som kan karaktäriseras som hjälplösa.

11. Karaktäristiskt för ett hjälplöst tillstånd kan sägas vara att offret antingen saknar *förmåga att värja sig*, *förmåga att kontrollera*

*sitt beteende eller förmåga att uppfatta gärningens innebörd.*⁷¹ Fråga behöver inte vara om att offret fysiskt är (helt) satt ur spel, utan också situationer när offret psykiskt upplever att det är omöjligt att värja sig kan omfattas.⁷² Ett hjälplöst tillstånd kan exempelvis bestå i naturlig sömn eller i att någon har berusat sig i sådan utsträckning att denne saknar hämningar.⁷³

12. För att gärningsmannen skall kunna fällas till ansvar förutsätts i dessa fall att denne kan sägas ha "otillbörligt utnyttjat" offrets hjälplösa tillstånd. Härigenom undantas fall då gärningen inte innebär ett angrepp på den andres sexuella integritet.⁷⁴ Det torde t.ex. vara relativt vanligt att två påtagligt berusade personer har sex efter en kväll på krogen. I dylika situationer har otillbörlighetskravet en inte obetydlig roll att spela för att avgränsa det straffbara från det straffria.⁷⁵

13. Det har i förarbetena sagts att kravet på otillbörligt utnyttjande innebär att bestämmelsen sällan kan föranleda ansvar inom ramen för äktenskapsliknande förhållanden eller att det "ligger ... i sakens natur" att det för ansvar i dylika relationer "måste vara fråga om en mycket påtaglig kränkning".⁷⁶ Dessa uttalanden torde idag, om inte helt sakna aktualitet, så i vart fall behöva förse med betydande reservationer. Det kan visserligen inte uteslutas att parternas relation kan påverka otillbörlighetsbedömningen, men otillbörligt utnyttjande kan tvivelsutan förekomma också inom ramen för äktenskapsliknande förhållanden.

14. För att våldtäkt skall vara förövat förutsätts inte endast att gärningsmannen använt ett sådant medel eller utnyttjat en sådan situation som har beskrivits i föregående avsnitt, utan också att den sexuella handlingen utgjorts av samlag eller "annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag".

⁷¹ Se NJA II 1962 s. 175 och prop. 2004/05:45 s. 47 och 137.

⁷² Se prop. 2004/05:45 s. 137.

⁷³ Se t.ex. Jareborg 1984 s. 323 och KBrB I s. 6:12.

⁷⁴ Se t.ex. prop. 2004/05:45 s. 138.

⁷⁵ I fall där båda parter är berusade behöver det heller inte alltid vara helt enkelt att fördela rollerna (gärningsman och offer).

⁷⁶ Se t.ex. NJA II 1962 s. 175.

15. Vad som utgör samlag är inte närmare definierat i lagtexten. Däremot finns en närmast teknisk definition av samlag som härrör från uttalanden i förarbetena och som sedan kommit att godtas i både praxis och doktrin:

”Kravet på samlag innebär icke att detta skall ha fullbordats; det är tillräckligt att mannens försök till immissio membri lett till att könsdelarna berört varandra.”⁷⁷

Citatet härrör från en tid när våldtäktsbrottet endast kunde begås av män, men innebörden är giltig än idag: samlag förutsätter blott att könsdelarna hos en man och en kvinna kommit i beröring (utan något krav på varaktighet).⁷⁸ Denna definition innebär att homosexuella samlag är begreppsligt uteslutna (vilket emellertid inte innebär att de inte omfattas av bestämmelsen om våldtäkt; se strax nedan). Sammantaget kan sägas att det rättsliga samlagsbegreppet är både vidare – såtillvida att det omfattar också ofullbordade gärningar – och snävare – det omfattar t.ex. *inte* anal- och oralsex – än det normalspråkliga.

16. Som framgått ovan omfattar våldtäktsbrottet nu inte endast samlag, utan också andra sexuella handlingar *som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförliga med samlag*. Den jämförelse med samlag som skall göras skall ta sikte på den sexuella kränkningens art och inte på själva sexualhandlingen som sådan.⁷⁹

17. Som exempel på gärningar som skall anses som jämförliga med samlag i detta hänseende anges i förarbetena anala och orala samlag (oavsett om det är gärningsmannen eller offret som utför den orala handlingen) och att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv eller i anus.⁸⁰ Av Högsta domstolens avgöranden i NJA 2008 s. 421 (I och II) framgår, vilket ligger i linje med tidigare förarbetsuttalanden, att gärningen att onanera en man *inte* är att anse som jämförlig med samlag medan däremot gärningen att föra in fingrar i en kvinnas slida är en handling jämförlig med samlag. Denna bedömning kan

⁷⁷ Se NJA II 1962 s. 168 och 171.

⁷⁸ Se t.ex. prop. 2004/05:45 s. 135 samt KBrB I s. 6:7 och Jareborg 1984 s. 310.

⁷⁹ Se prop. 1997/98:55 s. 135 och 2004/05:45 s. 135.

⁸⁰ Se prop. 2004/05:45 s. 136.

vid första påseende tyckas anmärkningsvärd – skyddas inte mäns sexuella integritet i samma omfattning som kvinnors? – men den synes kunna försvaras med hänvisning till integritets- och intimitetshänsyn, dvs. med hänvisning till att inträngande i en annans kropp är ett allvarigare integritetsintrång än ytlig beröring.⁸¹

18. Som framgått förutsätts också, för att andra gärningar än samlag skall kunna bedömas som våldtäkt, att gärningen är att betrakta som en *sexuell* handling. Detta krav torde normalt vara uppfyllt om man finner att gärningen på ovan angivet sätt är jämförlig med samlag, men kravet kan sägas innebära att man måste göra en bedömning av om handlingen har sexuell karaktär (se närmare nedan nästa avsnitt).

c. Sexuellt tvång

1. Bestämmelsen om sexuellt tvång i 6 kap. 2 § brottsbalken kan sägas komplettera⁸² bestämmelsen om våldtäkt genom att kriminalisera vissa gärningar som *antingen* på grund av *det medel som använts* av gärningsmannen eller på grund av *den sexuella handlingens karaktär* inte uppfyller de krav som ställs för att en gärning skall vara att rubricera som våldtäkt.

2. Det förhållandet att brottstypen våldtäkt är kvalificerad i relation till sexuellt tvång, betyder inte att en (individualiserad) våldtäkt alltid är att anse som allvarigare än ett (individualiserat) fall av sexuellt tvång. En gärning som inte uppfyller de krav som enligt våldtäktsbestämmelsen ställs på den sexuella handlingen kan ju exempelvis genomföras i grupp och med användande av mycket grovt våld. Omvänt kan en gärning som är att bedöma som våldtäkt naturligtvis vara sådan att den precis når upp till minimikraven för våldtäkt och därför är (relativt sett)

⁸¹ Se Asp 2008-09 s. 75 ff.

⁸² Rent strukturellt, eller "rättslogiskt" skulle man kunna se det hela tvärtom, dvs. på så sätt att sexuellt tvång är grunddeliktet varvid våldtäkt blir att se som en kvalificerad variant av sexuellt tvång. Att beskriva regleringen med utgångspunkt i sexuellt tvång har bl.a. den fördelen att avgränsande begrepp som "sexuell handling" redan är definierade när man når fram till våldtäktsbrottet. Mot bakgrund av hur kursen om sexuella övergrepp ser ut tror jag ändå att det underlättar förståelsen att presentera regleringen på det sätt som här sker. Jfr Jareborg 1984 s. 311 ff.

mindre allvarlig. Detta förhållande återspeglas i att straffskallorna för våldtäkt och sexuellt tvång i ganska stor utsträckning överlappar varandra.

3. Som ovan antytts (detta behandlas mer utförligt nedan i avsnitt 3.III) har de krav som uppställs för att våldtäkt skall föreligga vid flera tillfällen sänkts. Detta har i motsvarande mån inneburit att betydelsen av bestämmelsen om sexuellt tvång har minskat. Idag kan sägas att bestämmelsen i första hand har sin betydelse när den sexuella handlingen inte utgörs av ett samlag och heller inte av en sexuell handling som är jämförlig med samlag. Bestämmelsen kan emellertid också, vilket utvecklas nedan, få praktisk betydelse därigenom att den omfattar vissa former av tvång som inte faller under bestämmelsen om våldtäkt i 6 kap. 1 § brottsbalken.

4. För att sexuellt tvång skall föreligga fordras som huvudregel att gärningsmannen använt *olaga tvång* som ett medel för att tvinga offret till en sexuell handling. Med olaga tvång avses sådana gärningar som är kriminaliserade (just såsom olaga tvång) enligt 4 kap. 4 § brottsbalken. Detta innebär att bestämmelsen, utöver sådant tvång som omfattas också av våldtäktsbestämmelsen, inkluderar fall där tvånget sker med användande av sådant *utpressningshot* som avses i 4 kap. 4 § första stycket andra meningen brottsbalken, dvs. avgivande av ett hot att *åtala eller ange någon för brott* eller att *lämna menligt meddelande* om någon.

5. Såsom exempel på vad som kan vara att anse som ett menligt meddelande kan nämnas ett meddelande om att någon haft viss sexuell förbindelse samt att någon tillhör eller har tillhört en extremistisk politisk organisation (i båda fallen förutsätts att uppgiften av någon anledning är besvärande för den hotade).⁸³

6. För att dylikt tvång skall vara olaga i den mening som avses i 4 kap. 4 § brottsbalken förutsätts att det är *otillbörligt*. När ett hot syftar till att förmå en person att delta i en sexuell handling torde emellertid detta krav alltid vara uppfyllt.⁸⁴ Detta kan ses som ett exempel på att självbestämmandet på det sexuella

⁸³ Se Jareborg 1984 s. 267.

⁸⁴ Jareborg 1984 s. 311.

området av lagstiftaren värderas högre än självbestämmandet i allmänhet (vilket naturligtvis inte hindrar att man menar att lagstiftaren inte i alla delar lyckas skydda den sexuella autonomin tillräckligt bra).

7. Sådant *våld* som är tillräckligt för att olaga tvång skall föreligga uppfyller numera också kravet på våld enligt våldtäktsbestämmelsen. I denna del innebär bestämmelsen om sexuell tvång alltså ingen utvidgning. Detsamma – dvs. att bestämmelsen överlappar, men inte går utöver bestämmelsen om våldtäkt – gäller sådana fall där gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att någon befinner sig i ett hjälplöst tillstånd. I dessa fall är bestämmelsen om sexuell tvång alltså av praktisk betydelse endast när den sexuella handlingen inte uppfyller de krav som ställs i bestämmelsen om våldtäkt.

8. Som ovan framgått fordras vid våldtäkt att den sexuella handlingen är på visst sätt kvalificerad: fråga skall vara om samlag eller om en sexuell handling som är jämförlig med samlag. Något sådant krav uppställs inte vid sexuell tvång. Enligt bestämmelsen i 6 kap. 2 § brottsbalken är det tillräckligt att handlingen kan bedömas såsom sexuell.

9. Utgångspunkten vid bedömning av om detta krav är uppfyllt kan sägas vara att en handling i regel är att anse som sexuell om den innebär att den ena partens könsdelar kommit i någorlunda varaktig beröring med den andra partens kropp (detta är vad som tidigare omfattades av begreppet sexuell umgänge).⁸⁵ Också andra handlingar kan emellertid omfattas av begreppet sexuell handling, och det avgörande kan sägas vara om gärningen "haft en påtaglig sexuell prägel samt varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet". Dessa bedömningsgrunder utvecklas i motiven på följande sätt:

"För att en handling skall anses ha haft en påtaglig sexuell prägel bör det räcka att handlingen varit av sådan karaktär att den typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådass eller enderas sexuella drift. Frågan om den sexuella handlingen medfört en direkt tillfredsställelse av könsdriften eller inte bör dock lika lite som i dag vara av betydelse vid den rättsliga bedömningen. Vad därefter gäller kravet

⁸⁵ KBrB I s. 6:18 f. samt prop. 2004/05:45 s. 34.

på att handlingen skall ha varit ägnad att tydligt kränka den andra personens sexuella integritet skall en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna ge vid handen att handlingen typiskt sett innebär en sådan kränkning.”⁸⁶

10. Gränsdragningssvårigheter kan uppstå bl.a. i relation till gärningar som visserligen berör integritetskänsliga kroppsdelar, men där gärningen ändå kan anses sakna sexuell karaktär (ett exempel kan vara pennalism där en pojke gör en annan illa genom att vrida om dennes könsorgan) och i relation till gärningar som visserligen innefattar ett fysiskt närmande men som inte självklart når upp till den gräns där den kan kvalificeras som sexuell (jfr t.ex. ett fall där någon tvingar till sig en kram med påtagligt smeksamma inslag).

d. Sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning

1. I 6 kap. 3 § brottsbalken vidgas skyddet för den sexuella integriteten såtillvida att också utnyttjande av beroendeställning kriminaliseras. Bestämmelsen kan sägas ta sikte på fall där offrets relation till gärningsmannen är sådan att den förres möjligheter att själv välja huruvida den vill medverka till en sexuell handling påverkas av relationen.

2. För ansvar enligt 6 kap. 3 § brottsbalken fordras att gärningsmannen förmår den utsatte att företa eller tåla en sexuell handling genom att allvarligt missbruka att den utsatte befinner sig i beroendeställning till gärningsmannen.

3. Kravet på beroendeställning innebär att det måste föreligga någon form av *avhängighetsförhållande* mellan den utsatte och gärningsmannen. Beroendeställningen kan exempelvis bygga på en ekonomisk relation, på ett anställningsförhållande eller på ett lydnadsförhållande (jfr t.ex. förhållandena inom det militära eller på en kriminalvårdsanstalt). Fråga kan emellertid också vara om avhängighet till följd av narkotikaberoende (t.ex. mellan en person som är beroende av heroin och dennes langare). Av central betydelse är att den utsatte står under ”ett tryck som är av allvarlig betydelse för honom eller henne”.⁸⁷

⁸⁶ Prop. 2004/05:45 s. 33.

⁸⁷ Se NJA II 1962 s. 174 samt KBrB I s. 6:24.

4. Brott kan vara förövat även om den utsatte tagit initiativ till den sexuella handlingen, men det fordras i så fall att gärningsmannen kan sägas ha förmått den utsatte till den sexuella handlingen.⁸⁸

5. Vidare kan det förhållandet att initiativet till handlingen kommit från den utsatte liksom den utsattes egen vilja beaktas vid bedömningen av huruvida handlingen inneburit ett allvarligt missbruk av beroendeställningen. Man kan uttrycka det så att bestämmelsen *inte* innebär en generell kriminalisering av sexuella relationer mellan personer där den ene står i avhängighetsförhållande till den andre, utan förutsätter att beroendeställningen har utnyttjats.

6. Vad gäller 6 kap. 3 § brottsbalken omfattas, precis som vid sexuellt tvång, alla typer av sexuella handlingar. I denna del hänvisas till vad som sagts ovan i föregående avsnitt.

e. Brott mot barn och ungdomar

1. Vad gäller brott mot unga är lagstiftningens utgångspunkt att personer under 15 år *saknar förmåga att samtycka* till sexuella handlingar och att det därför utgör ett övergrepp att vidta en sexuell handling mot en person som inte fyllt 15 år.⁸⁹ För ansvar fordras därför inte att gärningsmannen använt något särskilt medel eller utnyttjat någon speciell situation; tillräckligt är i princip att den utsatte är under 15 år.

2. Lagstiftningen är uppbyggd på så sätt att sexuella handlingar riktade mot personer som är under 15 år i sig är kriminaliserade antingen enligt 6 kap. 4 § brottsbalken såsom våldtäkt mot barn (under förutsättning att den sexuella handlingen är samlag eller jämförlig med samlag; se ovan avsnitt 3.II.b) eller enligt 6 kap. 6 § brottsbalken såsom sexuellt övergrepp mot barn (om det är fråga om en annan sexuell handling; se ovan avsnitt 3.II.c).

3. I kapitlet finns sedan två bestämmelser som möjliggör en mildare bedömning. Först och främst finns i 6 kap. 5 § brottsbalken en bestämmelse som möjliggör en mildare bedömning om en gärning som uppfyller kraven för våldtäkt mot barn ändå, med

⁸⁸ Se KBrB I s. 6:24 f.

⁸⁹ Se prop. 2004/05:45 s. 67 och 70.

hänsyn till omständigheterna vid brottet, är att bedöma såsom mindre allvarlig. Av relevans vid bedömningen är bl.a. målsägandens ålder, ålderskillnaden mellan parterna, deras relation i övrigt samt gärningens karaktär.⁹⁰ Om gärningen är att anse som mindre allvarlig skall enligt 6 kap. 5 § brottsbalken dömas för sexuellt utnyttjande av barn, varvid en lindrigare straffskala blir tillämplig.

4. Härutöver finns en undantagsbestämmelse i 6 kap. 14 § brottsbalken som innebär att ansvar inte skall utdömas om "det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt".⁹¹ Den senare bestämmelsen är tillämplig både i relation till bestämmelsen om våldtäkt mot barn (6 kap. 4 § brottsbalken) – men gången är då sådan att man först måste bedöma gärningen som mindre allvarlig enligt 6 kap. 5 § brottsbalken – och i relation till bestämmelsen om sexuellt övergrepp mot barn (6 kap. 6 § brottsbalken). Bestämmelsen tar i första rummet sikte på fall av helt frivilliga sexuella kontakter mellan två tonåringar vilka inte står långt ifrån varandra i ålder och utveckling.

5. Det sagda innebär att en bedömning av ett samlag mellan en 15-åring och en 14-åring i grunden är att bedöma såsom våldtäkt mot barn enligt 6 kap. 4 § brottsbalken. Sedan finns emellertid dels en möjlighet att bedöma gärningen såsom mindre allvarlig (6 kap. 5 § brottsbalken), dels – om man bedömer gärningen som mindre allvarlig – en möjlighet att överhuvudtaget inte döma till ansvar (6 kap. 14 § brottsbalken).

6. I sammanhanget bör också nämnas att det, vad gäller personer mellan 15 och 18 år, finns ett (i relation till vuxna) utvidgat skydd mot sexuella handlingar om den unge (i) är avkomling till gärningsmannen, (ii) står under fostran av gärningsmannen eller har ett liknande förhållande till denne eller (iii) står under vård eller tillsyn av gärningsmannen enligt myndighetsbeslut. Dessa regler återfinns i 6 kap. 4 § andra stycket och 6 kap. 6 § första stycket brottsbalken.

⁹⁰ Se prop. 2004/05:45 s. 76 f. och 144. Se även NJA 2006 s. 79 (I och II).

⁹¹ Se prop. 2004/05:45 s. 114 ff. och 151 f. Se även NJA 2007 s. 201.

III. UTVECKLINGSLINJER

a. Inledning

1. Regleringen av de centrala sexualbrotten har – med bortseende från den reform som gjordes år 1992 och som i huvudsak rörde brott förövade mot barn⁹² – reformerats vid tre tillfällen: år 1984, 1998 och 2005. Reformerna kan sammantaget sägas ha inneburit en vidgning av våldtäktsbrottet både vad gäller de medel eller omständigheter som används eller utnyttjas för att förmå någon till en sexuell handling och vad gäller de sexuella handlingar som omfattas av bestämmelsen.

2. Samtidigt bör emellertid framhållas att reformerna i huvudsak inneburit att gärningar som tidigare var att bedöma som sexuellt tvång eller sexuellt utnyttjande istället skall rubriceras som våldtäkt. I det stora hela har reformerna alltså inte inneburit någon nykriminalisering – gränsen mellan tillåtet och otillåtet har varit påtagligt stabil – utan vad som skett är närmast att beteckna som en ”upprubricering” (från sexuellt tvång eller sexuellt utnyttjande till våldtäkt) av vissa gärningar.

b. Brottsbalken

1. Enligt brottsbalken i ursprunglig lydelse fordrades för våldtäktsansvar att gärningsmannen förmått den utsatte till samlag antingen genom våld å person eller genom hot som innebar trängande fara.

2. Kravet på våld å person innebar att bestämmelsen omfattade dels misshandel (dvs. tillfogande av smärta, kroppsskada eller försättande i vanmakt), dels ett närmast fullständigt betvingande av den kroppsliga rörelsefriheten.⁹³ För att ett hot om trängande fara skulle föreligga fordrades fara för ett omedelbart förestående våld av allvarligare beskaffenhet (fara för liv, hälsa eller något annat mera betydelsefullt intresse).⁹⁴ Flera av de medel för att framtvunga sex som idag omfattas av bestämmelsen omfattades alltså inte enligt då gällande lagstiftning.

⁹² Se prop. 1991/92:35.

⁹³ NJA II 1962 s. 169.

⁹⁴ NJA II 1962 s. 170.

3. Också vad gäller den sexuella handlingen var bestämmelsen begränsad i relation till vad som gäller idag. Bestämmelsen omfattade endast samlag och därtill kunde våldtäkt, vilket framgick uttryckligen av lagtexten, endast förövas *av en man mot en kvinna*.

4. En viktig nyhet vid brottsbalkens ikraftträdande var att våldtäkt kunde begås inom äktenskap. Denna nyhet var emellertid inte alldeles okontroversiell. I propositionen anförde departementschefen följande:

”En principiell nyhet ... är att våldtäktsbrottet skall omfatta även det fall att parterna är gifta med varandra. Under remissbehandlingen har vissa invändningar riktats mot denna utvidgning av brottsområdet. Invändningarna synes ha visst fog för sig, men med hänsyn till kvinnans sexuella frihet förefaller det i princip oriktigt att från våldtäktsbrottet avgränsa det fall att make med våld eller hot om våld tilltvingar sig samlag med sin hustru. ... Den riktigaste lösningen synes vara att såsom kommittén föreslagit ej göra något undantag i detta avseende men genom utformningen av skalan för påföljden giva uttryck för ett mildare bedömande av brottet, för den händelse detta med hänsyn till kvinnans förhållande till mannen framstår såsom mindre grovt.”⁹⁵

Det får anses vara tydligt att man ännu vid brottsbalkens ikraftträdande i viss mån utgick ifrån att den sexuella självbestämmanderätten var delvis begränsad inom ramen för ett äktenskap därigenom att man genom äktenskapet mer generellt accepterat sexuell umgänge. En ledamot av Lagrådet gav sålunda uttryck för tanken att man rimligen måste ta hänsyn till att ett övergrepp riktas mot en person som gärningsmannen lever med och framhöll bl.a. följande:

”Det synes mig orimligt att vid brottsrubriceringen bortse från att en gärning, som består i att tvinga en kvinna till samlag, har en annan karaktär, om den riktas mot den, med vilken mannen sammanlever i äktenskap eller under äktenskapsliknande förhållanden, än om den riktas mot en utomstående. Hur otillbörligt tvånget i förstnämnda fall än är, avser det dock närmast den lämpliga tidpunkten av ett handlande som båda parter eljest varit ense om eller

⁹⁵ NJA II 1962 s. 171.

åtminstone i princip godtagit genom iakttagande av konkludenta yttre former.”⁹⁶

Dylika tankar är idag att se som irrelevanta (vilket dock, i linje med vad som ovan framhållits, inte nödvändigtvis betyder att parternas relation alltid saknar betydelse för de bedömningar som måste göras).

c. 1984 års ändringar

1. Den första reformen av sexualbrotten efter brottsbalkens ikraftträdande skedde år 1984. Denna reform föregicks av två statliga utredningar, varav den första skapade mycket stor debatt,⁹⁷ framför allt genom ett förslag av innebörd att man vid bedömning av svårhetsgraden särskilt skulle beakta den tvingades handlande före övergreppet. Den föreslagna bestämmelsen angavs ta sikte på fall där ”den som blivit föremål för övergrepp mer eller mindre uppmuntrat till sexuella närmanden”⁹⁸ och måste, på motsvarande sätt som den tvekande hållningen gällande våldtäkt inom äktenskapet, sägas ge uttryck för ett numera övergivet synsätt på kvinnans sexuella självbestämmanderätt. Mot bakgrund av debatten och kritiken tillsattes en ny utredning,⁹⁹ som sedan låg till grund för den lagstiftning som genomfördes.

2. Reformen innebar förändringar på flera punkter. För det första utvidgades bestämmelsen såtillvida att den inte bara kom att omfatta samlag utan också annat sexuellt umgänge som är jämförligt med samlag. Härigenom kom bl.a. anala och orala samlag att omfattas av våldtäktsbestämmelsen. I förarbetena poängterades dock att bestämmelsen borde tillämpas bara under förutsättning att handlingen ”varit av klart samlagsliknande karaktär”.¹⁰⁰

3. För det andra gjordes bestämmelsen könsneutral, vilket innebar att ett övergrepp förövat av en man mot en man, av en

⁹⁶ Se prop. 1962:10 s. B 433.

⁹⁷ Se t.ex. Kvinnobulletinen nr 2–3 för 1976 samt Boëthius 1981.

⁹⁸ SOU 1976:9 s. 136.

⁹⁹ SOU 1982:61.

¹⁰⁰ Prop. 1983/84:105 s. 17 f.

kvinnan mot en man liksom av en kvinna mot en kvinna kom att omfattas av bestämmelsen om övriga förutsättningar för ansvar var uppfyllda.

4. En ytterligare förändring var att också hot som visserligen inte innebär, men för den tilltalade framstår som innebärande, trängande fara fördes in under bestämmelsen. En dylik förändring gällande rånbrottet hade skett redan år 1975.¹⁰¹ Före förändringen borde ansvar i regel ha varit uteslutet om någon t.ex. visade upp en pistolattrapp och därför inte kunde sägas hota med något som (faktiskt) innebar trängande fara.¹⁰²

5. Vid reformen byttes också äldre beteckningar såsom våldförande (förenklat: mindre allvarlig våldtäkt) ut och våldtäktsbrottet uppdelades i tre grader (normalgraden, mindre allvarlig våldtäkt och grov våldtäkt).

d. 1998 års ändringar

1. År 1998 genomfördes en andra¹⁰³ reform av sexualbrotten och denna gång utvidgades våldtäktsbegreppet såtillvida att det kom att omfatta inte bara gärningar som är jämförliga med samlag från sexuell utgångspunkt (gärningar som har "klart samlagsliknande karaktär") utan också andra gärningar som med *hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförliga med påtvingat samlag*.

2. Grundtanken kan sägas ha varit att fokus skulle flyttas från en jämförelse av gärningen *såsom sexualhandling* till en jämförelse som tar sikte på en bedömning av huruvida *kränkningen* är jämförlig med den som sker vid påtvingat samlag.¹⁰⁴ Genom ändringen blev bl.a. klart att åtgärder som att föra in främmande

¹⁰¹ Se prop. 1975/76:42 s. 25 och 27. Vad gäller rån hade emellertid bestämmelsen i praxis tillämpats analogt (dvs. man utkrävde i strid med legalitetsprincipen ansvar också i fall när förfarandet inte kan anses ha omfattats av bestämmelsens ordalydelse).

¹⁰² Det framstår emellertid som oklart huruvida också bestämmelsen i 6 kap. 1 § tillämpades analogt på samma sätt som skedde beträffande rån. Jfr Jareborg 1979 s. 269 f.

¹⁰³ Här bortses, som ovan nämnts, från 1992 års reform som i det perspektiv som här anläggs är av mindre betydelse. Se prop. 1991/92:35.

¹⁰⁴ Se prop. 1997/98:55 s. 90 f.

föremål i en kvinnas underliv och s.k. fistfucking, dvs. att föra upp en knytnäve, omfattas av våldtäktsbestämmelsen.

3. Tankar i denna riktning hade tidigare lagts fram bl.a. av Lagrådet i 1984 års lagstiftningsärende.¹⁰⁵

e. 2005 års ändringar

1. Om 1998 års ändringar uteslutande tog sikte på avgränsningen av de sexuella handlingar som skulle omfattas av våldtäktsbestämmelsen, kan det motsatta sägas gälla 2005 års ändringar, som i allt väsentligt fokuserade på de medel och de omständigheter som skall komma till användning respektive utnyttjas för att våldtäktsansvar skall aktualiseras.

2. Den viktigaste förändringen var att våldtäktsbestämmelsen utvidgades till att omfatta otillbörligt utnyttjande av att någon befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd (som tidigare bedömts som sexuellt utnyttjande enligt 6 kap. 3 § brottsbalken). Som skäl för förändringen anfördes bl.a. att den tidigare regleringen i praktiken innebar att offrets berusning fick mycket stor betydelse för den rättsliga rubriceringen och att den sexuella kränkningen och därmed straffvärdet bör anses vara likartat vid fall av utnyttjande som vid fall där våld eller hot kommit till användning.¹⁰⁶

3. Reformen innebar också att kravet på tvång sattes lägre.

Vad gäller användande av hot innebar reformen att man frångick ett krav på hot som innebär eller framstår som trängande fara och istället uppställde ett krav på hot om brottslig gärning. Ett exempel på gärningar som numera kan föranleda våldtäktsansvar är att någon tvingar annan till samlag genom "verbala hot om att t.ex. förstöra hans eller hennes lägenhet eller genom att börja slå sönder den andres tillhörigheter".¹⁰⁷

4. Också vad gäller våldskravet innebar reformen en viss utvidgning. Enligt propositionen skall det räcka att gärningsmannen använt sådant våld som med straffrättslig terminologi betecknas som våld *mot* person. Detta innefattar i princip all form av kraft-

¹⁰⁵ Se prop. 1983/84:105 s. 67 f.

¹⁰⁶ Prop. 2004/05:45 s. 47 f.

¹⁰⁷ Prop. 2004/05:45 s. 134.

utövning mot en annan person.¹⁰⁸ Mot bakgrund av att våldskravet redan tidigare tolkats på ett extensivt sätt i praxis, är det emellertid oklart hur stor utvidgning som reformen egentligen innebar i denna del.

5. Vad gäller kravet på den sexuella handlingen ersattes begreppet sexuellt umgänge med sexuell handling (innebörden av detta begrepp har behandlats ovan i avsnitt 3.II.c). Förändringen innebar en viss begränsad utvidgning av de handlingar som kan karaktäriseras som sexuella. I sammanhanget kan hänvisas till NJA 1996 s. 418 där de gärningar som företagits inte ansågs leva upp till kravet på sexuellt umgänge, men vilka numera är avsedda att omfattas av begreppet sexuell handling.¹⁰⁹

f. Sammanfattning

1. Sammanfattningsvis kan sägas att utvecklingen entydigt har gått i en riktning. Våldtäktsbrottet har sedan brottsbalkens ikraftträdande *utvidgats och kommit att omfatta fler gärningar* både vad gäller våld, tvång och utnyttjande av omständigheter och vad gäller den sexuella handlingen.

Vi har t.ex. gått

från vad som är att beteckna som våld å person *till* varje form av fysisk kraftutövning,

från hot som innebär trängande fara *till* hot om brottslig gärning,

från samlag *via* en jämförelse med samlag som tog sikte på den sexuella handlingen *till* en jämförelse med samlag som tar sikte på kränkningens art, och

därtill har vi utvidgat bestämmelsen till att omfatta också utnyttjande av någons hjälplösa tillstånd.

I vissa avseenden – det gäller särskilt den sistnämnda ändringen – har reformerna inneburit att ett påtagligt strängare synsätt har anlagts.

¹⁰⁸ Se ovan vid not 66.

¹⁰⁹ Se prop. 2004/05:45 s. 34.

2. I mångt och mycket har förändringarna inneburit att gärningar som tidigare var att bedöma som sexuellt tvång eller som sexuellt utnyttjande har förts in under våldtäktsbestämmelsen, dvs. fråga har varit om en *omrubricering*. Om man ser bestämmelserna om sexuella övergrepp som en helhet har emellertid förändringarna av det kriminaliserade området varit begränsade. Fler gärningar rubriceras numera som våldtäkt, men det straffbara området som helhet har bara utvidgats marginellt.

3. De förändringar som har skett återspeglar en delvis förändrad syn på vad som är fel med sexuella övergrepp och på vad som avgör hur allvarligt ett sådant övergrepp är. Man kan säga att den *integritetskränkning* som ligger i påtvingad sexualitet allt mer kommit att betraktas som det centrala varvid mindre vikt kommit att läggas vid att den sexuella handlingen *påtvingats på visst sätt* (t.ex. genom användande av våld) och vid vilken typ av sexuell handling det varit fråga om (samlag, oralsex etc.).

4. För den som följer debatten om sexualbrotten är det tydligt att de reformer som genomförts inte har hindrat att det fortsatt riktas kritik mot regleringen, mot tillämpningen av regleringen och mot de grundtankar som regleringen vilar på. Redan under arbetet med 2005 års reform restes krav på en s.k. samtyckeslagstiftning både från rättsvetenskapligt¹¹⁰ och från politiskt håll.¹¹¹ I lagstiftningsärendet gav också Lagrådet uttryck för tvivel om huruvida den föreslagna regleringen i alla delar uppfyller de krav som följer av den s.k. Bulgariendomen. I Bulgariendomen uttalades bl.a. att

”the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.”¹¹²

Detta har (av delvis fullt förklarliga skäl) tolkats på så sätt att medlemsstaterna måste införa en s.k. samtyckeslagstiftning. Om man läser domen i sin helhet framstår det emellertid som tydligt

¹¹⁰ Se t.ex. Leijonhufvud & Diesen 2004.

¹¹¹ Se t.ex. motion 2004/05:Ju22 (i vilken det förordades att en ny utredning omedelbart skulle tillsättas).

¹¹² M.C. v. Bulgaria, dom av den 4 december 2003 punkt 166.

att en sådan tolkning är ohållbar. Vad gäller tolkningen av Bulgariendomen hänvisar jag till det appendix som utgör kap. 9 och i vilket jag närmare utvecklar varför domen inte kan läsas på så sätt att den fordrar införandet av en samtyckeslagstiftning.

5. Domen har emellertid, i kombination med vissa uppmärksammade rättsfall (som emellertid sällan har haft någon avgörande betydelse för just samtyckesfrågan), inte bara lett till fortsatt debatt kring utformningen av sexualbrottslagstiftningen utan också dels till att Miljöpartiet förordnade professor emerita Madeleine Leijonhufvud som utredare avseende införande av en s.k. samtyckeslagstiftning, dels till att regeringen tillsatte en utredning med uppdrag att utvärdera 2005 års reform (2008 års sexualbrottsutredning). Madeleine Leijonhufvuds rapport avlämnades i augusti 2008 medan 2008 års Sexualbrottsutredning i skrivande stund är mitt uppe i sitt arbete (uppdraget skall redovisas i oktober 2010). I det följande avsnittet redogör jag kortfattat för de förslag som lämnats av Madeleine Leijonhufvud och för direktiven till 2008 års sexualbrottsutredning.

IV. NÄRMARE OM SAMTYCKESUTREDNINGEN OCH 2008 ÅRS SEXUALBROTTSUTREDNING

a. Samtyckesutredningen

1. Den s.k. Samtyckesutredningen är, som ovan framgått, en rapport författad av Madeleine Leijonhufvud. Rapporten publicerades hösten 2008. Utredningen tillkom på initiativ av Miljöpartiet och fråga var i praktiken om en enmansutredning utom den gängse utredningsstrukturen.
2. I utredningen föreslås att 6 kap. 1, 2 och 3 §§ brottsbalken, dvs. bestämmelserna om våldtäkt, sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande av beroendeställning skall upphävas och ersättas av en bestämmelse utformad enligt följande:

”Den som företar en sexuell handling mot eller utverkar en sådan handling av en person som inte frivilligt deltar däri döms för *sexuellt utnyttjande* till fängelse i högst fyra år.

Är brottet grovt, döms för *grovt sexuellt utnyttjande* till fängelse i lägst två och högst åtta år. Vid bedömning av om brottet är grovt

ska särskilt beaktas om handlingen varit av särskilt allvarlig art, om den riktats mot en person som befunnit sig i beroendeställning till gärningsmannen, varit ur stånd att värja sig eller annars befunnit sig i en särskilt utsatt situation, om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningen lett till graviditet eller överföring av allvarlig smitta eller sjukdom.

Om ansvar ådöms också för brott enligt 3 eller 4 kap. som medel för eller effekt av sexuellt utnyttjande ska den samlade brottsligheten betecknas *våldtäkt*.¹¹³

3. Som framgår av citatet innebär förslaget att bestämmelsen i grunden bygger på frånvaro av frivillighet (jfr första stycket: "inte frivilligt deltar däri") och att brottet sedan kan kvalificeras som grovt (varvid de i andra stycket angivna omständigheterna skall beaktas). Vidare finns i tredje stycket en regel som anger att brottet skall *betecknas* som våldtäkt om brott enligt 3 eller 4 kap. brottsbalken används som medel för eller blivit en effekt av det sexuella utnyttjandet. I dylika fall döms emellertid i brottskonkurrens för alla de aktuella brotten, varvid den samlade brottsligheten skall rubriceras våldtäkt.¹¹⁴

4. Att Leijonhufvud valt att knyta ansvaret till frivillighet snarare än till samtycke förklaras i rapporten på följande sätt:

"Kravet för sexualbrottet, som bör rubriceras *sexuellt utnyttjande*, motsvarar vad som i den allmänna debatten avses när man talat om 'bristande samtycke'; så har det engelska uttrycket 'non-consensual' översatts, och det är inte språkligt felaktigt. Men 'non-consensual' kan också översättas 'icke frivillig', och det finns som strax ska förklaras vissa skäl att här tala om frivillighet istället för samtycke.

I debatten har en samtyckeskonstruktion bemötts med invändningen att den skulle förutsätta att man 'tar skriftligt' före sex. Det går visserligen att genom hänvisning till förarbeten och doktrin om samtycke som ansvarsfrihetsgrund visa att något sådant krav inte skulle gälla; det som krävs är endast en viljeriktning, inte att viljan kommit till uttryck, vare sig muntligt eller skriftligt. Om man i lagtexten talar om icke frivilligt bör risken för ett missförstånd på den här punkten vara liten.

Det avgörande skälet att använda uttrycket *frivilligt istället för samtycke* är dock att det *får andra konsekvenser*, konsekvenser som är

¹¹³ Leijonhufvud 2008 s. 15 f.

¹¹⁴ Se närmare Leijonhufvud 2008 s. 98 f.

riktiga och rimliga här. Om man uppställer samtycke som krav för att sexhandlingen ska vara icke-brott, och man därmed avser samtycke i den mening detta för närvarande har i svensk straffrätt, kommer också fall där samtycke utverkats genom *vilseledande* att grunda ansvar. ... Men detta skulle föra för långt.”

Den huvudsakliga poängen med bytet av samtycke mot frivillighet är alltså att detta leder till att bestämmelsen *inte* kommer att omfatta fall av vilseledande (se dock nedan om undantaget från denna regel).

5. Tidigare har emellertid i utredningen också framhållits att ett fokus på frivillighet också markerar att straffansvaret ”begränsas till situationer där den som gärningen riktas mot – eller utverkas från – i *gärningsögonblicket* faktiskt inte ville vara med om den sexuella handlingen” och att ”sex normalt är ett handlande i vilket två parter är delaktiga; inte en person som har sex mot eller med användning av en annan(s kropp), utan personer som har sex *med varandra*”.¹¹⁵

6. Avgörande för straffbarheten enligt förslaget blir alltså huruvida någon ”frivilligt delta[git]” i en sexuell handling eller ej. När vi nu har fått klart för oss varför frivillighetsbegreppet används blir nästa fråga naturligen: vad är att anse som frivilligt deltagande?

7. Om man läser i allmänmotiveringen och författningskommentaren får vi veta följande:

(i) att det avgörande avses vara viljeinriktningen (vare sig denna kommit till uttryck eller ej);¹¹⁶ detta motsvarar den allmänna uppfattningen i svensk rätt om huruvida s.k. inre samtycke är tillräckligt för att kunna föranleda ansvarfrihet.

(ii) att det faktum att frivillighet valts som rekvisit istället för samtycke innebär att det är fråga om samma bedömning som sker vid brott som innehåller begreppet ”olovligen”,¹¹⁷ vilket i sin tur utvecklas så

¹¹⁵ Leijonhufvud 2008 s. 12 f.

¹¹⁶ Se Leijonhufvud 2008 s. 88.

¹¹⁷ Leijonhufvud 2008 s. 89 och 97 f.

(iia) att de krav som uppställs för giltigt samtycke måste vara uppfyllda,¹¹⁸ men

(iib) att detta dock inte gäller kravet på insikt om relevanta förhållanden; fall av vilseledande (t.ex. falska förespeglingar om modelljobb och äktenskap) skall sålunda inte omfattas;¹¹⁹

(iic) att detta i sin tur inte gäller om vilseledandet gäller personens identitet; om någon "luras att tro att gärningsmannen är en helt annan person, en person som han/hon vill ha sex med, är det ... inte fråga om frivilligt deltagande".¹²⁰

(iii) att regleringen inte sträcker sig så långt att en kvinnas inre önskan att inte delta i den sexuella handlingen är tillräckligt för ansvar (om hon faktiskt går med på den).¹²¹

Vidare får vi viss vägledning av rekvisiten för grovt brott där det bl.a. talas om att en person befunnit sig i beroendeställning till gärningsmannen, varit ur stånd att värja sig eller annars befunnit sig i en särskilt utsatt situation.¹²²

8. Även om det finns åtskilligt annat i förslaget som är förtjänt av en närmare analys, bl.a. den i sista stycket föreslagna konkurrenskonstruktionen, finns det med det perspektiv som här anläggs inte skäl att gå in på annat än just frivilligheten.

9. Som kommer att framgå nedan menar jag att Leijonhufvuds förslag i denna del visserligen tar sikte på rätt grundelement, men att hänvisningen till frivillighet – särskilt om den inte bygger på någon genomtänkt idé om frivillighetens omfattning (och det menar jag att förslaget inte gör) – är klart otillräcklig för att avgränsa det kriminaliserade området. Jag ber att få återkomma till Samtyckesutredningen nedan.

¹¹⁸ Leijonhufvud 2008 s. 89 och 97 f.

¹¹⁹ Leijonhufvud 2008 s. 89 och 98.

¹²⁰ Leijonhufvud 2008 s. 89 och 98.

¹²¹ Leijonhufvud 2008 s. 89 f.

¹²² Se Leijonhufvud 2008 s. 15 och 98.

b. 2008 års Sexualbrottsutredning

1. Under år 2008 tillsattes vidare, av regeringen, en utredning (särskild utredare är rådmannen Nils Petter Ekdahl) med uppgift att utvärdera 2005 års reform av sexualbrottslagstiftningen. Det framstår närmast som uppenbart att regeringen, för sin del, gärna hade väntat ytterligare något eller några år med att tillsätta denna utredning, om inte annat av det skälet att den lagstiftning som utredningen har att utvärdera varit i kraft under relativt kort tid. Syftet med utvärderingen anges vara:

”att följa upp och undersöka hur bestämmelserna har fungerat i praktiken och om syftet med reformen har uppnåtts.”

I direktiven anges att utredningen i denna del särskilt skall ”fokusera på våldtäktsbrottet och de särskilda straffbestämmelserna om sexualbrott mot barn samt hur tillämpningen i dessa avseenden har fallit ut” och härutöver särskilt se över begreppet hjälplöst tillstånd.¹²³

2. Utöver huvuduppgiften att, med nämnda inriktning, utvärdera 2005 års reform har utredningen också i uppdrag ”att utreda och ta ställning till om det nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar för våldtäkt bör ersättas med ett krav på bristande samtycke” och utredningen skall särskilt:

- ”• redovisa och analysera skälen för och emot att bristen på samtycke ska vara avgörande för ansvar för våldtäkt istället för våld eller hot,

- belysa och analysera om och i så fall hur en sådan förändring skulle påverka brottsoffrens ställning i rättsprocessen och tillämpningen av bestämmelsen, t.ex. i bevishänseende,

- undersöka hur en straffbestämmelse om våldtäkt baserad på bristande samtycke kan fungera i praktiken genom att inhämta kunskap och erfarenhet från några med svenska förhållanden jämförbara utländska rättsordningar,

- överväga och – oavsett ställningstagande i sak – lämna författningsförslag på hur en samtyckeslagstiftning lämpligen bör utformas, samt

¹²³ Se dir 2008:94 s. 1 och 8 f.

- analysera vilka effekter en sådan lagstiftning skulle få på omfattningen och utformningen av våldtäktsbestämmelsen, systematiken i 6 kap. brottsbalken och övriga bestämmelser som rör sexualbrotten.”

Utredningen ges i denna del i uppdrag att lägga fram ett författningsförslag alldeles oavsett dess ställningstagande i sakfrågan.¹²⁴

3. Denna del av utredningens arbete ligger naturligtvis – även om jag på intet sätt har för avsikt att behandla alla de frågor som utredningen åläggs att besvara – mycket nära de frågor som behandlas i denna bok.

4. Eftersom utredningens arbete avslutas först i oktober 2010 finns emellertid – av naturliga skäl – inte underlag för att närmare kommentera vare sig utredningens arbete eller dess slutsatser.

5. För fullständighets skull bör också nämnas att utredaren också har i uppdrag att överväga om Sverige bör tillträda Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp.

¹²⁴ Se dir 2008:94 s. 1 och 9 f.

4. Samtyckesbegreppets struktur

I. INLEDNING

1. Som redovisats i föregående kapitel har i den svenska debatten om sexualbrotten, den nuvarande regleringen – som bygger på att gärningsmannen använt vissa medel – ställts emot en reglering som bygger på frånvaro av samtycke – en s.k. *samtyckesreglering*.¹²⁵ I detta kapitel kommer jag att argumentera för att den svenska diskussionen, genom att uppställa en dikotomi mellan å ena sidan en reglering byggd på tvång och, å andra sidan, en reglering byggd på frånvaron av samtycke, har skapat en missvisande bild såväl av *vad samtycke är* som av *innebörden av den nuvarande regleringen* (och av de alternativ som står till buds vid en framtida rättslig reglering).

2. Syftet med texten i detta kapitel är därför inte i första hand att driva någon bestämd linje avseende behovet av lagstiftningsreformer, utan att skapa bättre förutsättningar för debatten och diskussionen på området. Man kan säga att jag i kapitlet försöker flytta fokus från frågan om vi bör ha en samtyckesreglering, till frågan vad vi bör godta som ett giltigt, eller rättsligt relevant, samtycke. Enligt min uppfattning är den förstnämnda frågan närmast meningslös att diskutera så länge vi inte på allvar har diskuterat den senare.

¹²⁵ Se t.ex. Leijonhufvud 2008 s. 20 och 54 f. samt de uttryckliga uttalandena av denna innebörd i de nyss omtalade direktiven.

3. Till saken hör naturligtvis också att den senare frågan – vad vi bör godta som ett samtycke – inte på något sätt är enkel. Och just därför finns goda skäl att påbörja den diskussion och analys som bör föras respektive utföras.

4. En huvudpoäng i kapitlet är att ett samtycke inte kan likställas med ett enkelt ”ja” till något, utan alltid är direkt beroende av de förutsättningar under vilka ett ”ja” har lämnats. Det betyder i sin tur att samtycke snarare än att vara ett enkelt ingångsvärde som är avgörande för utfallet, är ett resultat av en moralisk argumentation.

5. Metaforiskt skulle kunna sägas att samtycke inte är ett mynt som vi stoppar in i den moraliska argumentationens jukebox och som automatiskt spottar ur sig ett visst resultat, utan snarare är det resultat som kommer ut ur högtalarna efter att den moraliska argumentationen har förts. Samtyckesbegreppet är med andra ord utpräglat *normativt*¹²⁶ (detta utvecklas närmare nedan) – låt vara att alla begrepp kan sägas vara i någon mening normativa.

6. Det kan redan inledningsvis finnas skäl att notera att samtycke såsom straffrättslig ansvarsfrihetsgrund är reglerad i 24 kap. 7 § brottsbalken. Även om den bestämmelsen inte har någon direkt betydelse vid tillämpning av bestämmelserna om sexuella övergrepp – därför att samtyckesfrågan vid sexualbrotten antingen (jfr 6 kap. 1 § brottsbalken) ligger inbäddad i bedömningen av huruvida en brottsbeskrivningsenlig gärning har förövats¹²⁷ eller (jfr 6 kap. 4 § brottsbalken) är irrelevant¹²⁸ – kan den användas som både utgångspunkt, jämförelseobjekt och exempel vid en diskussion kring hur vi bör se på samtycke. Jag kommer sålunda då och då i den följande texten att återkomma till 24 kap. 7 § brottsbalken för att illustrera mina slutsatser, för att göra jämförelser och förtydliganden.

¹²⁶ Se bl.a. Wertheimer 1996 s. 91 och Dripps 1996 s. 116.

¹²⁷ Se t.ex. Jareborg 2001 s. 286.

¹²⁸ Se t.ex. prop. 2004/05:45 s. 67 och 70.

II. OM SÄRSKILJANDE SAMTYCKE

a. Samtycke som ett resultat av etisk argumentation

1. Låt oss inleda med att notera att det är lätt att uppfatta samtycke endast som "ett ja" till något eller som "ett accepterande" av något. Att lämna sitt samtycke till något skulle således innebära att man "säger ja" (eller, åtminstone, ok) till något.

2. Så är det naturligtvis i en mening. Själva poängen med ett lämnat samtycke är ju att den agerande, genom att "säga ja", disponerar och bestämmer över något som denne också har rätt (i relevant mening, rättslig, moralisk etc.) att disponera över. Genom att "säga ja" förändrar den som lämnar samtycke någon annans rättsliga (eller moraliska) position. Man kan säga att fokus på samtycke implicerar att den ifrågavarande gärningen är otillåten samtycket förutan och det förutsätter också ett erkännande av den samtyckandes rätt att disponera över ett visst intresse, av dennes rätt att genom att lämna ett "ja" göra det annars otillåtna tillåtet.¹²⁹ Att tillmäta samtycke betydelse är följaktligen ett ställningstagande som ger makt åt den samtyckande (utgångspunkten blir s.a.s. att det som samtycket avser är otillgängligt i frånvaro av just samtycket).

3. Om man beskriver samtycke på detta sätt *saknas* emellertid något högst väsentligt, åtminstone om vi diskuterar samtycke som en faktor som skall tillmätas betydelse i ett moraliskt eller straffrättsligt samtal. Det som saknas är först och främst *kontexten*, dvs. de förutsättningar under vilka personen "säger ja" till något. I detta avsnitt skall jag söka påvisa just det förhållandet att samtycke är ett normativt begrepp, vars innehåll i princip är helt beroende av hur vi väljer att se på de *medel* som används för att "få fram" ett "ja" eller ett accepterande från den utsattes sida och/eller på de *omständigheter* under vilka ett sådant "ja" eller accepterande ges.

¹²⁹ Jfr t.ex. Hurd 1996 s. 123 som talar om att samtycke kan förändra karaktären på den gärning som utförs med samtycke på två sätt (dels genom att förändra det som annars vore fel till något godtagbart, dels genom att tillåta någon att göra fel).

4. Detta betyder att samtycke inte är att likställa med, utan går utöver, "ett ja" till något. Det betyder också att skillnaden mellan en "tvångsreglering" och en "samtyckesreglering" inte ligger i regleringens extension, utan närmast är en skillnad som har att göra med lagstiftningsteknik. Och framför allt betyder det att den relevanta frågan *inte är om vi skall ha en samtyckesreglering eller inte*, utan *vad vi bör betrakta som ett samtycke*.

5. Tydligast och enklast kan kanske detta illustreras om vi uppmärksammar det förhållandet att ingen skulle komma på tanken att tala om ett samtycke i en situation där någon, ställd inför ett pistolhot, säger "ja" eller "ok" till något.¹³⁰ Det spelar i sammanhanget mindre roll om det rör sig om en utpressningssituation, där ett omedelbart hot riktas mot en tredje person:

- Ge mig väskan med pengar annars skjuter jag din son.
- Ok, ok, du skall få väskan.

eller om det rör sig om en situation där hotet riktas mot den som skall förmås att göra något visst:

- Ha sex med mig annars skjuter jag dig.
- Ok.

6. Det centrala att notera i detta sammanhang är att också dessa ganska utrerade fall kan analyseras i termer av ett (framtingat) samtycke.¹³¹ Man kan uttrycka det så att *alla fall* förutom de som kan hänföras till s.k. absolut tvång (*vis absoluta*)¹³² kan analyseras i termer av ett (i vissa fall framtingat) "ja" till (eller acceptande av) något.

7. Om man ser till de medel som kan användas för att förmå någon att göra något kan man sålunda uppställa en lista som går från absolut tvång via mycket allvarliga hot och sedan vidare ned över olika typer av erbjudanden och utnyttjanden. Utan varje ambition att uppställa en fullständig lista och utan varje ambition att mer noggrant rangordna de olika medlen efter deras

¹³⁰ Jfr t.ex. Cowart 2004 s. 513.

¹³¹ Se Burgess-Jackson 1999b s. 94: "In many cases of rape, probably the vast majority of them, the victim is *given* a choice by the rapist."

¹³² Se angående absolut tvång t.ex. Wennberg 1993–94 s. 493.

tvångsverkan kan man t.ex. tänka sig en stege utformad enligt följande:¹³³

- (a) Absolut tvång
- (b) Hot om död ("ha sex med mig annars skjuter jag dig")
- (c) Hot om allvarligt våld ("ha sex med mig annars slår jag dig sönder och samman")
- (d) Hot om egendomsbrott riktat mot den hotade ("ha sex med mig annars slår jag sönder din lägenhet")
- (e) Hot om att inte hjälpa till (i ett fall när den hotande är skyldig att hjälpa till) ("ha sex med mig annars låter jag, såsom fjällguide, bli att ta dig från denna fjälltopp")
- (f) Hot om att sprida en uppgift som – sann eller osann – är nedsättande eller besvärande för den utsatte ("ha sex med mig annars kommer jag att berätta för din man att du var otrogen förra veckan")
- (g) Hot om något trivialt ("ha sex med mig annars dricker jag upp din läsk")
- (h) Villkorat erbjudande om hjälp att överleva ("ha sex med mig annars får du inte pengarna du behöver för operationen")
- (i) Villkorat erbjudande om hjälp till befordran ("ha sex med mig så skall jag rekommendera dig för chefstjänsten")
- (j) Villkorat erbjudande om en summa pengar ("ha sex med mig så får du 50 000 kr")

I alla de uppräknade situationerna utom (a) används ett hot eller ett erbjudande för att få fram ett "ja" eller ett "accepterande" å den utsattes sida. Det är emellertid alldeles tydligt att vi t.ex. i fall som motsvarar (b) eller (c) inte skulle tala om samtycke även om den utsatte aldrig så tydligt sagt "ja" till den ifrågavarande åtgärden.

¹³³ Jfr Burgess-Jackson 1996 s. 94 ff.

8. I föregående punkt har jag fokuserat på fall där någon förmås att samtycka genom hot eller erbjudanden. Också i andra fall kan vi emellertid ifrågasätta om ett lämnat samtycke skall tillmätas någon betydelse. I vissa fall handlar det sålunda mindre om att den agerande använt något visst medel för att få fram ett accepterande av något, utan snarare om att den som sagt "ja" har sagt detta under sådana förutsättningar att vi – trots att några särskilda medel inte använts – ifrågasätter om accepten kan tillmätas någon betydelse. Vi kan t.ex. tänka på fall där den som accepterar något visst är allvarligt psykiskt störd, på fall där denne är mycket ung eller på grund av berusning eller liknande påverkan har bristande förmåga att förstå innebörden av vad han eller hon gör. I åter andra fall handlar det om att den utsatte visserligen har förmåga att förstå innebörden av samtycket men har blivit vilseledd och sålunda agerar på skäl som inte föreligger i verkligheten.

9. Också dessa fall illustrerar emellertid att vi med samtycke inte avser ett "ja" eller ett accepterande i sig, utan ett "ja" (eller ett accepterande) under sådana förutsättningar att vi är beredda att tillmäta samtycket betydelse.¹³⁴ Man kan sammanfatta det sagda genom att säga att *kontexten* alltid har betydelse.

10. Ett "ja" räcker alltså inte för att vi skall tillmäta ett samtycke betydelse. Man skulle då kunna tänka sig att vi bör ty oss till den enskildes *inställning*, dvs. att det avgörande skulle vara huruvida den enskilde har en positiv eller negativ inställning till att utföra eller tåla den ifrågavarande handlingen. Inte heller detta är emellertid en framkomlig väg.

11. Omvänt är det nämligen så att ett samtycke kan tillmätas betydelse utan att den utsatte har en positiv inställning till det som samtycket avser. Ett enkelt men tydligt exempel kan hämtas från universitetsvärlden. Som professor i ett ämne blir man ofta tillfrågad om att göra olika saker – det kan t.ex. vara att undervisa, att skriva en artikel eller att hålla ett föredrag eller ett externt utbildningspass. Ibland händer det naturligtvis att man

¹³⁴ Se t.ex. MacKinnon 2007 s. 246: "not even yes can reliably mean yes. Yes can be coerced. It can be the outcome of forced choices, precluded options, constrained alternatives, as well as adapted preferences conditioned by equalities."

tillfrågas om att göra något som man, åtminstone under givna förutsättningar, inte är särskilt rodd av att göra. Fråga kan t.ex. vara om att skriva en artikel under en tid när man redan behöver arbeta för två (eller åtminstone för en och en halv) för att få alla relevanta uppgifter fullgjorda och under vilken man gärna sparat de sista kvarvarande fritidstimmarna till familjen. Inte sällan tackar man ändå ja, och det trots att ens attityd gentemot den ifrågavarande aktiviteten kan vara direkt negativ: "jag vill verkligen inte, men känner att jag måste".

12. Antag att jag nu blir tillfrågad om att göra något visst under nu angivna förutsättningar, och att jag – trots att jag känner att jag egentligen inte vill – ändå säger "ja". Kan jag i ett dylikt fall sägas ha samtyckt till att göra detta något?¹³⁵

13. Svaret är – den negativa inställningen till trots – uppenbarligen ja. Åtminstone om vi tillåter oss att vara intuitiva. Om vi tänker efter kommer vi emellertid återigen tillbaka till de förutsättningar under vilka man säger "ja" till (eller accepterar) något. Att vi är benägna att tillmäta mitt "ja" betydelse i detta fall beror inte bara på att jag sagt "ja", utan också på att vi utgår ifrån att inga särskilda medel använts, eller omständigheter föreläggat, vilka får oss att fränkänna mitt "ja" betydelse.

14. När vi läser exemplet kan vi kanske föreställa oss att den person som frågar kan ha väddat till min lojalitet (med fakulteten, med vetenskapen, med straffrätten eller med den ifrågavarande kollegan), försökt att smickra mig ("dina artiklar/föreläsningar är både bra och viktiga") eller, möjligen, påpekat att jag kanske

¹³⁵ Det sägs ibland att samtycke per definition är en handling som innebär att man ger *någon annan* tillstånd att göra något. Jfr t.ex. Cowart 2004 s. 512. I den kontext som här är aktuell finns emellertid inget hinder mot att tala om att man kan lämna relevant samtycke också till att göra något (t.ex. att utföra en sexuell handling med någon annans kropp; att smeka någon, att ge någon oralsex osv.). I sammanhanget är en mening som "jag samtyckte till att göra det" helt meningsfull. Dessutom kan man ofta säga att skiljelinjen, mellan vad den ena respektive den andra parten gör, inte är skarp. I exemplet med artikeln kan t.ex. den samtyckande ge den andre tillstånd till att sätta upp den samtyckande på författarlistan inför nästa nummer av den aktuella tidskriften (vilket i relation till redaktören skapar en förpliktelse att leverera). Om det gäller undervisning kan den samtyckande ge den andre tillstånd att sätta upp den samtyckande på kursens schema (vilket skapar en förpliktelse att utföra undervisningen).

skulle kunna gå miste om något ("du vet väl att ett sådant här framträdande skulle öppna vissa dörrar") om jag tackar nej, men vi utgår undermedvetet ifrån att jag inte är satt under pistolhot, att den frågande inte uttrycker ett hot mot mina barn etc. (Vore så fallet skulle vi inte tveka att underkänna mitt samtycke.) Och om förutsättningarna är sådana att det inte finns skäl att fränkänna mitt "ja" betydelse bryr vi oss egentligen mycket litet om huruvida jag har en i grunden positiv inställning till det jag har blivit tillfrågad om att göra. Jag må ha tackat ja till att göra något som jag uppriktigt hatar att göra, men detta faktum i sig ändrar ingenting. Det som är avgörande är att jag – all things considered – valt att göra det i en kontext som är sådan att vi inte fränkänner mitt val betydelse. Ett samtycke kan med andra ord lämnas med inte obetydlig motvilja. Man kan uttrycka det så att samtycke handlar om vad vi *väljer att göra*, snarare än om vad vi (innerst inne) *vill*.¹³⁶

15. Det sagda betyder att samtycke visserligen kan sägas förutsätta i vart fall en accepterande attityd i förhållande till det som samtycket avser, men något krav på en positiv inställning kan inte uppställas.

16. Både det förhållandet att man kan "*säga ja*" *utan att samtycka* och det förhållandet att man kan *samtycka utan att ha en positiv inställning* till det man samtycker till visar med andra ord att det finns en mycket tydligt länk mellan samtycke å ena sidan och de förutsättningar under vilka samtycke ges å den andra. Magiken i ett samtycke ligger varken i ordet "ja" eller i någon särskild positiv inställning, utan i att samtycket lämnas utan otillbörliga påtryckningar eller under omständigheter som annars gör att vi ifrågasätter detsamma.¹³⁷ Ett samtycke är ingenting utan de förutsättningar under vilka det lämnas.

17. Man kan uttrycka det så att ett samtyckes innebörd inte styr – utan styrs av – normativa bedömningar av etisk karaktär. Samtycke är s.a.s. inte ett ingångsvärde som styr den etiska argu-

¹³⁶ Se här även Wennberg 1997–98 s. 508, 1998–99 s. 523 ff. och 2004–05 s. 122 samt Baker 1999 s. 59.

¹³⁷ Se t.ex. Cowart 2004 s. 515 not 37: "This demonstrates that the means by which one acquires an end is central in determining whether an act of consent occurred."

mentationens utfall. Ett konstaterande av att samtycke föreligger är istället *ett resultat av etiska överväganden*.

18. För att ytterligare förtydliga det sagda kan hänvisas till Wertheimer, som i en diskussion kring nej-betyder-nej-tesen (se närmare nedan i avsnitt 5.V.b), talar om att tesen är "unhelpful" eftersom (i) "there are many ways of 'getting to yes'" och (ii) nej-betyder-nej-tesen "does not help us distinguish between them".¹³⁸

19. Wertheimers förklaring kan förvisso framstå som mindre träffande om man, på det sätt som Wertheimer gör, försöker sätta den i relation till nej-betyder-nej-tesen – det är väl ingen som har påstått att nej-betyder-nej-tesen kan användas i andra fall än där någon säger just nej?¹³⁹ – men den är mycket exakt om man sätter den i relation till en blank hänvisning till "samtycke" såsom gränsdragningskriterium:

det finns flera vägar att nå ett "ja", men en blank hänvisning till samtycke hjälper oss inte att skilja på de vägar som är godtagbara och de som inte är det.

20. Noga taget är det nog också just detta Wertheimer velat uttrycka. I en annan text skriver han sålunda:

"I shall argue that the principle 'no means no' does not tell us when 'yes means yes,' and that it is the latter question that poses the most interesting theoretical difficulties about coercion, misrepresentation and competence."¹⁴⁰

Summa summarum: en hänvisning till samtycke (blott och bart) är till liten hjälp för att avgöra vilka "samtycken" som bör tillmätas betydelse.

21. Sammantaget betyder det sagda alltså att den riktigt intressanta frågan är när ett ja betyder ja.

¹³⁸ Wertheimer 2003 s. 158.

¹³⁹ Det faktum att någon efter ha sagt nej senare säger ja sätter så att säga tesen ur spel; vad vi menar med nej-betyder-nej-tesen är *inte att man inte kan ändra sig*. Man skulle kunna uttrycka det så att Wertheimer försöker slå undan benen på nej-betyder-nej-tesen genom att säga att den inte fyller en funktion som den nog egentligen aldrig aspirerat på (och som i vart fall inte är den centrala).

¹⁴⁰ Wertheimer 1996 s. 89.

22. Man kan uttrycka det så att vi utöver den enskildes "ja" behöver ett "andra ja" för att ett samtycke skall tillmätas betydelse. Tillräckligt är inte att den enskilde accepterar eller säger "ja" till en viss åtgärd, utan det fordras också – och alltid – att detta "ja" lämnas under sådana förutsättningar att vi – dvs. i straffrättsliga sammanhang: lagstiftaren – menar att den enskildes "ja" bör tillmätas normativ betydelse. Utöver individens "ja" behöver vi alltså ett "ja" från den ifrågavarande normgivaren, dvs. ett godkännande av den enskildes "ja" med hänsyn till de förutsättningar under vilka det har lämnats.¹⁴¹

23. Inte heller det krav på två skilda "ja" som nu har skisserats är emellertid tillräckligt för att ett samtycke skall tillmätas normativ betydelse inom ett visst system. Det förutsätts också att den enskilde inom ramen för det ifrågavarande systemet överhuvudtaget anses behörig att disponera över de aktuella intressena.

24. Även om det är alldeles entydigt *både* (i) att den enskilde har sagt "ja" *och* (ii) att det helt saknas anledning att, med hänsyn till omständigheterna under vilka det har lämnats, ifrågasätta om det på ett meningsfullt sätt ger uttryck för den enskildes självbestämmande, finns det således fall i vilka vi inte bryr oss om den enskildes samtycke, nämligen de fall i vilka fråga är om intrång i ett sådant intresse som den enskilde överhuvudtaget inte anses behörig att förfoga över. Ett tydligt exempel kan t.ex. vara att den enskilde inte kan anses behörig att förfoga över statliga intressen (såsom intresset av en korrekt myndighetsutövning).

25. Det kan måhända synas självklart att den enskilde kan förfoga över sina egna intressen men inte över statliga intressen. En så enkel dikotomi är emellertid inte hållbar, vilket framgår redan av det förhållandet att den enskilde normalt inte anses kunna samtycka till att bli utsatt för grov misshandel (till att exempelvis bli lemlästad) eller till att bli dödad.

26. Noga taget kan således sägas att vi inom ramen för samtyckesbegreppets struktur laborerar inte bara med två – jfr (i) och (ii) ovan – utan med tre olika "ja" när vi avgör om ett samtycke skall tillmätas betydelse:

¹⁴¹ Se här även Träskman 2007 s. 333 f.

(i) ett "ja" från den enskilde (implicerande att denne godtar gärningen)

(ii) ett första "ja" från lagstiftaren (implicerande att den enskildes "ja" lämnats under sådana förutsättningar att vi ser det som ett uttryck för ett meningsfullt utövande av dennes autonomi)

(iii) ett andra "ja" från lagstiftaren (implicerande att den enskilde äger förfoga över det ifrågavarande intresset).

27. Man kan illustrera det sagda genom följande cirkel, där cirkelns ramar sätts av vad den enskilde kan bedömas ha sagt "ja" till och där de båda skuggade fälten avser sådana fall där vi trots att den enskilde har accepterat något inte anser att samtycket bör tillmätas betydelse – antingen (ii) på grund av att den enskildes samtycke inte ses som meningsfullt med hänsyn till omständigheterna eller (iii) på grund av att fråga är om ett intresse över vilket den enskilde inte äger disponera.

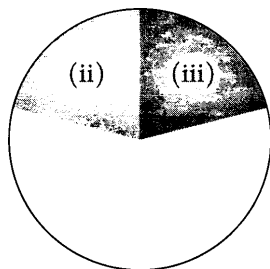


fig. 1

b. Jämförelser med existerande reglering

1. Det sagda kan förtydligas ytterligare genom en jämförelse med den allmänna bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § brottsbalken. Man kan t.ex. ställa sig frågan hur det sagda förhåller sig till det samtyckesbegrepp som används i den bestämmelsen, och man kan kanske också fråga sig om inte 24 kap. 7 § brottsbalken visar att det går alldeles utmärkt att i allmänna ordalag hänvisa till "samtycke" för att avgöra huruvida något är brottsligt eller ej.

2. Svaret på den förstnämnda frågan är att regleringen i 24 kap. 7 § brottsbalken fullt ut låter sig förenas med det ovan sagda. I själva verket kan man säga att den ovan diskuterade relationen mellan ett samtycke och de förutsättningar under vilka ett samtycke lämnas ligger inbäddad i brottsbalkens reglering av samtycke. Detta framgår redan av enkla hand- och läroboksbeskrivningar av samtyckesinstitutet inom straffrätten.

3. För att ett samtycke skall tillmätas relevans enligt 24 kap. 7 § brottsbalken fordras inte bara ett ”ja”, utan också t.ex.:

- att samtycket lämnas av en person som är behörig att förfoga över det ifrågavarande intresset,
- att vederbörande är kapabel att förstå innebörden av samtycket,
- att samtycket lämnas frivilligt,
- att samtycket har givits med full insikt om relevanta förhållanden,
- att samtycket är allvarligt menat, samt
- att det föreligger vid tidpunkten för gärningen.¹⁴²

Samtycke förutsätter med andra ord – för att tillmätas betydelse enligt 24 kap. 7 § brottsbalken – inte bara ett accepterande å den utsattes sida, utan också (jfr ii ovan) att detta accepterande skett under vissa omständigheter. Särskilt kan uppmärksammas att bestämmelsen förutsätter *frivillighet*. Bestämmelsen kan i själva verket sägas ge en tydlig anvisning om vilka faktorer som normalt sett är relevanta vid bedömande av huruvida ett lämnat samtycke också bör tillmätas betydelse (behörighet, kompetens, icke-tvång osv.).

4. Samtycke förutsätter också (jfr iii ovan) att gärningen, givet samtycket, bedöms som *försvarlig* vilket innebär en möjlighet att säga att förekomsten av ett samtycke inte föranleder ansvarsfrihet (med hänsyn till att vissa intresseintrång inte är sådana att den enskilde bör kunna förfoga över dem).

¹⁴² KBrB II s. 24:60 ff.

5. Som svar på den andra frågan – om inte 24 kap. 7 § brottsbalken visar att en blank hänvisning till samtycke kan räcka ganska långt – kan kort konstateras att det visserligen står klart att man vid tillämpning av bestämmelsen måste göra en bedömning av huruvida samtycket lämnats frivilligt, men att det samtidigt är högst oklart – och märkvärdigt litet diskuterat – vad detta krav egentligen innebär. Om man läser i brottsbalkskommentaren finner man blott följande tre meningar:

”Samtycket måste vara *frivilligt*. Samtycke som har lämnats under inflytande av fysiskt eller psykiskt tvång leder inte till ansvarsfrihet. I NJA 1942 s. 3 ansågs att ett samtycke till samlag, som givits av utmattning efter ett våldsamt motstånd och av fruktan för mera våld, ej kunde medföra att ansvar skulle uteslutas för våldtäkt.”¹⁴³

I Jareborgs Allmän kriminalrätt talas på ett likartat sätt om att ett samtycke:

”[inte] får ... ha tillkommit under någon form av tvång (jämför NJA 1899 s. 106)”,¹⁴⁴

och i Leijonhufvud och Wennberg om att samtycket måste lämnas ”*frivilligt*” varför:

”[d]en som under inflytande av fysiskt eller psykiskt tvång ’godtar’ en handling ... inte [har] samtyckt därtill”.¹⁴⁵

6. Även om den bristande precisionen får sägas vara besvärande – det är lätt att ge exempel på situationer där frivilligheten kan försvåras med frågetecken (vad gäller t.ex. i fall där det föreligger gruppptryck eller där det har avgivits erbjudanden som är särskilt svåra att motstå?) – kan den *i sammanhanget* måhända godtas med hänsyn till att fråga är om en *undantagsregel* till skillnad från en *brottsbeskrivning*. Detta betyder bl.a. att det alltid måste finnas en bestämmelse som definierar det kriminaliserade området – t.ex. 3 kap. 5 § brottsbalken (som bl.a. kriminaliserar tillfogande av smärta eller kroppsskada) – innan bestämmelsen i 24 kap. 7 § brottsbalken överhuvudtaget kan komma till användning; det som inte är fel från början behöver överhuvudtaget inte rättfärdigas. Allmänt uttryck kan – vilket jag tidigare utvecklat närmare

¹⁴³ KBrB II s. 24:61.

¹⁴⁴ Jareborg 2001 s. 284.

¹⁴⁵ Leijonhufvud & Wennberg 2009 s. 99.

i ett helt annat sammanhang – sägas att de krav på legalitet som normalt förknippas med straffrättslig lagstiftning måste formuleras på ett annorlunda och något mer återhållsamt sätt när det gäller regler hänförliga till straffrättens allmänna del.¹⁴⁶

7. Det bör sålunda stå klart att bestämmelsen inte bör tas till intäkt för att det är oproblematiskt att använda frånvaro av samtycke såsom det enda rekvisitet som kvalificerar en gärning såsom brottsbeskrivningsenlig. Att vid en brottsbeskrivning som i övrigt bara tar sikte på vardaglig och högst mänsklig samvaro (sex) använda en blank hänvisning till samtycke som den enda avgränsningen av det otillåtna bör enligt min mening ses som uteslutet.

8. Man kan naturligtvis också ställa det ovan sagda i relation till den nuvarande regleringen i 6 kap. brottsbalken – en reglering som inte sällan sägs bygga på våld och tvång.

9. Gör man det skall man, närmast på motsvarande sätt som när det gäller den allmänna regleringen av samtycke som ansvarsfrihetsgrund, finna att det ovan sagda – dvs. att det finns en tydlig länk mellan å ena sidan *samtycke* och å andra sidan olika typer av *medel och omständigheter* som gör att vi inte tillmäter ett lämnat samtycke betydelse – på ett mycket tydligt sätt ligger inbäddat i den nuvarande regleringen.

10. Man behöver bara lägga ihop det faktum att grundtanken bakom regleringen är att skydda den enskildes sexuella autonomi med det förhållandet att de olika brottstyperna byggs upp med hänvisning till våld, hot, utnyttjande av hjälplöshet, sexuell myndighetsålder etc. för att det skall bli tydligt att den nuvarande svenska regleringen av sexualbrott i huvudsak¹⁴⁷ utgör en enda lång lista på faktorer som på olika sätt negerar betydelsen av ett samtycke. Innebörden av den svenska regleringen kan sägas vara att vi inte tillmäter ett ”ja” betydelse om det:

∞ framtvingats genom våld eller hot (se 6 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken),

¹⁴⁶ Se t.ex. Asp 1999 s. 30 ff. och Asp 2001–02 s. 161 f.

¹⁴⁷ Det finns naturligtvis en klass av fall där något samtycke överhuvudtaget inte ges (detta gäller framför allt fall av absolut tvång).

- ∞ givits av någon som befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och därför inte haft förmåga att samtycka (se 6 kap. 1 § brottsbalken),
- ∞ givits av någon som befunnit sig i viss beroendeställning i relation till den andre (se 6 kap. 3 §),
- ∞ givits av någon som är under 15 år och därför inte anses kompetent att samtycka (se 6 kap. 4 § brottsbalken),
- ∞ osv.¹⁴⁸

11. Det sagda implicerar naturligtvis inte att den nuvarande regleringen är tillfyllest och ger ett godtagbart skydd för det sexuella självbestämmandet. Inte heller implicerar det motsatsen. Det innefattar överhuvudtaget ingen värdering av om det straffbara området har en rimlig utsträckning, utan endast ett konstaterande av att regleringen kan sägas innebära att samtycke definieras genom angivande av de förutsättningar under vilka ett (eventuellt) lämnat "ja" inte tillmäts någon betydelse.

12. Men kan man då inte ändå säga att det är en väsentligt skillnad på *extensionen* hos en reglering som bygger på tvång genom våld och hot och en som bara bygger på frånvaro av samtycke?

13. Visst kan man det. Men bara under vissa förutsättningar.

14. Som ovan nämnts kan hela sjätte kapitlet sägas innehålla omständigheter vars förekomst innebär att vi inte tillmäter ett lämnat "ja" någon betydelse. Det betyder att det är missvisande att ställa våldtäktsbrottet (i den del det bygger på våld och hot) mot en samtyckesreglering. Skall man göra en jämförelse mellan den nuvarande regleringen och en samtyckesreglering måste man göra en jämförelse med hela sjätte kapitlet.

¹⁴⁸ Jfr här följande uttalande hämtat från NJA 2004 s. 231: "Även om det sexuella självbestämmandet är den allmänna utgångspunkten för den svenska sexualbrottslagstiftningen finns också straffbestämmelser till skydd för särskilt utsatta grupper, enligt vilka ansvar gäller oberoende av samtycke. Det gäller framför allt underåriga men också bl.a. personer som står i beroendeställning till gärningsmannen eller som lider av psykisk störning." Den antydda ("[ä]ven om") motsättningen måste anses konstruerad. Också de bestämmelser uttalandet tar sikte på syftar till att skydda det sexuella självbestämmandet.

15. Och också om man gör det beror naturligtvis utfallet av jämförelsen helt på vad vi föreställer oss att vi skall godta som ett samtycke enligt den tänkta samtyckesregleringen. Och om den frågan har det, som ovan noterats, hittills varit mycket tyst. Man kan uttrycka det så att vi inte vet vad ett samtycke (som tillmäts betydelse) enligt en samtyckesreglering är – och därför kan vi heller inte jämföra den med något annat – förrän vi har tagit ställning till vilka faktorer som gör att ett lämnat samtycke inte skall tillmätas betydelse.¹⁴⁹

16. Självfallet har de flesta som har talat för en samtyckesreglering utgått ifrån att en sådan skall fånga in vissa fall som idag inte fångas in, dvs. det bör stå klart att de som förordar en samtyckesreglering tänker sig en reglering med *bredare tillämpningsområde* än dagens. En sådan riktningsangivelse är dock inget tillräckligt svar på de frågor som väckts här. Innan vi ersätter dagens reglering, som innehåller anvisningar om vilka medel som inte är godtagbara för att "få fram" ett "ja", med en blank hänvisning till frånvaro av samtycke, har vi fortfarande ett behov av att åtminstone ungefärligen klargöra vad som skall avses med detta samtycke.

c. Terminologiska anmärkningar

1. När vi kommit så långt att vi konstaterat att den viktiga frågan är under vilka förutsättningar ett samtycke bör tillmätas betydelse, kan det – både för att underlätta fortsatt kommunikation kring frågan och för att undvika missförstånd – finnas skäl att göra några terminologiska anmärkningar.

2. För det första finns det, närmast av framställnings- och kommunikationstekniska skäl, behov av en term för att beteckna sådana samtycken som vi betraktar som giltiga, som vi tillmäter betydelse på ovan illustrerat sätt. För att beteckna ett sådant samtycke som vi tillmäter betydelse på så sätt att det fritar från

¹⁴⁹ Frågan i punkt 12 är alltså i grunden felställd. Om man ändå försöker besvara den förutsätter ett jakande svar att vi redan har tagit ställning till att fler faktorer än "våld och hot" skall innebära ett negerande av ett lämnat samtycke enligt den tilltänkta samtyckesregleringen. Denna förutsättning är i sig knappast problematisk: självklart måste fler faktorer än tvång genom våld och hot kunna negera ett lämnat samtycke.

ansvar för våldtäkt och andra sexuella övergrepp, kommer jag i det följande – vilket antytts redan genom rubriksättningen ovan – att använda termen *särskiljande samtycke*. Samtycket är *särskiljande* i den meningen att det skapar grund för en skiljelinje mellan vad som å ena sidan är vanligt sexuellt umgänge och vad som å andra sidan är att bedöma som sexuella övergrepp.

3. Andra författare, häribland Wertheimer och Westen,¹⁵⁰ talar i sammanhanget om att samtycke är *transformativt* (i den meningen att det *förändrar* vår bedömning av en viss gärning).

4. Själv föredrar jag alltså att tala om samtycke såsom *särskiljande* (snarare än transformativt). Skälet till detta är att termen "transformativ" synes konnotera situationer där det ena uppstår, eller utvecklas, *ur* det andra. Om vi har en våldtäkt och till den lägger ett samtycke skulle vi sålunda få ett (någorlunda ömsesidigt) samlag; omvänt skulle vi, om vi har ett samlag och drar bort ett samtycke, få en våldtäkt.

5. Enligt min uppfattning ger detta sätt att tala direkt missvisande associationer. Fråga är inte om att det ena härrör från det andra (eller att det ena kan reduceras till det andra) på det sätt som begreppsbildningen antyder, utan om två *särskilda* företeelser där samtycket avgör om det är fråga om det ena (någorlunda ömsesidigt sex) *eller* det andra (ett sexuellt övergrepp).

6. Det sagda implicerar naturligtvis inte att gränsen mellan de båda "boxarna" är lätt att dra. Inte heller implicerar det att det inte i viss utsträckning är godtyckligt exakt var vi väljer att lägga gränsen. Tvärtom kan det ovan sagda sägas innebära att vi, någonstans på en skala som löper *från* ett särskiljande samtycke i något slags idealtypisk mening (dvs. ett samtycke som lämnas i en kontext som är styrande i så liten utsträckning som nu möjligt är) *till* ett samtycke som framtvingas med starkast möjliga tvång (och därför inte är särskiljande), måste dra en skiljelinje mellan det särskiljande och det icke-särskiljande. Det finns ingen föregiven och naturlig gränslinje mellan vad som är att anse som ett sexuellt övergrepp och vad som är att anse som godtagna former av sexuellt umgänge.

¹⁵⁰ Wertheimer 2003 t.ex. s. 2 och 119 ff. och Westen 2004 s. 15. Se även Hurd 1996 s. 123 f. och Alexander 1996a s. 165.

7. Det bör i sammanhanget vidare erinras om att ett samtycke kan vara särskiljande på flera sätt. Exempelvis kan man skilja på moraliskt särskiljande samtycken och rättsligt särskiljande samtycken. Det som är straffrättsligt tillåtet, därför att det föreligger ett straffrättsligt särskiljande samtycke, kan likväl vara problematiskt i ett moraliskt perspektiv. Den som sviker en vän gör sig exempelvis bara under ganska speciella omständigheter skyldig till något straffbart, men det betyder inte att ett svek är något som kan betecknas som moraliskt neutralt.

8. Man kan också skilja mellan olika typer av rättsligt särskiljande samtycken. Ett samtycke som fritar från straffrättsligt ansvar behöver inte med nödvändighet fritar också från andra typer av ansvar (skadeståndsrättsligt, arbetsrättsligt, administrativt etc.). I fortsättningen kommer jag – liksom tidigare – i första hand att fokusera på vad som utgör, och bör utgöra, ett straffrättsligt särskiljande samtycke.

9. Det bör också uppmärksammas att man kan skilja mellan samtycken som är särskiljande och sådana som – även om de inte är särskiljande på så sätt att de fritar från ansvar – ändå i någon utsträckning förändrar vår bedömning av en gärning till det mildare (också dessa kan naturligtvis i en mening sägas vara särskiljande eftersom de medför *en annan bedömning* än om de inte förelegat). Också om man i ett visst fall inte godtar ett samtycke såsom särskiljande – t.ex. därför att det har givits av en underårig person – kan det finnas skäl att låta bedömningen av hur allvarlig gärningen är påverkas av att den utsatte *faktiskt* har sagt ”ja” till densamma under omständigheter som i övrigt inte varit tvingande. I sammanhanget kan jämföras med regleringen i 6 kap. 5 § brottsbalken som ger domstolarna möjlighet att bedöma sex mellan en över- och en underårig person såsom sexuellt utnyttjande av barn (istället för våldtäkt mot barn) om brottet med hänsyn till omständigheterna är att anse som mindre allvarligt. Härvid kan hänsyn tas bl.a. till om gärningen bygger på ”fullständig frivillighet och ömsesidighet”.¹⁵¹

¹⁵¹ Se prop. 2004/05:45 s. 72.

10. Man kan uttrycka det så att gärningens placering på den ovan antydda skalan – dvs. var någonstans gärningen placerar sig mellan de båda ytterlighetspunkterna – alltid bör vara en viktig faktor att beakta när man skall rangordna olika sexuella övergrepp.

11. I anslutning till det sagda finns också skäl att notera att språkbruket inte alltid är tydligt och reflekterar skillnaden mellan ett ”ja” (eller ett accepterande) och ett särskiljande samtycke, dvs. skillnaden mellan samtycke såsom ingångsvärde och samtycke såsom ett resultat av etiska överväganden. Inte sällan indikerar det sätt på vilket man talar om samtycke att ett sådant kan föreligga utan några särskilda hänsynstaganden till de omständigheter under vilka det lämnas.

12. Sålunda sägs i brottsbalkskommentaren, i den text som avser 24 kap. 7 §, att ”[s]amtycket måste vara *frivilligt*”¹⁵² och i Jareborgs Allmän kriminalrätt att ”[s]amtycket skall lämnas **frivilligt** – dvs. det får inte ha tillkommit under någon form av tvång”.¹⁵³ Det är tydligt att dessa uttryckssätt implicerar att ett samtycke (i någon mening) kan sägas föreligga utan att förutsättningarna för ett särskiljande samtycke föreligger (ett samtycke måste vara frivilligt, men det kan också vara ofrivilligt, och då kan 24 kap. 7 § brottsbalken inte föranleda ansvarsfrihet). Än tydligare är att samtycke används som ett ingångsvärde snarare än som en beteckning på en slutsats i följande mening: ”det framtvungade samtycket fritog inte gärningsmannen från ansvar”.

13. Detta visar emellertid endast att vi använder termen samtycke för att beteckna två ganska olika saker. Å ena sidan kan samtycke beteckna ett ”ja” (eller ett accepterande) rätt och slätt (och så används det i citaten i föregående punkt), å andra sidan kan samtycke beteckna ett ”ja” (eller ett accepterande) under sådana omständigheter att vi betraktar samtycket som särskiljande.

14. I kommentaren indikeras skillnaden mellan dessa båda sätt att använda termen samtycke bl.a. genom användande av lokutioner som ”giltigt samtycke” och ”för att samtycket skall

¹⁵² KBrB II s. 24:61.

¹⁵³ Jareborg 2001 s. 284.

ha ansvarsbefriande verkan”.¹⁵⁴ I det följande kommer jag att använda termen *samtyckesgärning* för att beteckna det förhållandet att någon (faktiskt) ger sitt ”ja” till (eller accepterar) något och termen *särskiljande samtycke* för att beteckna resultatet av en samtyckesgärning som lämnas under sådana omständigheter att den tillmäts betydelse.

15. Detta sätt att använda samtycke i flera betydelser har uppmärksamats av många. Här kan räcka med att hänvisa till Westen, som försökt att nyansera diskussionen om samtycke genom att peka på tre olika dikotomier, och därvid bl.a. framhåller att man måste göra skillnad på *factual consent* (faktiskt accepterande, dvs. förekomsten av en samtyckesgärning) och *legal consent* (i rättslig mening särskiljande samtycke).

”The contrast is between a woman’s *factually* acquiescing to sexual intercourse and her *legally* acquiescing to it. A woman ’factually’ consents to sexual intercourse when ... she actually chooses sexual intercourse as that which she unconditionally desires for herself, as that which she prefers for herself under the circumstances in which she believes herself to be, or as that about which she is sufficiently indifferent to it as to be willing to leave its occurrence to others – without it necessarily being the case, however, that her choice itself constitutes a defense to rape. In contrast, a woman ’legally’ consents to sexual intercourse when she does or experiences anything – including but not limited to her actually choosing of sexual intercourse for herself – under such conditions as the jurisdiction at hand deems sufficient for her conduct or experience to constitute a defense to rape.”¹⁵⁵

Relationen mellan förekomsten av en samtyckesgärning och ett särskiljande samtycke kan naturligtvis se olika ut i olika rättssystem (och inom olika moraliska gemenskaper). I grunden måste man räkna med att de principer som tillämpas – och de tilläggskrav som uppställs – för att avgöra om ett samtycke betraktas som särskiljande kommer att vara delvis olika i olika rättssystem. Det finns ingen anledning att tro att gränsen mellan det särskiljande och det icke-särskiljande kommer att dras likadant överallt.

¹⁵⁴ Se KBrB s. 24:60 och 24:61.

¹⁵⁵ Westen 2004–2005 s. 335. Se även Westen 2004 s. 2.

16. Man bör emellertid kunna utgå ifrån att ett särskiljande samtycke – åtminstone i samhällen som inte är moraliskt perverterade – kommer att vara kvalificerat (jfr föregående stycke där jag talar om "tilläggskrav") i relation till en samtyckesgärning. För att ett samtycke skall vara särskiljande fordras *inte bara* en samtyckesgärning (dvs. ett "ja" eller ett accepterande) *utan också* att samtyckesgärningen utförs under vissa omständigheter (t.ex. utan tvång).¹⁵⁶

17. Det är emellertid teoretiskt fullt tänkbart att ett rättssystem såsom särskiljande samtycke godtar vad som i praktiken inte ens kan sägas motsvara en samtyckesgärning: man kan t.ex. tänka sig att ett rättssystem betraktar det förhållandet att en kvinna kvällstid följer med en man hem såsom ett särskiljande samtycke trots att detta förhållande rimligen inte kan sägas innefatta någon samtyckesgärning. Ett ytterligare exempel på att ett rättssystem kan betrakta vad som inte (ens) kan sägas vara en samtyckesgärning såsom ett särskiljande samtycke är den tidigare så vanliga tanken, att den som samtyckt till äktenskap också lämnat ett generellt samtycke till sex. Det är således inte logiskt nödvändigt att särskiljande samtycke alltid är kvalificerat i förhållande till de krav som uppställs för att en samtyckesgärning skall anses föreligga. Frågan om vad vi skall godta som ett särskiljande samtycke är alltså alltid en normativ fråga.

18. Skillnaden mellan förekomsten av en samtyckesgärning och förekomsten av ett särskiljande samtycke är viktig att hela tiden hålla i huvudet när man diskuterar samtycke i en våldtäktskontext.

19. Som Westen har påpekat kan man nog utgå ifrån att en sammanblandning av dessa båda sätt att använda ordet samtycke ligger bakom åtminstone vissa kritiserade avgöranden.

20. Som exempel tar Westen ett berömt rättsfall från Texas, *Valdez*, där en man frikändes från ansvar för våldtäkt därför att offret förmått honom att använda kondom, vilket ansågs visa att samtycke förelåg.

¹⁵⁶ Se Westen 2004 s. 10 som med utgångspunkt i att det föreligger en samtyckesgärning frågar sig "what *more* and (in some cases) what *else* is required to constitute consent in its legal form".

21. En möjlighet är att förstå avgörandet så att det innebär att juryn faktiskt menade att det faktum att den utsatte förmådde gärningsmannen att sätta på en kondom innebar att det förelåg ett särskiljande samtycke till gärningen och att något övergrepp därför inte var för handen. I linje med vad Westen uttrycker kan sägas att en sådan tolkning förutsätter att man tror att juryn kom till en slutsats som är "morally and legally perverse".¹⁵⁷

22. Mer näraliggande är att tolka fallet så att juryn menat att den utsatte, genom att begära kondom användning, utfört en samtyckesgärning, dvs. accepterat att ha samlag med gärningsmannen, och sedan uppfattat det så att denna samtyckesgärning också utgör ett särskiljande samtycke i lagens mening, dvs. på så sätt att juryn uppfattat lagens krav på visst sätt och avgjort fallet i linje med denna uppfattning. Detta innebär naturligtvis inte att avgörandet kan försvaras. Tvärtom är det tydligt att avgörandet måste anses var feldömt, men poängen är inte att försvara avgörandet, utan att framhålla att juryns ställningstagande snarare beror på förvirring gällande samtyckesbegreppets innebörd (dvs. fråga skulle närmast vara om en förvirrad feltolkning av lagens krav) än på någon strukturell brist i lagstiftningen.

23. Det sagda innebär heller inte att inte ytterligare aspekter kan läggas på avgörandet. Bl.a. kan man fråga sig om det varit möjligt för en jury att nå motsvarande resultat i en situation där en rånare vid en inbrottsstöld förmått en nattvakt att öppna dörren till en byggnad (för att undvika förstörelse). Kanske kan det hävdas att dylika resonemang bygger på en viss typ av förförståelse och fördomar (som finns när det gäller sexuella relationer men inte nödvändigtvis på andra områden). Jag vet inte. Det centrala i detta sammanhang har emellertid varit att påvisa att en djupare förståelse för samtyckesbegreppet kan ha betydelse för att undvika förvirring och därmed också för att undvika vad som måste betecknas som felaktiga och direkt stötande slutsatser.

¹⁵⁷ Westen 2004 s. 2. Se även s. 10 f. och 310.

d. Särskiljande samtycke som normativt begrepp

1. Det ovan sagda innebär att samtycke, i betydelsen särskiljande samtycke, i grunden är ett normativt begrepp, på samma sätt som t.ex. " uppsåt", "mord" eller "nöd". Detta säger i sig inte särskilt mycket: alla viktiga begrepp är normativa i någon mening (vi skulle inte ha dem om vi inte hade behov av dem).

2. Att det ändå kan vara värt att framhålla samtyckesbegreppets normativa karaktär beror främst på att detta indikerar

(i) att vi knappast kommer att komma framåt genom en renodlad analys av samtyckets ontologi eller genom att "leta" efter sanningen om samtycke; framsteg förutsätter istället normativ argumentation kring vad som *bör räknas som ett särskiljande samtycke*, samt

(ii) att diskussionen därmed också är beroende både av

(iia) vilka utgångspunkter vi har när vi argumenterar, dvs. våra slutsatser kan bero på vilka normativa teorier vi bygger på i vår argumentation, och

(iib) på vilken syn vi har på straffrätten roll och funktion i samhället.¹⁵⁸

3. I sammanhanget kan det vara belysande att se på hur vi tänker när det gäller uppsåt. Vid konstruktion av uppsåtsbegreppet sätter vi oss inte ned och försöker analysera oss fram till vad uppsåt är (i något slags ontologisk mening), utan frågan är närmast vad vi – givet uppsåtsbegreppets funktion, givet det förhållandet att begreppet skall användas inom ramen för straffrätten och tillämpas i en ganska opersonlig domstolsprocess och givet hur vi tänker och argumenterar vid allmänmoraliska bedömningar – *bör betrakta som uppsåtligt handlande*. Skälet till att vissa argumenterar för ett användande av sannolikhetsuppsåtet som nedre gräns medan andra argumenterar för ett slags faktiskt eventuellt uppsåt är inte att det ena eller det andra begreppet skulle motsvara något slags föregiven uppsåtets ontologi, utan att det på olika sätt har betydelse vilket begrepp vi använder.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Jfr här Wertheimer 2003 s. 4 f.

¹⁵⁹ Se Ulväng 2007 s. 349 ff.

4. Särskilt tydligt är att företrädare för sannolikhetsuppsåtet i regel godtar att det kan finnas s.k. diskrepansfall,¹⁶⁰ dvs. fall där den uppfattade sannolikheten och den enskildes inställning drar i olika riktningar på ett sätt som är normativt betydelsefullt – men att det (bl.a. med hänsyn till att begreppet skall tillämpas i domstol, till farorna med att föra in möjligheter att göra bedömningar av diskrepansfaktorer) ändå finns skäl att hålla sig till uppfattad sannolikhets vid bedömning av huruvida uppsåt föreligger.

5. På normgivningsnivå är uppsåtsbegreppet med andra ord utpräglat normativt.¹⁶¹ Det finns inget hinder mot att hänföra (exempelvis) medveten oaktsamhet till uppsåtsområdet, lika litet som det finns något hinder mot att inskränka uppsåtsområdet till att endast omfatta fall av t.ex. visshet och avsikt.¹⁶²

6. Motsvarande gäller också samtyckesbegreppet. Det bör sålunda stå klart att det är utsiktslöst att söka finna något slags ontologisk gräns mellan sådana samtycken som är särskiljande och sådana som inte är särskiljande. Vi kommer ingen vart genom att fokusera på begreppet samtycke. Vad som är, respektive inte är, sådana medel som kan användas, eller omständigheter som kan utnyttjas för att nå ett särskiljande samtycke är något som måste avgöras genom normativ argumentation: vilka omständigheter är sådana att ett samtycke *inte bör ges* särskiljande betydelse?

7. Också här finns naturligtvis stort utrymme för olikartade konstruktioner. Vi skulle t.ex. teoretiskt – för att ta ett ytterlighetsexempel¹⁶³ – kunna välja att definiera samtyckesbegreppet på ett sådant sätt att det inte motsvarar annat än ett ”ja” eller ett ”accepterande” å den utsattes sida (alldeles oberoende av vilka medel som använts för att förmå den ja-sägande att säga ja). Det är emellertid tydligt att en sådan konception av samtycke skulle

¹⁶⁰ Se om dylika fall Asp 2004–05 s. 392 och Ulväng 2005 s. 8.

¹⁶¹ En annan sak är att uppsåtsfrågan på rättstillämpningsnivå närmast bör betraktas som empirisk; fråga är om vad den enskilde faktiskt avsett, förstått, misstänkt etc., inte vad denne (aldrig så mycket) bort inse.

¹⁶² Se vidare om olika möjligheter att konstruera uppsåtsbegreppet Ulväng 2007.

¹⁶³ Jfr ovan avsnitt 1.IV.

vara högst oanvändbar. Samtyckesbegreppet skulle, om det på detta sätt tömdes på nästan allt innehåll, sakna moralisk signifikans och därför komma i konflikt med mycket grundläggande uppfattningar om vad som utgör acceptabelt beteende. Bl.a. skulle ju samtyckesbegreppet omfatta sådana utrerade utpressnings- och övergreppssituationerna som ovan skisserats. Det framstår sålunda som klart att vi bör söka oss bort från den ovan angivna ytterlighetspositionen.

8. Man kan uttrycka det så att samtyckesbegreppets centrala betydelse hänger samman med att det indikerar *något slags relevant skillnad* (moralisk, rättslig etc.) och att denna funktion skulle helt gå förlorad om vi lät samtyckesbegreppet omfatta alla fall där någon sagt "ja" eller accepterat något. Vi är helt enkelt inte intresserade enbart av huruvida någon sagt "ja" eller "ok", utan också av under vilka omständigheter ett "ja" eller ett "ok" har lämnats. Och också om vi kanske någorlunda snabbt kan enas kring att vissa faktorer är relevanta är det oerhört besvärligt att närmare dra gränsen för vilka omständigheter som är sådana att ett "ja" inte skall betraktas som ett särskiljande samtycke.

9. I det följande kommer jag att försöka peka på de frågor som behöver ventileras och de aspekter som behöver beaktas vid en diskussion kring hur man inom straffrätten bör hantera frågan om samtycke och dess betydelse vid sexuellt umgänge.

10. För att samtycke skall vara en relevant utgångspunkt för diskussionen fordras att man godtar dels att individen bör kunna förfoga över vissa intressen i viss utsträckning, dels att individen åtminstone i grunden har förmåga till någorlunda fria och meningsfulla val. Det är t.ex. – och här närmar vi oss, jfr ovan, ett annat ytterlighetsexempel – också möjligt att argumentera för att varje form av beroende på ett personligt eller samhällsligt (strukturellt) plan bör utesluta att ett samtycke ges särskiljande betydelse. I sak innebär naturligtvis detta att utrymmet för särskiljande samtycke blir försvinnande litet. Det kan därför, inte utan fog, hävdas att en argumentation enligt denna linje närmast innebär ett försök till ett *paradigmskifte*. Vad som sägs är närmast att vi bör överge samtycke såsom en grundbult vid bedömning av olika situationer. Vi bör med en sådan utgångspunkt inte längre – eftersom vi alla är beroende av varandra på

olika sätt och därmed ofria – tillmäta samtycke någon avgörande betydelse. Som torde ha framgått tror jag inte att det finns skäl för ett sådant paradigmskifte avseende sexualbrotten; tvärtom finns det starka skäl att fortsatt ta den enskildes sexuella autonomi som själva utgångspunkten för bedömningen.

11. Vid en diskussion kring vad som bör räknas som ett särskiljande samtycke kan vi nog ganska snabbt enas om att vissa faktorer är, eller åtminstone potentiellt bör kunna vara, relevanta. Med ledning av bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § brottsbalken torde vi t.ex. kunna konstatera att frivillighet i någon mening (och därmed frånvaro av tvång medelst våld och hot) är en förutsättning. På motsvarande sätt torde någon form av insikt om relevanta förhållanden vara en faktor av relevans (låt vara att man ganska långt kan diskutera vad som är relevant). Ytterligare framstår det som klart att den enskilde, för att kunna lämna ett särskiljande samtycke, bör ha någon förmåga att ta vara på sina intressen (dvs. den måste framstå som kompetent att lämna ett särskiljande samtycke). Att det är lätt att finna ett antal relevanta faktorer betyder naturligtvis inte att det är lätt att nå enighet om var gränsen mellan tillåtet och otillåtet (eller särskiljande och icke-särskiljande) bör dras.¹⁶⁴

12. Vid en diskussion kring, och analys av, frågan om vad som bör räknas som ett särskiljande samtycke kan det inte uteslutas – tvärtom – att gränsen för vad som (bör) godtas kan läggas på olika nivåer inom olika områden. Det är t.ex. möjligt att vi bör sätta gränsen på ett delvis annorlunda sätt vad gäller samtycke till ekonomiska transaktioner än vad gäller samtycke till sexuellt umgänge. I sammanhanget kan, även om blott ett av exemplen gäller kompetens att samtycka, hänvisas till det illustrativa faktum att barn i Sverige anses kompetenta att samtycka till sex vid 15 års ålder, kompetenta att rösta vid 18 års ålder och kompetenta att köpa en flaska vin på systembolaget vid 20 års ålder.

13. Att gränserna kan behöva dras på olika sätt kan naturligtvis bero på att vi värderar (närmast konventionellt) värdet av

¹⁶⁴ Jfr Hurd 1996 som gör en analogi med bl.a. uppsåtsbegreppet och menar att "the conditions of consent are identical, in their essential respects, to the conditions of responsibility".

autonomi olika på olika livsområden. Det är t.ex. näraliggande att utgå ifrån att värdet av autonomi skattas relativt högt på det sexuella området. Detta kan då utgöra ett argument för att i större utsträckning än annars skydda människor från olika former av otillbörlig påverkan och otillbörligt utnyttjande. Vi ser det inte som särskilt problematiskt om en student förmår en annan och redlöst berusad student att ställa sig på bordet och sjunga en studentsång; värderingen kan emellertid bli annorlunda om den redlöst berusade studenten förmås att vidta en sexuell handling.

14. Hur gränserna dras kan emellertid också påverkas av vikten av att ge människor möjlighet att positivt göra bruk av sin autonomi. Som ovan noterats utgör sex inte endast något som kan innebära negativa upplevelser, utan också – och i hög grad – något som kan utgöra ett positivt inslag i människors liv. Detta gör att det finns en grundläggande spänning mellan motstående intressen: å ena sidan kan det vara särskilt viktigt att skydda människor från övergrepp inom detta område, å andra sidan kan det också vara särskilt viktigt att inte frånta människor möjligheten att faktiskt ha sex. Den finns inget som säger att inte den som befinner sig i en – i någon mening – utsatt position där denne riskerar att utnyttjas kan ha ett behov av och ett starkt intresse av att ha sex.

III. SAMMANFATTNING

1. I kapitlet har framhållits att särskiljande samtycke är ett normativt begrepp som ytterst är ett resultat av etisk argumentation. Viktigt att observera är också att det finns en direkt koppling mellan vad som är att se som ett särskiljande samtycke och de medel som används, eller de omständigheter som utnyttjas, för att få fram ett ”ja” från någon.

2. Detta betyder att det inte finns någon grundläggande eller nödvändig skillnad vad gäller extensionen mellan en s.k. samtyckesreglering och en reglering som tar sikte på de medel som används, eller de omständigheter som utnyttjas, för att få någon att samtycka.

3. Den centrala frågan är därför inte om vi skall ha en samtyckesreglering eller en reglering som är uppbyggd som den nuvarande, utan vad som skall räknas som ett särskiljande samtycke.

4. Denna fråga inkluderar tre delfrågor:

(i) vad skall överhuvudtaget räknas som ett "ja" (en samtyckesgärning) å den enskildes sida?

(ii) vilka faktorer gör att en samtyckesgärning inte kan ses som ett meningsfullt uttryck för den enskildes självbestämmande och därför inte bör betraktas som särskiljande?

(iii) i vilken utsträckning bör den enskilde fritt kunna förfoga över sin sexualitet?

5. Samtyckets beståndsdelar

I. INLEDNING

1. Ett samtycke kan, som ovan utvecklats, sägas bestå av tre olika "ja":

- ∞ ett "ja" från den utsatte,
- ∞ ett första "ja" från lagstiftaren (av innebörd att den utsattes "ja" ses som meningsfullt med hänsyn till de omständigheter under vilka det lämnats), och
- ∞ ett andra "ja" från lagstiftaren (av innebörd att det ifrågasvarande intresset är ett sådant intresse som den utsatte överhuvudtaget äger disponera över).

2. I detta kapitel kommer alla dessa samtyckets tre beståndsdelar att diskuteras. Fokus är, liksom tidigare, inte i första hand inriktat på att närmare argumentera för en viss konception av särskiljande samtycke utan på att söka konstruera de frågor som behöver diskuteras och tentativt försöka peka på områden där det synes finnas skäl till fortsatt (och fördjupad) diskussion och analys.

3. I nästkommande avsnitt (5.II) diskuteras ett antal frågor som aktualiseras vid en bedömning av vad som bör krävas för att en samtyckesgärning överhuvudtaget skall anses föreligga. Därefter förs en diskussion

dels (se avsnitt 5.III) kring vissa medel eller omständigheter som kan anses – eller skulle kunna anses – negera betydelsen

av ett samtycke, dvs. göra så att ett särskiljande samtycke inte anses föreligga trots att en samtyckesgärning föreligger,

dels (se avsnitt 5.IV) kring frågan om tillämpningsområdet för samtyckestanken i samband med sexuella handlingar (bör det finnas gärningar över vilka individen inte tillåts disponera och vid vilka samtycke följaktligen inte är relevant?).

II. SAMTYCKESGÄRNINGEN

a. Om form

1. En första förutsättning för att ett särskiljande samtycke skall kunna anses föreligga är alltså att den utsatte på något sätt säger "ja" till eller accepterar det som samtycket avser. Redan mitt sätt att uttrycka mig (jfr "på något sätt") väcker frågan om det finns skäl att uppställa några särskilda krav på samtyckesgärningens form. Denna fråga är, som vi skall se, inte alldeles enkel.

2. I många fall uttrycks ett samtycke till något genom att någon helt enkelt säger "ja" eller på annat sätt explicit anger att denne accepterar detta något. Vad som bör godtas som en samtyckesgärning kan naturligtvis variera från område till område. För att sluta ett giltigt avtal om en fastighetsöverlåtelse fordras att vissa formkrav uppfylls (här kan bl.a. hänvisas till kravet på att det upprättas en skriftlig köpehandling).¹⁶⁵ I andra sammanhang uppställs inga formkrav och under vissa förutsättningar – närmast att det finns en förväntan på agerande vid icke-samtycke – kan frånvaro av en protest räknas som en samtyckesgärning. Jämför t.ex. med den situationen där ett beslut tas vid ett sammanträde genom att mötesordföranden lägger fram ett förslag och säger "inga invändningar?" (Många skulle nog kritiskt vilja hävda att denna underlåtenhetsmodell har tillmätts alltför stor betydelse just när det gäller samtycke till sex.)

3. Ett "ja" kan med andra ord lämnas på många olika sätt. Förutsatt att inga formkrav uppställs kan en muntlig samtyckesgärning duga likaväl som en skriftlig, och en indirekt uttryckt sam-

¹⁶⁵ Jfr 4 kap. 1 § jordabalken.

tyckesgärning likaväl som en uttrycklig:¹⁶⁶ en samtyckesgärning kan sålunda utföras genom en "nick", genom att någon gör en gest med handen, genom att någon öppnar en dörr osv.

4. Vad som duger (och vad som bör duga) såsom en samtyckesgärning är som ovan antytts kontextbetingat.¹⁶⁷ Det finns därför goda skäl att inledningsvis säga något om kontexten och *språket* vid sexuellt umgänge.

5. Låt oss börja med att konstatera att sexuellt umgänge regelmässigt förutsätter en fysisk närhet. Detta innebär att möjligheten att kommunicera indirekt medelst, inte sällan ganska subtila, fysiska signaler (t.ex. i form av beröring eller i form av att någon "svarar" på beröring), är betydligt större än i många andra sammanhang (jämför t.ex. med en förhandling om pris i ett sammanträdesrum eller över telefon).

6. Det sagda återspeglas tydligt i att en överenskommelse om att företa sexuella gärningar vanligtvis "förhandlas" fram på ett sätt som skiljer sig från de flesta andra situationer. En överenskommelse att ha sex växer t.ex. fram på ett annat sätt än en överenskommelse om ett lägenhetsbyte eller en cykelförsäljning. I sammanhanget kan, i linje med vad som sagts i föregående punkt, bl.a. framhållas att överenskommelserna i regel är konkludenta snarare än explicita. Huvudregeln är inte en tydlig fråga (eller anbud) och ett tydligt svar (eller en accept), utan snarare villighet visad genom successiva handlingar som t.ex. kyssar, smek och andra typer av närmanden.

7. Det sagda är implicerar naturligtvis inte att det inte förekommer att sexuellt umgänge föregås både av uttryckliga frågor ("skall vi knulla?") och närmast avtalsliknande överenskommelser (jfr fall där två eller flera personer i förväg bestämmer spelregler för avancerad sex). Poängen är att sådana fall inte kan betraktas som typfall vid en diskussion om hur vi bör straffrättsligt reglera sexuella övergrepp.

¹⁶⁶ Se t.ex. Husabø 1994 s. 228 och Wertheimer 2003 s. 152.

¹⁶⁷ Se t.ex. Husabø 1994 s. 229 som framhåller att det vid eutanasi bör krävas ett uttryckligt samtycke.

8. Betydligt vanligare än mer explicita överenskommelser torde vara att sexuellt umgänge kommer till stånd genom en successivt ökad intimitet som sker utan mer explicit kommunikation.¹⁶⁸ Två personer gör saker med varandra och ökar successivt intimitetsgraden och den sexuella valören på de handlingar de företar. De flesta torde t.ex. kunna godta följande schablonmässiga och förenklade steg mot fullbordat samlag – för att ta en möjlig slutpunkt – som någorlunda rimliga:

- a) Långvarig ögonkontakt
- b) En kyss
- c) Omfamning och fortsatt hångel
- d) Smekande av bröst och andra mer intima kroppsdelar utanpå kläderna
- e) Avtagande av kläder på överkroppen
- f) Fortsatt smekande och kyssande
- g) Avtagande av byxor och underkläder
- h) Naket smekande
- i) Särande på ben
- j) Inträngande

Det bör särskilt observeras att övergången från lättare intimitet (t.ex. kyssar) till mer tydliga sexuella handlingar (t.ex. smekande av könsorgan) mycket väl ske – och kanske t.o.m. i regel sker – utan att någon samtyckesgärning kan anses föregå gärningen. Förflyttningen från steg c) till d) kan exempelvis ske genom att någon förflyttar sina händer (t.ex. från rygg till bröst) varvid den andre antingen explicit ("ja, fortsätt"), genom mer indirekta uttryck (att "svara" genom fortsatt smekande av den andre) eller kanske t.o.m. genom passivitet (icke-protest, icke-borttagande av hand etc.) signalerar att den godtar detta nya steg.

¹⁶⁸ Jfr t.ex. Schulhofer 1998 s. 59 och Westen 2004 s. 76.

9. Man kan alltså säga att kommunikationen i regel är både delvis indirekt och delvis reaktiv; det handlar på ett sätt om en process som åtminstone delvis kan beskrivas i termer av trial-and-error.

10. Det sagda implicerar inte att kommunikationen är otydlig. I regel torde detta indirekta och reaktiva sätt att kommunicera kring villighet och önskemål fungera fullt tillfredsställande. Det kanske inte ger parterna ingående information om sina respektive sexuella önskemål och preferenser, men det torde i de allra flesta fall ge mycket tydliga besked om villigheten att inlåta sig på sexuellt umgänge med den andre.

11. Av det sagda följer emellertid att det knappast är möjligt att närmare sätta upp några riktlinjer för *hur* ett samtycke till sex skall kommuniceras mellan parterna. Härtill är möjligheterna till kommunikation helt enkelt alltför rika. Parterna kan inte bara tala med varandra, utan de kan dessutom – på grund av den kroppsliga närheten – på en mängd olika sätt göra sig förstådda genom olika kroppsliga åtbörder.

12. Vidare innebär det sagda att man vid en diskussion kring samtycke måste beakta det sätt på vilket kommunikationen faktiskt förs. En gärning som på ovan angivet sätt innebär en ökning av intimitetsgraden bör exempelvis, trots att den inte nödvändigtvis föregås av en samtyckesgärning, inte rimligen betraktas som otillåten (förutsatt att den agerande respekterar och agerar i enlighet med motpartens reaktion).

13. Allt det nu sagda gäller under förutsättning att man inte genom kriminalisering vill formalisera språket kring sexuellt umgänge. Man skulle sålunda, i linje med vad som gäller vid vissa amerikanska utbildningsinstitutioner,¹⁶⁹ kunna uppställa regler av innebörd att endast ett uttryckligt ”ja” gäller som en samtyckesgärning; jfr nedan i avsnitt 5.V.b. I någon utsträckning torde emellertid det sätt genom vilket vi faktiskt kommunicerar med varandra också sätta upp gränser för i vilken utsträckning vi kan formalisera språket kring sexuellt umgänge – man kan

¹⁶⁹ Se t.ex. Westen 2004 s. 76 f.

s.a.s. inte utan att stöta på besvärliga problem ställa upp normer för kommunikationen som avviker alltför mycket från hur kommunikationen normalt förs – men möjligheten att uppställa formkrav kan inte uteslutas som sådan.¹⁷⁰

14. Så långt är allt gott och väl. Det sagda innebär emellertid att gränsen mellan vad som kan utgöra en samtyckesgärning och ren passivitet många gånger kan vara mycket svårfångad och, framför allt, mycket svår att bedöma *utifrån och i efterhand*. En passivitet som ger uttryck för samtycke (jfr t.ex. ett fall där den en person försiktigt börjar smeka en bredvidliggande partner och där den senare inte lämnar sitt samtycke till fortsatt smekande av sexuell karaktär på annat sätt än genom sin passivitet) kan se mycket likartad ut som en passivitet som ger uttryck för underkastelse framkallad av rädsla.

15. Jag återkommer till denna frågeställning men innan det görs skall ställning först tas till den mycket grundläggande frågan om vi bör godta inte bara att en samtyckesgärning kan komma till uttryck på mycket olikartade sätt, utan också att en samtyckesgärning kan anses föreligga vid s.k. *inre (eller tyst) samtycke*. Annorlunda uttryckt kan frågan sägas gälla om en samtyckesgärning verkligen förutsätter en gärning eller om det är tillräckligt med en (icke-kommunicerad) inställning hos den utsatte.

b. Gärning eller inställning?

1. Som ovan nämnts skall i detta avsnitt behandlas frågan om man såsom en samtyckesgärning bör godta också ett s.k. tyst (eller inre) samtycke. Frågan kan också uttryckas så att den gäller huruvida samtyckesgärningen skall anses konstitueras av en (accepterande) inställning hos den samtyckande eller om det bör krävas att denna inställning *också* kommer till uttryck i någon form av gärning.¹⁷¹

2. Frågan har visserligen ingen större betydelse om man anlägger ett praktiskt perspektiv på saken; i de allra flesta fall där

¹⁷⁰ Se t.ex. Schulhofer 1998 s. 272.

¹⁷¹ Se vidare bl.a. Alexander 1996 s. 87 f., Westen 2004–05 s. 336 f. och 340 ff. och McGregor 2005 s. 118 ff.

frågan ställs huruvida ett sexuellt övergrepp har förövats eller ej sammanfaller den utsattes inställning med vad denne låter komma till uttryck. I vissa fall är emellertid denna fråga helt avgörande för vår bedömning.

3. I det följande kommer jag att använda termen inre samtycke för att beteckna att det föreligger en accepterande inställning hos den utsatte (vare sig denna inställning kommit till uttryck eller ej).

4. Liksom i relation till andra aspekter av samtyckesbegreppet finns skäl att betona att vi *inte* är ute och söker efter något slags samtyckets ontologi. Frågan är alltså inte om ett inre samtycke *är* en samtyckesgärning. Frågan är snarare huruvida det finns goda skäl att knyta det särskiljande till det ena (ett inre samtycke) eller det andra (ett uttryckt inre samtycke).

5. Som antytts är det inte helt enkelt – även om det går – att konstruera realistiska exempel på fall av sexuella övergrepp där det föreligger ett inre samtycke. Låt oss därför ta vår utgångspunkt i ett exempel byggt på brottet stöld.

6. Antag sålunda att A går in B:s olåsta hus och där tar en flaska whisky från barskåpet i A:s vardagsrum. Antag vidare att B vid tiden för tillgreppet sitter och mediterar i en fåtölj i ett mörkt hörn av vardagsrummet och därför kan följa A:s göranden och låtanden. Om B:s inställning, när han ser A, kan uttryckas med någonting i stil med "Vad gör han. Han får fan inte ta min whisky!" uppstår naturligtvis inga frågetecken. Vi kan inte med bästa vilja säga att det föreligger ens ett inre samtycke och följaktligen heller ingen samtyckesgärning. Antag emellertid att B visserligen blir överraskad av att se A, men att B – när han hör A säga till sig själv "nu skall vi se om A har en whisky som jag kan ta" – säger sig "ok, visst får han ta en whisky" eller "vad bra, jag hade ju ändå tänkt att ge A flaskan som står där".

7. Om vi, för att ett särskiljande samtycke skall föreligga, fordrar att B har en accepterande inställning som också kommer till uttryck i någon form av gärning kan någon samtyckesgärning inte anses föreligga varvid det står klart att A kan hållas ansvarig för stöld. Om vi istället anser att ett särskiljande samtycke kan bygga enbart på en accepterande inställning hos B kan A – under

förutsättning att det inte finns något annat skäl att underkänna B:s samtycke – inte hållas ansvarig.¹⁷²

8. Det som gör att vi i detta exempel tydligt kan skilja mellan det inre samtycke (som föreligger) och uttrycket för samtycke (vilket inte föreligger) är att A kan utföra den ifrågavarande gärningen utan att ha någon som helst kontakt med B. Det är också därför det är svårt att skapa tydliga exempel som rör området för sexuella övergrepp; på detta område förutsätts närmast per definition en nära kontakt mellan gärningsmannen och den utsatte.

9. Det är emellertid inte omöjligt att konstruera exempel också på området för sexuella övergrepp. Låt oss t.ex. anta att den utsatte är förlamad och till följd härav har stora svårigheter att kommunicera med omvärlden. Fråga kan t.ex. vara om att den utsatte kan kommunicera endast genom blinkningar och att dessa blinkningar kan förstås endast av särskilt utbildad personal. Antag vidare att A kommer in på B:s rum och har sex med B utan att B har kunnat kommunicera sin inställning till A:s gärning. B blir emellertid glad för A:s initiativ och njuter av den kroppsliga närheten. Kan B sägas ha samtyckt till A:s gärning?

10. Precis som i stöldexemplet blir det avgörande för huruvida A kan hållas ansvarig för våldtäkt huruvida det, för att det skall föreligga en samtyckegärning, är tillräckligt att B har en accepterande inställning (särskiljande samtycke kan i så fall föreligga) eller om det bör krävas också en gärning genom vilken denna inställning kommer till uttryck (särskiljande samtycke kan i så fall inte anses föreligga). Det skall emellertid, som redan antytts, inte förnekas att frågan, såvitt angår samtycke till sex, snarast är av teoretisk karaktär.

11. Frågan om vad som bör krävas för att det överhuvudtaget skall anses föreligga en samtyckesgärning har i svensk litte-

¹⁷² Med utgångspunkt i svensk rätt är den relevanta frågan att ställa vid bedömning av om A kan hållas ansvarig för stöld egentligen inte huruvida det föreligger ett samtycke från B:s sida, utan huruvida B på ett sätt som negerar rekvisitet "olovligen" kan anses ha givit lov att ta whiskyn. Denna teknikalitet spelar dock ingen som helst roll för principfrågan.

ratur diskuterats relativt mycket vad gäller samtycke som allmän ansvarsfrihetsgrund enligt 24 kap. 7 § brottsbalken, och i modern litteratur är den allmänna uppfattningen att ett samtycke fritar från ansvar också om det inte på något sätt har kommit till uttryck (och dessutom oberoende av om det är känt av gärningsmannen).

12. Denna ståndpunkt har bl.a. intagits av Agge, Strahl, Leijonhufvud & Wennberg och Jareborg.¹⁷³ I den sistnämndes framställning uttrycks skälen för denna ståndpunkt på följande sätt:

”Ett sådant krav på viljeuttryck anses dock inte vara motiverat i straffrätten. Det väsentliga för frågan, om en kränkning av ett skyddsvärt intresse har ägt rum, är om gärningen faktiskt har godtagits. Så har skett även vid ett s.k. **inre samtycke**, dvs. ett samtycke som inte på något sätt har manifesterats för omvärlden.”

Poängen med att godta också ett inre samtycke skulle alltså närmast vara att förekomsten (eller icke-förekomsten) av ett sådant samtycke är vad som avgör om det har förekommit en kränkning av ett skyddsvärt intresse.

13. Det förhållandet att de det råder stor enighet, om att ett inre samtycke kan vara tillräckligt för ansvarsfrihet enligt 24 kap. 7 § brottsbalken, betyder inte med nödvändighet att detsamma gäller vid sexualbrotten.

För det första finns det inget som säger att ställningstagandet till förmån för ett inre samtycke måste vara undantagslöst inom ramen för 24 kap. 7 §.

För det andra är det såvitt gäller sexualbrotten inte fråga om att tillämpa 24 kap. 7 § utan om att fråga sig vilka typer av samtycke som utesluter brottsbeskrivningsenlighet, dvs. vilka typer av samtycke *som medför att tvång inte kan anses föreligga*.

14. I frånvaro av uttalanden som tyder på motsatsen får emellertid presumeras att de flesta menar att ett inre samtycke kan vara tillräckligt för att fritar från ansvar också i samband med sexuella övergrepp. Mer uttrycklig i denna riktning har bl.a. Wennberg varit:

¹⁷³ Se Agge 1964 s. 417 f., Strahl 1976 s. 382, Jareborg 2001 s. 282 och Leijonhufvud & Wennberg 2009 s. 99.

”Antag att situationen varit densamma [som i NJA 1988 s. 40], utom såtillvida att kvinnan inte haft något emot att mannen hävde sig över henne och med sin tyngd låste fast henne, när han genomförde ett samlag. Fortfarande föreligger tvång i den meningen att hon inte kunde förhindra samlaget, men våldtäktsansvar är uteslutet på den grunden att hon (tyst) samtyckt till handlingen.”¹⁷⁴

Man kan diskutera det sätt på vilket Wennberg här talar om samtycke – som ovan utvecklats framstår det som klart att samtycke inte direkt korrelerar med om någon haft en positiv attityd till något eller ej (”inte haft något emot”) – men i det här sammanhanget behöver vi inte bry oss om annat än det förhållandet att Wennberg på ett tydligt sätt ger uttryck för att också ett inre (tyst) samtycke är tillräckligt för ansvarsfrihet.

15. Med detta sagt som en utgångspunkt vill jag framhålla att jag för egen del menar övervägande skäl talar för att samtycke bör ses som en *gärning* genom vilken den samtyckande ger någon tillåtelse att göra något (eller själv accepterar att göra något) och jag skall i det följande försöka motivera mitt ställningstagande.

16. Utgångspunkten för ställningstagandet är att förekomsten av samtycke, på sätt som ovan utvecklats, i grunden är särskiljande *därför att* förekomsten av samtycke innebär att den samtyckande inte används uteslutande som en sak eller som ett medel, utan behandlas som en person. Det betyder att samtycke i grunden bör ses som en *”transaktionell” gärning* snarare än som en inställning: i frånvaro av någon form av samtyckesgärning behandlas ju den utsatte – också om ett inre samtycke föreligger – fortsatt som en sak (eller ett medel) snarare än som en person.

17. Ett respekterande av den andres autonomi förutsätter med andra ord, inte bara att gärningen faktiskt har accepterats av den utsatte genom ett inre samtycke, utan att gärningsmannen agerar *med stöd av* samtycket.

18. Detta betyder emellertid inte med nödvändighet att tankarna på att ett inre samtycke mer generellt bör avfärdas som irrelevanta. Som utvecklats ovan i kapitel 2 får vi alla finna oss i att bli objektifierade, eller behandlade utan respekt för vår autonomi, i viss utsträckning. Ett icke-respekterande av vår autonomi är

¹⁷⁴ Wennberg 1993–94 s. 493.

därför inte med nödvändighet tillräckligt för att det skall vara befogat att ingripa med straffrättsliga medel.

19. Man kan med andra ord säga att ett inre samtycke kan påverka i vilken utsträckning ett intrång sker i det intresse som den samtyckande disponerar över och att detta både kan och bör tillmätas betydelse för i vilken utsträckning det är rimligt att ingripa med straffrättsliga medel.

20. I det ovan diskuterade exemplet med whiskyflaskan kan förvisso sägas att B:s rätt till självbestämmande trätts för när, men vi kan ändå – eftersom något beaktansvärt intrång i det intresse som B har makt att disponera över (dvs. *det ekonomiska intresset och intresset av besittning*) knappast kan sägas ha uppstått – finna att straffrätten bör stå tillbaka.

21. Det sagda kan sammanfattningsvis sägas innebära:

(i) *att* vi i dessa – och andra strukturellt likartade fall – kan skilja mellan *intresset av självbestämmande* å den ena sidan och det *intresse som självbestämmandet avser* (där fråga kan vara om sexuell integritet, fysisk integritet i allmänhet, ekonomisk trygghet osv.) å den andra, och

(ii) *att* det – under förutsättning att relationen mellan dessa både intressedimensioner är sådan att självbestämmandet i sig framstår som underordnat – kan finnas skäl att tillmäta ett inre samtycke betydelse *därför* att det innebär att något beaktansvärt intresseintrång inte kan anses ha uppstått.

Skälet till att också ett inre samtycke (i vissa fall) bör tillmätas betydelse är alltså inte att det i sig skulle "duga" som en samtyckesgarning, utan att det duger som skäl för att anse att något beaktansvärt intrång i det intresse över vilket den samtyckande har dispositionsrätt inte kan anses ha skett. Och under förutsättning av att intresset av självbestämmande inte är mycket starkt kan detta naturligtvis vara ett skäl att avstå från straffrättsligt ingripande.

22. Om man accepterar det sagda bör det stå klart att de i svensk rätt uttryckta tankegångarna om att också ett "inre samtycke" är tillräckligt inte utan vidare kan överföras till området för sexuella övergrepp.

23. I fall av sexuella övergrepp är det tydligt att intresset av självbestämmande är det allt överskuggande och det kan till och med vara svårt att urskilja ett intresse som tydligt kan separeras från autonomiintresset: det är s.a.s. just det förhållandet att självbestämmanderätten kränks som gör sexuella övergrepp till ett intresseintrång.¹⁷⁵

24. Fysisk integritet är s.a.s. inte på samma sätt ett självständigt värde som kan skattas separat från frågan om den enskildes självbestämmande. Det kan därför sägas att det också om den utsatte accepterar gärningen (genom ett inre samtycke) finns kvar ett beaktansvärt intresseintrång: det som består i att den utsatte, på ett område där självbestämmande skattas särskilt högt, används utan tillbörligt beaktande av sin autonomi.

25. Till det sagda skall läggas att det på ett mer allmänt plan framstår som verklighetsfrämmande att – i ett fall där någon faktiskt blivit tvingad till sex – ställa sig frågan huruvida denne samtyckte till detta (vilket naturligtvis inte är detsamma som att det är svårt att se att man kan samtycka till sex med våldsinslag eller, i förväg, lämna ett samtycke till "framtvungad" sex). Det finns därför knappast något praktiskt skäl att vilja föra in denna fråga i processen.

26. Sammantaget menar jag alltså att ett inre samtycke – dvs. en inre accepterande inställning – inte bör duga såsom en samtyckesgärning vid sexuella övergrepp.¹⁷⁶ Betydelsen av detta minskar

¹⁷⁵ Jfr ovan avsnitt 2.V.

¹⁷⁶ Malm har, se Malm 1996 s. 148 f., argumenterat för att samtycke bör förstås som en gärning, snarare än som en inställning genom att peka på att underlåtenhet att göra eller säga något, under vissa förutsättningar, kan förstås som ett uttryck för samtycke. Och eftersom en underlåtenhet måste definieras genom icke-utförandet av en handling, dvs. "tacit consent is defined in terms of acts", skulle "the interests of clarity and parity ... suggest" att samtycke genom en positiv handling bör förstås på samma sätt. Denna argumentation övertygar dock inte. Man kan enklast uttrycka det så att det Malm säger om relationen mellan underlåtenhet och handling visserligen är riktigt men att det inte stödjer slutsatsen. Allt Malm visar genom sin argumentation är att möjligheten att kunna uttrycka ett samtycke genom underlåtenhet har en parasitisk relation till en förväntad handling. Detta har emellertid ingen som helst bäring på frågan om det finns skäl att godta också ett inre samtycke som särskiljande. Underlåtenheten (såsom uttryck för ett inre samtycke) är ju bara intressant under förutsättning att vi kräver att ett samtycke skall komma till uttryck.

visserligen av att vi knappast kan uppställa några särskilda formkrav på samtyckesgärningen, den kan komma till uttryck genom beröring, gester, åtgärder och till och med genom underlåtenhet,¹⁷⁷ men ställningstagandet har betydelse såtillvida att man i fall där det är klart att gärningsmannen t.ex. genom fysiskt våld har tilltvingat sig sex *inte* behöver fråga sig om den utsatte innerst inne godtog det tvångsvisa sexet. (En annan sak är att man *i förväg* torde kunna samtycka till våldsamt sex med vissa inslag av tvång, men då tvingas man naturligtvis inte att delta i den sexuella handlingen.)

27. Även om man, på sätt som här förordas, ställer krav på någonting utöver ett inre samtycke kommer man alltså knappast ifrån det problemet att rena övergreppsgärningar (passivitet p.g.a. hot) kommer att kunna se likartade ut – sedda utifrån – som gärningar som företas med ett särskiljande samtycke som har kommit till uttryck genom subtila signaler eller t.o.m. genom accepterande passivitet.

III. SAMTYCKESNEGERANDE FAKTORER

a. Inledning

1. I detta avsnitt skall jag ta upp de olika faktorer som kan ses som plausibla kandidater om man frågar sig vad som kan göra att vi trots att en samtyckesgärning föreligger inte är beredda att se ett samtycke som särskiljande. Fråga är med andra ord om en framställning som tar sikte på sådana faktorer som gör att vi inte ser en viss samtyckesgärning som meningsfull och som därför kan leda fram till slutsatsen att fråga inte är om ett särskiljande samtycke (dvs. fråga är om det första "ja" som fordras från lagstiftaren).

2. De faktorer som i första hand kommer att tas upp är (i) våld, (ii) hot och erbjudanden, (iii) en utsatt position, (iv) vilseledande och (v) ålder. Det bör vara lätt att se relevansen av (ii)–(v) som samtyckesnegerande faktorer. Det kan emellertid redan här

¹⁷⁷ Se här även Baker 1999 s. 52: "a performative account ... does not imply that there is a fixed set of moves that needs to be gone through in order to give consent".

förutskickats att frågan om våld som medel för att tilltvinga sig samtycke sällan uppstår i ren form (fråga är ofta antingen om *vis absoluta*, dvs. fysiskt betvingande, eller om ett hot om fortsatt våld; se vidare inledningen till avsnitt 5.III.b). I ett avslutande avsnitt kommer också att diskuteras om det är möjligt att använda en tanke på "ömsesidighet" eller "god sex" som ett slags samtyckesstandard (se 5.III.g nedan).

3. Innan vi går in på nyss nämnda faktorer skall emellertid först sägas några inledande ord om användningen av jämförelser med hur straffrätten är utformad vid andra brottstyper.

4. Ibland sägs att det är påtagligt hur begränsat skyddet för den sexuella integriteten är i jämförelse med skyddet för t.ex. egendom. Stephen Schulhofer skriver t.ex. följande:

"Of all our rights and liberties, few are as important as our right to choose freely whether and when we will become sexually intimate with another person. Yet, as far as the law is concerned, this right – the right to sexual autonomy – doesn't exist. Citizens simply do not have a legally recognized claim to protection for their freedom of sexual choice.

The law of rape suffers from well-known practical limitations. But even under the best of circumstances, its coverage is narrow. It prohibits sex with children and with unconscious adults, but in nearly all other situations it protects our sexual freedom *only* against interference by compelling physical force. No other concern that is central to the life of a free person receives such stinting protection.

A well-developed system of criminal law enforcement protects our property, our labor, our right to vote, our privacy and our confidential information. The criminal law protects these rights against physical violence, of course. But it also does more. It makes these rights meaningful by protecting them *comprehensively*."¹⁷⁸

5. Om vi ser enbart till svensk rätt och till straffbudens utformning kan vi se att Schulhofer har visst fog för det han säger. För att ett sexualbrott skall vara förövat krävs sålunda antingen att gärningsmannen använt våld eller hot eller utnyttjat att offret befunnit sig i en viss utsatt position (varit hjälplös, i beroendeställning, underårig etc.); vid stöld däremot kriminaliseras också

¹⁷⁸ Schulhofer 1998 s. 274.

det rena tagandet (t.ex. genom stadgandena om stöld och egenmäktigt förfarande).

6. Samtidigt bör emellertid också stå klart att dylika jämförelser måste göras med både försiktighet och eftertanke.

7. För det första är det redan vid första påseende tydligt att bilden är betydligt mer komplex än den som förmedlas av citatet ovan.¹⁷⁹ Det finns områden där skyddet för det sexuella självbestämmandet är anmärkningsvärt svagt, men det är också tydligt att skyddet för den sexuella integriteten i många avseenden sträcker sig längre än skyddet för andra typer av intressen. Exempelvis skyddas en sovande person egentligen inte på något sätt mot icke sexuell beröring, medan sexuella handlingar som riktar sig mot en sovande som huvudregel utgör ett allvarligt övergrepp. Ett annat exempel är att den s.k. sexköpslagen (dvs. 6 kap. 11 § brottsbalken) innebär att den enskilde skyddas mot att "köpas" för sexuella syften, medan det inte finns något motsvarande straffbud avseende andra typer av tjänster. För att ytterligare komplicera bilden kan hänvisas till det faktum att de övergrepp som avses i 6 kap. 1 § första stycket (våldtäkt genom våld och hot) och i 6 kap. 2 § (sexuellt tvång) har en förhöjd straffskala i relation till övriga typer av tvång.

8. För det andra finns skäl att framhålla att det ofta krävs viss försiktighet och eftertanke vid jämförelser mellan olika typer av delikt. Exempelvis är det på flera sätt tydligt att det finns betydande skillnader på rätten till egendom och rätten till sin kropp, bl.a. såtillvida att människan kan vara skild från sin egendom men inte från sin kropp. En sak kan tas från en människa utan att denne befinner sig i närheten, medan en sexuell handling förutsätter närhet och fysisk närvaro. Detta innebär att vi laborerar med skilda förutsättningar och skilda behov i stöld- respektive våldtäktsfallen. Det är inte självklart vad dessa förutsättningar och behov innebär, men det framstår som tydligt att en så rak och enkel jämförelse som Schulhofer gör i många avseenden måste bli missvisande.

¹⁷⁹ Detta är också Schulhofer fullt medveten om. Jfr t.ex. Schulhofer 1998 s. 116 ff.

9. Eftersom en sexuell handling förutsätter närvaro och fysisk närhet är det inte särskilt svårt att se varifrån kravet på tvång kommer; en sexuell handling kan helt enkelt inte tas lika lättvindigt som en sak. Det är heller inte särskilt svårt att se att ett motsvarande tvångskrav framstår som närmast absurt i fall där det som skall tas kan vara särskilt från människan och dess kropp. Man kan uttrycka det så att tanken på tvång blir obegriplig om det inte kan förutsättas att det vid gärningen finns någon att tvinga.

10. Det nu sagda är inte på något sätt avsett att förneka att betydelsen av tvångstanken *också* har haft sin grund i synen på sexualiteten, det sexuella självbestämmandet och i synen på relationen mellan man och kvinna. Det är heller inte avsett att implicera att den rättsliga regleringen av våldtäkt och andra typer av sexuella övergrepp är och har varit optimal. Om vi ser tillbaka i tiden – och vi behöver inte gå särskilt långt tillbaka – torde t.ex. de flesta förnuftiga bedömare kunna enas om att skyddet mot sexuella övergrepp har varit anmärkningsvärt begränsat och ganska många skulle säga att detsamma gäller idag. En sådan slutsats bör emellertid underbyggas på annat sätt än genom ytterst förenkla jämförelser med vad som gäller vid andra brottstyper.

11. En annan jämförelse som inte sällan – och i kritiskt syfte – används i debatten är jämförelsen mellan våldtäkt och rån.¹⁸⁰ Frågan brukar ställas, varför det vid våldtäkt hela tiden ställs frågor om huruvida offret har samtyckt till den sexuella handlingen när ingen skulle komma på tanken att ställa motsvarande fråga vid ett rån.¹⁸¹

12. Enligt min uppfattning behöver knappast sägas att jämförelsen är både förenklad och direkt missvisande, men eftersom jämförelsen utgör ett återkommande inslag i debatten och diskussionen finns ändå skäl att uppehålla sig något kring den, om inte annat för att skapa underlag för diskussion och eftertanke.

13. Svaret på den ställda frågan – varför samtyckesfrågan ställs vid våldtäkt men inte vid rån – kan egentligen sägas ligga implicit i dess formulering: ”ingen skulle komma på tanken ...”. Skä-

¹⁸⁰ Jfr t.ex. Burgess-Jackson 1999b s. 104 ff.

¹⁸¹ Jfr t.ex. Wennberg 2004.

let till att så är fallet är naturligtvis att frågan om ett frivilligt överlämnande (av t.ex. en plånbok) sällan framstår som en *alternativhypotes* som är värd att ta på allvar, medan så relativt ofta är fallet vad gäller sex. Allt detta bottnar dels i att frivilliga sexuella handlingar (också mellan människor som relativt nyligen har träffats) är legio medan frivilligt överlämnande av den egna plånboken (av sedlar etc.) till någon annan är något mycket sällsynt, dels i att det i mål om sexuella övergrepp inte sällan (och det beror delvis just på att det är vanligt med samtycke) görs invändningar om frivillighet.

14. Det finns naturligtvis också vid våldtäkt fall då ingen skulle komma på tanken att ställa dylika frågor. Ett övertydligt exempel kan vara att frågor om samtycke framstår som fullständigt aparta t.ex. vid överfallsvåldtäkter (dvs. vid situationer som liknar typiska fall av rån).

15. Detta kan sägas trots att det, vilket flera har påpekat före mig, onekligen har funnits en tendens att utreda alternativhypoteser i fall där sådana borde kunna avfärdas. I sammanhanget kan hänvisas till Hagströmer som skrivit följande rader (där särskilt de sista sju orden bör uppmärksammas):

”Om ... X., som mött kvinnan Y. ute på marken, störtat sig över henne, tilldelat henne ett slag i hufvudet, så att hon medvetlös segnat ned, och därefter öfvat otukt med henne, fordras ej något särskildt 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.”¹⁸²

Även om uttalandet är taget ur sin kontext (i sammanhanget framgår att Hagströmer menar att frågan om otukt förövas emot kvinnans vilja i de allra flesta fall saknar betydelse då lagens övriga rekvisit är uppfyllda) framstår naturligtvis den sista bisatsen som närmast bisarr.

16. Detta förändrar emellertid inte grundproblematiken: ett påstående om frivilligt samlag framstår ofta som en betydligt mer realistisk alternativhypotes (vid ett utredning av en våldtäkt) än ett påstående om frivilligt överlämnande av plånbok (vid en utredning av ett rån). Och eftersom i brottmål också

¹⁸² Hagströmer 1911 s. 369.

relativt orealistiska alternativhypoteser måste vederläggas kan de lätt få praktisk betydelse.

17. Jag har nu ägnat visst utrymme åt att nyansera – och delvis kritisera – vissa ofta använda jämförelser. Det sagda är emellertid inte på något sätt avsett att förneka att jämförelser är helt centrala som medel för såväl utvärdering som ifrågasättande. Tvärtom, finns det få medel som är så effektiva för att se nya problem och frågor, för att skapa referensramar osv. som jämförelser.¹⁸³ Det förhållandet att en fråga ställs (t.ex. frågan varför det rena tagandet kriminaliseras vid tagande av egendom, men inte vid tagande av sex) är ofta en förutsättning för att ett svar överhuvudtaget skall formuleras av någon. Såtillvida kan också frågor som, sist och slutligen, visar sig vara felställda vara viktiga för utvecklingen.

18. Syftet med det ovanstående har enbart varit att peka på att diskussionen inte sällan är förenklad och att man – till och med när man läser en så god bok som Schulhofers – får vara försiktig med att okritiskt köpa de argument som används.

19. Sammanfattningsvis kan sägas att man naturligtvis både kan och bör diskutera om skyddet för den sexuella integriteten är utformad på ett rimligt sätt – hela denna bok syftar till att främja en sådan diskussion – men att ingen har något att vinna på en osaklig diskussion där olika typer av jämförelser används för att övertala snarare än för att övertyga.

b. Våld

1. Vad gäller våldsfallen bör inledningsvis, och i linje med vad som ovan antytts, framhållas att våld visserligen kan vara ett medel för att uppnå sex, men att kopplingen till samtycke ändå är mycket indirekt. Man skulle kunna säga att en (i) delmängd av våldsfallen är sådana att samtyckesfrågan överhuvudtaget inte uppstår, medan de resterande fallen (ii) är mer näraliggande att analysera såsom hotfall.

2. Man kan naturligtvis (i) tilltvinga sig sex med användande av våld som medel för att betvinga den andres kroppsliga frihet. I

¹⁸³ Jfr Asp 2004.

dess fall brukar talas om *vis absoluta* eller om absolut tvång. Vid dylikt absolut tvång uppstår aldrig frågan om huruvida ett särskiljande samtycke föreligger eftersom det överhuvudtaget inte föreligger någon samtyckesgärning.

3. Man kan också (ii) genom att använda våld tilltvinga sig en samtyckesgärning ("sluta att slå, jag ger mig"), men i dylika fall finns istället en påtaglig överlappning med hotfallen. Det som ger gärningsmannen skäl att utföra en samtyckesgärning är inte bara, eller ens huvudsakligen, det våld som *har utövats* utan snarare det implicita hot om fortsatt våld som måste anses ligga i våldsanvändningen. Den möjliga fortsatta våldsanvändningen kan s.a.s. inte tänkas bort, utan att möjligheterna till påverkan kollapsar.

4. Vad gäller kravet på våld i den svenska lagstiftningen har vi redan (se närmare ovan i kapitel 3) kunnat konstaterat att utvecklingen gått i riktning mot att allt mindre allvarligt våld fordras för att ansvar för sexuella övergrepp på grund av tvång genom våld skall kunna aktualiseras. Detta gäller till och med om vi uteslutande ser till vilken våldsanvändning som är tillräcklig för att ligga till grund för ansvar enligt 6 kap. 1 § brottsbalken (dvs. för våldtäktsansvar). Det torde därför – om vi enbart talar om tvång genom våld – kunna sägas att det idag knappast finns någon form av tänkbar våldsanvändning som är otillräcklig för ansvar för sexuellt övergrepp.

5. Det kan förvisso argumenteras för att inte alla situationer som inkluderar (vad som bör bedömas som) sex utan samtycke omfattas av dagens reglering – jag gör det själv på vissa håll i detta kapitel – men också med denna utgångspunkt kan det svårligen sägas att det beror på att kravet på våld är för begränsande. Eventuella svårigheter hänger snarare samman med att lagstiftaren har fokuserat för mycket på de klassiska vålds- och hotfallen vilket skapat utrymme för luckor på annat håll i regleringen.

6. Problemet är, med andra ord, inte att det kan förekomma fall där icke-samtycke föreligger till följd av våld (vilka inte omfattas av regleringen) utan att man kan tänka sig fall där icke-samtycket beror på annat än förekomsten av våld (och att dessa inte omfattas av regleringen), dvs. fall där vi har en kombination av

icke-samtycke och icke-våld (eller icke-samtycke och våld som är icke-tvingande, men där någon annan faktor undergräver, eller borde undergräva, samtyckets särskiljande betydelse; tänk t.ex. på ett fall där vi har att göra med överenskommen våldsam sex och det som gör samtycket icke-särskiljande inte är våldet utan någon annan faktor). Det finns därför begränsad anledning att uppehålla sig vid våldsrekvisitet.

7. En fråga som kan sägas vara knuten till våldsrekvisitet är emellertid om man skulle kunna kriminalisera våldsam sex oberoende av tvång i syfte att därmed kunna utdöma ansvar för våldet oberoende av om det går att styrka icke-samtycke (dvs. tvång). Det kan emellertid svårligen argumenteras för att skälet till att något särskiljande samtycke inte skulle anses föreligga i sådana fall (dvs. vid en dylik kriminalisering) är att den enskildes samtycke inte har varit meningsfullt, dvs. inte kan anses ge uttryck för individens självbestämmande. Som skäl för en kriminalisering av våldsam sex oberoende av tvång måste snarare ligga en tanke av innebörd att detta bör kriminaliseras oberoende av huruvida den enskilde lämnat ett samtycke eller ej, dvs. en tanke av innebörd att fråga är om ett intresse som den enskilde individen inte äger förfoga över.¹⁸⁴

8. Denna fråga kommer därför att behandlas i avsnitt 5.IV nedan, där det kortfattat diskuteras om det finns skäl att på något sätt avgränsa det område inom vilket den enskilde tillåts fullt ut förfoga över sin sexualitet. Vi kan därmed lämna frågan om våld som medel för att uppnå sex.

c. Hot och erbjudanden

1. Av betydligt större intresse att diskutera är hur vi bör se på situationer där någon använder *hot eller erbjudanden* för att förmå någon att tåla eller utföra en sexuell handling.
2. Det är vanligt att man gör en ganska strikt åtskillnad mellan hot och erbjudanden, men här skall jag – av skäl som kommer att framgå nedan – behandla dem tillsammans.

¹⁸⁴ Jfr ovan avsnitt 2.V.

3. Låt oss börja med att konstatera att enighet torde råda om att hot (åtminstone om de är av viss magnitud) kan undergräva ett samtyckes särskiljande betydelse. Utgångspunkten har t.ex. sedan länge varit att ett hot som för den utsatte innebär trängande fara medför att ett särskiljande samtycke inte kan anses föreligga. Om A sålunda riktar en pistol mot B och därigenom förmår B att acceptera att ha samlag med A, är det tydligt att B inte har lämnat något särskiljande samtycke.

4. Enligt nu gällande svensk rätt omfattar emellertid regleringen en betydligt bredare krets av hot. Allmänt kan sägas att det för våldtäktsansvar är tillräckligt att gärningsmannen såsom tvångsmedel använder ett hot om brottslig gärning. Fråga kan, enligt förarbetena, t.ex. vara om att A hotar att slå sönder B:s tillhörigheter om B inte efterkommer A:s önskemål.¹⁸⁵ Vad gäller sexuellt tvång är kretsen av hot som omfattas ännu något bredare.

5. Om vi frigör oss från gällande rätt är en rimlig utgångspunkt också i ett mer obundet normativt perspektiv att ett samtycke framtvingat genom hot i regel inte kan anses särskiljande. Saken är emellertid inte fullt så enkel som den kan verka. Bl.a. måste – med denna utgångspunkt – ställning tas till vad som överhuvudtaget är att klassificera som ett hot (till skillnad från ett erbjudande) och vidare måste rimligen anses finnas någon form av de minimis-regel av innebörd att inte varje hot kan anses tvingande på ett sådant sätt som bör förutsättas för våldtäktsansvar.¹⁸⁶

6. Låt oss börja med den första frågan: hur kan vi överhuvudtaget skilja på hot och erbjudanden?

¹⁸⁵ Prop. 2004/05:45 s. 134.

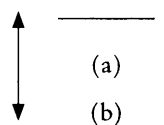
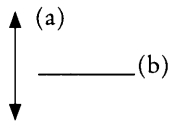
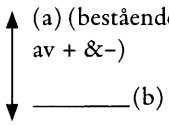
¹⁸⁶ En situation som kan vara särskilt besvärlig att bedöma är när någon, i ett våldsamt förhållande, lever under ett mer eller mindre konstant hot om allvarligt våld från sin partner och säger ja till sex för att förebygga våldsamheter. I dylika fall kan det åtminstone ibland vara så att det föreligger ett sådant implicit hot om våld som kan ligga till grund för straffansvar. Att se det på det sättet att det föreligger ett mer eller mindre konstant (perdurerande) hot om våld och att varje form av sexuellt umgänge inom en sådan relation därför skulle vara att se som ett övergrepp förefaller emellertid föra för långt (bl.a. måste man naturligtvis räkna med att det finns perioder av ömsesidighet också inom ramen för en relation som i grunden kan betecknas som destruktiv).

7. Normalt brukar man skilja mellan hot och erbjudanden genom att säga att den som inte lyder vid ett hot hamnar på "minus" i relation till vad som gäller hotet förutan.¹⁸⁷ Med ett annat uttryckssätt kan man säga att hot utesluter nollalternativet (valet står s.a.s. mellan följsamhet eller skada). Vid erbjudanden kvarstår möjligheten till nollalternativet. Ett erbjudande kan med andra ord avböjas utan att den utsatte hamnar på "minus". Det sagda innebär att ett erbjudande tillför en valmöjlighet, medan ett hot är frihetsinskränkande.¹⁸⁸

8. Det sagda kan enklast illustreras med hjälp av en figur. I figuren har de olika symbolerna följande funktioner:

- ∞ *Den horisonella linjen* anger den nivå där B (den utsatte) befinner sig när hotet eller erbjudandet lämnas
- ∞ *Bokstäverna (a) och (b)* anger de olika alternativ som B ges genom hotet eller erbjudandet.
- ∞ *Den vertikala pilen* symboliserar en skala av välbefinnande (vällevnad, livskalitet); ju högre upp i figuren man befinner, desto större är B:s välbefinnande etc.

fig. 2

(i) hot	(ii) rent erbjudande	(iii) erbjudande om transaktion
		

¹⁸⁷ Se bl.a. Schulhofer 1998 s.119 ff., Wertheimer 2003 s.166 ff. och Westen 2004 s.180 ff. Se även Burgess-Jackson 1996 s.94 f. och Burgess-Jackson 1999b s.97 f.

¹⁸⁸ Ett hot och ett erbjudande kan naturligtvis kombineras ("om du inte gör det slår jag ihjäl dig, men om du gör det får du istället 100 000 kr"): vi får då ett "hotbjudande" – ett "thoffer" – som som i hotdelen är lika frihetsinskränkande som ett fristående hot, men som vad gäller påverkansgraden – skillnaden i utfall mellan hot och erbjudande – kan vara betydligt starkare än ett rent hot. Se t.ex. Spector 1992 s.16 och Wertheimer s.179.

(i) Vid *ett hot* ("ge mig din plånbok annars slår jag dig sönder och samman") ges den utsatte möjlighet att välja mellan (a) att ge efter för hotet och (b) att hotet förverkligas. Det förhållandet att (b)-alternativet är sämre ger den utsatte anledning att välja (a). Nollalternativet (dvs. att "ligga kvar" på linjen) är genom hotet uteslutet; den utsatte lämnas hur han eller hon än väljer att göra med ett "minus".

(ii) Vid *ett rent erbjudande* ("du får gärna låna min bil om du vill") ges den utsatte möjlighet att tacka ja eller nej till erbjudandet och det förhållandet att erbjudandet innehåller bara plus gör att den utsatte är fri att tacka ja eller nej efter eget huvud.

(iii) Vid ett transaktionserbjudande ("jag hjälper dig om du har sex med mig") ges den utsatte möjlighet att välja mellan (b) att ligga kvar på nollalternativet och (a) att acceptera transaktionen och det förhållandet att transaktionen (a) innehåller mer plus än minus¹⁸⁹ är vad som skall få den utsatte att acceptera erbjudandet. Den utsatte är alltså – och här går skiljelinjen mot ett hot – fri att tacka nej och välja att "ligga kvar på" nollalternativet.¹⁹⁰

9. Vad som är "ett minus" kan naturligtvis diskuteras; för att man skall kunna dra en skiljelinje mellan ett hot och ett erbjudande förutsätts något slags baslinje (som s.a.s. utgör nollalternativet). De två mest plausibla kandidaterna härvidlag är enligt min mening (1) vad som hade hänt hotet/erbjudandet förutan (dvs. om vi helt tänker bort A:s agerande) och (2) en mer normativt inriktad baslinje som bygger på vad den utsatte kan sägas ha *rätt till* (eller *rätt att inte utsättas för*).¹⁹¹

¹⁸⁹ Ett transaktionserbjudande kan t.ex. innebära att B får en viss summa pengar (plus) under förutsättning att hon gör något visst (minus).

¹⁹⁰ Se t.ex. Spector 1992 s. 18.

¹⁹¹ Se t.ex. Wertheimer 2003 s. 166 f. Jfr även Schulhofer 1998 s. 119 ff.

10. Låt oss t.ex. pröva dessa "baslinjer" eller "nollalternativ" i relation till följande fyra fall:

(i) A och B bor tillsammans. A säger till B att A kommer att slå B om B inte har sex med A.

(ii) A och B har ett förhållande. A säger till B att A kommer att lämna B om B inte har sex med A.

(iii) A säger till B att A kommer att kräva in en förfallen skuld (som B har till A) om B inte har sex med A.

(iv) A hittar av en slump den för honom okända B drunknandes i en sjö. A säger till B att A kan hjälpa B upp, men bara under förutsättning att B har sex med A.

I alla dessa fall kan vi ställa frågan om A har hotat B (att slå B, att lämna B, att kräva in en skuld eller att inte hjälpa B) eller om A har givit B ett erbjudande (att inte slå B, att fortsätta förhållandet med B, att inte kräva in B:s skuld eller att hjälpa B) under förutsättning att B har sex med A.

11. Om man utgår från den första varianten på nollalternativ, dvs. att frågan om huruvida något är ett hot eller ett erbjudande avgörs av vad som hade hänt om vi helt tänker bort A:s agerande, så är fallen (i), (ii) och (iii) alla att betrakta som hot eftersom A hotar att göra något som innebär att B hamnar i ett sämre läge än det B varit i om vi helt tänker bort A:s agerande (om vi tänker bort A:s agerande, så kommer B inte att bli slagen, A och B fortfarande att vara ett par och skulden inte att krävas in; att kvarbli på den nivån är något som utesluts genom A:s hot). Fallet (iv) kommer däremot att utgöra ett erbjudande eftersom B vid ett avböjande inte kommer att hamna i ett sämre läge än om vi helt tänker bort A och dennes agerande (om vi tänker bort A:s agerande, kommer B att drunkna och det är fortfarande möjligt för B att kvarbli på den nivån).

12. Om vi utgår ifrån den andra varianten av nollalternativ, dvs. en mer normativ baslinje som bygger på vad B kan sägas ha rätt till (att ha eller att inte utsättas för) kommer endast fall (i) att klassificeras som ett hot. B ställs här inför valet att antingen bli slagen eller att ha sex med A, vilket utgör ett hot eftersom B har rätt att inte bli slagen. I de övriga fallen är emellertid den kon-

sekvens som A kopplar till ett avböjande (att A lämnar B, att A kräver in den förfallna skulden, att A inte räddar B) inte något som B har rätt att inte bli utsatt för. Man kan visserligen säga att B också i dessa fall drabbas av negativa konsekvenser om B inte är följsam, men eftersom A inte har någon skyldighet vare sig att (ii) inte lämna B, (iii) att underlåta att kräva in B:s skuld eller (iv) att hjälpa B upp kan vi ändå tala om ett erbjudande. I förhållande till vad B har rätt till förser A genom sin gärning B med ytterligare handlingsalternativ.

13. Även om jag själv tror att det är mest fruktbart att avskilja hot från erbjudanden på det senare sättet – och det är vad jag utgår ifrån i det följande – behöver vi inte ta slutlig ställning till denna fråga här. Jag kommer nämligen i det följande i stor utsträckning argumentera för att skiljelinjen mellan hot och erbjudanden inte i sig bör tillmätas avgörande betydelse för vad som är att anse som ett särskiljande samtycke, dvs. vi bör inte fokusera på frågan om vad som på ett begreppsligt plan är att klassificera som ett hot eller ett erbjudande utan på frågan om hotet/erbjudandet är sådant att det kan anses undergräva B:s möjligheter att lämna ett meningsfullt och därmed särskiljande samtycke.

14. Som ett andra problemområde när det gäller hot såsom medel att förmå någon till sex togs ovan upp det förhållandet att det finns gärningar som alldeles otvivelaktigt bör betraktas som hot, men vid vilka hotet är av så trivial karaktär att det kan ifrågasättas om hotet bör betraktas som tvingande och därför leda till ansvar.

15. Antag t.ex. att A hotar att stjäla en läsk av B om B inte gör vad A önskar. Här kan ifrågasättas inte bara om A:s hot skall tas på allvar,¹⁹² utan också om hotet (också om vi förutsätter att det är allvarligt menat) är sådant att det kan anses undergräva B:s samtycke. A kan visserligen genom sitt hot sägas påverka B:s beslut (ett nej kommer onekligen att innebära att A gör intrång i B:s intressen), men det framstår ändå som tveksamt om påverkan är av sådan art att den särskiljande betydelsen av B:s samtycke därigenom undergrävs. A:s hot får helt enkelt antas ha så

¹⁹² Se Schulhofer 1998 s. 131.

marginell betydelse för B:s möjligheter att välja att det närmast är jämförbart med sådan vardaglig bakgrundspåverkan som i praktiken finns i varje valsituation (vi är s.a.s. aldrig helt fria i våra val, bl.a. eftersom vi har vissa mål vi önskar uppnå och eftersom vi ofta är beroende av våra kontrahenters framtida handlande osv.).

16. En ytterligare dimension på problemet uppstår om vi uppmärksammar att det hot som A uttalar mot B kan beröra B på olika sätt. Antag att A hotar att gå ut på stadens gator och torg och skrika och gapa och ägna sig åt förargelseväckande beteende (*eller* slå sönder skyltfönster *eller* ge någon ett knytnävsslag i huvudet *eller* tända eld på stadshuset *eller* döda någon) om inte B gör vad A önskar. Också i ett dylikt fall kan diskuteras hur långt det är rimligt att utsträcka ansvaret. Frågan gäller närmast i vilken utsträckning det framstår som rimligt att hänvisa B till att säga ”ja, ja, gör du det; det är inte min sak”. Det kanske framstår som naturligt om hotet avser förargelseväckande beteende, men kanske inte om A hotar att döda någon?

17. Så mycket torde i vart fall kunna sägas att det i dessa fall – dvs. när ett hot om brottslig gärning inte avser ett brott riktat mot B själv – i regel bör finnas skäl att ta hänsyn till om hotet avser någon eller något som är relaterat till B eller om hotet avser någon eller något som B saknar relation till. Det framstår t.ex. som alldeles tydligt att ett hot å A:s sida att göra något mot någon annan än B tilltar betydligt i styrka om det avser någon som B har en nära relation till (t.ex. B:s barn, B:s föräldrar, B:s far- eller morföräldrar).¹⁹³

18. Jag skall inte slutligt besvara dessa frågor vare sig i ett normativt de lege ferenda-perspektiv eller utifrån gällande rätt, utan blott notera att det i båda dessa perspektiv behöver diskuteras huruvida alla former av hot om brottslig gärning skall kunna föranleda ansvar.

19. Låt oss nu återgå till relationen mellan hot och erbjudanden. Utgångspunkten härvidlag kan alltså sägas vara att använd-

¹⁹³ Som kuriosas kan i sammanhanget framhållas att en utfästelse å A:s sida att göra något mot en annan person än B inte bara kan utgöra ett hot, utan också (under vissa omständigheter) kan utgöra ett erbjudande och som sådant vara straffbart såsom stämpling till brott enligt 23 kap. 2 § brottsbalken.

ning av hot vanligtvis kan föranleda ansvar, medan det motsatta gäller erbjudanden.

20. Om vi ser till svensk rätt stämmer det sagda åtminstone i huvudsak. I 6 kap. 1 och 2 §§ brottsbalken kriminaliseras användningen av hot om brottslig gärning. Den sistnämnda bestämmelsen omfattar emellertid också s.k. utpressningshot, dvs. hot om angivelse eller hot om lämnande av menligt meddelande, och i den delen av bestämmelsen inkluderas åtminstone några typfall av vad som med ovan nämnda utgångspunkt kan betecknas som ett erbjudande, dvs. bestämmelsen omfattar också vissa fall där:

- (i) A erbjuder sig att göra något, som
- (ii) A i och för sig inte är förpliktad att göra och som B inte har någon rätt att kräva att A gör och
- (iii) A använder detta som medel för att förmå B att ha sex med A.

Ett enkelt exempel skulle kunna vara att villaägaren A erbjuder sig att underlåta att anmäla den påkomne inbrottstjuven B till polisen under förutsättning att B har sex med A. Ett annat exempel på ett erbjudande, som dock inte omfattas av någon straffbestämmelse i 6 kap. brottsbalken, är att A säger att han är beredd att stanna i sitt förhållande med B endast under förutsättning att de har sex.

21. I båda dessa fall är det lätt att formulera A:s gärning såsom ett hot: "jag går till polisen, om inte ...", "jag lämnar dig, om inte ...". Det är emellertid tydligt att vi omöjligen kan skilja på hot och erbjudanden endast på grundval av hur A formulerar sig. Att A:s gärning i de båda ovan nämnda fallen bör karaktäriseras som ett erbjudande följer av att B inte kan sägas ha någon rätt att inte bli anmäld till polisen och heller inte kan sägas ha någon rätt att ha ett fortsatt förhållande med A; för B öppnar sig en möjlighet som B inte skulle ha haft A:s erbjudande förutan. Om A inte hade lämnat erbjudandet hade det helt legat i A:s händer huruvida en anmälan skulle ske eller ej samt huruvida A skulle lämna B eller ej.

22. Också den s.k. sexköpslagen, dvs. numera 6 kap. 11 § brottsbalken, kan ses som ett exempel på en kriminalisering av erbu-

danden som medel för att uppnå sex. Även om bestämmelsen rent faktiskt kriminaliserar erbjudande av pengar och annan ersättning som medel för att uppnå tillfällig sex framstår det emellertid som tvivelaktigt huruvida man kan påstå att tanken bakom bestämmelsen är att det erbjudande som lämnas av sexköparen undergräver betydelsen eller giltigheten av den samtyckesgärning som utförs av den prostituerade. Ett sådant resonemang skulle innebära att man såg sexköp som ett brott som riktar sig mot den prostituerade och att man såg erbjudandet av ersättning som ett sätt att tvinga fram (och därmed undergräva betydelsen av) ett "ja", dvs. erbjudandet av ersättning skulle ses som en faktor som gör att samtycket inte kan tillmätas särskiljande betydelse.

23. Både med hänsyn till vad som uttalats i bestämmelsens förarbeten och med hänsyn till dess extension – den omfattar också fall där erbjudandet svårligen kan sägas innebära en sådan påtryckning att samtycket på den grunden inte kan sägas vara särskiljande – får det emellertid anses besvärligt att anlägga ett sådant synsätt på bestämmelsen.¹⁹⁴ Det kan sålunda diskuteras i vilken utsträckning bestämmelsen överhuvudtaget skall anses skydda den prostituerades intressen. Skall man fullt ut tro på vad som står i förarbetena skyddar "förbudet mot köp av sexuella tjänster allmänna intressen".¹⁹⁵ Detta betyder att en överträdelse inte i första hand är att se som ett sexuellt övergrepp på den prostituerade, utan som en överträdelse av en norm som skyddar andra samhälleliga intressen.

24. Sammanfattningsvis kan, även om det i den nuvarande regleringen finns vissa skärvor av ett synsätt som innebär att sexuella övergrepp kan förövas med användande av erbjudanden som medel, sägas att den allt överskuggande huvudregeln är att ett erbjudande inte är tillräckligt för att undergräva betydelsen av ett samtycke på ett sådant sätt att ett sexuellt övergrepp kan anses förövat.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Se t.ex. Asp & Ulväng 2007 s. 41 ff.

¹⁹⁵ Jfr prop. 2004/05:45 s. 104 där det uttryckligen sägs att bestämmelsen skyddar allmänna intressen.

¹⁹⁶ Jfr även KBrB II s. 6:24: "Utanför det straffbara området enligt 3 § har länge ansetts falla exempelvis löfte om ekonomisk hjälp, även om det har lämnats i en för mottagaren kritisk situation."

25. Motsvarande hållning kommer också till uttryck i en stor del av litteraturen. Exempelvis har Feinberg, i sitt stora arbete om kriminalisering, tydligt tagit ställning för en standpunkt enligt vilken ett erbjudande inte kan underminera en därigenom framkallad samtyckesgärnings straffrättsliga betydelse:

"If *B* contracts to become *A*'s (permanent) mistress in exchange for his underwriting the surgery that will save her child's life, and then after the surgery she reneges, she will not be liable for breach of contract, because her promise was coerced by *A*'s offer. Because the contract was unconscionable, the voluntariness of her consent was reduced accordingly, and the element in the unconscionability that reduced the voluntariness was its coercive character. For the purpose of contract-enforcement the consent was no longer sufficiently voluntary to be valid, and the contract is thus rescinded. But for the purpose of establishing *A*'s criminal liability (for example for rape), *B*'s consent is not sufficiently nonvoluntary to be invalid."¹⁹⁷

Enligt Feinberg kan det erbjudande å *A*:s sida som ligger bakom citatet – bli min älskarinna så räddar jag ditt döende barn – alltså inte anses undergräva den straffrättsliga betydelsen av *B*:s samtyckesgärning.

26. På ett liknande sätt menar Wertheimer att erbjudanden i regel inte kan anses negera den särskiljande betydelsen av en avgiven samtyckesgärning och han stödjer sig bl.a. på tanken att det är svårt att försvara:

"principles that prevent people from consenting to transactions that will move them from an unjust or unfortunate situation to a better situation".¹⁹⁸

Man kan säga att Wertheimer delvis bygger sin argumentation på ett slags konsekvenstänkande; vilka principer (för att avgöra huruvida ett särskiljande samtycke föreligger) skulle väljas av den svagare parten?

¹⁹⁷ Feinberg 1986 s. 253 och 263. Det sagda gäller försåvitt *A* inte har skapat den situation som sedan utnyttjas såsom "bas" för erbjudandet; jfr Feinberg 1986 s. 244 och 263.

¹⁹⁸ Se Wertheimer 2003 s. 192. Se även s. 181 där Wertheimer argumenterar för att det inte framstår som klart att "women will be better off if proposers are barred from making their offers" i t.ex. det fall som Feinberg bygger på. Se även s. 170 ff.

27. I återstoden av detta avsnitt skall jag försöka argumentera för att det i större utsträckning än idag finns skäl att betrakta erbjudanden som en faktor som negerar betydelsen av en samtyckesgärning.

28. Låt oss härvid ta vår utgångspunkt i vad som ovan har sagts om att ett erbjudande i princip tillför den utsatte en valmöjlighet som denne annars inte hade haft. Om t.ex. B är stående vid vägrenen och har fått motorstopp och då får ett erbjudande av A av innebörd att A kan hjälpa B, men bara på villkor att de har sex, kan B sålunda genom A:s handlande sägas ha fått utökade valmöjligheter.

29. Man kan då fråga sig om den B egentligen har något att beklaga sig över i det sistnämnda fallet. Om B undanber sig A:s hjälp förlorar B ingenting som B kan sägas ha rätt till.¹⁹⁹ Ett nej tack betyder ju inte annat än att B lämnas där hon var erbjudandet förutan. Man kan alltså inte säga att A i denna situation har inskränkt B:s frihet, utan tvärtom utökat dennes dennes valmöjligheter (i jämförelse med om erbjudandet tänks bort).

30. Som redan antytts menar jag emellertid att svaret på den ställda frågan – dvs. om B har något att beklaga sig över – ändå och likväl kan vara ja. Skälen till detta hänger samman med att det centrala i en övergreppskontext inte bara är huruvida A:s gärning är frihetsinskränkande för B eller inte (en frihetsinskränkning föreligger enbart i fall av hot), utan också huruvida A, genom sin gärning, påverkar B:s möjligheter att välja på ett sådant sätt att A kan sägas tvinga fram ett visst val å B:s sida och följaktligen undergräva det självbestämmande som, enligt vad som ovan framhållits, måste anses helt centralt på det sexuella området (och en sådan påverkan kan föreligga både i fall av hot och erbjudanden).

31. Frågan vi bör ställa oss är m.a.o. inte om den som lämnar ett erbjudande inskränker den utsattes frihet (så sker inte i ett fall av erbjudande) utan om erbjudandet är sådant att gärningsman-

¹⁹⁹ Just denna tanke, dvs. att A:s handling inte utgör ett intrång i B:s intressen (jfr Feinbergs "setback to interests") har antagligen spelat en mycket stor roll för formandet av uppfattningen att hot, men inte erbjudanden, negerar samtycke.

nen otillbörligt utnyttjar omständigheterna för att tvinga den utsatte till ett visst val.

32. Man kan uttrycka det så att förekomsten av ett hot i grunden alltid kan anses tvingande på ett otillbörligt sätt eftersom det innebär att B, vid icke-följsamhet, försätts i en sämre position än den vilken B har ett normativt anspråk på. B skall inte behöva utsättas för ett intresseintrång på detta sätt.

33. Motsvarande gäller inte vid erbjudanden eftersom B vid ett avböjande förblir på den nivå som motsvara status quo. Även om erbjudanden kan innebära påtagliga frestelser förutsätts vi i princip acceptera vår livssituation; vi har normalt inte något omedelbart normativt anspråk på rikedom, på att ges vissa särskilda fördelar eller positioner eller ens på att befinna oss i någon annan situation än den som är vår egen. Sådan är den logik kring vilken samhället är byggd. (Denna tanke kan man nog utveckla ytterligare utifrån vår benägenhet att skydda etablerade positioner.)²⁰⁰

34. Detta hindrar emellertid inte att vi kan bryta ut vissa situationer och säga att det i dessa – trots den samhälleliga logiken – finns skäl att anse B:s grundposition (status quo) ligga på en sådan låg nivå att vi, trots allt, ser ett erbjudande som tvingande. Man kan som individ visserligen inte sägas ha något mer generellt normativt anspråk på en annan position än den man har, men det hindrar inte att vi punktvis kan och bör erkänna att en individ kan ha ett sådant anspråk. Den som har litet ont om pengar kan inte sägas ha något anspråk på att få pengar, men den som utan ytterkläder och tillgång till husrum står inför en kall vinternatt kan sägas ha ett normativt anspråk på hjälp till överlevnad.

35. När kan då ett erbjudande sägas påverka den utsattes möjligheter att lämna ett särskiljande samtycke?

36. Inledningsvis kan observeras att skillnaden mellan ett ja och nej – och därmed också påverkanspotentialen – rent allmänt kan vara större vid ett erbjudande än ett hot. Jfr t.ex. erbjudandet

²⁰⁰ Se Christensen 1996.

”du får 100 000 kr om du hämtar posten åt mig”, med hotet ”jag tar ett tuggummi ifrån dig om du inte hämtar posten åt mig”.

37. Enbart det förhållandet att ett erbjudande är ”generöst” och skulle innebära påtaligt skillnad bör emellertid knappast räcka för att vi skall uppfatta ett samtycke som icke-särskiljande. Att utsättas för ett erbjudande och säga nej till pengar som man aldrig haft (rätt till) kan förstås vara svårt, men det är, som ovan utvecklats, något annat än att utsättas för ett hot.

38. Betydligt viktigare i vårt perspektiv är att ett erbjudande kan få samma tvingande kraft som ett hot om nollalternativet visserligen finns där, men ligger på (eller leder till) en så låg nivå att den utsatte inte har några möjligheter att tacka nej. Så synes kunna vara fallet om:

(i) accepterande av erbjudandet är en förutsättning för att den utsatte inte skall drabbas av påtaglig skada, eller

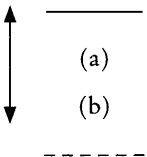
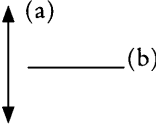
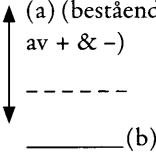
(ii) accepterande av erbjudandet är en förutsättning för att den utsatte skall komma upp från en nivå där denne redan lider påtaglig skada (eller livskvaliteten är påtagligt låg).

39. Antag t.ex. (i) att A är inlåst i ett rum som inom kort kommer att fyllas med giftig gas och att den förbipasserande B har förmåga (men inte skyldighet) att hjälpa A. Om B erbjuder sig att hjälpa A på villkor att A har sex med B är det tydligt att A:s skäl att säga ”ja” till B är lika starka som om B, utan att A varit i nöd, hotat att döda A för det fall att A inte har sex med B.

40. Antag vidare (ii) att A lider av kronisk smärta och att B är kirurg och den ende som kan operera A så att smärtan upphör. Om B erbjuder sig att hjälpa A på villkor att A har sex med B är det också här tydligt att A:s skäl att säga ”ja” till B är lika starka (åtminstone jämförbara och kanske ännu starkare) som om B, utan att A lidit av smärta, hotat att tillfoga A smärta.

41. Om vi återvänder till den ovan givna figuren innebär det sagda att vi behöver lägga till en linje (streckad) som indikerar ett slags (*o*)*dräglighetsnivå*, dvs. en nivå där B:s grundnivå (status quo) kan sägas ligga så lågt att B har ett normativt anspråk på förbättring/hjälp osv.

fig. 3

(i) hot	(ii) rent erbjudande	(iii) erbjudande om transaktion
		

Situationen i (i) innefattar visserligen ett hot, men båda de alternativ som B ställs inför ligger långt över vad som har betecknats som en dräglighetsnivå. Fråga kan t.ex. vara om något mycket trivialt: ("jag kommer att ta ett tuggummi av dig om du inte tar upp papperet du tappade"); även om detta tydligtvis är ett hot, måste inverkan på den utsattes livskvalitet sägas vara högst begränsad. Situationen i (iii) innefattar visserligen blott ett erbjudande, men det faktum att nollalternativet ligger på (eller leder till) så låg nivå kan ändå göra erbjudandet tvingande. Kan man säga att den som i den ovan (i punkt 39) beskrivna giftgassituationen tackar ja till erbjudandet har lämnat ett särskiljande samtycke?²⁰¹

Även om de erbjudande-situationer som här avses – särskilt om man tänker på sådana extrema fall som giftgasexemplet – börjar närma sig sådana situationer som idag hanteras som fall av utnyttjande av hjälplöst tillstånd (de kan dock inte anses falla under den nuvarande regleringen i 6 kap. 1 § andra stycket brottsbalken som i första hand tar sikte på den enskildes tillstånd snarare än på den situation som ett erbjudande lämnas i) finns det en principiell skillnad mellan utnyttjande av ett tillstånd (av hämningslöshet, försvarslöshet etc.) och utnyttjande av en svår position som utgångspunkt för ett transaktionserbjudande.

²⁰¹ Det sagda förklarar teoretiskt den modell som jag tillsammans med Magnus Ulväng, se Asp & Ulväng 2007 s. 41 ff, försökt utveckla för att beskriva en tänkbar kriminaliseringsgrund avseende sexköp. Vid sexköp kan skälen för att acceptera ett erbjudande knappast generellt anses vara så starka att de kan motivera en kriminalisering av erbjudanden (modellen erbjuder alltså bräcklig grund för en generell kriminalisering motsvarande den svenska), men under vissa förutsättningar bör man tvivelsutan kunna anse att ett erbjudande av en relativt begränsad summa pengar kan vara tvingande på ovan angivet sätt.

42. Poängen med den ovan gjorda analysen är naturligtvis att ifrågasätta om vi – i en situation där frågan om sexuellt självbestämmande sätts i centrum – på sätt som görs i lagstiftningen så ensidigt bör fokusera på hot och försiktigt ställa frågan om vi inte borde föra en närmare diskussion kring under vilka förutsättningar ett erbjudande kan undergräva ett samtyckes särskiljande betydelse.²⁰²

43. Det bör särskilt observeras att det sagda inte innebär att vi underkänner B:s val. Tvärtom kan sägas att modellen bygger på att vi förstår B:s skäl att handla på det sätt erbjudandet innebär (och till och med godtar dessa skäl som tvingande). Detta hindrar emellertid inte att vi kan klandra A för att utnyttja detta faktum. Frågan är inte om vi skall godta B:s val, utan om A i vissa fall bör klandras för att han utnyttjar en viss situation som starkt påverkar B:s möjligheter att välja.

44. Som ett skäl emot den här framförda grundtanken kan möjligen anföras att en kriminalisering av dylika transaktioner kommer att skada klassen av B-personer därför att de inte kommer att få erbjudanden som, från det utgångsläge som klassen av personer i B:s position har, ändå innebär en förbättring för dem. Det är emellertid svårt att tro att en kriminalisering skulle ha en sådan effekt; i vart fall är det osannolikt att effekten är annat än marginell. Man får i sammanhanget också väga in att en kriminalisering mycket väl kan leda till att vissa personer i A:s position kan komma att lämna rena erbjudanden om hjälp

²⁰² Se för liknande ståndpunkter, t.ex. Archard 1998 s. 55 ff., Schulhofer 1998 s. 136 och McGregor 2005 s. 179 f. Det kan naturligtvis argumenteras för att erbjudanden av den typ som avses i (i) skulle kunna hanteras genom en kriminalisering av underlåtenhet att bistå nödställd. Om det vore kriminaliserat att inte hjälpa B i ett sådant fall som avses i punkt 39 skulle A:s gärning i det exemplet utgöra ett hot (om brottslig gärning). Ett sådant resonemang är emellertid långt ifrån lika näraliggande i ett sådant fall som avses i punkt 40 – man kan inte gärna framtvinga dylika gärningar genom kriminalisering – och har på olika sätt en begränsad räckvidd. Vidare synes det ligga ett värde i att behålla möjligheten att säga att A visserligen inte är tvungen (under straffansvar) att hjälpa B, men att A ändå kan hållas ansvarig om han använder B:s situation som ett medel för att förmå B att utföra eller tåla en sexuell handling. Det framstår som olyckligt om frågan om kriminalisering av underlåtenhet att bistå nödställd skall avgöras av om en sådan kriminalisering skulle kunna vara användbar såsom ett instrument för att tillse att erbjudanden om hjälp i utbyte mot sex är kriminaliserade.

istället för transaktionserbudanden. Jag kan därför inte se detta argument som ett bärande skäl att frånga den tanke som här har förts fram.

45. Avslutningsvis bör framhållas att ifrågasättandet av straffrättens alltför ensidiga fokus på hot i stor utsträckning bygger på vikten av självbestämmande på det straffrättsliga området. Även om argumentationen inte på något sätt är exklusivt knuten till området för sexuella övergrepp är det därför inte självklart att den okritiskt kan överföras till andra områden (där tanken på självbestämmande inte är lika central).

d. Utnyttjande av en utsatt position

1. Även om jag menar att frågan om utnyttjande av erbjudanden som medel för att uppnå sex förtjänar betydligt större uppmärksamhet än vad den hittills har fått, framstår det som sannolikt att dylika erbjudanden spelar en relativt marginell roll i praktiken. Av betydligt större praktiskt intresse torde vara hur man skall hantera situationer där den enskilde på ett eller annat sätt befinner sig i en utsatt position. Under vilka förutsättningar bör det faktum att den utsatte befunnit sig i ett utsatt tillstånd anses innebära att något särskiljande samtycke inte har lämnats?

2. Som framgått ovan hanteras denna problematik i dag i allt väsentligt genom den reglering som tar sikte på utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd (se ovan avsnitt 3.II.b och 3.II.c samt 6 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 2 § andra stycket brottsbalken). Fråga kan t.ex. vara om situationer i vilka:

- ∞ B inte är vid medvetande,
- ∞ B saknar förmåga till kontroll, eller
- ∞ B till följd av berusning saknar hämningar.

3. För ansvar fordras, som ovan utvecklats, vidare att A otillbörligt utnyttjat B:s hjälplösa tillstånd, dvs. enbart det faktum att ett hjälplöst tillstånd föreligger är inte tillräckligt för ansvar.

4. Frågan om en vidgning av denna bestämmelse har diskuterats i olika sammanhang. Bl.a. föreslog Lagrådet, med anledning av den s.k. Bulgariendomen, att det kunde övervägas om inte kravet på hjälplöst tillstånd borde mjukas upp.

”Räckvidden av bestämmelserna om utnyttjande begränsas av kravet på att offret skall ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. När det gäller innebörden av detta begrepp innehåller lagrådsremissen uttalanden som är delvis motstridiga. Det sägs i författningskommentaren att kriminaliseringens räckvidd i huvudsak är avsedd att vara densamma som enligt gällande rätt och att det i princip krävs att offret inte kan värja sig eller saknar förmåga att kontrollera sitt handlande. Vad som anförs i den allmänna motiveringen (avsnitt 7.1.3) ger emellertid vid handen att kraven bör sättas lägre. Det sägs där bl.a. att det i många fall kan framstå som stötande om en person inte kan dömas för våldtäkt när ett sexuellt övergrepp har begåtts mot en annan person som är så hjälplös eller befinner sig i en så utsatt situation att något våld inte behövs för att utföra gärningen.

Enligt Lagrådets mening kan det övervägas att mjuka upp kravet på att en person skall ha befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och låta straffbestämmelserna omfatta även det fallet att en person har befunnit sig i en särskilt utsatt situation. Att utforma lagtexten på det sättet får anses vara i linje med uttalandena i Bulgariendomen. Det kan visserligen hävdas att, om förutsättningarna för straffbarhet tunnas ut, gärningen i en del fall inte bör bedömas som våldtäkt utan som ett lindrigare brott. De krav som följer av Bulgariendomen kan emellertid bli uppfyllda även om den aktuella gärningen inte rubriceras som våldtäkt. Enligt de tidigare citerade uttalandena i domen är det tillräckligt att en ’non-consensual sexual act’ är straffbar, eventuellt som ’sexual abuse’.²⁰³

5. Jag har i grunden inga invändningar mot denna diskussion. Skall man bygga på vad tanken om särskiljande samtycke måste man (tautologiskt uttryckt) diskutera i vilka situationer man verkligen kan lämna ett särskiljande samtycke. Kanske är detta vägen att komma åt de situationer där den utsatte tidigt väljer att bli (eller bara blir) helt passiv och uppgiven?

6. Jag skulle emellertid vilja uppmärksamma det förhållandet att man idag, dvs. när man bygger på ett mer utpräglat hjälplöst tillstånd än vad som skulle följa av exempelvis Lagrådets tankegångar, har sett sig tvungen att lägga till ett rekvisit om otillbörligt utnyttjande. Om man vidgar tillämpningsområdet avseende tillståndet eller situationen kommer detta med stor sannolikhet

²⁰³ Prop. 2004/05:45 s. 207 f. Liknande förslag har därefter lagts fram i åtskilliga motioner i riksdagen. Se bl.a. motion 2009/10:Ju402.

att innebära att större vikt måste läggas vid otillbörlighetsbedömningen. Detta gäller särskilt som sex inte uteslutande är något negativt, utan mycket väl (och kanske oftast) kan vara ett uttryck för kärlek, närhet, ömhet, spänning, stimulans osv., dvs. för något som också den som befinner sig i en utsatt position (och kanske just därför) kan vara i behov av. Här uppstår svåra avvägningar där man också måste beakta att en kriminalisering indirekt kan begränsa B:s frihet.

7. Någon kanske skulle säga att det faktum att en person befinner sig i en utsatt situation utesluter förekomsten av den typ av positiva värden som här har antytts. Min bedömning av situationen är ganska tydlig: det finns inget som säger att den som befinner sig i en utsatt situation inte kan både vilja ha och behöva den form av mänsklig närhet eller kroppslig njutning som sexuella handlingar innebär. Det sagda innebär naturligtvis inte ett förnekande av att den som befinner sig i en på något sätt utsatt position ofta riskerar att utnyttjas. Själva poängen kan sägas vara att saken är komplicerad – den som *riskerar att utnyttjas* behöver inte alls *bli utnyttjad* – och att detta är ett förhållande som det inte finns anledning att förneka.

8. Personligen tror jag att det sagda innebär att vi inte kommer ifrån en situation i vilken någon form av ganska öppen otillbörlighetsbedömning måste överlämnas till domstolen. Vi kan och bör visserligen definiera de situationer i vilka vi bedömer att ett ”ja” eller accepterande normalt inte kan ses som särskiljande, men vi kan knappast bara genom ett utpekande av sådana situationer avgöra frågan slutligt. Någon form av normativ bedömning med utgångspunkt i den enskilda situationen måste adderas för att resultatet skall bli rimligt.

9. Det sagda utgör emellertid ingen invändning mot tanken på en utvidgning av de situationer där den enskilde kan behöva skydd mot att utnyttjas; tvärtom är min bedömning att det finns goda skäl att överväga en viss utvidgning (också om det i viss mån måste kompenseras genom otillbörlighetsbedömningen, eller genom någon form av otillbörlighetsbedömning).

10. Det skulle möjligen – med hänvisning till vad som ovan anförts – kunna invändas att detta inte blir annat än en form av nollsummespel. Så är emellertid inte fallet. Även om den tårt-

bit av tillämpningsområdet som skärs bort genom någon form av otillbörlighetsbedömning sannolikt skulle bli större om en sådan utvidgning gjordes, skulle en reform kunna fylla en funktion eftersom det med nuvarande lagstiftningen synes finnas situationer där man överhuvudtaget aldrig når fram till någon bedömning därför att kravet på hjälplöst tillstånd inte är uppfyllt. Det hela kan illustreras genom en figur där:

- (i) *den lilla cirkeln* symboliserar området för vad som är ett hjälplöst tillstånd,
- (ii) *den stora cirkeln* symboliserar området för vad som är en särskilt utsatt position (eller något liknande utvidgande begrepp), och
- (iii) *de båda tårbitarna* symboliserar det som skärs bort genom otillbörlighetsrekvisitet.

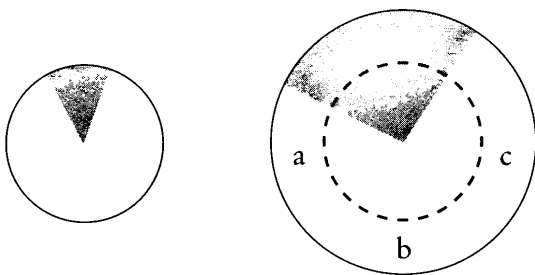


fig. 4

11. Även om det sålunda skärs bort en relativt sett större del av den större cirkeln (betydligt fler fall) så innebär den illustrerade förändringen att vissa fall som överhuvudtaget inte omfattades av den mindre cirkeln omfattas av straffansvaret (bl.a. fallen a, b och c).

12. Behovet av en utvidgning i denna del beror naturligtvis i mycket stor utsträckning på vad som kan läggas in i begreppet hjälplöst tillstånd. Här kan noteras att det finns uttalanden i den proposition som ledde till 2005 års reform, som tyder på att tillämpningsområdet är ganska brett.²⁰⁴ Också det förhållan-

²⁰⁴ Se prop. 2004/05:45 s. 137 där det bl.a. talas om att situationer där offret "på

det att det råder osäkerhet om extensionen i visst avseende kan emellertid vara ett skäl att genom en reform "starta om" med en ny avgränsning.

e. Vilseledande

1. Frågan om vilseledandets betydelse vid sexuellt umgänge har i en svensk kontext diskuterats mycket litet. Detta kan möjligen förklaras med att dess praktiska betydelse är liten enligt gällande rätt. I princip finns inget straffskydd för den som medelst vilseledande förmås att utföra eller tåla en sexuell handling. För att ansvar skall kunna aktualiseras förutsätts att man kan bygga ansvaret på annan grund, vilket innebär att de "rena" fallen av vilseledande lämnas utanför straffrätten.

2. Detta kan illustreras med några exempel:

(i) B är hos läkaren och blir ombedd att böja sig framåt för att läkaren skall kunna föra in ett undersökningsinstrument i B:s vagina. Läkaren försöker emellertid istället att föra in sin penis.

(ii) B sover i sin säng när A kommer och lägger sig bredvid. B tror att A är B:s make, men A är i själv verket en annan person. B och A har sex med varandra i mörkret och B upptäcker först efter en stund att A inte är den hon tror att han är.

(iii) B sitter och samtalar med A varvid A säger sig tycka mycket om B och också antyder en framtid tillsammans. B och A har sex. A har emellertid inte alls för avsikt att fortsätta att umgås med B.

Inte i något av dessa fall är något sexualbrott – annat än i form av sexuellt ofredande i det första fallet – förövat. Det väcker naturligtvis dels frågan om *varför* straffrätten uppvisar denna ganska påtagliga återhållsamhet vad gäller kriminaliseringens omfattning, dels frågan om återhållsamheten kan anses befogad. Som kommer att framgå nedan menar jag att det vore befogat att i större utsträckning inträda med straffansvar i fall av vilsele-

grund av omständigheterna upplever det som omöjligt att värja sig kan omfattas". Se även NJA 1997 s. 538.

dande (och att ett sådant ansvar bör omfatta det första och andra men inte det tredje av de tre fallen).²⁰⁵

3. Låt oss emellertid inleda med att konstatera att ett ansvar för vilseledande inte – och det gäller också vid t.ex. bedrägeri – kan vara helt generellt, dvs. en reglering kan rimligen inte inkludera samtliga fall där någon har vilseletts om någon omständighet vid eller i anslutning till gärningen. Vi måste på något sätt avgränsa de omständigheter i förhållande till vilka en felaktig tro är relevant, dvs. vi måste ta ställning till vilka former av vilseledanden som skall kunna grunda straffansvar.

4. Om vi ser på bedrägeribrottet är det sålunda tydligt att begränsningar ligger inbyggda på flera olika sätt. För det första krävs att vilseledandet är kausalt i relation till dispositionen, dvs. det fordras att gärningsmannen orsakar att den utsatte kommer att tro något felaktigt och på grund av detta vidtar dispositionen. Detta betyder att felaktig tro om förhållanden som inte är handlingsmotiverande inte föranleder ansvar.²⁰⁶

5. För det andra är ansvaret begränsat genom kravet på ekonomisk skada. En gärningsman som vilseleder om något som i ett skadeperspektiv är irrelevant (t.ex. färgen på en sak där färgen saknar varje betydelse för värdet) kan visserligen sägas ha medelst vilseledande förmått annan till en disposition (allt under förutsättning att den felaktiga tron var handlingsmotiverande), men ansvar är uteslutet om det inte föreligger någon ekonomisk skada. Härigenom sker alltså indirekt en avgränsning av vilka typer av vilseledanden som i praktiken kan komma att föranleda ansvar.²⁰⁷

6. För det tredje är det också tydligt att vilseledanden avseende vissa faktorer anses vara socialadekvat. Allmänt lovprisande av innebörd att en viss produkt är "hetast" på marknaden osv.

²⁰⁵ Se angående vilseledande som grund för ansvar för våldtäkt bl.a. Schulhofer 1998 s. 152 ff. och 284, Wertheimer 2003 s. 193 ff, Westen 2004 s. 39 ff, 195 ff. och 312 ff samt McGregor 2005 s. 181 ff.

²⁰⁶ Försöksansvar kan dock möjligen aktualiseras i vissa fall.

²⁰⁷ Det kan dock gå att konstruera skada i dylika fall, t.ex. i fall där den som köpt något med fel färg inte enkelt kan få ut motsvarande värde vid en vidareförsäljning.

torde t.ex. inte kunna föranleda ansvar också om påståendet kan påvisas vara direkt felaktigt.

7. Även om konstruktionen av bedrägeribrottet är mycket komplicerad och kan leda fram till närmast olösliga dogmatiska frågeställningar, är den vanliga bedrägerisituationen ändå relativt enkel såtillvida att den tar sikte på fall där (det förutsätts att) endast vissa typer av handlingsskäl normalt sett är relevanta. Man kan uttrycka det så att bedrägeribestämmelsen tar sin utgångspunkt i en tanke på ekonomisk rationalitet och utifrån detta skyddar intresset av att människor inte skall luras att göra dåliga affärer. Vi utgår sålunda ifrån en situation som karaktäriseras av stickord som

- ∞ "opersonlighet",
- ∞ "känslolöshet" och
- ∞ "ekonomiskt intresse".

Denna beskrivning kan i och för sig sägas vara mycket förenklad – självklart spelar känslor en inte obetydlig roll också vid olika ekonomiska transaktioner – men den representerar ändå bedrägeribestämmelsen någorlunda väl.

8. Vid sexuella "transaktioner" är saken oändligt mycket mer komplicerad. Bl.a. kan konstateras att vi kan ha sex av mycket olikartade skäl, som kan vara hänförliga till stickord som bl.a.:

- "kärlek" (dvs. därför att man i en eller annan mening tycker om eller älskar personen ifråga),
- "lust" (dvs. därför att man känner sig upphetsad),
- "närhetsbehov" (dvs. därför att man känner ett behov av mänsklig närhet),
- "strategi" (dvs. därför att man tror att det kan vara fördelaktigt, i något avseende, att ha sex),
- "lojalitet" (dvs. därför att man vill göra det som den andra personen vill att man skall göra),
- "barmhärtighet" (dvs. därför att man i någon mening tycker synd om den andre personen).

Sammantaget gör detta att det inte alls är lika enkelt – eller bättre uttryckt: ännu åtskilligt svårare – att hantera vilseledanden i samband med sex.

9. För det första innebär det sagda att det kan vara oerhört komplicerat att avgöra huruvida ett vilseledande varit kausalt i förhållande till den disposition som består i lämnande av ett samtycke eller om så inte varit fallet. Bakom ett beslut att ha sex kan det s.a.s. föreligga en mycket komplex struktur av skäl – jämför här framför allt fall (iii) ovan – och det kan heller inte förutsättas att den utsatte, på ett sätt som åtminstone bitvis kan antas vara fallet vid bedrägeri, har agerat rationellt och vägt skäl för och emot en viss ”transaktion”.

10. För det andra torde kunna sägas att en bedömning av huruvida vilseledandet kan bedömas ha orsakat dispositionen (sexet) ofta torde fordra en utredning av handlingsskälerna på ett sätt som i många fall skulle framstå som påtagligt problematiskt från integritetssynpunkt.

11. Redan mot bakgrund av det sagda kan vi ana att det finns skäl som talar för att straffrättens återhållsamhet när det gäller vilseledanden åtminstone delvis är befogad.

12. Andra tänkbara förklaringar till att fall av vilseledande behandlas med viss återhållsamhet skulle möjligen kunna vara att B:s ”synchronic experience of sex is typically not affected by deception” (också om B i efterhand kan uppleva påtagligt obehag) samt att det skulle kunna sägas att den enskilde har större möjligheter att utöva kontroll över huruvida man blir vilseledd än över huruvida man blir tvingad.²⁰⁸ Dessa båda skäl framstår emellertid inte som särskilt övertygande. Som redan antytts finns knappast skäl att enbart se till den ”synkrona upplevelsen” och även om man kanske kan utöva viss kontroll över huruvida man blir vilseledd, är det tydligt att kontrollen knappast kan vara heltäckande.

13. Även om vi sålunda kan finna vissa skäl som talar för en viss återhållsamhet framstår det som tydligt att det är orimligt – ja, närmast omöjligt – att bortse från alla typer av vilseledan-

²⁰⁸ Se Wertheimer 2003 s. 194.

den. Om man menar allvar med tanken på samtycke såsom det grundelement som definierar ett sexuellt övergrepp måste man åtminstone ta ställning till vilka faktorer den utsatte såsom minimum måste ha en riktig uppfattning om för att ett samtycke till sex överhuvudtaget skall anses kunna föreligga. För att kunna samtycka måste man ha någon slags uppfattning om vad det är man samtycker till.

14. I detta sammanhang görs ofta en skillnad mellan "fraud in the *factum*" och "fraud in the *inducement*", där den förra typen av vilseledanden tar sikte på gärningens karaktär, medan den senare typen av vilseledanden tar sikte på skälen att samtycka till sex.²⁰⁹

15. Som redan torde ha framgått är det framför allt vad gäller det som betecknas "fraud in the *inducement*" som de riktigt besvärliga och känsliga frågorna kan tänkas uppkomma. Det bör därför kunna sägas att straffrättens återhållsamhet i denna del åtminstone i grunden är befogad.

16. Eftersom själva uppdelningen i "factum" och "inducement" är långtifrån enkel att göra bör den emellertid inte i sig tillmätas någon avgörande betydelse vid en diskussion kring var gränsen bör dras mellan vilseledanden som kan, respektive inte kan, göra att ett särskiljande samtycke inte föreligger.²¹⁰ Man kan uttrycka det så att det inte handlar om en enkel uppdelning av verkligheten i två kategorier, utan om en skala av faktorer där det gäller att någonstans dra en gräns mellan å ena sidan sådana faktorer som innebär att man inte kan sägas ha haft sådan insikt om gärningens innebörd som bör krävas för att ett särskiljande samtycke skall anses föreligga och, å andra sidan, sådana faktorer som inte kan anses undergräva betydelsen av ett lämnat samtycke.

17. Nå, om det sålunda finns skäl till försiktighet vad gäller vilseledanden som tar sikte på skälen för att ha sex med en person, framstår det för mig som närmast uppenbart att ett särskiljande samtycke till sex måste anses förutsätta att den utsatte *känner till att den samtycker till en gärning med sexuell karaktär*. I det första (i) av de ovan nämnda exemplen, dvs. exemplet med läkaren,

²⁰⁹ Se t.ex. Archard 1998 s. 46 och Schulhofer 1998 s. 152.

²¹⁰ Se för kritik även Westen 2004 s. 195 ff.

framstår det sålunda enligt min mening som klart att något särskiljande samtycke till sex inte kan anses ha lämnats. Det kan i detta exempel ifrågasättas huruvida B överhuvudtaget har utfört en samtyckesgärning som tar sikte på att låta sig utsättas för en sexuell handling, dvs. fråga är egentligen inte om B:s samtycke är meningsfullt som ett uttryck för B:s rätt till självbestämmande utan om något "ja" (till den relevanta gärningen) överhuvudtaget kan sägas ha givits.

18. Det kan naturligtvis diskuteras hur långt kraven på insikt skall dras – förutsätts t.ex. för samtycke att B har en riktig föreställning om vilken typ av sexuell handling som företas? – men de närmare avgränsningsfrågorna kan i detta sammanhang lämnas därhän. Alldeles oberoende av den närmare avgränsningen av kravet på kännedom framstår det som en brist med nuvarande reglering att fall av vilseledande, där den utsatte förmås att tåla en sexuell handling i tron att den är en helt annan typ av handling, i grunden inte kan anses omfattas av bestämmelserna om sexuella övergrepp (på annat sätt än som sexuellt ofredande).

19. Ett fall som ligger på gränsen mellan vad som brukar räknas som "fraud in the factum" och "fraud in inducement" är vilseledanden som avser identiteten på den person med vilken man har sex.²¹¹ Som redan antytts ser jag det inte som meningsfullt att diskutera huruvida dylika fall av vilseledande bör räknas till den ena eller andra kategorin. Den intressanta frågan är naturligtvis huruvida de bör kunna anses föranleda att något särskiljande samtycke inte föreligger.

20. Här bör till att börja med skiljas på två olika situationer:

(a) B är fullt på det klara med vilken kropp B har framför sig, men B har blivit vilseledd angående kroppens – i brist på bättre – abstrakta identitet; som exempel kan nämnas en situation där B umgås en kväll med A och där kvällen slutar med sex; B tror emellertid, till följd av ett vilseledande å A:s sida att A är skådespelaren Michael Nyqvist.

²¹¹ Jfr t.ex. Schulhofer 1998 s. 152 som tycks betrakta identitetsfallen närmast som en fråga om inducement och Archard 1998 s. 46 som räknar dem till factum-fallen. Jfr Wertheimer 2003 s. 204 som problematiserar frågan utifrån ett verkligt fall.

(b) B är inte på det klara med vilken kropp B har framför sig, dvs. B har blivit vilseledd angående vilken fysisk kropp som B har framför sig; som exempel kan nämnas en situation i vilken A i mörkret kryper ned i B:s säng och låtsas vara B:s make eller en situation där B och B:s partner kommer överens om att ha sex genom ett hål i ett plank, men där A lurar iväg B:s partner och sedan ersätter denne på andra sidan planket.

21. För egen del är jag benägen att mena att det, för att ett meningsfullt och därmed särskiljande samtycke skall föreligga, bör krävas åtminstone att B:s samtycke inte har framkallats genom ett vilseledande av den typ som avses i (b).

22. Skälet till att också den "fysiska" identiteten på motparten bör ingå bland de förutsättningar beträffande vilka ett vilseledande bör kunna föranleda ansvar är att vi knappast kan frikoppla det sexuella självbestämmandet från självbestämmandet vad gäller valet av "fysisk" eller "kroppslig" sexualpartner. En föreställning enligt vilken ett särskiljande samtycke kan frikopplas från frågan om vilken kropp samtycket avser bör, enligt min mening, närmast likställas med ett slags (alltför) långtgående reduktionism. Kort sagt: man samtycker inte till sex, utan till sex med en viss individ som finns i tid och rum.²¹²

23. Däremot tror jag att det är att dra det för långt att inkludera också vilseledanden av typen (a) eftersom dessa närmast kan sägas gälla skälen till att man väljer att ha sex med en viss individ.²¹³ Det skall emellertid villigt erkännas att det – i linje med vad som ovan framhållits – närmast är fråga om en gradskillnad

²¹² Jfr, för kritiska synpunkter på den danska bestämmelsen om "tilsnigelse", Träskman 1994. Det kan förvisso sägas att bestämmelsen har begränsad praktisk betydelse – Träskman anger dess uppenbara betydelselöshet som den starkaste invändningen mot bestämmelsen – men jag är inte övertygad om att detta bör ses som ett argument emot kriminalisering av gärningar som måste anses påtagligt straffvärda. Jfr nedan vid not 264.

²¹³ I sammanhanget skulle kunna övervägas om vi inte här har att göra med en spegelbild av den uppdelning som i uppsåtsläran görs mellan de båda rättsfigurererna *error in persona* och *aberratio ictus*. Av utrymmesskäl – frågan skulle för att kunna behandlas på ett rimligt sätt uppta oproportionerligt mycket utrymme – avstår jag från att här och nu utveckla denna jämförelse.

och det är heller inte alldeles enkelt att avgränsa de fall som faller under (b).²¹⁴

24. Sammanfattningsvis menar jag att det finns skäl att anse att ett särskiljande samtycke å B:s sida bör förutsätta åtminstone att B inte har vilseletts om:

- ∞ att fråga är om en sexuell handling: jfr fall (i): läkaren B får samtycke till att föra in ett instrument i A:s vagina, men för in sin penis, och
- ∞ vilken kropp denne har sex med; jfr fall (ii) ovan B låtsas i mörker vara A:s sexpartner C.²¹⁵

25. Det nu sagda betyder vad gäller extensionen av det kriminaliserade området åtminstone till hälften detsamma som det förslag som lämnades av den s.k Samtyckesutredningen. I Samtyckesutredningen sägs som något slags huvudregel att vilseledande – i linje med vad som gäller för en bedömning av rekvisitet ”olovligen” – inte skall grunda ansvar. Samtidigt läggs till att vilseledande som rör den agerandes identitet kan grunda ansvar eftersom det då inte kan anses föreligga ett samtycke. Jag utgår – även om det ingenstans sägs – ifrån att avsikten har varit att vilseledanden om att fråga överhuvudtaget är om en sexuell gärning skall bedömas på samma sätt.

26. Även om jag sålunda i sak i vart fall ligger nära den uppfattning som kommer till uttryck i Samtyckesutredningen, bör framhållas att skälen för förslagen i nämnda utredning inte närmare utvecklas i denna del. Det sker visserligen en hänvisning till att begreppet ”olovligen” – som ju används för att ge innehåll åt begreppet ”frivilligt” (som används i den föreslagna lagtexten) – inte omfattar fall där lov har erhållits genom vilseledande. Denna hänvisning framstår emellertid i sig som otillräcklig för

²¹⁴ Se bl.a. Träskman 1994 s. 115 ff.

²¹⁵ Ytterligare en faktor beträffande vilken frågan om vilseledande är näraliggande att ställa, nämligen förekomsten av sjukdom (könsjukdom), synes lämpligen böra behandlas som ett möjligt fall av framkallande av fara eller överförande av sjukdom (dvs. bedömningen bör utgå ifrån 3 kap. 5, 8 och 9 §§ brottsbalken, snarare än från bestämmelserna i 6 kap.). Dessa fall framstår snarare som ett otillåtet risktagande i förhållande till den vilseleddes hälsa än som ett angrepp på dennes sexuella självbestämmande.

att motivera slutsatsen. Skälet till att stöldbrottet inte omfattar fall av vilseledanden är ju att sådana situationer skall tas om hand genom bestämmelsen om bedrägeri i 9 kap. 1 § brottsbalken. Utgångspunkten är följaktligen att vilseledande skall föranleda ansvar (enligt en annan straffbestämmelse).

27. Det måste därför motiveras självständigt varför vilseledanden (av annat slag än sådana som gäller identiteten på den age-rande personen) inte skall föranleda ansvar. Den ovanstående texten kan ses som ett försök att inleda det arbete som behöver göras för att kunna ge en sådan motivering.

f. Obehörighet

1. I vissa fall är vi benägna att anse att en viss person helt saknar förmåga att lämna ett särskiljande samtycke. Enligt nuvarande lagstiftning gäller detta endast personer under 15 (under vissa förutsättningar 18) år. Man kan uttrycka det så att personer under 15 år mer generellt anses sakna förmåga att lämna samtycke till sex. I propositionen avseende den senaste reformen av sexualbrottslagstiftningen angavs visserligen att "[m]otiven bakom den lagstiftning som skyddar vuxna och den som skyddar barn mot sexuella övergrepp är delvis olika", vilket sedan utvecklades på följande sätt:

"Flera av straffbestämmelserna i 6 kap. brottsbalken, inte minst våldtäktsbestämmelsen, bygger på föreställningen om människors förmåga till viljeuttryck. När det gäller övergrepp som riktar sig mot barn framstår det emellertid som främmande att laborera med begrepp som frivillighet och samtycke. Barns förmåga att ge uttryck för sin vilja i sådana situationer är också av naturliga skäl mycket begränsad. Därtill kommer att den sexuella självbestämmanderätten enligt svensk rätt inträder först vid 15 års ålder."²¹⁶

Trots uttalandena om de delvis olikartade motiven måste uttalandet – sett i kombination med vad som sedan anförs om att "barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar"²¹⁷ – förstås på så sätt att tanken egentligen är en utgångspunkt i sexuell självbestämmanderätt (och att barn saknar förmåga att ge uttryck för en sådan).

²¹⁶ Se t.ex. prop. 2004/05:45 s. 67.

²¹⁷ Se prop. 2004/05:45 s. 70.

2. Personer som lider av någon form av psykisk störning har inte på detta sätt generellt frångåtts behörigheten att ge ett särskiljande samtycke, utan det förutsätts enligt regleringen att det skall göras en bedömning av om någon otillbörligt utnyttjat personens hjälplösa tillstånd.

3. Gränsen mellan vad man kan kalla obehörighet och t.ex. fall där den utsatte t.ex. endast under vissa förutsättningar är fråntagen möjligheten att samtycka är förvisso inte skarp. Det skulle t.ex., med hänsyn till regleringen i 6 kap. 5 och 14 §§, kunna sägas att regelstrukturen vad gäller barn egentligen är densamma som i andra fall där fråga närmast är om att den utsatte saknar förmåga att ge ett särskiljande samtycke:

i vissa positioner (ung ålder, hjälplöshet osv.) har man som utgångspunkt inte förmåga att samtycka, men under förutsättning att något utnyttjande av denna oförmåga inte kan anses ha skett kan gärningen, trots avsaknaden av förmåga, vara ansvarsfri.

Fråga är alltså snarare om en gradskillnad än om en artskillnad.

4. I denna framställning behandlas sådana fall som avser psykisk sjukdom och andra liknande förhållanden som fall av utnyttjande av en utsatt position, dvs. endast fall som avses i 6 kap. 4 §, 5 och 6 §§ behandlas som fall av obehörighet. (Möjligheterna till en lindrigare bedömning enligt 6 kap. 5 och 14 §§ kan då närmast ses som ett sätt att göra övergången från obehörighet till behörighet mer flytande än den annars skulle ha varit.)

5. Vad gäller de rena obehörighetsfallen, dvs. fall av övergrepp mot barn, kan man naturligtvis alltid diskutera hur gränsen för det straffbara området skall dras. I denna del har det, såvitt jag känner till, inte framförts några mer seriösa önskemål om reformer.

6. Som jag tidigare har givit uttryck för²¹⁸ kan regleringen visserligen kritiseras på den grunden att den är väl icke-diskriminerande, dvs. den betecknar i grunden all sex med någon under 15 år som våldtäkt mot barn, vilket framstår som närmast stötande i fall där fråga är om fall av tonårskärlek med mycket begränsad åldersskillnad. Också i dessa fall öppnar emellertid regleringen,

²¹⁸ Se Asp 2009a s. 40 f.

till följd av bestämmelserna i 6 kap. 5 och 14 §§ brottsbalken, för helt rimliga resultat. Kritiken avser sålunda inte resultatet som framstår som fullt rimligt, utan den berättelse som lagstiftningen ger uttryck för. Vad gäller resultatet kan t.o.m. sägas att den reglering som vi har sedan år 2005 är bättre än den som gällde tidigare eftersom den i de här diskuterade fallen ger utrymme för ansvarsfrihet (enligt tidigare reglering var tonårsparet brottsligt, låt vara att detta sedan kompensades på åtalsnivå).

7. Eftersom denna del av regleringen sålunda inte framstår som den mest kontroversiella och omdiskuterade kommer jag inte närmare att gå och diskutera frågan om obehörighet.

8. Det kan emellertid noteras att en åldersgräns alltid tenderar att bli mycket skarp. I fall där fråga är om sex med någon under 15 år finns som ovan framhållits mycket goda möjligheter att runda av kanterna. I den andra riktningen är emellertid gränsen skarpare. Den som har fyllt 15 år är i princip (jfr dock de bestämmelser som tar sikte på personer under 18 år i bl.a. 6 kap. 4 § andra stycket brottsbalken) behörig att samtycka till sex. Det betyder emellertid inte med nödvändighet att vi i alla avseenden ser sex med en 15-åring som moraliskt oproblematiskt.

9. Det kan exempelvis noteras att Uppsala Nya Tidning nyligen i en stort uppslagen artikelserie konfronterade en man som via nätet sökt sex med "Anna018" (som utgav sig för att vara 15 år).²¹⁹ Mannen var visserligen beredd att betala för sig på ett sätt som gör att vi straffrättsligt hade hamnat i 6 kap. 9 § brottsbalken (köp av sexuell handling av barn), men hade betalning inte utlovats hade den tilltänkta gärningen varit tillåten. Syftet med att lyfta detta exempel är inte på något sätt att ifrågasätta någon del av kriminaliseringen, utan tvärtom att peka på att åldersgränser är skarpa vilket gör att övergången från obehörighet till behörighet blir ganska plötslig och omedelbar. I linje med vad som ovan framhållits (se avsnitt 1.III) kan naturligtvis sägas att gränser alltid uppstår och att det faktum att något är lagligt inte innebär att det inte kan problematiseras från moralisk synpunkt.

²¹⁹ Uppsala Nya Tidning den 27 oktober 2009.

10. Man skulle möjligen kunna fråga sig om en åldersgräns inte med nödvändighet blir för skarp – mognad som krävs för ett meningsfullt samtycke kommer inte över en dag och mognadsprocessen ser naturligtvis också olika ut för olika individer – och om det inte därför skulle finnas skäl att försöka finna en annan väg att avgränsa det straffbelagda området. Det framstår emellertid som tydligt att praktiska skäl starkt talar för att man bör fortsätta att laborera med en åldersgräns. En mer fristående bedömning av huruvida någons mognad är tillräckligt för att denne skall kunna lämna ett särskiljande samtycke till sex framstår som en alltför obestämd avgränsning av det straffbara området. Att på sätt som idag sker använda en dylik bedömning (tillsammans med andra faktorer) som grund för att reducera tillämpningsområdet för en reglering som strikt bygger på ålder är sannolikt den minst dåliga utvägen.

g. Godtagbar sex som samtyckesstandard?

1. Det har i olika sammanhang diskuterats om man inte skulle kunna ta ett ytterligare steg och istället för att, på sätt som ovan gjorts, fråga sig vilka faktorer som negerar samtycke försöka uppställa en standard för det goda eller eftersträvarsvärda som skulle kunna användas för att bedöma vad som är ett särskiljande samtycke.

2. Jag skall i detta sammanhang endast ta upp ett exempel på en sådan argumentation, vars innebörd kan sägas vara att man uppställer ett krav på vad som kan kallas en ömsesidighetsstandard, nämligen Pineaus argumentation för en standard byggd på vad som skulle kunna kallas kommunikativ sexualitet.²²⁰

3. Pineau argumenterar för en modell enligt vilken vi skall utgå ifrån en kommunikativ och ömsesidig upplevelse där parterna söker sexuell tillfredsställelse och också har en skyldig att bistå den andre i detta sökande. Om en kvinna skulle ha lämnat sitt samtycke till en gärning som inte uppfyller dessa krav skall detta i grunden bedömas såsom ett samtycke lämnat under tvång, dvs. fråga skall presumeras vara om ett icke-särskiljande samtycke.²²¹

²²⁰ Wertheimer 2003 s. 35 f. talar om "consent-plus".

²²¹ Se Pineau 1989 s. 233 ff. Jfr för en annan typ av standard ("a gender-neutral standard of sexual decency") Davion 1999.

4. Även om det inte är svårt att känna sympati för en sådan sexualitet som Pineau målar upp kan man naturligtvis känna mycket starka tvivel huruvida det är rimligt att säga att man kan samtycka enbart till det som framstår som kommunikativ och ömsesidig sex.

5. Det är tydligt att detta lägger mycket inskränkande normer över vad som är tillåten sexualitet och det är också tydligt att fråga ytterst blir om en lagstiftning av påtagligt paternalistisk karaktär.²²² Vi kan och måste diskutera vad som är att beteckna som ett särskiljande samtycke, men att uppställa krav på sex som uppfyller sådana ömsesidighetskriterier som Pineau talar om synes vara att bortse från att den sexuella självbestämmanderätten också har en positiv sida.²²³ Varför skulle man t.ex. inte kunna samtycka till att ensidigt tillfredsställa någon?²²⁴ Det kan dessutom ifrågasättas om fråga inte är om ett slags presumtion – Pineau talar sålunda om att förekomsten av "noncummunicative sexuality establishes a presumption of nonconsent" – som står i dålig samklang med straffprocessuella grundsatser. Jag utgår därför i det följande ifrån att den väg som bl.a. Pineau anvisar inte är framkomlig.²²⁵

IV. SAMTYCKETS BETYDELSEOMRÅDE

1. Som ovan framhållits måste vi ta ställning inte bara till vilka samtyckesgärningar som med hänsyn till omständigheterna framstår som meningsfulla utan också till vilka typer av gärningar och skador man överhuvudtaget skall kunna samtycka.

2. Enligt gällande rätt följer att man enligt 24 kap. 7 § brottsbalken kan samtycka till sådant våld som är försvarligt. Gränsen för det försvarliga brukar normalt anses gå mellan misshandel

²²² Se t.ex. Wertheimer 2003 s. 138.

²²³ Se t.ex. Schulhofer 1998 s. 86. Jfr även Eskridge som påpekar att sex av "bondage and discipline"-karaktär kan vara, eller i alla fall, ibland beskrivs som "sex at its most deeply consensual because the surrender of one's body to the control of another is an act of extraordinary trust that requires an equally extraordinary responsibility".

²²⁴ Så även Wertheimer 2003 s. 140.

²²⁵ Jfr här även Leijonhufvud 2008 s. 89 not 4.

som är ringa och misshandel av normalgraden. Härutöver kan gränsen i viss utsträckning förskjutas uppåt när det finns något positivt intresse som talar för att man bör kunna samtycka till något mer än vad om är att bedöma som ringa misshandel.²²⁶

3. Man kan ställa sig frågan om gränsen för samtycke till våld i samband med sex bör sättas enligt huvudregeln eller om den bör tillämpas på ett strängare eller generösare sätt. Jag återkommer strax till den frågan.

4. Innan vi kommer dit skall emellertid konstateras att frågan om var gränserna för den enskildes rätt att disponera över ett visst intresse också den är normativ till sin karaktär. Vi måste, på grundval av etisk argumentation, ta ställning till vad som skall gälla.

5. Vi kan därför – också om vi erkänner samtyckets normativa betydelse – bestämma oss för att vissa värden är så centrala att den enskilde inte kan tillåtas förfoga över dem. Ett tänkbart exempel kunde, även om jag själv är skeptiskt till att detta värde är så starkt att man bör frånta individen självbestämmanderätten över sin kropp, vara sexualitetens osäljbarhet.²²⁷ Frågan om kriminalisering av sexköp skall emellertid inte behandlas närmare i denna bok.

6. Som ovan framgått (se avsnitt 5.III.b) skulle det emellertid också kunna ifrågasättas om en kriminalisering av våldsanvändning vid sex inte skulle kunna vara av värde just därför att den skulle ta udden av invändningar som går ut på att det visserligen förekommit våld men att våldet inte använts för att tvinga den utsatte utan såsom ett medel för njutning. Fråga skulle alltså vara om en kriminalisering som i allt väsentligt motiveras utifrån intresset av att undvika bevisproblem. I sammanhanget kan hänvisas till McGregor som har framhållit att en reglering som förbjuder (åtminstone vissa typer av) våldsam sex skulle ha den fördelen att samtyckesfrågan i dessa fall skulle bli irrelevant.

²²⁶ Se t.ex. Jareborg 2001 s. 288.

²²⁷ En annan sak är att en kriminalisering i viss utsträckning skulle kunna legitimeras enligt de tankar som ovan utvecklats om erbjudande, se ovan avsnitt 5.III.c.

Eftersom våldet förbjuds i sig skulle ansvar följa oberoende av samtycke:

"For my current vantage, it would seem that allowing defendants to claim that the victim of sexual brutality consented opens the door that I have been trying to close, namely, taking out of consideration as consensual sexual relationship those that, in the face of it, seem unreasonable from the women's point of view. So, if a man is permitted to claim that the brutal treatment was part of a sexual ritual that they shared and consequently that he believed, and had reason to believe, that his partner was consenting, then we open the door to a vast array of cases that seem unreasonable."²²⁸

7. Enligt min uppfattning är emellertid en sådan tanke problematisk av flera skäl.

8. För det första kan sägas att vi svårligen kan förbjuda allt sådant våld som är tillräckligt för ansvar för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § brottsbalken. Under bestämmelsen inkluderas inte bara grovt våld utan också praktiskt taget varje form av fysisk kraftutövning mot en annan person (jfr ovan avsnitt 3.II.b). För att förbjuda allt våld i samband med sex fordras sålunda att vi går relativt långt utöver vad som allmänt gäller beträffande samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken. Det framstår som tydligt att detta är orimligt.

9. Att man bör kunna samtycka till ett visst begränsat våld följer av den allmänna samtyckesregleringen och möjligheterna att samtycka till våld vid sex borde, om något, vara större än annars eftersom rätten att utöva sin sexualitet bör anses ha ett inte obetydligt värde.

10. Även om det finns en gräns för vad man kan samtycka till och även om det kan diskuteras var den gränsen skall dras, framstår det som uppenbart att man inte kan underkänna möjligheten att samtycka till allt sådant våld som är tillräckligt för våldtäktsansvar (oberoende av om det förekommer tvång).

11. För det andra är en sådan instrumentell kriminaliseringsgrund som ovan antyddes i sig mycket problematisk. Eftersom straffrätten handlar om att tillfoga klander och lidande, bör det anses uteslutet att bestraffa enbart av instrumentella skäl (dvs.

²²⁸ Se McGregor 2005 s. 242 ff.

för att kunna lagföra andra utan att man kan säga att det är något fel med det beteende som bestraffas). För att sätta katten på bordet kan man ställa sig frågan om det är legitimt att bestraffa ett par som glada och nöjda kommer ut från sovrummet efter att ha idkat okonventionell sex innehållande inte obetydliga våldsinslag (därför att tillåtandet av sådant våld i andra fall kan öppna upp för invändningar som är, eller kan vara, osanna, men vilka är svåra att motbevisa).

12. Enligt min mening är svaret ett klart nej, åtminstone om grunden till att de bestraffas är att undvika invändningar om frivillig sexuell samvaro. Det framstår som tydligt att detta är att lägga problem på systemnivå (bevisproblem i *andra* fall) på den enskilde och att det är problematiskt om detta godtas som ett rimligt skäl för bestraffning.

13. Om man skall argumentera för ansvar för våldsutövning i samband med sex, framstår det därför som mer näraliggande att ansluta sig till den typ av argumentationslinjer som Berglund och Duff skisserar, nämligen att gärningarna är straffvärda därför att de är integritetskränkande (Berglund) eller förnedrande och avhumaniserande (Duff) också om de vidtas med ett samtycke från den utsatte.²²⁹ Jag är för egen del tveksam till om denna argumentation leder framåt, men den framstår som betydligt rakare och lättare att förena med grundläggande ansvarsprinciper än en argumentation som bygger på bevisproblem.

14. För det tredje – och det gäller oberoende av hur vi motiverar ansvaret – kan ifrågasättas om vi verkligen skulle komma ifrån samtyckesfrågan. Låt oss här utgå ifrån McGregors ovan återgivna slutsats, dvs. att ansvar skulle följa oberoende av samtycke eftersom våldet förbjuds. Denna slutsats är naturligtvis helt riktig om man sätter den i relation till bedömningen av huruvida den tilltalade förövat brott eller ej, men det är svårt att se – åtminstone om man menar att den sexuella självbestämmanderätten är ett viktigt skyddsintresse – att man vid bedömning av brottets svårhet skulle kunna bortse från frågan huruvida den utsatte, på ett sätt som vi bedömer vara särskiljande, lämnat samtycke till gärningen.

²²⁹ Se ovan avsnitt 2.V.

15. Ett ställningstagande till att våldet i sig är förbjudet, och alltså inte kan disponeras över av den enskilde, innebär visserligen att gärningen i sig måste anses ha ett visst straffvärde, men det är svårt att tro att vi kan förhålla oss likgiltiga till huruvida gärningen *också* innefattar en kränkning av den utsattes självbestämmande. Det framstår också som svårt att motivera att en gärning som i och för sig innefattar sådan våldsutövning som per se anses otillåten, men som har vidtagits helt i enlighet med den utsattes samtycke (låt vara att detta inte anses vara rättsligt särskiljande eftersom vi bestämt att den enskilde inte kan samtycka till våld i samband med sex) skulle kunna anses ha ett mer betydande straffvärde.

16. Fråga skulle alltså bli om en mer överträdelse av mer formell karaktär. För att illustrera vilken straffvärdemässig betydelse det kan ha att ett samtycke – som rättsligt inte godtas som särskiljande – har lämnats kan hänvisas till bedömningen av s.k. barmhär-tighetsmord. Exemplet visar att en gärning som annars bedöms ha ett extremt högt straffvärde – och till vilken man i och för sig inte anses kunna samtycka – ändå kan bedömas betydligt mildare med hänsyn till förekomsten av att det faktiskt föreligger ett samtycke (som skulle bedömas som meningsfullt om vi godtog att den enskilde fick disponera över det ifrågavarande intresset).

17. Det förekommer att denna typ av problematisering möts av mer eller mindre raljanta invändningar. Som ett exempel kan hänvisas till Smith som, efter att ha föreslagit en konstruktion av våldtäkt som innebär att våldsanvändning skall kunna leda till ansvar oberoende av huruvida samtycke föreligger²³⁰ bemöter en potentiell invändning på följande sätt:

”First, it will be objected that it is overbroad. It will chill the consensual behaviour of those who prefer a racier brand of sexuality

²³⁰ Smith 1999 s. 39: ”No man is entitled to hit a woman, to throw her down or pin her down or rip off her clothing. Any such behaviour constitutes force. It can be identified without any consideration of consent whatsoever. The only question in assessing the crime is, Did the accused do it or not? As with virtually all other crimes, in this definition, there is no need to assess the mental state of the victim, least of all whether she ultimately acquiesced in cooperating with her assailant. Such an assessment would never be considered relevant to the commission of any other crime, and it should not be considered relevant here.”

that includes violence or the threat of it as part of the thrill of risk or danger. My quick answer to this view is that if the thrill of danger is what turns you on, this new law will help you out, because now you can add the further risk of being prosecuted later for rape. This should make it really exciting.”²³¹

Det är uppenbart att Smith här inte ens försöker att problematisera sin egen position och hennes argument måste rimligen uppfattas som direkt kränkande av den som är intresserad av någon form av våldsam sex.

18. Smith fortsätter förvisso på ett mer seriöst sätt och vi kommer då tillbaka till frågan om hur man skall se på straffrättsanvändning:

”But supposing sarcasm to be unappreciated, the real answer, as noted by other feminists, is that some practices are too costly to maintain. If the cost of maintaining the freedom of a few to play sexual games with the risk of violence is that no woman can prove a claim of rape without proving the impossible negative that she did not find it erotic, then the cost is too great.”²³²

För egen del menar jag alltså att det, också om man kan ha förståelse för den vilja till förändring som kommer till uttryck i citatet (under texten ligger ett antagande om att tillåtligheten av våld inte sällan leder till att vad som i realiteten utgör våldssamma övergrepp bedöms som frivilligt sexutövande), är svårt att på straffrättens område godta den slutsats som kommer till uttryck.

19. Det är svårt att uppfatta texten på annat sätt än att författaren är mer eller mindre likgiltig inför det förhållandet att vissa människor faktiskt vill ha i en eller annan mening våldsam sex och inför det förhållandet att det är svårt att se det legitima i att bestraffa dem – såsom för våldtäkt – för den händelse att de skulle ha sådan sex. Ytterst hamnar vi här i frågor om tolerans (i förhållande till det från oss själva avvikande) och om rättvisa och människovärde: kan vi säga att det är ”too costly” att kräva att den som klandras och sätts i fängelse faktiskt har gjort sig skyldig till något klandervärt?

²³¹ Smith 1999 s. 39.

²³² Smith 1999 s. 39.

V. EXKURS OM SAMTYCKE OCH TID

a. Ja betyder inte ja

1. I avsnitt 4.II har jag utförligt argumenterat för att ett särskiljande samtycke är något mer än ett "ja" till, eller ett godtagande av, något. Fråga är snarare om ett "ja" som lämnas under vissa förutsättningar, dvs. sådana förutsättningar att vi inte bedömer det "ja" som givits som icke-särskiljande. Med andra ord kan sägas att jag har argumenterat för att ja inte nödvändigtvis betyder ja.

2. Lika viktigt att framhålla – men betydligt mer uppmärksammat i den svenska diskussionen – är det ganska självklara förhållandet att det faktum att någon säger ja vid ett tillfälle inte innebär att denne säger ja också vid ett senare tillfälle: ja betyder inte heller i detta avseende ja, dvs. ett ja (vid t_1) betyder inte att det föreligger ett ja (vid t_2).

3. Man kan uttrycka det sagda så att ett ja – vilket ligger i linje med vad som gäller bl.a. vid samtycke enligt 24 kap. 7 § brottsbalken – alltid är temporärt och när som helst kan återkallas. Den som säger ja till kyssar och smek behöver inte säga ja till att gå längre och den som säger ja till sex vid ett tillfälle behöver inte säga ja vid nästa.

4. Att denna fråga – trots att svaret är ganska uppenbart – har kommit att diskuteras beror på flera faktorer.

5. För det har tanken på att man genom genom att ingå i en viss relation, dvs. sagt ja till något visst (här syftas i första hand på äktenskap), också har sagt ja till annat (sex) haft en inte obetydlig betydelse genom historien.²³³ Det har därför funnits ett behov av att betona samtyckets temporära karaktär.

6. För det andra kan frågan kopplas till den ibland framförda tanken att parternas beteende innan övergreppet bör tillmätas

²³³ Så sent som vid brottsbalkens tillkomst anfördes tanken uttryckligen som grund för att anse att sexuella övergrepp inom äktenskapet närmast var en fråga om tid och plats för något som man genom äktenskapet kommit överens om. Se prop. 1962:10 s. B 433.

betydelse.²³⁴ Ett beaktande av föregående beteende kan sålunda sägas antyda att ett initialt ja implicerar ett ja också i ett senare skede. Eftersom också ingående av äktenskap eller inledande av en relation (jfr föregående punkt) kan ses som ett slags föregående beteende finns det emellertid ingen artskillnad mellan denna punkt och den föregående.

7. För det tredje kan det faktum att föregående beteende kan påverka uppsåtsfrågan – t.ex. enligt resonemanget ”eftersom hon hade sagt ja tidigare trodde han att hon sade ja också denna gång” – ses som ett sätt på vilket ett lämnat ja vid ett tillfälle kan påverka bedömningen av vad som förevarit vid ett senare tillfälle, dvs. som ett sätt enligt vilket ett ja fortsätter att ha betydelse också efter att det inte längre föreligger.

8. I det sistnämnda fallet är det i och för sig inte fråga om att ett tidigare lämnat ja tillmäts någon egentlig betydelse för frågan om huruvida en otillåten gärning har förövats eller ej, utan det handlar istället om att ett tidigare lämnat ja (rent faktiskt) kan leda till missuppfattningar avseende personens inställning vid ett senare tillfälle vilket, med stöd av konformitetsprincipen, kan få betydelse för möjligheten att utkräva ansvar. Detta kan följaktligen inte, försåvitt man inte helt bortser från straffrättens distinktion mellan att något är otillåtet (men eventuellt ursäktat) och att det överhuvudtaget inte är otillåtet, ses om ett uttryck för tanken att ett ja som lämnats vid ett tillfälle har betydelse också sedan detta återkallats. Denna typ av påverkan på senare bedömningar kan ändå förklara varför tanken att ja betyder ja har kommit att diskuteras.

9. Från rättsligt perspektiv får det idag emellertid anses stå alldeles klart att ett ja till sex skall betraktas som temporärt. Varken ett samtycke eller ett icke-samtycke är något bestående, åtminstone inte vad gäller samtycke/icke-samtycke till sex. Det gäller till dess att man ändrar sig. En annan utgångspunkt skulle i och för sig kunna göras gällande; jfr t.ex. tanken på legitima förväntningar. Det framstår emellertid – även om de emellanåt framförs i mer eller mindre tydliga varianter – som tydligt att dylika tankar bör avfärdas på området för samtycke till sex. (I

²³⁴ Jfr t.ex. förslagen i SOU 1976:9.

sammanhanget kan emellertid jämföras med situationer där någon lämnar samtycke till något och detta leder till olika former av investeringar: ”Jag samtycker till att du bygger det där garaget på din tomt.” I dylika fall kan det finnas skäl att se ett avgivet samtycke som *bindande för viss tid*.)

10. Som ovan nämnts kan ett beaktande av föregående beteende ses som ett sätt antyda att ett initialt ja implicerar ett ja också i ett senare skede. Också om man inte på något sätt godtar tanken att ett ja avgivet vid en tidpunkt innebär ett ja också vid en senare tidpunkt kan det emellertid diskuteras om vad som föregår ett övergrepp i alla delar och alltid kan fränkännas all betydelse vid en straffrättslig bedömning. Jag återkommer till denna – mycket kontroversiella – fråga nedan i avsnitt 5.V.c.

b. Nej betyder inte nej

1. Man kan knappast diskutera betydelsen av samtycke vid sex utan att komma in på *nej-betyder-nej-tesen*. Denna tes uppfattas antagligen av många som självklar och en analys av och diskussion kring den kan därför möjligen uppfattas som överflödiga. Så är emellertid inte fallet. Som Schulhofer uttrycker det:

”For many, the often-heard feminist view – that ‘no’ means NO! – now seems obvious and uninteresting. In fact it is neither.”²³⁵

Tesen är populär på många håll och den kan uppfattas på en rad olika sätt. Jag skall här kortfattat gå igenom några av de mest plausibla tolkningarna och försöka ta förklara och ta ställning till i vilka avseenden tesen framstår som fruktbar.²³⁶

²³⁵ Schulhofer 1998 s. 59.

²³⁶ I sammanhanget skall uppmärksammas att nej-betyder-nej-tesen har särskilt stor betydelse i en rättslig kontext där frågan om huruvida ett misstag varit ”reasonable” eller inte tillmåts avgörande betydelse, dvs. i rättssystem där våldtäktsansvar kan byggas också kring något slags omedveten oaktsamhet. I dylika rättssystem kan tesen – på sätt som antyds nedan i punkt 4 – ses som ett sätt att erinra om att en tolkning enligt vilken nej betyder ja inte alltid (understatement) kan bedömas som ”reasonable”. Jfr här Husak & Thomas III 1992 s. 113: ”More plausibly, this claim is about the social conventions by which nonconsent is expressed. That is, when a woman says the word ‘no’ she intends to express her lack of consent, and it would be unreasonable for a man to believe otherwise.”

2. Nej-betyder-nej-tesen kan för det första – om man uppfattar den som sägande att ett allvarligt menat nej skall respekteras – förstås närmast som ekvivalent med tesen att samtycke bör spela en avgörande roll vid bedömande av om ett sexuellt övergrepp har förövats: ett allvarligt menat nej negerar samtycke och sexuellt umgänge utan samtycke innebär att ett övergrepp har förövats.

3. Det är möjligt – men det är förstås en empirisk fråga som vi knappast har något svar på – att det är på detta sätt de flesta uppfattar nej-betyder-nej-tesen. Under förutsättning av att nej-betyder-nej-tesen skall uppfattas på detta sätt är den i grunden helt förenlig med den uppfattning som skisserats ovan i kapitel 2. Man kan till och med säga att nej-betyder-nej-tesen, inom ramen för ett samtyckesparadigm, är närmast tautologisk:

*Om samtycke inte har lämnats föreligger inget samtycke och detta skall respekteras.*²³⁷

4. En andra möjlig tolkning av nej-betyder-nej-tesen är att den framförs inte för att man vill att den skall förstås bokstavligt och ges direkt rättslig betydelse, utan snarare i syfte att påverka någon. Fråga kan t.ex. vara om ett försök att påverka åklagare, domare och andra beslutsfattare att inte glömma bort att nej faktiskt oftast betyder nej, att nej är ett mycket tydligt uttryck för ens vilja och att det därför i regel bör vara svårt att påstå att man inte förstått betydelsen av ett nej.²³⁸ Fråga kan också vara om ett försök att inskräpa i (exempelvis) unga män att vara lyhörda för kvinnors vilja.

5. Förstådd på sistnämnda sätt finns självfallet inte något att invända mot tesen. Fråga är närmast om en slogan som används i didaktiskt syfte för att nå fram till konformitet med den mening av nej-betyder-nej-tesen som diskuterats ovan i punkt 2 (dvs. att en allvarligt menat nej skall respekteras).

²³⁷ Jfr även Husak & Thomas III 1992 s. 113 som tar upp en annan tautologisk mening hos nej-betyder-nej-tesen, nämligen att det är en utsaga om meningen hos ordet nej. Också på detta sätt förstådd är tesen relativt ointressant.

²³⁸ Se t.ex. <http://www.cfs-fcee.ca/nomeansno/home.html>. Jfr även Lemoncheck 1999 s. 161 som talar om att "a continuum model of sexual violence against women" på ett liknande sätt kan användas som "a consciousness-raising tool".

6. En tredje – och betydligt mer problematisk – tolkning av nej-betyder-nej-tesen är att ett verbalt uttryckt nej alltid innebär att samtycke till sex saknas. Fråga skulle således närmast vara om en generellt giltig utsaga om vad den som säger nej avser. Förstådd på detta sätt kan nej-betyder-nej-tesen rimligen inte betraktas som annat än ohållbar.

7. Skälet till detta är bl.a. att tesen, enligt denna tolkning, vilar på en mycket förenklad bild av mänsklig kommunikation som helt bortser inte bara från det man kan kalla det icke verbala språket, utan också i övrigt från den kontext i vilken en viss sats uttalas.

8. Språk är inte, och har nog aldrig varit, detsamma som det som uttrycks verbalt och det bör vara uppenbart att det som vi inom ramen för ett samtyckesparadigm i första hand är intresserade av är *innehållet* i uttrycket (lämnas ett samtycke eller lämnas inte ett samtycke) snarare än *formen* (används ett visst ord för att förmedla uttrycket).

9. Innebörden i det som sägs kan förändras bl.a. av den kontext i vilket något sägs och av det sätt på vilket detta sägs.

10. Ett enkelt exempel på det förstnämnda kan vara att en ironisk kommentar – utan hjälp av t.ex. kroppsspråket – kan betyda något helt annat än vad det uttryckta innebär rent semantiskt. Utsagan:

”det här var ju ett jättegott vin”

kan t.ex. (förutsatt att satsen uttalas i ett sammanhang där det förutsätts att alla är överens om att vinet smakar, i bästa fall, terpentin) betyda att vinet är förfärligt.

11. Innebörden hos ett verbalt uttalande kan naturligtvis också förändras av sättet på vilket det sägs. Också detta kan kanske enklast visas genom ett exempel. Antag t.ex. att jag har fått en ny bok om brottslighetskonkurrens tillsänd mig genom posten och att jag har boken liggande på mitt skrivbord, när en kollega med särskild faibles för dessa frågor kommer in på mitt rum och får syn på den. Han bläddrar med iver i innehållsförteckning, lägger sedan ned boken och frågar med glittrande ögon om han får låna den. Jag svarar ”nej, absolut inte, den skall ligga kvar där och

vänta på att jag någon gång om ett halvår får tid att läsa den” samtidigt som jag leende räcker över boken till min kollega.

12. Är det rimligt att säga att det nej som i detta fall verbalt kommer till uttryck betyder nej? Naturligtvis inte.

13. Ett konstaterande av att vi kommunicerar med mer än verbala uttrycksmedel och att detta måste beaktas vid en bedömning av huruvida samtycke har lämnats och av huruvida något utgör ett övergrepp eller ej kan rimligen inte vara kontroversiellt.

14. Inte heller hindrar det att man ser fall där någon faktiskt säger ”ja” som ett slags paradigmiskt fall av samtycke eftersom den samtyckande därigenom på ett bokstavligt och semantiskt tydligt sätt ger uttryck för sitt ”ja”:

”a speaker who says ‘yes’ to the question ‘Do you want to make love?’ is speaking literally because she is performing an assertive illocutionary act of stating a preference of hers that is identical to the literal meaning of the sentence she is implicitly uttering.”²³⁹

15. Om man vill förklara det sagda utan att använda språkhandlingsteori kan man säga att den person som samtycker genom att uttryckligen säga ja, genom sitt yttrande ”gör” detsamma (dvs. ”säger ja”) som dennes ord (bokstavligen) ger uttryck för (”ja”).²⁴⁰

16. När man på det sätt som ovan gjorts talar om att nej under vissa förutsättningar kan betyda ja är det av central betydelse att man skiljer på två situationer.

17. Å ena sidan kan situationen vara sådan att ordet nej – tillsammans med andra uttrycksmedel, bl.a. kroppsspråk och den kontext i vilken ordet sägs – används för att ge uttryck för ett ja. Kort sagt: personen säger i ”nuet” ja (bl.a.) genom att verbalt uttala ordet nej. Det är dessa situationer jag har talat om ovan.

18. Å andra sidan kan man också avse en situation där någon säger nej och bl.a. därigenom ger uttryck för ett icke-samtycke men där denne har för avsikt att något senare säga ja. Vi talar

²³⁹ Westen 2004 s. 79.

²⁴⁰ När någon säger nej, men bl.a. därigenom avser att lämna sitt samtycke är strukturen mer komplex (den illokuta innebörden; att ge tillstånd) avviker då från yttrandets semantiska mening.

då om situationer där en person som faktiskt vill ha sex, men ändå till en början säger nej till sex. Också beträffande dessa fall kan man, litet slarvigt, tala om att den som säger nej egentligen menar ja. Det är emellertid viktigt att notera att det nej som uttalas i dessa fall i regel betyder just nej, dvs. den som uttalar nej ger uttryck för ett icke-samtycke. Personen vill visserligen ha sex, men till detta har hon ännu inte givit sitt medgivande.²⁴¹

19. Nej-betyder-nej-tesen kan också, och för det fjärde, tolkas på så sätt att den innebär att ett verbalt uttryckt nej (oavsett om det är allvarligt menat eller ej) alltid skall respekteras. Om tesen uppfattas på detta sätt förstås den närmast som en norm som anger att man, när man möter ett verbalt nej, aldrig (dvs. oaktat vilka andra tolkningsdata som finns) får tolka detta som ett ja. Att yttra ett nej är, med denna utgångspunkt, att skapa ett tillstånd eller läge där sex är förbjudet. Fråga skulle, i språkfilosofisk mening, vara om ett performativ (motsvarande: ni är nu man och hustru); yttrandet av ordet nej skulle s.a.s. ges den illokuta innebörden att skapa ett läge där sex är otillåtet.²⁴²

20. För att vi skall ge nej-betyder-nej-tesen denna innebörd behöver vi normativt motivera ett nej skall ges funktionen av ett performativ. Som motivering skulle t.ex. kunna anföras att ett agerande som går emot ett verbalt uttryckt nej alltid innefattar en så stor risk för missförstånd att det redan på grund av denna risk bör vara förbjudet. Denna innebörd av nej-betyder-nej-tesen ligger bl.a. till grund för det förslag till förbud som lämnats av Donald Dripps:

”Whoever purposely or knowingly commits any sexual act with or upon any person ... known by the actor to have expressed the refus-

²⁴¹ Se Wertheimer 2003 s. 158 f. Att det förekommer att ett initialt nej senare följs av ett ja kan betvivlas lika litet som att ett initialt ja senare kan följas av ett nej. Jag har inga ambitioner att självständigt undersöka t.ex. hur vanligt det är att ett nej i ett skede senare följs av ett ja eller hur vanligt det är att någon som från början bestämt sig för att säga ja ändå i ett första skede säger nej av någon anledning (t.ex. för att det antas vara en normal beståndsdel i spelet mellan man och kvinna). I sammanhanget kan emellertid refereras till undersökningar gjorda i USA enligt vilka 39 % av de tillfrågade kvinnorna sade sig ha sagt nej trots att de ville ha sex. Se Muehlenhard & Hollabaugh 1988 och Schulhofer 1998 s. 64 och 259 f. Se även t.ex. Husak & Thomas III 1992 s. 122 f.

²⁴² Se Westen 2004 s. 82 f.

al to engage in the act, without subsequently expressly revoking that refusal; or ...”²⁴³

Eftersom den föreslagna lagtexten kan läsas på flera sätt finns skäl att understryka att Dripps synes mena att förbudet skall gälla oberoende av huruvida den utsattes verbalt uttryckta nej är avsett som ett ja eller som ett nej, dvs. oberoende av om ett samtycke egentligen föreligger eller ej:

”The substantive law ought to punish the disregard of the sexual object’s words, without regard to their sincerity. Specific intent should remain the standard; but the intent that matters should be the intent to engage in sex with a person who *says* she refuses.”²⁴⁴

21. En kriminalisering av denna typ innebär i praktiken att man kommer överens om en viss norm för kommunikationen mellan människor och sedan låter överträdelser av denna norm direkt ligga till grund för straffansvar. En dylik kriminalisering skulle möjligen kunna motiveras utifrån en tanke om risktagande (den som inte respekterar det överenskomna sättet att kommunicera tar otillåtna risker för en felbedömning av huruvida samtycke verkligen föreligger) eller som en ordningsöverträdelse (den som inte respekterar det överenskomna sättet att kommunicera undergräver möjligheterna till tydlig kommunikation och detta kan presumeras öka riskerna för övergrepp).

22. Det framstår emellertid som tydligt att denna typ av kriminalisering är förknippad med stora problem. Bl.a. kan framhållas att det överhuvudtaget inte behöver innefatta något risktagande att gå emot ett verbalt nej eftersom det, för de inblandade, i regel torde vara alldeles klart vad ett verbalt uttryckt nej är avsett att innebära (jfr ovan punkterna 6 och följande). Och alldeles oberoende härav bör stå klart att en dylik reglering inte på något sätt gör samtyckesfrågan irrelevant. Vi kommer fortsatt att fråga oss om vi framför oss har ett fall i vilket:

(i) den tilltalade haft sex med den utsatte trots ett verbalt nej *och* trots frånvaron av samtycke, eller ett fall i vilket

(ii) den tilltalade haft sex med den utsatte trots ett verbalt nej, *men* i enlighet med ett föreliggande samtycke (dvs. ett fall

²⁴³ Dripps 1992 s. 1807.

²⁴⁴ Se Dripps 1992 s. 1804.

där den enskilde verbalt sagt nej som en del i ett uttryck för samtycke).

23. Liksom vad gäller en kriminalisering av våldsam sex oberoende av om samtycke föreligger eller ej (jämför ovan avsnitt 5.IV) kan visserligen säga att ett ställningstagande av innebörd att sex i strid med ett verbalt nej i sig skall kriminaliseras måste anses innefatta ett ställningstagande av innebörd att en sådan gärning också har ett visst straffvärde. Det framstår emellertid också i detta fall som klart att fråga skulle vara om en överträdelse av mer formell karaktär (i de fall det inte *också* föreligger en kränkning av den utsattes självbestämmande). Så länge vi ser kränkningen av den utsattes självbestämmande som det huvudsakliga skyddsintresset kan vi knappast förhålla oss likgiltiga i förhållande till huruvida en kränkning av detta intresse har skett eller ej.

24. Den ovan gjorda genomgången visar att nej-betyder-nej-tesen kan förstås på en rad olika sätt. Skälet till att jag velat uppmärksamma detta är naturligtvis att det är en förutsättning både för att det skall vara möjligt att klargöra vari olika typer av oenighet egentligen består och för att vi skall kunna undvika skenbar oenighet, dvs. situationer då vi argumenterar emot varandra utan att vara verkligt oeniga.

25. Avslutningsvis skall också framhållas att vi, för att fullt ut förstå nej-betyder-nej-tesens möjligheter och begränsningar, måste hålla i minnet det förhållandet att ett aldrig så tydligt uttryckt nej (liksom ett givet samtycke) är något som kan återtats och/eller förändras; ett nej gäller bara så länge den som säger nej inte ändrar det till ett ja och detta betyder att vi alldeles oavsett hur vi ser på nej-betyder-nej-tesen måste ta ställning till när ett ja skall ses som ett särskiljande samtycke. Man kan uttrycka det så att vi vad gäller förändringsfall (dvs. fall där någon gått från nej till ja) behöver något helt annat än nej-betyder-nej-tesen, nämligen en normativt grundad uppfattning om i vilka situationer, och under vilka förutsättningar, vi skall godkänna det ja som lämnas såsom ett särskiljande samtycke. Frågan är då inte om nej betyder nej utan om ja betyder ja.²⁴⁵

²⁴⁵ Se Wertheimer 2003 s. 159.

c. Samtycke och föregående beteende

1. Utgångspunkten när det gäller samtycke bör vara att det skall föreligga vid tiden för gärningen och fortsatt föreligga till dess gärningen avslutas. Dessa krav kan härledas från den ovan diskuterade grundtanken att samtycke är den faktor som är avgörande för att användande av eller åtgärder mot en individ inte skall utgöra en objektifiering av individen. När någon samtycker till något behandlas personen inte enbart som ett medel utan som ett mål i sig. Samtycket kan mot denna bakgrund sägas vara momentant; det gäller i princip bara i den stund det ges.
2. Detta betyder, som utgångspunkt, att ett i förväg lämnat samtycke inte nödvändigtvis är relevant för bedömning av en senare vidtagen gärning. Det betyder också att en persons föregående beteende inte alls har någon bäring på frågan huruvida denne senare samtycker till en annan (likartad eller olikartad) gärning.
3. Om vi förflyttar dessa generella noteringar till vår kontext, dvs. till området för samtycke till sexuella gärningar, kan de sägas innebära att det förhållandet att A vid en viss tidpunkt samtycker till sex med B, inte kan tas till intäkt för att A vid ett senare tillfälle samtycker till att ha sex med vare sig B eller med C, D eller E. Detta är den tydliga och självklara utgångspunkten.
4. Frågan kan då ställas huruvida man kan uppställa en generell och undantagslös regel om att föregående handlande är irrelevant (under alla omständigheter). Samtidigt som utgångspunkten är både lätt att acceptera och angelägen att understryka, framstår det emellertid som kontraintuitivt att i varje situation fränkänna föregående beteende all relevans. Vi skall därför uppehålla oss något kring denna fråga.
5. För det första kan man naturligtvis – även om detta inte är direkt kopplat till frågan om samtycke – diskutera vilken betydelse det har för graden av integritetsintrång att ett sexuellt övergrepp utförs av någon som man tidigare haft en sexuell relation med. I sammanhanget finns flera tänkbara argumentationslinjer som delvis går i olika riktningar.

6. Inledningsvis skall noteras att det förhållandet att man inte tidigare haft sexuellt umgänge med förövaren möjligen skulle kunna anses tillföra en dimension i relation till fall där ett övergrepp sker mellan personer som har eller har haft en sexuell relation, nämligen att gärningen i ett sådant fall innebär att den utsatte påtvingas intimt umgänge med ytterligare en person.

7. Antag t.ex. att A och B grälar och att A spottar B i ansiktet på ett sätt som gör att B får A:s saliv i munnen. Fråga är åtminstone om förolämpning. Antag vidare (fall a) att A och B inte känner varandra sedan tidigare, utan har stött ihop på centralstationen i en större stad och där råkat i gräl med varandra. Antag istället (fall b) att A och B är gifta sedan många år. Finns det inte anledning att anta att det i fall a tillkommer en dimension av obehag som bottnar i att A och B i sin relation med varandra överskridit en intimitetsgräns över vilken vi normalt vill ha kontroll? Upplevelsen kan naturligtvis delvis antas vara kopplad till risken för överförande av olika typer av sjukdomar, men det är knappast den enda förklaringen till upplevelsen.

8. Omvänt kan noteras att också det förhållandet att en gärning som vidtas av någon som står en (i någon mening) nära också skulle kunna anses tillföra en extra straffvärdedimension (i relation till gärningar vidtagna av en främling). Som skäl för detta kan anföras tankar om bl.a. svikande av förtroende och (t.ex. när det gäller gärningar som vidtas i hemmet) ett slags angrepp på den plats som skall vara förknippad med trygghet.

9. Ytterligare kan frågan ställas om verkliga relationer alltid och i alla delar är irrelevanta för hur vi får bete oss mot varandra.

10. Ett första exempel är att relationer mellan människor och deras föregående umgänge uppenbarligen – och i linje med vad som ovan har antytts²⁴⁶ – har betydelse för när det är godtagbart att ta ”nästa steg” på den trappa av upptrappad intimitet som diskuterats ovan i avsnitt 5.II.a.

11. Om A och B en kväll sitter i en soffa hemma hos A och kysser och smeker varandra över ryggen är det svårt att se att det

²⁴⁶ Se not 63 ovan.

skulle vara otillåtet för A att, på det sätt som diskuterats, trappa upp intimiteten genom att börja smeka B:s bröst (givetvis gäller som alltid att B har all rätt att vid valfri punkt sätta stopp). Det bör emellertid vara uppenbart att det är en helt annan sak – och ett tydligt fall av sexuellt ofredande – om A gör samma sak när A och B har råkat hamna bredvid varandra på en lunchrestaurang eller i ett sammanträdesrum.

12. Man kan uttrycka det så att rätten att ta initiativ som innefattar sexuell beröring är åtminstone delvis beroende av kontexten och *inte minst* av det som föregått initiativet.

13. Låt oss nu gå vidare och fråga om man inte också kan gå utanför det som här har kallats intimitetstrappan och säga att viss beröring av sexuell karaktär utan föregående samtycke i vissa fall bör kunna godtas just därför att beröringen sker inom ramen för en pågående relation.

14. Antag t.ex. att A väcker sin älskade B genom att smeka henne över bröstet eller att A väcker sin make B genom att smeka hans kön utanpå kalsongerna. Självfallet kan B i båda fallen säga stopp, och det kan säkert finnas utrymme för diskussion kring huruvida A:s beteende bör bedömas som brottsligt. Det kan emellertid konstateras att det framstår som långt ifrån självklart att gärningen bör bedömas som otillåten och – om så är fallet – som än mindre självklart att säga att kontexten, dvs. relationen, saknar all betydelse för hur vi bedömer gärningens svårhet.

15. Man kan också fråga sig om det går att sträcka detta ytterligare. Vi kan här ty oss till ett exempel, kallat Sleep, som använts av Wertheimer:

"A and B have been dating for a month and have just begun having sex. On this occasion they had 'wonderful' sex the night before. B, who has been sound asleep, awakens to find A on top of her. A says 'Good morning'. B smiles back and says 'Good Morning'."²⁴⁷

Även om man inte godtar Wertheimers tentativa slutsats, "that the suprise intercourse in **Sleep** may be morally permissible and should not be legally impermissible, if A were to withdraw if B should object" framstår det som tydligt att det är problematiskt

²⁴⁷ Wertheimer 2003 s. 156.

att helt bortse från kontexten vid bedömande av gärningens svårhet. A:s gärning i *Sleep* skulle i så fall anses ha samma straffvärde som ett samlag utförd av en avsomnad person på en fest eller ett samlag utfört av en person som på grund av rumsbrist tvingas dela hotellrum med en annan på en konferens.

6. Uppsåt och oaktsamhet

I. INLEDNING

1. Våldtäkt är, liksom sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande av en person i beroendeställning, ett brott som kräver uppsåt. Uppsåtet skall på sedvanligt sätt täcka de för brottet föreskrivna rekvisiten. Gärningsmannen skall med andra ord ha förstått innebörden av sin gärning.

2. Allmänt uttryckt fordras vid våldtäkt förövat medelst våld att gärningsmannen har uppsåt (i) till det *medel* som används (dvs. till våldsutövningen), (ii) till att en *sexuell handling* av visst slag företas (dvs. till att den sexuella handlingen utgör samlag eller en därmed jämförlig sexuell handling) samt (iii) till att han eller hon genom våldet *framtvingat* den sexuella handlingen.

3. Detta betyder bl.a. att en man som i och för sig har sex med en kvinna och därvid använder våld, men samtidigt saknar uppsåt till att han genom våldet tvingar kvinnan till samlaget (därför att han felaktigt tror att kvinnan samtycker både till att ha sex och till visst våld) inte kan fällas till ansvar. Detsamma gäller i princip – även om det inte är alldeles enkelt att föreställa sig exempel som både är konkreta och realistiska – också en man som i och för sig använder våld såsom ett medel för att åstadkomma något, men saknar uppsåt till den sexuella handlingen.

4. I detta avsnitt skall föras en diskussion och analys i anslutning till uppsåtskravet som bl.a. kommer att behandla förutsättningarna för och möjligheten av uppsåtsbrist (jfr föregående

stycke; kanske framstår det mer allmänt som svårt att föreställa sig i vilka situationer dylika missförstånd kan förekomma?). Mot slutet av kapitlet kommer det också att föras en preliminär diskussion om det finns skäl att utsträcka straffansvaret också till fall av oaktsamhet.

5. Även om det kan vara av visst intresse också att diskutera uppsåtskravet i relation till våldsrekvisitet och det rekvisit som tar sikte på den sexuella handlingen kommer jag – framför allt med hänsyn till bokens tema – i detta avsnitt att fokusera på uppsåt i relation till tvånget (iii).

6. Som framgått ovan (se avsnitt 2.II) kan sägas att det sistnämnda rekvisitet indirekt innebär att våldtäktsbestämmelsen förutsätter frånvaro av samtycke; den som samtycker till att ha sex blir per definition inte tvingad att ha sex. Det betyder att misstag om huruvida en person samtycker till sex mycket väl kan vara sådana att uppsåtskravet inte kan anses uppfyllt. När det i det följande talas om att gärningsmannen tror att den utsatte samtycker menas härmed detsamma som att gärningsmannen saknar uppsåt i relation till tvånget.

7. Ibland sägs att kravet på någon form av personligt ansvar (uppsåt eller oaktsamhet i någon form) medför att mannens verklighet får företräde och att rätten s.a.s. tenderar att nå slutsatsen att något övergrepp inte ägt rum också i fall där det är utrett att något samtycke till sex inte förelegat:

”The deeper problem is the rape law’s assumption that a single, objective state of affairs existed, one that merely needs to be determined by evidence, when so many rapes involve honest men and violated women. When the reality is split, is the woman raped but not by a rapist? Under these conditions, the law is designed to conclude that a rape did not occur.”²⁴⁸

Om verkligheten är delad på så sätt att det som upplevs som ett övergrepp inte rättsligt definieras som ett övergrepp, dvs. överhuvudtaget inte är kriminaliserat, kan man naturligtvis tala om en genuin motsättning här.

²⁴⁸ MacKinnon 1989 s. 183. Se även s. 180 ff.

8. Om man emellertid endast syftar på det förhållandet att mannens verklighetsuppfattning ges företräde genom att det uppställs ett krav på uppsåt (eller oaktsamhet) finns emellertid ingen motsättning mellan ett konstaterande av att någon blivit utsatt för ett övergrepp och ett konstaterande av att gärningsmannen skall frikännas. Som Schulhofer noterat implicerar ett frikännande på grund av uppsåtsbrist i ett fall av "dödande" inte att ingen har avlidit, utan endast att gärningsmannen inte kan hållas ansvarig för den skada som orsakats.²⁴⁹

9. I sammanhanget kan noteras att en av poängerna med att låta brottsbegreppet byggas upp genom ett antal olika nivåer är just att detta ger möjlighet att genom ett frikännande uttrycka olika budskap (beroende på vad som grundar ansvarsfriheten). När någon frikänns på grund av bristande uppsåt bör sålunda rättens budskap förstås på så sätt att den tilltalade i och för sig har begått en otillåten gärning (dvs. har gjort sig skyldig till ett icke rättfärdigat intrång i av rättsordningen skyddade intressen), men att denne inte kan hållas ansvarig för den rättstridiga gärning som begåtts. Det skall självfallet inte förnekas att dessa budskap är mycket subtila och långt ifrån alltid möjliga att utläsa av domskäl, men det råder ändå ingen tvekan om att det normativa budskapet i en frikännande dom inte alltid är ett och detsamma.

II. OM UPPSÅTSBRIST

1. Låt oss inleda diskussionen med att konstatera att det mer allmänt kan sägas att det bör vara relativt sällsynt att en person verkligen misstar sig såtillvida att den i ett fall av tvång medelst våld (dvs. ett fall där offret faktiskt tvingas till sex medelst våld) felaktigt tror att den utsatte samtycker.²⁵⁰ Situationen vid sexu-

²⁴⁹ Schulhofer 1998 s. 257. Jfr Husak & Thomas III 1992 s. 99: "How is it possible to say that a woman who has been the victim of non-consensual sex has not been raped? The typical American approach [dvs. att endast rimliga misstag godtas] may seem preferable." Jfr även Hubin & Haely 1999 s. 122 ff. angående möjligheten att – på grund av att resultatet är likartat oberoende av skulden – tillämpa strikt ansvar.

²⁵⁰ Jfr här även Husak & Thomas III 1992 s. 95.

ellt umgänge är helt enkelt i regel sådan att den gör att risken för misstag är liten.

2. Det kan förvisso sägas att kommunikationen kring sexuell umgänge ofta är konkludent, indirekt och subtil och dessutom omgärdas av beteendenormer som kanske t.o.m. kan sägas uppmuntra till viss tvetydighet.²⁵¹ Också om man godtar denna beskrivning – och det tror jag som ovan utvecklats att det finns goda skäl att göra – finns det emellertid flera andra faktorer som gör att utrymmet för uppsåtsbrist vid sexuella övergrepp likväl måste bedömas vara betydligt mindre än vid de flesta andra brottstyper.

3. För det första utgör sådana sexuella handlingar som är kriminaliserade enligt 6 kap. brottsbalken typiskt sett handlingar över vilka gärningsmannen har kontroll. Straffbestämmelserna tar s.a.s. sikte på ett kontrollerat beteende snarare än på orsakandet av en (mer eller mindre) okontrollerad följd av gärningen och detta kan typiskt sett sägas minska risken för misstag. Jämför t.ex. ett samlag med en knuff som kan leda till olika (mer eller mindre oväntade) följder eller ett samlag med antändande av en pinne som kan leda till en lång rad olika (och mer eller mindre oväntade) följder.

4. Man skulle kunna uttrycka det så att uppsåtskravet i första hand handlar om huruvida man kan anses fullt ansvarig när man handlar i osäkerhet om en gärnings innebörd och förutsättningarna för osäkerhet kan i regel sägas vara sämre ju mer kontroll gärningsmannen har över gärningen.

5. För det andra bör framhållas att de handlingar som det här är fråga om tidsmässigt har en viss utsträckning, vilket också bidrar till att skapa goda möjligheter för förståelse. Det handlar inte om en momentan gärning (jfr att någon under ett visst händelseförlopp trycker på en knapp eller på en avtryckare) där uppsåtet hänför sig till gärningsmannens uppfattningar och inställningar vid ett mycket specifikt tillfälle, utan om ett mer utdraget händelseförlopp där gärningsmannen åtminstone ges viss tid att (successivt) komma till insikt om relevanta förhållanden.

²⁵¹ Jfr här Schulhofer 1998 s. 259 f.

6. För det tredje, och detta är av relevans framför allt i relation till tvångsrekvisitet, karaktäriseras sexuella handlingar av att de förutsätter en närhet som mer generellt minskar risken för misstag om den andres inställning. Sexuella handlingar kan typiskt sett sägas vara sådana att det finns ganska goda möjligheter att läsa av sexualpartnerns inställning till att delta i gärningen. En inställning kan t.ex. komma till uttryck både genom ord, läten, gester och olika former av kroppslig beröring.²⁵² Man kan uttrycka det så att närheten mellan parterna och de ständiga möjligheterna till kommunikation innebär att det krävs ganska speciella omständigheter för att misstag överhuvudtaget skall kunna uppstå. I normalfallen av sexuellt umgänge är motpartens inställning till det sexuella umgänget tydlig för den agerande.

7. Undantag kan naturligtvis tänkas.

8. Exempelvis kan hänvisas till fall där två parter i förväg kommer överens om ett rollspel där kvinnan skall låtsas göra motstånd och betvingas genom våld. Vid dylikt sexuellt umgänge kan, med utgångspunkt i gällande rätt och om allt förlöper enligt planerna, kvinnan inte sägas ha tvingat till de sexuella handlingarna genom våld. Antag emellertid att kvinnan ändrar sig och att mannen inte förstår detta – de kanske har varit otydliga och missförstått varandra vad gäller sättet att avbryta rollspelet. I dylika fall är det lätt att se att misstag är möjliga.

9. Det torde också vara möjligt att föreställa sig situationer där en man – utan att förstå det – framkallar en hotfull stämning vilket leder till att en kvinna aktivt deltar i visst sexuellt

²⁵² Jfr här Leijonhufvud 2008 s. 90 där det i sammanhanget hänvisas också till kroppsliga reaktioner ("Rent fysiologiskt förhåller det sig dock så att mannen har möjlighet att vid ett samlag uppfatta om kvinnan är sexuellt upphetsad eller inte; är hon inte det är hennes slidväggar torra, vilket tydligt försvårar genomförandet av ett samlag och klart uppfattas av mannen, om han inte helt har stängt av sin uppmärksamhet på kvinnan. Å andra sidan kan den fysiologiska förändringen ha inträtt utan att detta betyder att kvinnan ville delta i en viss sexuell handling."). Som indikeras av texten torde kunna sägas att icke samtycke kan föreligga trots upphetsning som tar sig dessa kroppsliga uttryck (jfr en person som verkligen skulle vilja, men av något skäl vill vänta); det torde emellertid också kunna sägas att en stark vilja till sex inte alltid och med nödvändighet medför kroppsliga reaktioner på detta sätt (kroppen hänger inte alltid med människan).

umgänge. Mannen kan i sådana fall (faktiskt) sägas ha framtingat sex genom ett relevant hot, men samtidigt sakna uppsåt till tvånget.

10. Tänkbart är t.ex. att den utsatte helt misstolkar en åtgärd av gärningsmannen och tror att den är utsatt för hot och därför vidtar en sexuell handling med gärningsmannen. Antag t.ex. att två personer är ute och campar och precis skall gå och lägga sig och att gärningsmannen därvid, på frågan "vad ska vi göra nu?", visar upp ett munspel. Om den utsatte tror att munspelet är en kniv och denne därvid "ger upp" och vidtar en sexuell handling med gärningsmannen, kan tänkas att denne i sin tur missförstår campingpartnerns (i realiteten framtingade) närmanden och därför inte, på sätt som krävs för uppsåt, förstår att dennes sexuella handling är framtingad.

11. Ytterligare ett tänkbart exempel är (jfr nästa avsnitt angående hovrättens dom i NJA 2004 s. 231) att en person som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd och – t.ex. till följd av berusning eller psykisk sjukdom – nästan helt saknar förmågan att kontrollera sina handlingar, ändå utåt framstår som kontrollerad och adekvat i sitt handlande. I ett sådant fall kan tänkas att gärningsmannen inte på sätt som krävs för uppsåt förstår att den utsatte befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.²⁵³

12. Man kommer emellertid inte ifrån att dylika fall måste sägas utgöra – ganska extrema – undantagssituationer. I kontrollerade och utdragna situationer är utrymmet för misstag begränsat. En bedömning som bygger på att gärningsmannen inte förstått att den utsatte inte samtyckt till sex kan därför ofta framstå som provocerande och verklighetsfrånvärd.

13. Det faktum att dylika fall bör vara relativt sällsynta innebär tyvärr inte att de saknar betydelse i ett straffrättsligt perspektiv. Bl.a. bör framhållas att straffrättsliga bevisbörderegler – dvs. att gärningsmannens skuld skall vara ställd bortom rimligt tvivel – innebär att också sådant som empiriskt sett är sällsynt kan få stor praktisk betydelse *därför att det i de enskilda fallen inte kan utslutas att det förhållit sig på ett sätt som är sällsynt*.

²⁵³ Jfr även det exempel som ges av Archard 1999 s. 216.

14. Vi kan t.ex. empiriskt veta att misstag förekommer blott en gång på hundra, men det betyder naturligtvis inte att vi kan styrka icke-misstag i nittionio fall av hundra. Osäkerhet om *i vilka fall* misstag föreligger gör att också det mycket sällsynta kan få betydelse på bredd. Jämför t.ex. med den situationen att vi vet att en av tusen barnmatsburkar i ett parti innehåller ett dödligt gift. Sannolikheten att en enskild burk skall vara förgiftad är mycket liten, men det är likväl mycket svårt att föreställa sig någon förälder som frivilligt skulle mata sitt barn med en burk ur partiet.

15. Om vi befinner oss inom ramen för ett system där kraven på säkerhet är höga är frekvenser i sig av mindre intresse. Det intressanta är om ett undantag från det typiska kan uteslutas i det enskilda. Kraven på säkerhet inom straffrättsystemet når knappas upp till de krav som skulle ställas i exemplet med giftburkarna, men att kraven ställs högt är naturligtvis helt entydigt.

16. Någon som menar att domstolarna allt för ofta frikänner på grund av bristande uppsåt kan möjligen uppfatta det sagda som provocerande. Jag har emellertid ingen avsikt att i detta sammanhang antyda vare sig det ena (att så är fallet) eller det andra (att så inte är fallet). Vad som sagts ovan är vidare inte på något sätt oförenligt med en uppfattning av innebörd att domstolarna alltför ofta (låt vara att antalet fall i absoluta tal är mycket litet) bygger sina avgöranden på ett påstående om uppsåtsbrist å den tilltalades sida.

17. Min poäng har enbart varit att framhålla att det osannolika inom ramen för ett system som laborerar med någorlunda höga krav på säkerhet kan få betydelse i betydligt fler fall än vad som står i proportion till sannolikheten, och detta kan göras gällande s.a.s. på abstrakt nivå alldeles oberoende av hur man menar att domstolar hanterar saken i verkligheten. Som vi skall se strax nedan är denna beskrivning av verkligheten också en viktig pusselbit för den som vill argumentera för ett utvidgat ansvar för oaktsamhet.

18. Frågor om kravet på *mens rea* vid våldtäkt har i ganska stor utsträckning diskuterats i amerikansk litteratur, varvid många

emellertid har kommit att uppehålla sig kring frågan om vad som är att anse som ett "reasonable mistake".²⁵⁴

19. Eftersom uppsåt enligt svensk rätt, och på rättstillämpningsnivå, inte är en normativ fråga – fråga är inte om personen rimligen *borde ha förstått* (borde ha haft uppsåt), utan om den *faktiskt har förstått* (faktiskt haft uppsåt) – är den amerikanska diskussionen mindre relevant i ett svenskt perspektiv.

20. För svensk rätts del är frågan närmast om den nuvarande ordningen – enligt vilken våldtäkt, med undantag för brott mot barn under viss ålder (se 6 kap. 13 § brottsbalken), förutsätter uppsåt – är rimlig eller om det finns skäl att utvidga ansvaret till att omfatta också (vissa former av) oaktsamhet.

III. OM KRIMINALISERING AV OAKTSAMHET

a. Inledning

1. Utgångspunkten för den följande diskussionen är att ouppsåtliga gärningar som huvudregel inte kan föranleda ansvar enligt 6 kap. brottsbalken. Utan att på något sätt föregripa den diskussion som förs nedan kan sägas att såväl frågan om *varför* det förhåller sig på detta sätt som frågan om inte en kriminalisering av oaktsamhet skulle kunna vara önskvärd framstår som fullt berättigad.

2. I det följande kommer jag därför att föra en diskussion kring frågan om det finns skäl att utvidga kriminaliseringen av oaktsamhet till att gälla också fall där fråga inte är om övergrepp mot underåriga. För enkelhets skull kommer jag att föra diskussionen enbart utifrån våldtäktsbrottet såsom det är konstruerat i 6 kap. 1 § brottsbalken.

3. Som utgångspunkt för diskussionen kan det – också om det är uppenbart – vara lämpligt att inleda med att konstatera att sexuella övergrepp är en form av brottslighet som är mycket allvarlig. Den sexuella integriteten skattas högt, vilket enligt den

²⁵⁴ Se Husak & Thomas III 1992 s. 96. Jfr även beträffande engelsk rätt, som i detta avseende ligger närmare svensk rätt, s. 98 f.

här företrädde uppfattningen (se ovan avsnitt 2.IV) har att göra med den nära kopplingen mellan sexualitet och intimitet. Gärningen innebär ett intrång på ett område där vårt självbestämmande uppfattas som helt centralt och som nära förknippat med definitionen av vad det är att vara en person.

4. Våldtäkt har, om vi beaktar såväl privilegierade som kvalificerade former, ett abstrakt straffvärde på fängelse i upp till tio år, vilket exempelvis motsvarar och i viss utsträckning, vad gäller minimum, överstiger det abstrakta straffvärdet för misshandel (inklusive privilegierade och kvalificerade former av den brottsarten). Vad gäller våldtäkt börjar straffskalan på fängelseminimum (jfr 6 kap. 1 § tredje stycket brottsbalken) medan den för misshandel börjar på bötesminimum (jfr 3 kap. 5 § brottsbalken).

5. Om vi fortsätter denna jämförelse med misshandelsbrottet kan visserligen konstateras att det ifråga om misshandel inte finns någon generell kriminalisering av oaktsamhet; däremot är orsakande av mer än ringa kroppsskada kriminaliserat såsom vållande till kroppsskada enligt 3 kap. 8 § brottsbalken. Man kan uttrycka det så att en delmängd av de gärningar som (med bortseende från uppsåtskravet) utgör misshandelsbrottet är kriminaliserade också om de begås genom oaktsamhet. Oaktsamhet är vidare kriminaliserad t.ex. när det gäller ordningsförselser i trafiken, när det gäller mer än ringa överträdelser av normer i anslutning till myndighetsutövning och när det gäller åsidosättande av bokföringsskyldighet.

6. Det kan mot denna bakgrund framstå som fullt rimligt att ställa sig frågan varför inte oaktsamhet har kriminaliserats i större utsträckning när det gäller sexuella övergrepp.

7. För att en kriminalisering av oaktsamhet skall kunna anses befogad bör för det första krävas att oaktsamma gärningar i sig framstår som straffvärda i sådan utsträckning att kriminalisering är motiverad. Denna fråga bör dock betraktas som relativ. Det kan – vilket stadgad lagstiftningspraxis visar – knappast uppställas krav på att oaktsamhet skall kriminaliseras bara i förhållande till intressen av särskild vikt. Också i relation till mindre betydande intressen kan det vara legitimt att kriminalisera oaktsamma överträdelser under förutsättning att bestraff-

ningen inte går utöver vad som kan motiveras utifrån brottets svårhet.²⁵⁵

8. Vidare bör krävas att det inte finns andra skäl som talar emot en kriminalisering. Fråga kan t.ex. vara om frånvaro av behov, att en viss konstruktion av kriminaliseringen skulle ha andra följder som är påtagligt negativa osv.

b. Värdering

1. Oaksamhet förekommer – såsom alternativ till uppsåt – i två former: dels såsom omedveten oaksamhet, dels såsom medveten oaksamhet. *Omedveten oaksamhet* föreligger om gärningsmannen *borde ha insett* att en viss omständighet förelåg eller att en viss följd skulle inträda.

2. För att kontrollera huruvida en gärning kan sägas vara oaksam på detta sätt är det lämpligt att göra en bedömning i två led och fråga sig dels vad gärningsmannen kunde ha gjort för att komma till insikt (orsaksledet), dels huruvida gärningsmannen (med hänsyn till just dennes personliga egenskaper, förmågor osv.) borde ha gjort detta (klandervärdhetsledet).²⁵⁶ Ett jakande svar på den senare frågan (vilket naturligtvis förutsätter att det finns något gärningsmannen kunde ha gjort för att komma till insikt) innebär att oaksamhet föreligger.

3. *Medveten oaksamhet* är inte på detta sätt normativ utan föreligger om gärningsmannen (faktiskt) *insett möjligheten* att en viss omständighet förelåg eller att en viss följd skulle inträda. Medveten oaksamhet kan också beskrivas i termer av *misstanke* om att en viss omständighet förelåg eller om att en viss följd skulle inträda.²⁵⁷ Vilka följder och omständigheter som är relevanta framgår, som ovan nämnts, av de brottsbeskrivningar som är aktuella att tillämpa. Detta betyder att medveten oaksamhet motsvarar första ledet i definitionen av likgiltighetsuppsåt och att skillnaden mellan medveten oaksamhet och likgiltighetsuppsåt är att likgiltighetsprövningen vid likgiltighetsuppsåt

²⁵⁵ Se Asp 2005 s. 51 f.

²⁵⁶ Se Jareborg 2001 s. 320 ff. Se även Strahl 1976 s. 81 ff. och Leijonhufvud & Wennberg 2009 s. 61 ff.

²⁵⁷ Se t.ex. Jareborg 2001 s. 319 och Leijonhufvud & Wennberg 2009 s. 63.

utfaller positivt, medan den vid medveten oaktsamhet utfaller negativt.²⁵⁸

4. Jag skall i detta sammanhang inte ens försöka ta ställning till huruvida det finns skäl att kriminalisera också omedveten oaktsamhet, utan nöja mig med att väcka frågan om inte en kriminalisering av medveten oaktsamhet vore rimlig åtminstone i relation till de allvarligare brotten i 6 kap. brottsbalken.²⁵⁹

5. Som ovan framhållits kan medveten oaktsamhet definitions-
mässigt sägas innebära att gärningsmannen i vart fall *inser
möjligheten av* eller *misstänker* att en viss relevant omständighet
föreligger (t.ex. att något utgör narkotika) eller att en viss följd
kan orsakas av hans gärning (t.ex. att någon avlider). För vår del
handlar det om huruvida gärningsmannen *inser möjligheten av* att
han tvingar den utsatte till sex eller av att denne befinner sig i ett
hjälplost tillstånd och därför inte kan samtycka (dvs. *inser möjlig-
heten av* att ett särskiljande samtycke inte föreligger).

6. Mot bakgrund av det sagda blir den första frågan att ställa
om det kan anses straffvärt att fortsätta med sexuell aktivitet om
man misstänker att omständigheterna är sådana att ens partner
inte på ett meningsfullt sätt kan sägas samtycka till gärningen.

7. Enligt min mening bör det stå klart att svaret på den frågan
inte kan vara annat än ja. Den som utför en sexuell handling
(i) utan särskiljande samtycke från sin partner och (ii) *misstänker
att så är fallet* har inga rimliga anspråk på att inte klandras för
gärningen.

8. Om man godtar detta, blir frågan inte så mycket om med-
vetet oaktsamma övergrepp är straffvärda eller ej, utan om det
finns *andra skäl* att inte kriminalisera medveten oaktsamhet.

9. Ett första vanligt argument mot en kriminalisering av oaktsamhet är att behovet av en sådan kriminalisering är begränsat. Utgångspunkten är s.a.s. att man normalt sett vet vad ens partner vill eller inte vill. Som ovan framgått tror jag att en sådan

²⁵⁸ Se här även de utförliga och illustrativa resonemangen i NJA 2004 s. 176.

²⁵⁹ I Norge är grov oaktsamhet kriminaliserad. Se angående bakgrunden till denna lagstiftning bl.a. NOU 1997:23 s. 69 ff. och 149 ff. och Ot.prp. nr 28 s. 31 ff.

utgångspunkt är fullt rimlig och empiriskt välgrundad. För parterna är det sällan oklart huruvida samtycke föreligger. Jämför vad som ovan sagts om de begränsade möjligheterna till uppsåtsbrist. Tanken på att kriminalisera oaktsamhet ligger s.a.s. inte särskilt nära till hands om man kan utgå ifrån att möjligheterna att inte förstå vad man gör, dvs. sakna erforderligt uppsåt, är (eller framstår som) ytterst begränsade.

10. Som framgår av rättspraxis är emellertid möjligheten till misstag i vart fall inte så begränsad att den alltid kan avfärdas som uteslutande teoretisk. I sammanhanget kan hänvisas bl.a. till följande autentiska citat från domstolsavgöranden:

”Även om hovrätten liksom tingsrätten har svårt att förstå att V.G. frivilligt skulle inlåta sig i de sexuella aktiviteter som förekommit i lägenheten den aktuella natten så kan emellertid inte hennes beteende utifrån de tilltalades synpunkt anses vara så onormalt att de måste ha insett att V.G. inte frivilligt deltog i dessa. Hovrätten anser därmed inte att åklagarna med tillräcklig grad av säkerhet visat att A.C., I.Y. och J.A. insett att V.G. befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd och därvid utnyttjat detta. Åtalet för grovt sexuellt utnyttjande skall därför ogillas även beträffande dessa tre.”²⁶⁰

”Han har förklarat att umgänget inledningsvis inte avvek från det mönster som utvecklat sig mellan honom och målsäganden vid de tidigare tillfällena. Alltid när han kom hem till målsäganden utspelade sig en brottningsmatch mellan dem och så var det också denna gång. Inte förrän målsäganden rev honom på låret förstod han att något inte stämde. Då målsäganden rev honom för andra gången, upplevde han att situationen inte ’var OK’ och avbröt sina sexuella aktiviteter, klädde på sig och lämnade hennes bostad. Enligt hovrättens bedömning har [PK] således avbrutit det sexuella umgänget så fort han insett att målsäganden inte accepterade det de gjorde. Något våldtäktsuppsåt kan därmed inte sägas ha förelegat och åtalet mot [PK] ska ogillas.”²⁶¹

”Ett nej från någon till att ha sexuellt umgänge skall ovillkorligen respekteras och detta gäller självfallet fram till dess att det inte längre kan råda någon tvekan om att personen i fråga har ändrat sin inställning. Enligt hovrättens mening framstår det, mot bakgrund av det som ovan redovisats, som möjligt att [KA] kan ha missuppfat-

²⁶⁰ NJA 2004 s. 231.

²⁶¹ Svea hovrätt, dom av den 17 april 2009 i mål nr B 876-09.

tat situationen och trott sig ha lyckats övertala målsäganden om att frivilligt ha sexuellt umgänge med honom. Vid sådant förhållande är det inte ställt utom rimligt tvivel att [KA] haft uppsåt som omfattat att samlagen varit mot målsägandens vilja.”²⁶²

Utan att på något sätt ta ställning till domstolarnas bedömning – och utan att vilja påstå att en kriminalisering också av medveten oaktsamhet nödvändigtvis hade gjort någon skillnad i just dessa fall – kan konstateras att ett oaktsamhetsansvar i ett inte helt obetydligt antal situationer skulle kunna ha praktisk betydelse.²⁶³ I sammanhanget kan särskilt hänvisas till vad som ovan anförts om att också relativt (eller mycket) osannolika företeelser kan få betydelse på bredd inom ramen för en straffrättslig kontext.

11. Självfallet bör en kriminalisering av oaktsamhet inte vara något som tas till enbart därför att det i vissa fall kan vara svårt att styrka uppsåt. Ett straffbud kan inte legitimeras med hänvisning till att ett *annat beteende* (som det kan vara svårt att bevisa) är straffvärt. Om dylika problem förekommer *samtidigt som* också oaktsamt förövade gärningar kan sägas vara påtagligt straffvärda, kan det emellertid finnas skäl att överväga ett oaktsamhetsansvar. Fråga är då om en kriminalisering som kan legitimeras på egna meriter och inte enbart utifrån ett ”det-är-egentligen-uppsåt-som-är-straffvärt-men-det-kan-vi-ha-svårt-att-bevisa”-resonemang.

12. En förutsättning för att det skall vara legitimt att kriminalisera oaktsamhet bör därför vara att också oaktsamma gärningar kan anses i inte obetydlig grad straffvärda. Att så är fallet har redan konstaterats.

13. Det förhållandet att straffvärdet i dessa fall är relativt högt medför också att vi inte rimligen kan kräva någon större frekvens för att anse att en kriminalisering är motiverad. Vid allvarligare brottslighet finns skäl att anse att straffvärdeprinciper bör väga tyngre än behovsprinciper.²⁶⁴ Det kan, med andra ord, argumenteras för att frekvens- och överhuvudtaget effektivitets-

²⁶² Hovrätten för Övre Norrland, dom av den 6 maj 2009 i mål nr B 193-09.

²⁶³ Se även Greve 1983 s. 236 ff. och 2004 s. 196 f.

²⁶⁴ Jfr Jareborg 2006 s. 43 f.

frågor har mer begränsad betydelse när vi närmar oss kärnområdet för straffrätten.

14. Ett annat argument som har anförts mot ett oaktsamhetsansvar vid våldtäkt (och, får man anta, andra sexuella övergrepp) är att det är "en logisk motsägelse" eftersom våldtäkt närmast definitionsmässigt är en uppsåtlig gärning som handlar om att påtvinga en annan person sin vilja:

"Eftersom brottet handlar om att uttrycka sin egen vilja genom att övervinna en annans vilja är det en handling som är typiskt dolös – själva handlandet är i regel (med erektionen som typiskt bevisfaktum) ett manifest uttryck för den sexuella viljeinriktningen, dvs. för gärningsmannens uppsåt. Handlandet sker medvetet och med en tydlig viljeinriktning, inte i form av risktagande eller ligkiltighet. Att gärningsmannen sedan inte förstår att motparten är med på det hela, att det saknas samtycke, kan betyda att han kan anses sakna uppsåt till själva betvingandet (våldet/hotet), men det gör inte själva handlandet vårdslöst."²⁶⁵

Även om argumentet kanske kan förefalla ligga i linje med allmänna common sense-uppfattningar som går ut på att oaktsam våldtäkt är en anomali, kan jag inte se annat än att det, för att vara hållbart, måste läsas med utgångspunkt i vad som närmast kan beskrivas som en missuppfattning av oaktsamhetsbrottens natur.

15. Oaktsamhetsansvar förutsätter naturligtvis inte en gärning som är oaktsam s.a.s. till sin karaktär (ett exempel på denna typ av gärning skulle kunna vara ett fall där någon på grund av ouppmärksamhet förlorar kontrollen över sin bil) utan kan mycket väl avse en i huvudsak medveten gärning där gärningsmannen är oupppsåtlig blott beträffande en detalj (tänk t.ex. på jägaren som fullt medvetet skjuter mot det som rör sig i snåren, men av misstag tror att det är ett vildsvin istället för en människa eller – vilket är mer näraliggande i detta sammanhang – på regleringen i 6 kap. 13 § som skapar en oaktsamhetsreglering endast beträffande åldern).

²⁶⁵ Sutorius & Kaldal 2003 s. 179 f.

16. Problembeskrivningen indikerar också att författarna snarare har tänkt på den objektiva delen av culpan än den subjektiva – och det är den senare, dvs. om gärningsmannen åtminstone borde ha insett det som han inte har insett, som är av intresse i detta sammanhang. En oaktsam gärning kan vara just ett medvetet handlande som sker med en tydlig viljeinriktning (men under inflytande av ett misstag om någon relevant omständighet).

17. Ytterligare ett argument som kan behöva granskas är närmast konsekvensinriktat till sin karaktär. Det är allmänt accepterat – om också det kan diskuteras om det kan finnas en viss överlappning i gränsområdet – att det är mer straffvärt att agera uppsåtligt än att agera oaktsamt. Vi måste därför, åtminstone som utgångspunkt och innan ansvarsläran har revolutionerats, acceptera att en kriminalisering av oaktsamhet inte kommer att leda till lika stränga straff som motsvarande kriminalisering av uppsåtligt handlande.

18. Det kan då också ses som en risk att åklagare (och domare) ibland kommer att falla tillbaka på oaktsamhetsansvaret i fall där det kanske – i en allt eller inget-situation – funnits möjlighet att fälla till ansvar för uppsåtsbrott. Kort sagt: man bör fråga sig om inte en kriminalisering av oaktsamhet kan få konsekvenser på annat håll i systemet.

19. Inom påföljdssystemet talar man om net-widening när en ny påföljd tillämpas inte bara på de fall den var avsedd att tillämpas på, utan också på andra fall. Motsvarande effekter kan naturligtvis uppstå också när det gäller kriminalisering. I Norge har man i detta sammanhang diskuterat risken för ”nedsubsumering”.²⁶⁶

20. Det är emellertid svårt att se att dessa risker skulle vara särskilt stora vid just sexuella övergrepp och eftersom vi har kunnat leva med denna risk vid åtskilliga andra brott (jfr mord eller dråp i relation till vållande till annans död, misshandel i relation till vållande till kroppsskada och mordbrand eller allmänfarlig ödeläggelse i relation till allmänfarlig vårdslöshet) kan argumentet, dvs. risken för nedsubsumtion, i sig inte anses avgörande.

²⁶⁶ NOU 1997:23 s. 73.

21. Vad gäller en kriminalisering av omedveten oaktsamhet skulle, såsom ett argument mot ett oaktsamhetsansvar, kunna anföras att ett sådant ofrånkomligen kommer att fordra normativa bedömningar (vad bör man inse?) och att sådana – på ett område som det nu aktuella – ytterst kommer att botten i olika värderingar kring bl.a. sex, könsroller och jämlikhet, vilket kan tänkas skapa risker i olika riktningar.

22. Sutorius & Kaldal talar t.ex. om att det finns en risk för att sådana bedömningar, "[m]ed tanke på att insikter och värderingar är mycket skiftande när det gäller könsroller och jämlikhet", skulle få en konserverande roll.²⁶⁷ Omvänt kan man emellertid också tänka sig att man snarare skulle kunna komma att sätta upp standarder för vad som är att anse som aktsamhet som s.a.s. går långt utöver de som kan sägas ha stöd i sexuell praktik. Detta kan naturligtvis ses som en fördel – rätten skall vara normativ och inte bara följa vad människor gör – men en standard som i allt för stor utsträckning avviker från det rådande kan framstå som orättvis.²⁶⁸

23. Jag vill inte påstå att de nu nämnda problemen gör att ett allmänt oaktsamhetsansvar bör avfärdas. Det kan emellertid finnas skäl att vara försiktig och då framstår en kriminalisering av just *medveten oaktsamhet* som ett intressant alternativ. Som ovan framgått kan medveten oaktsamhet likställas med "misstanke" eller "insikt om risk". Fråga är alltså på rättstillämpningsnivå snarare om en empirisk (har gärningsmannen insett det han skall inse för att ansvar skall aktualiseras) än om en normativ (borde gärningsmannen ha insett osv.) bedömning. En kriminalisering av medveten oaktsamhet skulle därför inte – i vart fall inte alls lika tydligt som en kriminalisering också av omedveten oaktsamhet – förutsätta en bedömning som är beroende av en allmän normativ måttstock.

24. Jag har i det föregående givit uttryck för uppfattningen att det kan utgöra ett alternativ att kriminalisera medveten oaktsamhet i samband med sexuella övergrepp. Därigenom har jag naturligtvis inte på något sätt tagit ställning till mer lagtekniska

²⁶⁷ Sutorius & Kaldal 2003 s. 180.

²⁶⁸ Jfr här bl.a. Husak & Thomas III 1992 bl.a. s. 125.

frågor såsom frågor om rubricering, gradindelning, straffskala osv. Här finns många frågor att ta ställning till och många alternativ att välja bland. I sammanhanget skall blott konstateras att ett delikt som bygger på medveten oaktsamhet – allt annat lika – måste anses ha ett lägre abstrakt straffvärde än ett motsvarande uppsåtsdelikt. Vi måste följaktligen vara beredd att acceptera att gärningar som faller under ett sådant oaktsamhetsdelikt som här diskuterats kan komma att ha ett relativt sett lägre straffvärde.

7. Kritik mot samtycke som bas

1. Som ovan framgått har det genom åren framförts kritik mot att straffrätten inte ger ett tillräckligt starkt skydd mot sex utan samtycke. I kapitel 5 har jag sökt påvisa att det finns visst fog för denna kritik (samtidigt som det har understrukits att de luckor som finns knappast rör mer frekvent förekommande situationer). Straffrättens har emellertid också kritiserats *just därför att* den – och det gäller oberoende av om regleringen uttryckligen hänvisar till samtycke eller ej²⁶⁹ – tillmäter den enskildes samtycke så stor betydelse.

2. Jag har inga ambitioner att i denna bok på ett mer heltäckande sätt analysera den mycket omfattande litteratur som finns på området. Det framstår emellertid som orimligt att ägna åtskilliga sidor åt att diskutera samtyckesbegreppet utan att reflektera över den kritik som har riktats mot detsamma. Vid skrivandet av en bok som tar sin utgångspunkt i samtycke bör man s.a.s. fråga sig om nu nämnda kritik gör att det finns skäl att frågå utgångspunkten.

3. Åt denna typ av reflektion har jag ägnat åtskillig tid under skrivprocessen och det faktum att bokens tidigare kapitel ser ut som de gör är naturligtvis i sig ett ställningstagande. Bokens utformning kan i sig sägas ge uttryck för att jag inte har kunnat finna att den kritik som riktas mot samtyckestanken ger skäl

²⁶⁹ Se t.ex. Andersson 2004 s. 65 ff. och 157.

att frånga utgångspunkten att det som – på normskälskälslnivå – definierar ett sexuellt övergrepp är att det innefattar sex med någon som inte samtycker därtill och att samtyckestanken därför bör tillmätas grundläggande betydelse.

4. Jag tror också att de invändningar mot och synpunkter på samtyckesbegreppets användning och konstruktion som har förts fram av olika författare i princip är möjliga att beakta inom ramen för vad man skulle kunna kalla *samtyckesbegreppets struktur*, dvs. inom ramen för de tre frågeställningar (de tre ”ja” som har lyfts fram ovan i kapitel 4). Syftet med hela denna bok kan sägas vara att säga att samtyckesbegreppet är ett slags normativ struktur som måste fyllas med innehåll (snarare än en färdig produkt) vilket visserligen betyder att en blank hänvisning är närmast innehållslös om det inte redan finns en utvecklad förståelse av vad samtycke skall anses innefatta, men också att vi, vilket är särskilt tydligt i en rättslig kontext, faktiskt kan – och måste – *välja dess innehåll*.

5. I detta kapitel skall jag försöka underbygga det sagda, dvs. försöka påvisa att den kritik som har riktats mot utgångspunkten i samtycke i princip kan hanteras inom ramen för den *samtyckets struktur* som har presenterats, och jag kommer också att argumentera för att de verkligt svåra och viktiga frågorna är vad som är att uppfatta som ett meningsfullt samtycke och hur långt möjligheten att samtycka till olika saker bör sträcka sig.²⁷⁰

6. För att komma vidare skall vi inledningsvis se på hur kritiken har formulerats. I denna del är det naturligtvis omöjligt att vara heltäckande. Kritik av den typ som här är aktuell har uttryckts av många och den har både utformats och motiverats på delvis olika sätt. Det är därför – även om det innebär att mångfalden av synvinklar och enskildheter inte återspeglas – nödvändigt att välja ut ett par författare som någorlunda typiska representanter för kritiken mot samtyckestanken.

7. Låt oss börja med den typ av radikalfeministisk kritik som Catherina MacKinnon är en representant för. Denna kritik tar sin utgångspunkt i att sexuella övergrepp bygger på social och politisk ojämlikhet och att samtycke – i en värld av just ojämlik-

²⁷⁰ Jfr sammanfattningen ovan avsnitt 4.III.

het och maktstrukturer – är ett problematiskt begrepp. Man kan säga att det som ifrågasätts och problematiseras är den (i någon mening) liberala utgångspunkten att en kvinnas accepterande av sex – under omständigheter av ”tvingande ojämlikhet” – kan likställas med ett meningsfullt samtycke och det centrala i kritiken är att straffrätten i det stora hela bortser från betydelsen av samhällelig ojämlikhet:

”A central instance is the legal standard for consent to sex, which does not hold contested sexual interactions to a standard of sexual equality. That is, when the law of rape finds consent to sex, it does not look to see if the parties were social equals in any sense, nor does it require mutuality or positive choice in sex, far less simultaneity of desire. The doctrine of consent in the law of forcible rape envisions instead unilateral initiation (the stereotyped acted/acted-upon model of male dominant sex) followed by accession or not by persons tacitly presumed equal.

...

Usually, consent is a club used as a defense by a man at the point a woman says he raped her or, in what amounts to the same thing, when she says that her prostitution was not freely chosen.

...

Rape is thus a crime of sexualized dominance on the basis of sex (which often includes sex and age, sex and race, sex and class variously combined and pyramided) that is legally unrecognized as such. Inequality, its central dynamic, is flat-out ignored by the criminal law. Far from promoting equality between women and men, the criminal law tacitly assumes that such equality already exists. On the surface, it shows total lack of interest in whether equality is there or not. In other words, the law has refused to make criminal exactly what this crime *is*.

...

In this view, until inequality is directly addressed by the law of sexual assault, nothing adequate will be done about it. You cannot solve a problem you do not name. For the same reason, legal reform through consent alone or force alone, while improvements, will intrinsically fall short unless the concepts are fundamentally recast in terms of inequality.”²⁷¹

²⁷¹ MacKinnon 2005 s. 242 ff. Se även MacKinnon 1989 s. 172 ff. Jfr även Gauthier 1999 s. 72 ff.

8. Litet senare i samma text skisserar MacKinnon hur en lagstiftning om våldtäkt skulle kunna se ut om lagstiftaren, på det sätt som MacKinnon förordar, såg sexuella övergrepp som "a practice of inequality":

"In brief, it would recognize that rape is a physical attack of a sexual nature under coercive conditions, and inequalities are coercive conditions. The law of sexual assault could make it a crime to take advantage of a relation of inequality (including access or trust) to force sex on a person who does not want it. If force were defined to include inequalities of power, meaning social hierarchies, and consent were replaced with a welcomeness standard, the law of rape would begin to approximate the reality of forced and unwanted sex.

...

To counter a claim that sex was forced by inequality, a defendant could (among other defenses) prove the sex was wanted – affirmatively and freely wanted – despite the inequality, and was not forced by the socially entrenched forms of power that distinguish the parties."²⁷²

När MacKinnon talar om att en våldtäktslagstiftning där "force" inkluderar "inequalities of power" och där "consent" ersätts av "a welcomeness standard" börjar närma sig "the reality of forced and unwanted sex" är det tydligt att autonomifrågan tillmäts central betydelse och det är lika tydligt att hennes förslag mycket väl kan hanteras inom ramen för en diskussion om vad som *bör godtas som särskiljande samtycke*.

9. Man kan visserligen säga både att hon uppställer mycket stränga krav för att godta ett samtycke som straffrättsligt särskiljande och att de presumtioner och bevisbörderegler hon talar om framstår som långtgående i ett straff- och straffprocessrättsligt perspektiv. Poängen är emellertid att *hon tar en position* (om också en ytterlighetsposition) i just den diskussion som jag menar är viktig att föra:

Under vilka förutsättningar bör vi se avgivna samtyckesgärningar såsom ett meningsfullt uttryck för självbestämmande och tillmäta dem *straffrättsligt särskiljande betydelse*?²⁷³

²⁷² MacKinnon 2005 s.247. Jfr även t.ex. beskrivningen i McGregor 1996 s.184 f.

²⁷³ Jfr här Burgess-Jackson 1996 som talar om tre "theories of rape": den konser-

10. Motsvarande kan sägas angående den uppfattning som Lacey ger uttryck för.

Lacey skriver sålunda:

"In focusing on an individualised notion of consent, rather than the conditions under which choices can be meaningful, the prevailing idea of sexual autonomy *assumes* the mind to be dominant and controlling, irrespective of material circumstances."²⁷⁴

För den som har läst vad som ovan har sagts bör det stå klart att ett övergripande syfte med denna text är att framhålla just att samtycke är ett normativt begrepp och att vi behöver diskutera just under vilka förutsättningar vi kan tala om ett meningsfullt samtycke. Betecknande är i sammanhanget att Lacey talar om "an individualised notion of consent". En annan "notion" är naturligtvis möjlig och det är kring denna diskussionen bör föras.

Någon sida senare frågar sig Lacey hur en lagstiftning bygg på "sexual integrity and relational autonomy" till skillnad från "proprietary autonomy" skulle se ut. Hennes svar pekar åter mot frågor som är fullt möjliga att besvara inom ramen för ett samtyckesparadigm:

"As far as the definition of rape is concerned, the most obvious change would be a move away from the emphasis on lack of consent understood in abstract and asymmetrical terms as the central determinant of sexual abuse. Rather, it coduces to a more complex sexual assault law which articulates a distinctive conception of sexual as opposed to proprietary autonomy, specifying particular conditions

vativa (våldtäkt som egendomsbrott), den liberala (våldtäkt som oönskat integritetsintrång) och den radikala (våldtäkt som klassbaserad underordning och förnedring). Med användande av Burgess-Jacksons terminologi kan man säga att övergången från den konservativa till den liberala teorin har omvälvande betydelse eftersom den innebär ett annat ställningstagande till den grundläggande frågan om vad som är fel med våldtäkt. Övergången från den liberala till den radikala teorin är emellertid, med den uppfattning som här företräds, inte omvälvande på samma sätt eftersom den radikala teorin ifrågasätter den liberala teorins utgångspunkter just på den grunden att den inte tar hänsyn till de autonomiinskränkande strukturer som finns i samhället och därför inte kan anses ge ett rimligt skydd för det sexuella självbestämmandet. Jfr om relationen mellan liberal och radikal även Smith 1999 s. 36 f.

²⁷⁴ Lacey 1998 s. 117.

under which coercive, violent or degrading sexual encounters should be prohibited. In rethinking the idea of autonomy as integrity, we are led to a rethinking of consent itself in both broader terms and ones which assume a mutuality of relationship and responsibility between victim and defendant. The argument, for example, would unambiguously support the proposal currently being advanced by the British pressure group, Women Against Rape, which calls for a legislative definition of consent in the following terms: 'A person shall not be deemed or presumed to have consented to sexual intercourse if that person agreed to it under coercion, including the use of threat or physical violence ... economic deprivation, abuse of authority, deception, or threat to the welfare or security of a child'. Even this broad statement of the conditions which may undermine the 'reality' of consent, however, does not address the question of mutuality. This, I would argue, could best be dealt with by moving towards some form of 'positive consent' standard: for example, by the institution of a negligence-based fault standard supplemented by a 'no-negligence' defence."²⁷⁵

11. Som ovan noterats kan ifrågasättas inte bara huruvida betydelsen av ett givet samtycke kan undergrävas på olika sätt (av gärningsmannen, av kontexten osv.), utan också i vilken utsträckning vi bör *tillåta den enskilde att förfoga över det som samtyckesgärningen avser*. Man kan exempelvis argumentera för att vissa värden är så grundläggande att individen inte fritt bör tillåtas att fritt förfoga över dem. Man kan också argumentera för att vissa gärningar som vidtas mot en person är förnedrande eller skadliga också om det föreligger ett meningsfullt samtycke från den enskilde. Som ovan framhållits har bl.a. Berglund och Duff argumenterat i denna riktning.²⁷⁶ Om vi accepterar denna argumentation kan vi, i båda fallen, sägas ta ställning för ett synsätt enligt vilket en avgiven samtyckesgärning som (enligt de standarder som uppställs) ger uttryck för den enskildes självbestämmande ändå inte bör betraktas som särskiljande därför att den enskilde inte kan anses råda över det ifrågavarande intresset.

12. Också i detta fall är det emellertid tydligt att frågeställningen ryms inom ramen den samtyckets struktur som ovan presenterats. Också när vi i grunden bygger på samtycke måste vi avgöra

²⁷⁵ Lacey 1998 s. 121.

²⁷⁶ Se citaten ovan i avsnitt 2.V.

– dvs. normativt ta ställning till – hur långt möjligheterna att samtycka skall sträcka sig. Både Berglund och Duff kan alltså sägas ta en position vad gäller den tredje förutsättningen för att ett samtycke skall tillmätas särskiljande betydelse (nämligen att fråga är om ett intresse som lagstiftaren låter den enskilde förfoga över). Vad de säger är med andra ord att vi i vissa fall inte bör tillmäta en avgiven samtyckesgärning särskiljande betydelse (därför att den avser värden som den enskilde inte kan råda eller förfoga över).

13. Sammanfattningsvis har jag försökt att visa att den kritik som riktats mot straffrättens fokus på samtycke ryms och kan hanteras inom ramen för de frågeställningar varje samtyckesbegrepp måste ta ställning till. Man kan därför säga att ett fokus på samtycke (på självbestämmande och autonomi) är riskabelt och begränsande bara om man utgår ifrån en viss konception av vad samtycke omfattar. Självklart kan en reglering som bygger på samtycke vara för snäv och:

- ∞ såsom ett särskiljande samtycke godkänna också samtyckesgärningar som bör ses som framtvingade, eller
- ∞ såsom ett särskiljande samtycke godta samtycken avseende sådant som den enskilde överhuvudtaget inte bör kunna samtycka till.

Att komma till rätta med dylika problem genom att söka sig bort från samtyckestanken är emellertid att kasta ut barnet med badvattnet. Man skulle, med Archard, kunna tala om att det som ifrågasätts i regel är *en viss konception av samtycke*,²⁷⁷ snarare än begreppet samtycke som sådant.²⁷⁸ Man kan sammanfatta det sagda enligt följande:

²⁷⁷ Jfr t.ex. MacKinnon 1989 s. 150 som talar om att den rättsliga standarden för samtycke är sådan "that a woman can be dead and have consented under it".

²⁷⁸ Archard 1998 s. 150. Se även Westen 2004 s. 3 och 345: "Of course, MacKinnon realizes that jurisdictions today refuse to treat general social pressures on women as sufficient to invalidate the sexual acquiescence of women who welcome the pressures. However, that is a feature not of the concept of consent itself, but of the particular conceptions of consent that jurisdictions currently embrace. No legal change can be won under any banner – whether under the banner of 'force' or 'non-consent' – without first persuading jurisdictions to alter their understanding of the kinds of pressures on women that are wrongful".

Det finns inom ramen för frågan om vad som bör godtas som ett särskiljande samtycke fullgoda möjligheter att tillgodose den framförda kritiken. Vad som fordras är inte ett slags paradigmskifte utan normativ argumentation som övertygar om att en viss konception av särskiljande samtycke bör väljas.

14. Det sagda utgör inte bara ett försök att säga att de frågeställningar som tas upp av kritikerna kan hanteras inom ramen för samtyckesbegreppet struktur, utan också att de är högst relevanta också med utgångspunkt i ett fokus på samtycke. Avståndet mellan det rådande å ena sidan och radikala kritiker å den andra, kan visserligen vara mycket långt, men det hindrar inte att kritiken i grunden kan sägas gälla frågeställningar som rör samtyckestankens fundament.²⁷⁹ Om man menar allvar med att fokus bör läggas på samtycke måste man helt enkelt ställa sig den normativa frågan om vad som bör betraktas som ett särskiljande samtycke och det inkluderar bl.a. frågor om i vilken utsträckning människan bör betraktas som fri och obunden.²⁸⁰

15. Mitt försök att påvisa att frågeställningarna kan sägas vara gemensamma innebär naturligtvis inte att jag tror att frågorna enkelt kan lösas eller att enighet skulle kunna uppnås bara vi blev överens om strukturen. Vad jag vill säga är snarare att de (svåra normativa) frågor som kritikerna lyfter kan hanteras inom ramen för samtyckesbegreppets struktur och att den oenighet som föreligger i grunden handlar om innehåll snarare än om form. Debatten får oss emellertid lätt att tro något annat.

16. Inte heller innefattar det skrivna ett påstående om att vår värld är en värld av jämlikhet och jämställdhet. Tvärtom har betonats att vi måste ta ställning till under vilka förutsättningar

²⁷⁹ Se Nussbaum 1999 s. 153: "In short, the feminist views attacked by recent critics are not the monopoly of a sect of radical extremists. They are commonplace in mainstream liberal, and even some libertarian, thought." Se även Schulhofer 1998 s. 54: "The claim that social conditions distort women's sexual preferences and inherently coerce their consent to sex has a truly radical sound. Yet the Dworkin-MacKinnon-Rich claims have roots in mainstream philosophical concerns that predate modern feminism by more than a century."

²⁸⁰ Jfr t.ex. Gauthier 1999 som gör en analogi med utnyttjande på arbetsmarknaden; i vilken utsträckning kan en arbetare samtycka till att bli utnyttjad?

ett "ja" lämnat under ojämställda förhållanden bör tillmätas särskiljande betydelse.²⁸¹ Vi skall emellertid inte förvänta oss att den straffrättsliga regleringen kan bidra särskilt mycket till lösningen av problem på makronivå.

²⁸¹ I sammanhanget är det naturligtvis centralt att se att det finns olika former av ojämlikhet. Jfr t.ex. Bar On 1999.

8. Sammanfattande och avslutande anmärkningar

1. Skyddsintresset bakom de sexuella övergreppen bör, enligt här företrädd uppfattning, i första hand anses vara den sexuella självbestämmanderätten (se närmare i kapitel 2).
2. Det som är fel med våldtäkt och andra sexuella övergrepp är att de innebär ett icke-respekterande av den utsattes autonomi på ett område där självbestämmanderätten är (eller uppfattas vara) särskilt central. Det som gör självbestämmandet särskilt viktigt på det sexuella området är inte i första hand det sexuella, utan det integritetsnära. Att vara en person förutsätter ett minimum av kroppslig integritet och sexuella övergrepp innebär ett intrång på den kroppsliga integritetens innersta sfär.
3. Det är fullt möjligt att man kan argumentera för att andra skyddsintressen gör sig gällande vid sidan av detta, men varje plausibel teori måste enligt min uppfattning sätta självbestämmandet främst. Det övriga kommer alltid att vara sekundärt.
4. Med denna utgångspunkt följer analytiskt att icke-samtycke är ekvivalent med ett relevant intrång. Detta synsätt ger följaktligen stöd för det fokus som av många aktörer (här kan nämnas bl.a. Europadomstolen, Högsta domstolen, Samtyckesutredningen osv.) har lagts på samtyckesfrågan. Denna fokusering är i grunden berättigad och sund. Om man godtar tanken att andra skyddsintressen, exempelvis av kollektiv karaktär, gör sig

gällande kan naturligtvis synen på betydelsen av den enskildes samtycke förändras högst påtagligt.

5. Samtycke är ett normativt begrepp som är innehållslöst om vi inte tar ställning till vad som bör godtas som ett särskiljande samtycke (se härom framför allt kapitel 4).

6. Samtyckesbegreppets normativa karaktär betyder att man inte genom en enkel hänvisning till samtycke kan klargöra vad som är respektive inte är tillåtet, om man inte redan har en uppfattning om hur samtyckesbegreppet normativt skall konstrueras. En hänvisning till samtycke är tom utan en idé om vad ett särskiljande samtycke innebär (eller förutsätter).²⁸²

7. En implikation av det nyss sagda är också att det inte finns någon principiell skillnad mellan, å ena sidan, en samtyckesreglering och, å andra sidan, en reglering byggd kring faktorer som negerar samtycke (jfr 6 kap. brottsbalken). Den nuvarande regleringen kan sägas uttrycka explicit vad vi inte godtar som ett särskiljande samtycke till sex, dvs. såsom särskiljande betraktar vi inte:

(i) ett "ja" som tvingats fram med våld eller kvalificerat hot (6 kap. 1 § första stycket brottsbalken),

(ii) ett "ja" som annars tvingats fram medelst olaga tvång (6 kap. 2 § brottsbalken),

(iii) ett "ja" som lämnas av någon som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd (6 kap. 1 § andra stycket brottsbalken), osv.

Man kan uttrycka det så att dylika medel är baksidan av det mynt som samtyckesbegreppet utgör.

8. Den ovan utförda analysen innebär också att det i grunden inte behöver vara någon skillnad i extension på en samtyckesreglering och en medel-/omständighetsreglering. Jämför t.ex. följande exempel:

²⁸² Jfr Alexander 1996 s. 87: "[f]or non-liberals (and some liberals) ... consent is an empty normative notion". Huruvida jag är en "non-liberal" eller hör till kretsen av "some liberals" skall jag låta vara osagt.

(i) sex utan samtycke är förbjudet (och som icke-samtycke räknas de fall där det förekommit tvång genom våld, hot, otillbörliga erbjudanden eller där fråga varit om vilseledande avseende faktorerna a, b och c eller där den utsatte anses sakna kompetens)

(ii) sex är förbjudet om det tillkommer genom användning av tvång genom våld, hot, otillbörliga erbjudanden eller där fråga varit om vilseledande avseende faktorerna a, b och c eller där den utsatte anses sakna kompetens.²⁸³

Redan av det sagda följer också att den s.k. Bulgariendomen inte rimligen kan tolkas som ett krav på en ren samtyckesreglering (dvs. att beslutsskälet, kort och gott, skall vara sex utan samtycke). Denna slutsats kan också underbyggas genom mer direkta hänvisningar till domen; se närmare det appendix som återfinns nedan som kapitel 9.

9. Sätter man det sagda i relation till den svenska debatten om en samtyckesreglerings vara eller icke-vara kan analysen sägas innebära att vi har fokuserat på fel fråga. Den primära frågan är inte om vi skall ha en samtyckesreglering eller en medelreglering, utan vad vi skall godta som ett rättsligt särskiljande samtycke. Man kan till och med säga att den förstnämnda frågan inte går att besvara innan vi har svaret på den senare. Enkelt uttryckt har vi ägnat mycket tid åt att diskutera huruvida vi bör ha en samtyckesreglering, utan att bry oss om att diskutera vad en sådan reglering egentligen skulle omfatta. Metaforiskt skulle kunna sägas att vi har diskuterat om vi bör eller inte bör köpa en tom flaska.

10. Med det ovan sagda som utgångspunkt har jag försökt visa (se kapitel 5) att den nuvarande regleringen kan kritiseras och att en utvidgad syn på vilka faktorer som negerar samtycke är

²⁸³ Jfr t.ex. Diesen 2007 s. 64 f. som utgår ifrån att en samtyckesreglering till extensionen skulle vara vidare än en medelreglering (bl.a. såtillvida att den i större utsträckning skulle kräva en bedömning av den utsattes förmåga att göra sitt val). Om man vill kan man naturligtvis utgå ifrån att en samtyckesreglering skall vara vidare än dagens, men detta är ingen nödvändighet och man kan nå fram till precis samma extension genom en medelreglering som med en samtyckesreglering. Man kan uttrycka det så att extensionen av en bestämmelse först och främst är en fråga om *inhåll* inte om *form*.

befogad. De fall som skulle träffas av en utvidgad reglering är knappast de mest frekventa, men frågan om dessa fall bör kriminaliseras bygger inte på frekvens.

11. Samtyckesbegreppets normativa karaktär innebär att det inom ramen för ett samtyckesparadigm är fullt möjligt att tillgodose sådan kritik som bygger på att individen inte är fri och oberoende och/eller på att individer har ojämlika förutsättningar (se kapitel 7). Åter kan sägas att det är (helt) öppet vad vi skall räkna som ett samtycke och vilken typ av påverkan som skall invalidera ett lämnat samtycke, dvs. anses innebära att ett lämnat samtycke inte är särskiljande. Vad som fordras är inte ett paradigmskifte (dvs. en övergång från samtycke till något annat) utan att man övertygar lagstiftaren om att vissa faktorer är sådana att ett lämnat samtycke inte är att anse som särskiljande.

12. Man kan uttrycka det så att ett intresse för vad som är (eller bör ses som) meningsfullt – och därmed särskiljande – samtycke på intet sätt är oförenligt med, utan tvärtom bör ligga i hjärtat av, en liberal hållning. Detta konstaterande kan göras utan varje ställningstagande till vad vi bör betrakta som ett meningsfullt samtycke. Man kan beskriva det sagda så att liberalen förenas med den radikale kritikern därigenom att båda ytterst lägger avgörande vikt vid den enskildes självbestämmande (låt vara att oenigheten om vad detta innebär kan vara närmast bedövande).

13. Om det sagda betyder att en hänvisning till samtycke är otillräcklig för att avgränsa det kriminaliserade området betyder det också att en hänvisning till samtycke är otillräcklig för att underkänna en viss kriminalisering t.ex. därför att den är (i någon mening) paternalistisk. Det som man skulle kunna kalla den liberala utgångspunkten – dvs. att det som görs mot någon med dennes samtycke inte är kriminaliseringsvärt – är alltså alls inte så enkel som det i förstone kan synas. För att den skall kunna tillämpas förutsätts att vi redan har tagit ställning till att fråga är om ett samtycke som bör tillmätas särskiljande betydelse och det innefattar, som ovan påvisats, ett ställningstagande till en rad utpräglad normativa frågor.

14. Man kan exempelvis inte underkänna kriminaliseringen av sexköp enbart med en hänvisning till att den avser ett fall där

något har vidtagits med ett "ja" ifrån den utsatte och därför är paternalistisk (eller halvpaternalistisk) till sin karaktär; vad som fodras är en normativ argumentation som berättigar slutsatsen att den utsattes ja är sådant att det bör tillmätas *straffrättsligt särskiljande betydelse*. Den liberala positionen (eller utgångspunkten) ger med andra ord inte – inte ens om den omfattas helhjärtat – automatiskt ett svar.

15. Det som ovan har sagts om samtycke är tillämpligt också om man väljer att använda något annat begrepp än samtycke (såsom "frivillighet", "själv väljer att delta" osv.).

16. Utifrån denna kortfattade sammanfattning skall jag avslutningsvis framföra några kortfattade synpunkter på vad det sagda innebär i ett lagstiftarperspektiv.

17. Först och främst bör framhållas att det förhållandet att frånvaron eller förefintligheten av samtycke, på normskälsnivå är vad som skiljer ett sexuellt övergrepp från ömsesidig sex, inte innebär att regleringen, på beslutsskälsnivå, bör bygga på frånvaro av samtycke. Hur man utformar beslutsskäl styrs inte enbart av de bakomliggande normskälen.

18. Som ovan betonats är samtycke ett normativt begrepp som måste fyllas med innehåll. Både av legalitetsskäl och för att tydliggöra på vilket sätt ett intrång i självbestämmanderätten har skett (jfr förmögenhetsbrotten som är uppdelade på tre hela kapitel beroende just på tillvägagångssättet) finns skäl att inte nöja sig med en hänvisning till samtycke, utan snarare försöka definiera de omständigheter som negerar ett särskiljande samtycke.²⁸⁴

19. Den engelska regleringen – som så ofta anförs som ett typexempel på en samtyckesreglering – visar just på behovet av att peka på faktorer som skall anses negera samtycke. I sections 1–4 av Sexual Offences Act (2003) definieras rape, assault by penetration, sexual assault och causing sexual activity genom en hänvisning till icke-samtycke, men dessa bestämmelser kompletteras

²⁸⁴ Jfr här bl.a. Tadros 2006 särskilt s. 536 ff. Se, för en genomgång av och ett ställningstagande till de skäl som anförts för och emot en samtyckesreglering i den svenska debatten, bl.a. Wersäll & Rapp 2007.

sedan av dels en legaldefinition av vad som avses med samtycke, dels av två bestämmelser om evidential och conclusive presumptions about consent (se sections 74–76) vilka närmare preciserar hur man skall avgöra om samtycke har förelegat eller ej.

74 "Consent"

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

75 Evidential presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved –

- (a) that the defendant did the relevant act,
- (b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and
- (c) that the defendant knew that those circumstances existed,

the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(2) The circumstances are that –

- (a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;
- (b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;
- (c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

(d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;

(e) because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;

(f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

(3) In subsection (2)(a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began.

76 Conclusive presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed –

(a) that the complainant did not consent to the relevant act, and

(b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.

(2) The circumstances are that –

(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;

(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

20. Trots dessa relativt utförliga bestämmelser har regleringen kritiserats av bl.a. Ashworth:

”The central concept of freedom demonstrates how vague and contestable the statutory definition is: freedom of decision-making may be greater or less, depending on the impact of any deception, threats or other perceived pressures, and the question is what degree of impairment should be taken to mean that any apparent consent was not free. ... This indicates that the law might have been better drafted if it had focused on the effects of various forms of threat, deception and other pressure in order to try to delimit the proper boundaries of consent. If it is argued that this was the aim of the presumptions in ss 75 and 76, then the answer must be that they leave too many contested situations at large. No doubt the limits of consent will be elaborated in the case law, but the concepts of freedom, agreement, choice and capacity do not provide sufficiently clear signposts to prevent inconsistent outcomes.”²⁸⁵

21. Vi behöver här inte ta ställning till om kritiken fullt ut är berättigad eller ej, utan kan nöja oss med att notera att det i vart fall diskuteras om bestämmelserna i sections 75 och 76 ger otillräcklig ledning för vad som är att se som icke-samtycke. Den engelska regleringen ger följaktligen knappast stöd för att vad som brukar betecknas som en samtyckesreglering; tvärtom kan den sägas peka på det förhållandet att ett icke-samtycke i mycket stor utsträckning definieras av samtyckesnegerande faktorer.²⁸⁶

22. Man kan uttrycka det så att någon måste ta ställning till vad som skall räknas som ett särskiljande samtycke och att det, inte minst i ljuset av den engelska regleringen, framstår närmast som en lagstiftarens kapitulation att inte ta det ansvaret.²⁸⁷

23. En ytterligare poäng med att bygga regleringen på de medel och omständigheter som negerar samtycke är att detta tydligare ger uttryck för på vilket sätt gärningsmannen har gjort fel. Eftersom den utsatte i många fall faktiskt säger ja (under tvång) kan det sägas ha viss betydelse att ge uttryck för att ett brott kan vara förövat trots förekomsten av ett ja.

²⁸⁵ Ashworth 2009 s. 339. Se även Tadros 2006 s. 543.

²⁸⁶ Jfr här även det förslag till modellstrafflag som lämnas av Schulhofer 1998 s. 283 f.

²⁸⁷ Se även McGregor 2005 s. 192.

24. Om man av närmast symboliska eller expressiva skäl vill föreskriva att sex utan samtycke är kriminaliserat skulle man naturligtvis kunna använda en regleringsteknik som i ett första led (i) stadgar att sex utan samtycke är förbjudet och sedan (ii) tillhandahåller en legaldefinition av vad som skall anses som sex utan samtycke (exempelvis sex som framtvingats genom våld eller hot, som tillkommit genom otillbörligt utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd osv.). En sådan lagstiftningsteknik skulle kombinera en möjlighet att framföra ett budskap med rimliga rättssäkerhetskrav.

25. Det vore också tänkbart att använda samtycke inte såsom det enda avgränsande rekvisitet, utan närmast som ett komplement till en reglering som fokuserar på olika medel att nå sex (dvs. som komplement till en reglering av den karaktär som idag finns i Sverige). Fråga skulle sålunda bli om en reglering som kriminaliserade:

- (i) sex framtvingat genom våld eller hot,
- (ii) sex som innebär otillbörligt utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd,
- (iii) sex som innebär ett allvarligt utnyttjande av någon som befinner sig i beroendeställning osv. *och*, som ett slags skyddsnät för fall som trillar vid sidan av de andra bestämmelserna,
- (iv) sex *som annars skett utan samtycke*.

26. Också en sådan reglering måste emellertid betraktas som problematisk eftersom frågan om vad som bör betraktas som ett särskiljande samtycke i grunden är svårare ju längre ned man kommer på som skulle kunna kallas tvångsskalan. Att ett särskiljande samtycke inte föreligger vid ett pistolhot framstår sålunda som uppenbart. Om vi emellertid först kriminaliserar de klara fallen genom en "medelreglering" och sedan därtill lägger en samtyckesreglering, för att säkerställa att de "resterande" fallen omfattas av regleringen blir osäkerheten betydande redan från början (vilka är de "resterande" fallen?). Det skulle förvisso kunna sägas dels att en sådan reglering skulle ha begränsad praktisk betydelse, dels att de gärningar som skulle omfattas av en sådan bestämmelse skulle ha ett relativt begränsat straffvärde, men detta gör naturligtvis inte i sig regleringen klarare (om än mindre farlig).

27. Det bör i sammanhanget – dvs. när vi diskuterar möjlig lagstiftning – framhållas att det sannolikt ligger något av en paradox inbyggd i våra valmöjligheter. Å ena sidan kan naturligtvis konstateras att en nedtoning av krav på våld (och motstånd) osv. till förmån ett fokus på huruvida individens självbestämmande har respekterats eller ej, innebär ett förstärkt skydd för den sexuella integriteten och självbestämmanderätten.

28. När detta väl har konstaterats bör emellertid också framhållas att det – å andra sidan – finns skäl att tro att det förhåller sig så att ju mindre som skiljer en våldtäkt från straffrättsligt indifferent sex desto större utrymme skapas i gränssfallen också för invändningar som bygger på olika (mer eller mindre plausibla) alternativhypoteser. Detta kan, med beaktande av straffprocessrättsliga regler om bevisbörda och beviskrav, i sin tur innebära att man (i ett rent frekvensmässigt perspektiv) kommer frikänna relativt sett fler personer som faktiskt gjort sig skyldiga till straffbelagda sexuella övergrepp, dvs. det kan leda till att fler personer som faktiskt, utifrån vad som gäller rättsligt, har blivit utsatta för ett övergrepp, kommer att få se förövaren bli frikänd om saken väl hamnar i domstol.

29. Det sagda utgör naturligtvis inget argument mot en reglering av sexuella övergrepp som bättre än dagens skyddar den sexuella självbestämmanderätten. Däremot utgör det *en erinran* om att vi inte skall tro att vi därmed kommer att nå fram till ett tillstånd där vi är nöjda med de resultat som domstolsprocessen leder fram till och det utgör *en förklaring* till varför debatten kring sexualbrotten inte har avtagit – kanske kan den tvärtom sägas ha tilltagit – i takt med att regleringen har vidgats.

30. Det sagda implicerar *inte* – detta bör vara tydligt för den som har läst den föregående texten – att jag menar att regleringen idag är sådan att den inte kan ifrågasättas, och *inte heller* att jag menar att regleringens formella extension skulle vara det enda skälet till debatt, men det kan ändå finnas skäl att söka förklaringar till att de reformer som gjorts, och som sammantagna inneburit ganska stora förändringar, mycket snart har följts av fortsatt missnöje. Och som svar på frågan *varför vi inte når fram* tror jag att den ovan skisserade paradoxen har åtminstone någon betydelse.

31. Avslutningsvis vill jag anknyta till vad som sades redan i förordets första stycke. Denna text syftar inte på något sätt till att slutligt besvara de frågor som här har diskuterats. Att överhuvudtaget ha ambitioner i den riktningen vore ytterst fåfängt. Detta gäller särskilt som den svenska diskussionen på området – trots att den har pågått länge – måste sägas ha varit relativt grund. Man skulle, efter god förebild (men utan varje jämförelse i övrigt), kunna sägas att hela denna bok har ägnats åt ett slags samtyckeslärans propedeutik och att syftet snarast har varit att skapa ett underlag för fortsatt debatt och diskussion än att sätta punkt för densamma.

9. Appendix: M.C v. Bulgaria – a Swedish perspective

by Petter Asp *

I. INTRODUCTION

1. In the case of M.C. v. Bulgaria the European Court of Human Rights added yet another judgement to its case law concerning the *positive obligations* of the Convention states.²⁸⁸ In this case the Court found that Bulgaria had violated its positive obligations under articles 3 and 8 by falling:

”short of the requirements inherent in the States’ positive obligations – viewed in light of the relevant modern standards in comparative and international law – to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse”.²⁸⁹

2. In this essay I will analyze and comment upon this case in a Swedish perspective using the Swedish debate on sexual offences as a point of departure. My conclusions, though, will mostly

* Professor Iain Cameron and Dr Kerstin Berglund has both read the script and given helpful comments. The remaining errors are my own.

²⁸⁸ See, e.g., Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 5th edition, Uppsala 2006 p. 45 f. On positive obligations in a criminal law context, see, e.g., Emmerson and Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice*, London 2001 pp. 78 ff.

²⁸⁹ See M.C. v. Bulgaria, paragraph 185.

concern the interpretation of the case as such, and thus be general in nature (i.e. they are not valid only in a Swedish context).

3. As indicated, I will take my point of departure in Sweden. In Sweden there has, for many years, been an ongoing debate about the way the legal system deals with sexual offences. The debate has been quite intense and it has focused on a lot of different issues, e.g., the design of the legislation as such, the court's application of the legislation, the attitudes of public officials involved in investigating and prosecuting rape, the tendency to ask intimidating question about the victims sexual history etc. The debate has often started (or re-started) with a court case that has attracted public attention²⁹⁰ or – but not as often – with a controversial reform proposal.²⁹¹

4. As regards the debate on the design of the legislation, the case of *M.C. v. Bulgaria* has often been invoked as an argument for a reform. The case, it is claimed, implies that the present legislation – which entered into force in 2005 and according to which a conviction for rape (cf. especially section IV.f paragraphs 1–4 *infra*) presupposes that the perpetrator has used violence or threats or that he has improperly taken advantage of the fact that the victim has been in a helpless or in some other state of incapacitation – is insufficient and that it has to be replaced (or complemented) by a legislation that is built on the notion of non-consent. A frequently used short-formula for a legislation that builds on the notion of non-consent, rather than on violence, threats, force etc., is "consent based legislation" (in Swedish: *samtyckesbaserad lagstiftning*).²⁹²

²⁹⁰ See e.g. NJA 1993 s. 310, NJA 1997 s. 538 and NJA 2004 s. 231.

²⁹¹ See especially SOU 1976:9.

²⁹² Since the term consent based legislation may be misunderstood (as meaning e.g. a legislation which has non-consent as its rational, as the reasons behind the norms, but which relates to sex obtained by violence, threats or misuse of helplessness in the legislation) I want from the very start to be very explicit as regards the definition: I will use the term consent based legislation when referring to legislation, according to which it is explicitly prescribed in the legislation, that non-consent on the part of the partner is a sufficient requirement for establishing the offence (i.e., a legislation that has non-consent as the explicit bottom line). (All general conditions for liability, e.g. intent, disregarded.)

5. In this article I will try to show that (and why) this position is untenable. This is not done for the purpose of denying that the case is of great importance both in putting up a (ambitious and important) standard as regards protection against sexual abuse and in emphasizing the values at stake.²⁹³ On the contrary: the case is highly relevant when discussing the proper design of the future legislation on sexual offences. I am in a sense trying to argue that we, when discussing the case, should shift focus – *from* the question whether we are required to have a consent based legislation *to* the question what we should regard as valid consent.

6. The argument that the case of *M.C. v. Bulgaria* necessitates a reform of the Swedish law on sexual offences has been used by different persons and in different contexts.²⁹⁴ In this text I will,

²⁹³ See, e.g., Conaghan, *Extending the reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria*, *Feminist Legal Studies* 2005 pp. 154 f.

²⁹⁴ As indicated this interpretation of the case is widespread. One could, e.g., refer to Amnesty International, *Case Closed, Rape and Human Rights in the Nordic Countries*, p. 144, to different proposals made by members of the parliament (see e.g. Motion 2004/05:Ju22 and Motion 2008/09:Ju426). See also Wennberg, *Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja?*, *Juridisk Tidskrift* 2004-05 pp. 128 ff. (who is a bit more careful as regards her conclusions). Further, I have also myself, been supervising students who have come to the conclusion that *M.C. v. Bulgaria* necessitates a reform of Swedish rape law etc. In the international literature one could refer to e.g. Pitea, *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria*, *Journal of International Criminal Justice*, 2005 p. 454, who seems to take the view of the Consent Report, or at least interprets the case quite extensively ("In other words, the Court has found that the Convention may be interpreted as requiring how domestic criminal law must be drafted, interpreted and applied, with a view to expanding the scope of substantive criminal law.") and Rudolf & Eriksson, *Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence*, *International Journal of Constitutional Law*, Advance Access, published June 2007, p. 6 footnote 35, whose interpretation is a bit more restrictive ("The Court's approach does not amount to prescribing the full definition of a crime."). See also Conaghan, *Extending the reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria*, *Feminist Legal Studies* 2005 pp. 155 f., who appear to take the latter view, i.e. that the case is circumscribing rather than prescribing ("it endeavours to prescribe clear normative limits on the content and the application of rape law in individual States").

for the sake of clarity,²⁹⁵ take my point of departure in a recent report written by the former professor of criminal law at the University of Stockholm, Madeleine Leijonhufvud.

7. The reasons for this are twofold. Professor Leijonhufvud is not only one of the most important debaters in this field, but recently she has also published a semi-official report including a proposal for changed legislation as regards the central sexual offences. The report has the title "Samtyckesutredningen" (The Consent Report, my translation) and its basic proposal is that the present sections on rape, sexual coercion and sexual abuse (Chapter 6 sections 1–3 of the Criminal Code) should be replaced by one single new section built upon the notion of (*in*) *voluntariness*: anyone who has sex with a person who does not participate voluntarily should be convicted of sexual abuse.²⁹⁶

8. In the report, the case of M.C. v. Bulgaria is invoked as one reason that necessitates a reform of this kind.

9. The report was produced as a result of the fact that professor Leijonhufvud, in March 2008, was appointed by the Environmental (Green) Party as special investigator with the task of considering the existing legislation on sexual offences and especially whether the present legislation should be replaced by a new legislation built on non-consent.²⁹⁷

10. The position taken in the report, i.e. that Sweden is obliged under the Convention to change its law on sexual offences, has (so far) not been accepted by the government. Thus, in a 2005 bill to the parliament (on a reform of Chapter 6 of the Criminal Code, i.e. the legislation on sexual offences) the government came to the conclusion that the proposals in the bill – containing, *inter alia*, a rape statute built on the use of violence, threats or misuse of persons being in a helpless state or otherwise inca-

²⁹⁵ A golden rule, when it comes to the exchange of views, is that one should avoid arguing against "generalized" positions (often) held by no one.

²⁹⁶ The reason for building the law on the concept of (in)voluntariness rather than on non-consent is that Leijonhufvud wants to avoid proscribing cases involving "misrepresentation" or "fraud".

²⁹⁷ See the Consent Report pp. 103–107 for the instructions.

pable – were compatible with the requirements under the convention.²⁹⁸

11. Nevertheless, the question whether the Convention obliges Sweden to change its law on sexual offences (i.e. the position taken in the Consent Report) or whether it does not (the position taken by the Government and the parliament) is still very much alive. As indicated above (see footnote 294) the first mentioned position is often used in the political debate (e.g. by members of the parliament and by different NGOs), and it is the official position of at least one of the seven political parties represented in the parliament.

12. In addition the question will be dealt with by a legislative committee that was appointed by the Government in June 2008, a couple of months before the Consent Report was delivered to the Environmental Party. The committee has the task of evaluating the 2005 reform and considering a reform of the legislation, and one of the issues especially mentioned in the instructions to the committee is that it shall consider whether the legislation on rape should be based upon coercion or upon non-consent. The instruction does not specifically relate to the interpretation of *M.C. v. Bulgaria* or to Sweden's obligations under the European Convention on Human Rights, but it will, of course, be very difficult for the committee not to deal with these issues when considering whether there are reasons for a reform. This legislative committee will deliver its report in October 2010.²⁹⁹

13. All in all, the question whether the European Convention on Human Rights, as interpreted in *M.C. v. Bulgaria*, makes it mandatory to have a consent based legislation (i.e. a legislation

²⁹⁸ See proposition 2004/05:45 pp. 38 ff. Cf. also the position taken by the Council of Legislation at pp. 206 ff. (implying that there might be reason to adjust the protection against abuse when being in especially cumbersome situations). The Council of Legislation (*Lagrådet*) is a body (constituted of present and former Justices of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court) with the task of scrutinizing proposed legislation as regards its relation to the constitution, to the legal system in general, to the principle of rule of law etc. See the Instrument of Government Chapter 8 section 18.

²⁹⁹ See Dir. 2008:94.

according to which sex without consent is a sufficient requirement to establish the offence; see footnote 292) will most certainly be one of the themes dominating the discussion on whether or not we need a new legislative reform in this area.

II. THE CASE

1. As should be evident from the text above, the aim of this essay is not to give a complete account of the case of *M.C. v. Bulgaria*. In order to make the analysis, that will be conducted in section IV *infra*, comprehensible, it is nonetheless necessary to give a basic picture of the case and of the reasoning of the court. This will be done in the present section. I would, however, recommend everyone that has the possibility to read the original judgement.

2. The background to the case can be summarized as follows.

3. The applicant, a fourteen year old girl, had (allegedly) been raped by two different men after a night spent at a couple of disco bars. After a complaint had been filed by the applicant's mother, a preliminary investigation was initiated by the district prosecutor. The investigation eventually led the investigator to the conclusion that the case should be closed since there was no "evidence that [the alleged offenders] had used threats or violence" (see paragraphs 9–55).

4. The district prosecutor, however, ordered an additional investigation, stating that the initial investigation had not been objective, thorough or complete (paragraph 56). As a consequence of this decision, the investigator reopened the case and took some additional investigatory matters – for example the investigator had contact with a psychiatrist and a psychologist giving their opinion on, *inter alia*, the question

"whether it was likely that the applicant would have spoken calmly with Ms T., the singer at the restaurant, and then listened to music in the car, if she had just been raped and whether it was probable that several days after the alleged rape the applicant would have gone out with the person who had raped her". (Paragraph 57)

The experts stated, *inter alia*, that the facts that the applicant had (possibly) had a conversation with Ms T. after one of the rapes and that she had been going out with one of the alleged perpetrators a couple of days after the events, did not exclude the possibility of her being raped.

5. But also this time the investigator came to the conclusion that the case should be closed. On the basis of the report given by the investigator, the district prosecutor then decided to close the case: the use of force or threats had not been established beyond reasonable doubt and, in particular, no resistance on the applicant's part or attempt to seek help from others had been established. (Paragraphs 57–61.)

6. The applicant appealed to the regional and the central level of the prosecution authority in Bulgaria, but the appeals were dismissed. (Paragraphs 62–65.) After these decisions, the applicant requested that criminal proceedings for perjury should be initiated against two person who had been heard as witnesses in the investigation. The prosecutor – the same prosecutor that had decided to close the rape case – refused this request stating:

”that it was unfounded and even abusive, as all the facts had been clarified in previous proceedings”. (Paragraphs 66–67.)

7. A complaint was brought before the European Court of Human Rights.

8. In its judgment the court started by giving an account of the circumstances of the case and of the relevant domestic law and practice (parts I and II of the judgement) and it also made an account of trends in comparative and international law (part III of the judgement). In the latter part the court dealt with: (i) the legislation in some European countries (Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland and Slovenia), (ii) the (2002)5 recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the protection of women against violence (recommending that the member States should penalize any act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance), (iii) the definition of rape under international law (as interpreted by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) and (iv) the recommenda-

tion given by the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

9. After having dealt with the complaint³⁰⁰ and after having given an account of the submissions of the parties and the Interights, (paragraphs 109–147) the court started its own reasoning.

10. The Courts started (paragraphs 148–153) with a section in which the Court justified the conclusion that the Convention States:

“have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution”.

11. Having drawn this conclusion the court examined the modern conception of rape and its impact on the positive obligations of the Member States (paragraphs 154–166). In this respect the Court noted that States “undoubtedly enjoy a wide margin of appreciation” as regards the means to ensure adequate protection against rape, but also that this margin of appreciation is circumscribed by the provisions of the Convention (paragraphs 154 and 155). Further, the Court noted that there is a trend towards “abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area” (paragraph 156), meaning *inter alia* that there is no longer a requirement of resistance in the statutes of the European states (paragraph 157) and that there is – even though the legislation of most European States have definitions of rape that contains references to the use of violence or threats (paragraph 159) – a tendency to apply a broader approach which puts focus on non-consent. In some states reference to physical force has been removed (paragraph 158); in others:

“the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statu-

³⁰⁰ Reiterated by the Court as follows: “The applicant complained that Bulgarian law and practice did not provide effective protection against rape and sexual abuse, as only cases where the victim had resisted actively were prosecuted, and that the authorities had not investigated the events ... effectively.”

tory terms ... and through a context-sensitive assessment of the evidence" (paragraph 161).

The same tendency is also found in an international context (paragraphs 162–163).

12. The court concluded this part of the judgment as follows:

"166. In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardizing the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim."

In this context it should, perhaps, be noted that it is, first and foremost, this passage of the judgement that has been used as an argument for the position taken in the Consent Report; and *read in isolation* one can, of course, say that it undoubtedly ("penalisation of *any* non-consensual sexual act") provides strong support for that interpretation.

13. In the next section the court applied this standard to the case.

14. The Court started by stating that its task is to examine:

"whether or not the impugned legislation and practice and their application in the case at hand, combined with the alleged shortcomings in the investigation, had such significant flaws as to amount to a breach of the respondent State's positive obligation"

and it underlined that its task is not to examine single errors or omissions in the investigation. (Paragraphs 167–168.)

15. As regards the legislation the Court found that the Bulgarian Criminal Code defined rape in a way which by and large resembles the wording found in other statutes of the Member States (no mention of physical resistance, but still defining rape by reference to the means used to obtain submission; paragraph 170), but it also added that the legislation is not in itself decisive:

"171. What is decisive, however, is the meaning given to words such as 'force' or 'threats' or other terms used in legal definitions. For example, in some legal systems 'force' is considered to be established in rape cases by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the victims' consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent. As noted above, despite differences in statutory definitions, the courts in a number of countries have developed their interpretation so as to try to encompass any non-consensual sexual act".

16. When examining the application of the law in Bulgaria the Court found that it was hard to arrive at a safe conclusion as regards the question whether every sexual act carried out without the victim's consent is punishable under Bulgarian law, that the Government had not been able to disprove the applicants allegation of a restrictive practice (for example, no case law or commentaries were provided showing that the legislation is applied in a broad way) (paragraphs 172–174) and that the authorities, in the specific case:

"failed to explore the available possibilities for establishing all the surrounding circumstances and did not assess sufficiently the credibility of the conflicting statements made". (Paragraphs 175–178)

As regards the assessment of the facts in the case, the Court continued as follows:

"179. It is highly significant that the reason for that failure was, apparently, the investigator's and the prosecutor's opinion that, since what was alleged to have occurred was a 'date rape', in the absence of 'direct' proof of rape such as traces of violence and resistance and calls for help, they could not infer proof of lack of consent and, therefore, of rape from an assessment of all the surrounding circumstances. That approach transpires clearly from the position of the investigator and, in particular, from the regional prosecutor's decision ... and the Chief Public Prosecutor's decision."

17. Even though the Court acknowledged that it might, in practice, be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape:

"181. ... the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent. ...

182. That was not done in the applicant's case. The Court finds that the failure of the authorities in the applicant's case to investigate sufficiently the surrounding circumstances was the result of their putting undue emphasis on 'direct' proof of rape. Their approach in the particular case was restrictive, practically elevating 'resistance' to the status of defining element of the offence". (Paragraphs 181–182.)

18. Thus, with reference to the abovementioned factors – and to a couple of other features of the case (that the authorities had attached little weight to the particular vulnerability of young persons, that the investigation was handled with significant delays) – the Court found that Bulgaria had failed to live up to its positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention.

"185. In sum, the Court, without expressing an opinion on the guilt of P. and A., finds that the investigation of the applicant's case and, in particular, the approach taken by the investigator and the prosecutors in the case fell short of the requirements inherent in the States' positive obligations – viewed in the light of the relevant modern standards in comparative and international law – to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse."

III. THE CONSENT REPORT AND M.C. v. BULGARIA

1. Having given this short account of the case of M.C. v. Bulgaria it is time to show how this judgement is used in the Swedish debate, and especially in the Consent Report.

2. As indicated above the main proposal of the Consent Report is that the present sections on rape, sexual coercion and sexual abuse should be replaced by a statute built on the concept of voluntariness: a person who has sex with someone that does not voluntarily participate shall, according to the proposal, be convicted of sexual abuse. If the perpetrator has used means amounting to an offence under Chapters 3 and 4 of the Criminal Code, or if the sexual abuse has had such a result, the perpetrator should be convicted for this offence as well and the crimes should "collectively" be labeled rape.

3. This proposal is both interesting, complex and thought provoking. For example, it raises questions about the role and importance of "labeling" (does it, e.g., matter – all other things equal – whether someone is found guilty of rape or sexual abuse?), about questions relating to the principles of concurrence of crime (according to the proposal two different offences merges into third, but the perpetrator shall also be convicted of the offences forming the constituent part of the collective offence) and about the relation between the proposal and the present legislation. However, I have no intention of reviewing the proposal, or of analyzing the abovementioned questions in this text. Instead, I will focus solely on the weight attached to the case of *M.C. v. Bulgaria* (as one out of four basic reasons for the proposal).

4. In section 2 of the report the reasons for the proposed reform are presented. The main reasons are:

(i) that the reform is necessary in order to comply with international obligations under, *inter alia*, the European Convention on Human Rights (as interpreted in the case of *M.C. v. Bulgaria*),

(ii) that the reform is necessary if we want to have a legislation on sexual offences that corresponds to the present view of sexuality (only sexual acts in which both parties voluntarily participates are ok),

(iii) that the reform is necessary in order to counteract harmful behavior (not only sex obtained by the means of violence and threats is harmful), and

(iv) that the reform is necessary for reasons of legal security (a legislation that contains requirements of violence and threats will have to be applied in an extensive way; this is problematic from the viewpoint of legal security).³⁰¹

Thus, the report clearly builds on the assumption that the case of *M.C. v. Bulgaria* necessitates a reform of the present legislation.

³⁰¹ See the Consent Report pp. 67 ff., 75 ff., 78 ff. and 82 ff. See also Berglund, *Samtyckesutredningen*, *Juridisk Tidskrift* 2008-09 pp. 701 ff.

5. In section 2.1 (the part of the report that deals with the question what is required in order to comply with international obligations) it is, for example³⁰² – and with reference to a legal opinion written by Elisabeth Palm, published as an enclosure to the report – concluded that:

”Sweden is obliged to have a law which means that non-consent constitutes a sexual offence.”³⁰³

Some fifteen pages later it is stated – even more explicitly – that it is not an option to keep the present legislation:

”Thus, we cannot choose to keep our rules as they are, without violating our international obligation”.³⁰⁴

Professor Leijonhufvud has taken this position also earlier, *inter alia* in different chronicles and debate articles.³⁰⁵ Thus, the fact that the report takes this position is not very surprising.

6. As indicated above there is an enclosure to the report which contains an expert opinion on the meaning of M.C. v. Bulgaria written by the former (1998–2003) judge of the European court of Human Rights, Elisabeth Palm.

7. The opinion by Elisabeth Palm is, in the report, used – more or less – as an authoritative interpretation of the case. As indicated in subsection 5 *supra*, the conclusion that Sweden must have a legislation based on non-consent is drawn with explicit reference to a passage in the opinion. The passage that is referred to, reads as follows:

³⁰² See also, e.g., p. 28 in the Consent Report.

³⁰³ The Consent Report p. 72. My translation, original in Swedish: ”Sverige måste alltså ha en lag som innebär att bristande samtycke konstituterar ett sexualbrott.”.

³⁰⁴ The Consent Report p. 87. My translation, original in Swedish: ”Vi kan således inte välja att bibehålla vår reglering som den är utan att bryta mot våra internationella förpliktelser”.

³⁰⁵ See e.g. Leijonhufvud & Diesen, Sexbrottens moment 22, Svenska dagbladet 5th of July 2004, Leijonhufvud, Våld och sex – hur skyddar den nya sexualbrottslagen?, Krönika, tillgänglig på: <http://www2.amnesty.se/svaw.nsf/Krönika/49F851E137C865DEC1256FBD005565FB?opendocument>, and Leijonhufvud, Krav på samtycke före samlag, Svenska Dagbladet 9th of September 2007 and Hånfullt och beklämmande av åklagare, Svenska Dagbladet 16th of September 2007.

"It is completely clear that the case law of the European Court of Human Rights in this area now means that it is the lack of consent that is decisive for the question whether rape has been committed. ... Even though it has happened occasionally that the Court has changed its case law in certain cases, it seems highly unlikely that the Court – after its comprehensive examination of national and international rules – would change its case law would there be a new case, against another state, where non-consensual sex has not been considered to constitute rape."³⁰⁶

8. I have no intention of going into details as regards the opinion, but it should be noted that the opinion – in a way corresponding to the judgement of the Court – contains formulations that might be understood as indicating that things are not as clear-cut as they might seem to be. For example, the opinion explicitly states that the Court *did not* rule out the Bulgarian legislation as such (despite its references to the means used by the perpetrator to obtain submission). Another example that could be worth mentioning is that the opinion, directly after the above quotation, continues as this:

"It follows from the judgment that the convention states are given a wide margin of appreciation as regards the construction of their legislation as long as its application means that any non-consensual act is punished."³⁰⁷

Thus, one could perhaps argue that the opinion itself is open to interpretation and that it is questionable whether – or at least to what extent – it actually supports the position taken in the report.

³⁰⁶ The Consent Report p. 123 f. My translation, original in Swedish: "Det står helt klart att Europadomstolens praxis på detta område nu innebär att det är bristande samtycke som är avgörande för om våldtäkt föreligger. Även om det förekommit att domstolen har ändrat sin praxis i vissa fall framstår det som helt osannolikt att domstolen efter denna noggranna genomgång av nationella och internationella regler skulle ändra sin praxis om det kommer ett nytt mål mot ett annat land inför domstolen där bristande samtycke till en sexuell handling inte har bedömts som det som konstituerar brottet våldtäkt."

³⁰⁷ My translation, original in Swedish: "*Av målet kan utläsas att konventionsstaterna ges en stor frihet att utforma sin lagstiftning så länge tillämpningen av den innebär att varje form av sexuell handling som skett utan samtycke bestraffas.*"

9. Be that as it may: the important thing in relation to this essay is not to clarify the position of the opinion, but rather to highlight the position taken in the main report, i.e. *that the Convention as interpreted in the case of M.C. v. Bulgaria necessitates a reform of the Swedish law on rape*.

10. The rest of this article will, as indicated above, be devoted to the task of showing that the position taken is untenable. Thus, I will argue: (i) that the case of M.C. v. Bulgaria does not – in the way often implied in the Swedish debate – necessitate a reform of the Swedish law on sexual offences and (ii) that it does not settle the issue of how the Swedish law of sexual offences should be designed (should a reform be considered desirable).

11. This is neither to say that the case is irrelevant (the case could, of course, be considered to *provide a reason* for a reform even though it does not *necessitates* a reform), nor is it a general judgement on the reasonableness (as such) of a non-consent standard in the law of rape. I will get back to these "negative" reservations in my concluding remarks.

IV. AN ALTERNATIVE INTERPRETATION

a. The task of the Court and the Convention System

1. As indicated, I will in this section carefully examine the judgement with the purpose of displaying that, on a reasonable interpretation, the case does not imply that the Convention states are obliged to introduce a consent based legislation. However, before getting into the details of the case I would – humbly and without strong argumentation – like to start with some reflections on the general task of the Court and of the Convention System.

2. The general task of the system built upon the European Convention on Human Rights is to set a minimum standard as regards some central civil and political rights. The task of the Court is, first and foremost, to draw the line between the acceptable (not necessarily praiseworthy) and the unacceptable in concrete cases, thereby setting and developing standards.³⁰⁸

³⁰⁸ See on the role of the Court, e.g., Cameron Protocol 11 to the ECHR: the

3. In performing this task the system will inevitably lead to sort of a harmonization of the legal systems of the Convention States, at least on deeper levels (as regards basic values, principles etc.). The ambitions as regards harmonization is, however, obviously limited in comparison with, e.g., the work done within the EU (where harmonization or approximation is an explicitly recognized aim, at least in certain areas).³⁰⁹ The ambitions are – in contrast with the ambitions within certain areas of the EU – (and also when it comes to positive obligations) essentially *negative* in character. The aim is not to find the one and only way to do it,³¹⁰ but rather to exclude the unacceptable.

4. Thus, the Convention, as applied in *M.C. v. Bulgaria*, surely provide a minimum standard and it is one which actually is fairly ambitious.

5. Some might be inclined to say that this is, in itself, problematic since it means that the Convention is used for the purpose of promoting state punishment (rather than to protect people from the state).³¹¹ Others are more positive in relation to this development, e.g. in that it makes clear that the "investigation and prosecution of rape raise human rights issues *for victims* as well as for defendants".³¹²

6. In my view one should, for obvious reasons, be very careful when obliging states to make use of their punishing powers. This is especially true when it comes to measures that might put pressure on prosecutors and courts to "achieve results" (i.e. to get people convicted; it is obvious that such measures might collide with other and very basic rights); the rights of the victim must be understood as meaning a right to a serious and thorough investigation, but it is evidently problematic to start to think

European Court of Human Rights as a Constitutional Court?, Yearbook of European Law, volume 15, 1995 pp. 219 ff. (e.g. pp. 235 f).

³⁰⁹ See e.g. Lenaerts & Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, 2nd edition, London 2005 pp. 267 ff.

³¹⁰ That is not necessarily the aim of the EU either; cf. the terms "harmonization" and "approximation" which both indicate a certain laxness.

³¹¹ See e.g. Greve, Juridiska konflikter, Afskedsforelaesning den 28nde marts 2008 p. 24.

³¹² See Conaghan, Extending the reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: *M.C. v. Bulgaria*, Feminist Legal Studies 2005 pp. 153 ff.

in terms of a victims' rights to convictions. On a more general level, I would, however, like to add that – on a realistic account of Human Rights – positive obligations (also in the sphere of criminal law) are probably necessary if one wants the rights to be real rather than illusory. And that is all due to our dependence on the state: we are in modern society, with its weak informal social control – whether we like it or not – dependent upon the state and on the protection it provides. And in this context one should perhaps add that some of the statements made during the proceedings clearly indicate that there is a need for a minimum standard as regards the protection against rape.³¹³

7. Be that as it may, the main point to be made here is that even a fairly ambitious minimum standard is essentially negative: it excludes certain things, but it does not prescribe in detail how to avoid the unacceptable.

8. Any legal minimum standard must, arguably and in addition, focus not only on a particular piece of legislation as such, but also take into account how the legislation is applied in practice, how it interacts with other types of rules etc. In this context one could e.g. refer to the basic presumption or the starting point for comparative legal research, i.e. that even if things look different on the surface, they might be – and are probably – quite similar as regards the result.

9. Having said this I would like to end this section by simply inviting the reader to reflect upon the questions whether it is reasonable to assume:

(i) that a Court which have the task of providing a minimum level as regards the protection of human rights would take the step *from* ruling out insufficient law and practice *to* positively prescribing how the criminal law proscriptions in the convention states should be constructed, and

(ii) that such a Court would focus solely on the design of the legislation³¹⁴ – thus disregarding the question of how the proscriptions work in practice.

³¹³ See *infra* section IV.d.

³¹⁴ See Träskman, *Har det gått mus i kvinnofriden?*, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Stockholm 2007 s. 333.

10. In addition one could reflect upon the question whether the Court would not hesitate to rule out a legislative design which is (see paragraphs 88–100 and 170) commonly used in the Convention states.³¹⁵ One should, for obvious reasons, not exclude the possibility that the Court would do such a thing under certain conditions – imagine e.g. that very far reaching terrorist legislation was introduced retroactively in the 27 Member States of the European Union – but it seems clear that the Court would take such a step only in fairly extreme cases. The Court does, for good and for bad, build its case law on the common tradition of the Convention States; in that sense the Court is a controller rather than a revolutionary.³¹⁶

b. The structure of the Court's reasoning

1. The conclusion implicitly drawn in the previous section – i.e. that the Convention does not require a consent based legislation (i.e. a legislation under which sex without consent explicitly is a sufficient condition for establishing the offence) – becomes even more evident if one considers how the court deals with the case before them, i.e. with the case of *M.C. v. Bulgaria*.
2. When the Court is about to apply its standard to the case in front of it, it is clear from the very start (see paragraph 170) that the Bulgarian Criminal Code defines rape in a way which is not deviating from most other European states, but which would certainly not be compatible with a clear-cut legislative non-consent standard.
3. The proscription (which is cited in paragraph 74 of the judgement) comprises:

- (i) cases where the woman is incapable of defending herself,

³¹⁵ See Träskman, *Har det gått mus i kvinnofriden?*, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Stockholm 2007 s. 332 f. Cf. also the explicit statements by the Court in paragraph 167.

³¹⁶ In this context one could add that the case was a Chamber judgment concerning Bulgaria, i.e. it was not a case to which Sweden was a party (cf. the general obligation under article 1 and the more specific one under article 46). These factors does not, of course, undermine the importance of the case, but they imply some carefullness when discussing the implication of the case for the design of the Swedish legislation.

(ii) cases where the woman is compelled by the use of force or threats, and

(iii) where the woman is brought to a state of helplessness by the perpetrator

(This is a design which is roughly comparable with the Swedish rape statute in Chapter 6 section 1 of the Criminal Code.)

4. Despite the fact that it is clear that the Bulgarian legislation does not explicitly relate to non-consent as the base line standard for judging whether a sexual offence has been committed, the Court goes on and examines how the law has been applied.

5. Thus, the Court does not find that the design of the Bulgarian legislation as such – due to the mere fact that it is constructed in a certain way – amounts to, or implies that there has been a violation of the convention. Rather, it goes on and makes a careful examination of the way in which the law was applied – relating not only to the application in the specific case, but also to the way the section is applied in general – by the Bulgarian courts and authorities.

6. This structure, this way of reasoning, I would say, speaks for it self; had the construction of the statute been decisive, the court would not have reasoned (see paragraphs 175 ff.) extensively about the way the Bulgarian authorities dealt with the complaint, neither would it have worried about the general interpretation and application of article 151 § 1 of the Bulgarian Criminal Code.

c. The importance of the national interpretative approach

1. Not only the role of the Court and the structure of the judgement, but also *explicit statements* made by the Court, indicates that the way in which the legislation is interpreted and applied in practice is highly relevant when assessing whether (or not) a State live up to the standards set by the Convention.

2. Thus, in paragraph 161 the Court notes that prosecution of "non-consensual sexual acts in all circumstances" are not seldom sought by means of interpretation (of statutory require-

ments such as "coercion", "violence" and "threat") and through a "context-sensitive" assessment of existing evidence. Here it is, e.g., referred to French law according to which the terms "violence, coercion, threats or surprise" have been applied in an extensive way encompassing, *inter alia*, cases where the victim's refusal is "inferred from the circumstances, such as paralyzing shock, as a result of which the victim could not protest or escape". (See paragraph 95.)

3. Later on – after having found that the Bulgarian Criminal Code refers to means such as force, threats and helplessness – the Court even more explicitly states that the decisive thing is the meaning given to the terms ("force" etc.) that are used for constructing the offence. The Court exemplifies this by noting that in some legal systems the requirement of "force" is considered to be fulfilled by the fact that the perpetrator proceeded without the victim's consent *or* because "he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent". (Paragraph 171.)

4. This approach is also reflected in paragraph 167 where the Court makes clear what its task is:

"the Court's task is to examine whether or not the impugned legislation *and practice and their application in the case at hand*, combined with the alleged shortcomings in the investigation, had such significant flaws as to amount to a breach of the respondent State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention". (Ital. by the author)

5. I must say that I have difficulties in understanding how one, having read these paragraphs, can come to the conclusion that the judgement requires the Convention states to introduce a consent based legislation (i.e. a legislation according to which it is explicitly prescribed, that non-consent on the part of the partner is a sufficient requirement for establishing the offence, see footnote 292); it simply seems to be a conclusion which directly contradicts explicit statements by the Court.

6. And it is not much easier – in fact, even harder – to understand how one can come to the more specific conclusion that Swedish law must be changed. As regards Swedish law there are clear examples that the requirement of force (violence or

threats) – which is one alternative requirement for the principal offence of rape under Chapter 6 section 1 of the Swedish Criminal Code – has been interpreted extensively and with focus on involuntariness (see e.g. NJA 1993 p. 310) and the requirements have since then been lowered (new legislation was, as indicated above, introduced in 2005). Thus, even though the legislation still builds upon the usage of violence etc., it is a good example of a legislation which have been applied in a fairly extensive (rather than restrictive) way. (One can, of course, discuss whether the Swedish law draws the demarcating line on the right place – cf. for example the adjustments discussed by the council of legislation, referred to *supra* in footnote 298.)

d. References to statements of the Bulgarian authorities

1. In addition it seems reasonable to assume that the outcome of the case was – at least to some extent – affected by the legal approach used, and the attitudes held, by the Bulgarian authorities on the one hand *and* by the submissions of the Bulgarian Government on the other. It is not unfair to say that some of the statements referred to in the judgement are definitely problematic both from a human rights perspective and from a women's rights perspective.

2. Thus, the decisions of the regional and central prosecutorial office (dismissing the appeal of the applicant and including statements such as: "[t]his presupposes resistance, but there is no evidence of resistance in this particular case") are quoted in section I of the case (see paragraphs 64 and 65). Later, (in paragraphs 178 and 179) the Court explicitly refers to these decisions when concluding that the authorities has:

"failed to explore the available possibilities for establishing all the surrounding circumstances and did not assess sufficiently the credibility of the conflicting statements made".

3. In a similar way the Court reiterates the submissions of the Government (see paragraphs 122 and 123) and later makes clear that it has found the submissions inconsistent and unclear and incapable of disproving a restrictive application of the legisla-

tion (paragraph 174). At first the Gouvernement actually (paragraph 122) stated that:

"proof of physical resistance was required in cases of rape and that, moreover, in accordance with 'international practice, including in France' rape was only possible between strangers, whereas the applicant knew the alleged perpetrators."

4. The fact that the Court gives such an emphasis on the behavior and the statements of the Bulgarian authorities clearly indicate that it is making an all-in-all assessment of the case (rather than an investigation that focus on the design of the legislation).

5. One could perhaps also add that the emphasis put on the statements made by the authorities in different decisions indicates that the Convention states should not only make correct (or acceptable) decisions, but also be careful in giving proper reasons for them; it should be obvious for all lawyers that one can make a decision which is fully justifiable and give very poor and even misleading reasons for it.

e. Margin of appreciation

1. When discussing the implications of the case one must also bear in mind that the Court explicitly states that the States, as regards the means to ensure adequate protection against rape, "undoubtedly enjoy a wide margin of appreciation" and that, in particular, "perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches are to be taken into account". (Paragraph 154.)

2. Having said that, the Court emphasizes, however, that this margin of appreciation is limited by the obligations under the convention, and – this is important to note – it is precisely in this context the Court examines the "trends" in national and international law in this area and finds that the positive obligations under Articles 3 and 8 requires "the penalization and effective prosecution of any non-consensual sexual act".

3. This is, as stated above, a strong – and perhaps even surprisingly far reaching – statement which clearly has implications for the Convention states law and practice as regards sexual offences. One might say that the very essence of the case is that it

limits the state's margin of appreciation by invoking an evolving standard of rape.³¹⁷

4. Nevertheless, this statement (about the limits of the margin of appreciation) *must be read in relation to the starting point*, i.e. the wide margin of appreciation enjoyed by the Convention states. Thus, what the Court says (see paragraphs 154–155) is that:

the states *have* a wide margin of appreciation ... *which is circumscribed* by the Convention.

f. The Wrongful Focus upon Rape and the Nature of Consent

1. The abovementioned factors have been focusing on the Court and its reasoning. However, I think that there are a couple of additional factors, which should be taken into account when interpreting the judgement and which supports the above conclusions.

2. These factors are connected to (i) the indefinite possibilities to structure legislation in different ways and (ii) the relation between consent on the one hand and different types of means for achieving acceptance, submission etc. on the other.

3. Let us start with the first factor: the indefinite possibilities to structure legislation in different ways. The starting point here is that there is no natural offence of rape and no natural distinction between rape and other imaginable sexual offences such as sexual coercion, sexual abuse, indecent assault or statutory rape. When saying this I am not, obviously, referring to any special jurisdiction, but I am merely attempting to illustrate the facts that one may in the law divide sexual offence into different categories and that this categorization may be done in thousands of ways. For example, what is considered as sexual abuse in one state may well be considered as rape in another. And acts classified as rape in one state could be labeled (simply) as coercion in

³¹⁷ See Rudolf and Eriksson, Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence, *International Journal of Constitutional Law*, Advance Access, published June 2007 p. 6.

another (which indicates that one could abstain from having a specific category of sexual offences).

4. If one accepts this starting point it follows that one, when discussing the implications of *M.C. v. Bulgaria*, cannot – as has often been done in the Swedish debate – focus solely on the Swedish section on rape in Chapter 6 section 1 of the Swedish Criminal Code when considering whether Swedish law lives up to the standard set by the Convention. Rather, one must look at the totality of the provisions of (at least) Chapter 6 of the Criminal Code.³¹⁸ For example certain types of low intensity threats (e.g. a threat to turn someone in to the police) are clearly not such as to establish responsibility for rape, but they might very well trigger responsibility for sexual coercion.

5. Secondly, I would like to draw attention to the concept of consent and its very close connections to different types of means for achieving acceptance, submission etc. If one allows oneself to think about the concept of consent one quickly realizes that consent is neither equivalent with "saying yes" nor with a positive attitude towards a certain thing (i.e. with a certain state of mind). Rather consent is "saying yes" in a way which is – using a terminology from Alan Wertheimer³¹⁹ – *considered to be transformative in a relevant sense (morally, legally etc.)*. Thus, one could say that consent is (i) acceptance on the part of the individual (ii) under such conditions that we consider the acceptance to be such as to make a difference (as regards the assessment of a certain act).

6. In relation to this two specifications need to be made.

7. First, one should be careful not to read too much into the word "transformative". The term transformative seems to connote that one thing evolves out of the other. This is in my view a misrepresentation. A normal intercourse between two people (be it in a life-long relationship, a one night stand and everything in between) is obviously misrepresented if thought of as

³¹⁸ I share this conclusion with, e.g., the Council of Legislation (see proposition 2004/05:45 p. 208) and Per Ole Träskman, (see *Har det gått mus i kvinnofriden*, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, p. 333).

³¹⁹ Wertheimer, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge 2003 pp. 119 ff.

constructed of an instance of rape which, by adding consent, is transformed into an intercourse. Thus, consent is not really transformative, but rather *distinctive*. It makes a difference in that it distinguishes different things from each other, but it does not transform one into another: an instance of vaginal penetration is *either* a *or* b (rape *or* a simple intercourse) and the *distinguishing* feature is the presence of consent.

8. Second, and more importantly, the focus on the conditions under which the individual acceptance is given implies that there is a close connection between consent (what we count as consent, what we should count as consent etc.) on the one hand, and the means for obtaining "consent" on the other hand. This may seem confusing, so let me give a couple of examples.

9. Consider first an example taken from the world of the university: I am, as a university professor, often asked to do things that I do not necessarily enjoy, for example I may be asked to write an article or to give a lecture in a situation where I do not really have the time to do it, and in which I rather save my spare time for my family. At times – quite often actually – I nevertheless agree to do it. Do I consent?

10. I would say that I do. However, this conclusion is not only based upon the fact that I say "yes", but also upon the assumption that no improper means has been used (by the persons asking me) in order to make me say yes. There is, e.g., a clear difference between the following situations as regards the question whether valid (distinctive) consent has been given:

i) A asks B if B wants to give a lecture. B hesitates. A flatters B (says that B's lectures are brilliant) and A also alludes to B's loyalty to the university (if you do not do it we will lose the possibility to give this lucrative course in the future). B accepts to give the lecture.

ii) A asks B if B wants to give a lecture. B hesitates. A shows B a gun and says that he or she will shoot B unless B accepts to give the lecture. B accepts to give the lecture.

11. The point to be made is that there will always be (a) means to achieve a "yes" that are considered as acceptable (in the sense that they do not preclude valid consent) and (b) means that are

not acceptable (in the sense that they mean that yes is not to be equated with consent).

12. And sex is not different in this respect. Let us assume that A is trying to get physical with B, and that B hesitates. In such a situation A might, at least theoretically, say e.g. (I have no ambition to make the examples realistic as regards their "form"; it is quite clear, however, that they are realistic as regards substance):

"Have sex with me ...

(a) or I'll shoot you

(b) or I'll go mad

(c) or I will not help you

(d) or I'll die of arousal

(e) or I'll start to cry

(f) and I'll help you to install your new TV

(g) and I'll buy you a romantic dinner

(h) because I really love you!

13. If you do not add any extra circumstances there is a clear difference between, e.g., (a) and (h). It is quite clear acceptance of sex after (a) will normally be enough to establish rape and that acceptance of sex after (h) will not. However, if we, in relation to (h), add

(i) that A is B's teacher, that A is presently correcting a very important exam taken by B, and that A has invited B to discuss "the possibilities to get an A (i.e. the highest grade)", *or*

(ii) that A is working as a nurse at a asylum and B is one of A's patients, *or*

(iii) that B is 14 years old, *or*

(iv) that B is so drunk that she has lost most or all of her normal inhibitions,³²⁰

³²⁰ Rape can, according to Swedish law, be committed against both men and

then it is not that evident that the acceptance on the part of B should count as morally distinctive.

14. If one thinks of these examples, it becomes evident that consent is to a large extent the reflection of the non-use of means, or non-existence of factors, that *negate* consent. This connection between consent and means of obtaining "consent" is reflected in the construction of the English legislation: it focuses on consent, but it also enumerate factors which should be presumed to negate consent.

15. The point of highlighting this connection is twofold. The first point is, of course, that it means that there is no sharp dividing line between a consent based legislation and a legislation constructed as the Swedish legislation. One could say that, in Sweden, non-consensual sexual acts are defined negatively by the different factors mentioned in – first and foremost – Chapter 6 of the Criminal Code.

16. The second point to be made is that we have a very limited knowledge of what consent actually means, until we have discussed what we accept – or rather: what we should accept – as legally distinctive consent in the context of sex (having regard to the situation under which acceptance is given, the means used by the person taking the initiative etc.).

17. Until we have had such a discussion we do not actually know what a consent based legislation means.

18. This also means that it is impossible to unify the laws of different states simply by referring to the concept of consent. Imagine that all states would introduce a consent based legislation. Would this mean that they would necessarily agree on

- the age of consent,
- the question whether consent is negated by economic pressure,

women; the vast majority of rapes are of men against women, so it would risk being misleading to write "he or she" in this context.

- the question whether consent is negated by an offer hard to refuse (e.g. an offer to assist a person stuck with a brokedown car in the middle of nowhere),
- the level of drunkenness necessary to negate consent etc.

19. Of course not. Consent is not a dime which you put into the "jukebox" of moral deliberation (sort of automatically triggering the result), but rather the result coming out of it.

20. This is not to say that one should not use consent as a standard, merely that one should be aware it is a standard which is empty and thereby very approximate.

V. CONCLUDING REMARKS

1. The aim of writing this article has not been to say that nothing should be done as regards the legislation on rape in Sweden. The aim has been much more modest than that. The aim has been to defend the position that the case of *M.C. v. Bulgaria* does not in itself *require* a legislative reform.

2. This position does not, of course, imply that the case of *M.C. v. Bulgaria* does not put up any standards at all. It certainly does. It puts up an ambitious (but approximate) standard which should definitely be taken into consideration when deciding on whether, and if so, how the Swedish law on sexual offences should be reformed (and which may also, in the future, raise interesting and difficult question concerning the relation between the positive obligation to provide adequate protection against rape and sexual abuse and the obligation not to violate the presumption of innocence).

3. The main point to be made here, however, is that the standards put up by the court are *not* focusing merely on the design of the legislation; the convention states are – that is for sure – obliged to provide effective protection against rape and sexual abuse, but whether this is done (or not), does not only depend on the design of the legislation.

4. Neither does the text imply that a consent based legislation is not preferable to a legislation designed as the Swedish one. It

may very well be. One can, e.g. and as is done in the Consent Report, argue that the present legislation misrepresents the content of the offence by explicitly requiring the use of violence or threats and that this implies that it would be better to change the law and to introduce a non-consent standard but one can also, and easily, provide arguments which speaks in the other direction.³²¹

5. I have no intention of taking a stand on these issues within the framework of this essay. On the contrary, I am about to conclude. One thing is clear, however, before deciding on a consent based legislation we need a serious discussion on how to construct the concept of consent (or voluntariness).³²²

³²¹ See e.g. SOU 2001:14 pp. 123 ff, Berglund, *Samtyckesutredningen*, Juridisk tidskrift 2008-09 pp. 701 ff. and Wersäll & Rapp, *Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt*, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Stockholm 2007 pp. 429 ff.

³²² Consent and voluntariness are not (necessarily) identical concepts; however, the basic questions are the same.

10. Litteratur m.m.

a. Böcker och artiklar

- Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Tredje häftet. Stockholm 1964.
- Alexander, Larry, "Introduction to Issues 2 and 3: Symposium on Consent in Sexual Relations." *Legal Theory* 1996 s. 87–88.
- Alexander, Larry, "The Moral Magic of Consent (II)." *Legal Theory* 1996a s. 165–174.
- Amnesty International, Case Closed. Rape and Human Rights in the Nordic Countries. Stockholm 2008.
- Andersson, Ulrika, Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp. Lund 2004.
- Archard, David, Sexual Consent. Colorado 1998.
- Archard, David, "The Mens Rea of Rape: Reasonableness and Culpable Mistakes." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 213–229.
- Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law. 6 uppl. Oxford 2009.
- Asp, Petter, "Bokföringsbrott och legalitet." *Svensk juristtidning* 1999 s. 16–47.
- Asp, Petter, "[Anmälan av] Annika Norée: Laga befogenhet. Polisens rätt att använda våld." *Juridisk Tidskrift* 2001–02 s. 155–167.
- Asp, Petter, EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten. Uppsala 2002.
- Asp, Petter, "Om relationalistisk metod – eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap." *Konsten att rättsvetenskap*. Utg. av Petter Asp & Kimmo Nuotio. Uppsala 2004 s. 47–67.
- Asp, Petter, Från tanke till gärning. Del I. Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt. Uppsala 2005.
- Asp, Petter & Ulväng, Magnus, "Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp – del I." *Josefs resa. Vänbok till Josef Zila*. Utg. av Petter Asp & Claes Lernestedt. Uppsala 2007 s. 27–69.

- Asp, Petter, "Principen om rättvis bestraffning – alltings grundbult. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2008 s. 530–543.
- Asp, Petter, "Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång?" Juridisk Tidskrift 2008-09 s. 75–85.
- Asp, Petter, "M.C. v. Bulgaria – a Swedish Perspective." *Scandinavian Studies in Law. Volume 54. Criminal Law. Stockholm* 2009 s. 191–211.
- Asp, Petter, "Vem dömer? – en text om straffrättens roller och funktioner." *Katedralen. Tre texter om straffrätt. Uppsala* 2009a.
- Baker, Brenda, "Understanding Consent in Sexual Assault." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York* 1999 s. 49–70.
- Berglund, Kerstin, *Straffrätt och kön. Uppsala* 2007.
- Berglund, Kerstin, "Samtyckesutredningen." *Juridisk Tidskrift* 2008-09 s. 701–719.
- Boëthius, Maria-Pia, *Skylla sig själv. En bok om våldtäkt. 2 uppl. Stockholm* 1981.
- Bredal, Bjørn, *Humanist till häst. En bok om Michel de Montaigne. Stockholm* 1993.
- Burgess-Jackson, Keith, *Rape: A Philosophical Investigation. Aldershot* 1996.
- Burgess-Jackson, Keith (utg.), *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape. New York* 1999.
- Burgess-Jackson, Keith, "A History of Rape Law." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York* 1999a s. 15–31.
- Burgess-Jackson, Keith, "A Theory of Rape." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York* 1999b s. 92–117.
- Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights. 5 uppl. Uppsala* 2006.
- Cameron, Iain, "Protocol 11 to the ECHR: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court?" *Yearbook of European Law, volume 15, 1995* s. 219 ff.
- Christensen, Anna, "Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. Tidskrift for Retsvidenskab 1996 s. 519–574.
- Conaghan, Joanne, "Extending the reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria." *Feminist Legal Studies* 2005 s. 145–157.
- Cowart, Monica R., "Understanding Acts of Consent: Using Speech Act Theory to Help Resolve Moral Dilemmas and Legal Disputes." *Law and Philosophy* 2004 s. 495–525.
- Cowling, Mark & Reynolds, Paul, *Making Sense of Sexual Consent. Aldershot* 2004.

- Davion, Victoria, "The Difference Debate: Rape and Moral Responsibility." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 230–244.
- Davis, Michael, "Setting Penalties: What Does Rape Deserve?" *Law and Philosophy* 1984 s. 61–110.
- Diesen, Christian, "Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie." *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*. Utg. av Annika Norée, Catarina Sitte-Durling, Josef Zila & Suzanne Wennberg. Stockholm 2007 s. 57–70.
- Dripps, Donald A., "Beyond Rape: an Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent." *Columbia Law Review* 1992 s. 1780–1809.
- Dripps, Donald, "For a Negative, Normative Model of Consent, With a Comment on Preference-Skepticism." *Legal Theory* 1996 s. 113–120.
- Duff, R.A., "Harms and Wrongs." *Buffal Criminal Law Review* 2001 s. 13–45.
- Emmerson & Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice*. London 2001.
- Eskridge, William N., "The Many Faces of Sexual Consent." *William and Mary Law Review* 1995–1996 s. 47–67.
- Estrich, Susan, *Real Rape*. Cambridge, Massachusetts 1987.
- Feinberg, Joel, *Harm to Others*. New York 1984.
- Feinberg, Joel, *Harm to Self*. New York 1986.
- Gardner, John, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford 2007.
- Gardner & Shute, se Gardner.
- Gauthier, Jeffery A., "Consent, Coercion, and Sexual Autonomy." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 71–91.
- Greve, Vagn, "Bør forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse?" *Festskrift till Hans Thornstedt*. Stockholm 1983 s. 229–248.
- Greve, Vagn, *Det strafferetlige ansvar*. 2 uppl. Köpenhamn 2004.
- Greve, Vagn, "Juridiske konflikter." *Afskedsforelæsning den 28nde marts* 2008.
- Hagströmer, Johan, *Svensk straffrätt. Andra bandet*. Uppsala 1911.
- Hampton, Jean, "Defining Wrong and Defining Rape." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 118–156.
- Hillegren, Rolf, "Omöjligt bevisa våldtäkt utan våld." *Svenska dagbladet* den 19 augusti 2009.
- Holmqvist, Lena m.fl., *Brottsbalken. En kommentar*. Kap. 1–12. Stockholm (löpande uppdatering t.o.m.) 2009. (Cit. KBrB I)

- Holmqvist, Lena, m.fl., *Brottsbalken. En kommentar. Kap. 13–24.* Stockholm (löpande uppdatering t.o.m.) 2009. (Cit. KBrB II)
- Hubin, Donald C. & Haely, Karen, "Rape and the Reasonable Man." *Law and Philosophy* 1999 s. 113–139.
- Hurd, Heidi M., "The Moral Magic of Consent." *Legal Theory* 1996 s. 121–146.
- Husak, Douglas N. & Thomas III, George C., "Date Rape, Social Convention and Reasonable Mistakes." *Law and Philosophy* 1992 s. 95–126.
- Husabø, Erling Johannes, *Rett til selvvalt livsavslutning?* Oslo 1994.
- Jareborg, Brodden. Första häftet. Grundbegrepp. Brodden mot person. Stockholm 1979a.
- Jareborg, Brodden. Första häftet. Grundbegrepp. Brodden mot person. 2 uppl. Stockholm 1984.
- Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt.* Uppsala 2001.
- KBrB, se Holmqvist m.fl.
- Kvinnobulletinen, nr 2–3 1976.
- Lacey, Nicola, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory.* Oxford 1998.
- Legal Theory, Special Issue: Sex and Consent.* Cambridge 1996.
- Leijonhufvud, Madeleine, "Krav på samtycke före samlag." *Svenska Dagbladet* den 9 september 2007.
- Leijonhufvud, Madeleine, "Hånfullt och beklämmande av åklagare." *Svenska Dagbladet* den 16 september 2007.
- Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen. Lagskydd för den sexuella integriteten.* Stockholm 2008.
- Leijonhufvud, Madeleine, "Våld och sex – hur skyddar den nya sexualbrottslagen?" *Krönika tillgänglig på:* <http://www2.amnesty.se/svaw.nsf/Krönika/49F851E137C865DEC1256FBD005565FB?opendocument>.
- Leijonhufvud, Madeleine & Diesen, Christian, "Sexbrottens moment 22." *Svenska Dagbladet* den 5 juli 2004.
- Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar.* 8 uppl. Stockholm 2009.
- LeMoncheck, Linda, "When Good Sex Turns Bad: Rethinking a Continuum Model of Sexual Violence Against Women." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape.* Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 159–182.
- Lenaerts, Koen & Van Nuffel, Piet, *Constitutional Law of the European Union.* 2 uppl. London 2005.
- MacKinnon, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State.* Cambridge, Massachusetts 1989.
- MacKinnon, Catharine A., *Woman's lives, men's laws.* Cambridge, Massachusetts 2005.

- Malm, H.M., "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape." *Legal Theory* 1996 s. 147–164.
- McGregor, Joan, "Why When She Says No, She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes: a Critical Reconstruction of Consent, Sex and the Law." *Legal Theory* 1996 s. 175–208.
- McGregor, Joan, *Is it rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*. Aldershot 2005.
- Muehlenhard, Charlene L. & Hollabaugh, Lisa C., "Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes? The Prevalence and Correlates of Women's Token Resistance to Sex." *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, 1988 s. 872–879.
- Nussbaum, Martha C. *Sex and Social Justice*. New York 1999.
- Pineau, Lois, "Date Rape: a Feminist Analysis." *Law and Philosophy* 1989 s. 217–243.
- Pitea, Cesare, "Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court's Judgment in *M.C. v. Bulgaria*." *Journal of International Criminal Justice*, 2005 s. 447–462.
- Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*. 4 uppl. München 2006.
- Rudolf, Beate & Eriksson, Andrea, "Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence." *International Journal of Constitutional Law*. Advance Access, published June 2007.
- Schulhofer, Stephen J., *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge, Massachusetts 1998.
- Sigridsdotter Thörnblom, Solveig, "Pannkaka av viktig rättssäkerhetsdebatt." *Svenska dagbladet* den 23 augusti 2009.
- Smith, Patricia, "Social Revolution and the Persistence of Rape." *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*. Utg. av Keith Burgess-Jackson. New York 1999 s. 32–45.
- Spector, Horacio, *Autonomy and Rights. The Moral Foundations of Liberalism*. Oxford 1992.
- Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*. Stockholm 1976.
- Sutorius, Helena & Kaldal, Anna, *Bevisprövning vid sexualbrott*. Stockholm 2003.
- Svensson Eva-Maria, "Kritik av en juridisk argumentation – det krävs två för att dansa en tango!" *Strategier och kontrakt för ekonomi och kärlek*. 10:e Nordiska Kvinnojuristmötet. Utg. Av Gudrun Nordborg, Karin Ågren & Eva Nilsson. Uppsala 2000 s. 23–44.
- Tadros, Victor, "Rape Without Consent." *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 s. 515–543.
- Träskman, Per Ole, "Om straffbar 'tilsnigelse' i ett nordiskt perspektiv." *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 1994 s. 111–121.
- Träskman, Per Ole, "Har det gått mus i kvinnofriden?", *Festskrift till*

- Madeleine Leijonhufvud. Utg. av Annika Norée, Catarina Sitte-Durling, Josef Zila & Suzanne Wennberg. Stockholm 2007 s. 315–336.
- Ulväng, Magnus, "Likgiltighetsuppsåt." *Svensk juristtidning* 2005 s. 1–17.
- Ulväng, Magnus, "Likgiltighetsuppsåt eller ett tredje skuldrekvisit – likgiltigt vilket?" Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Utg. av Annika Norée, Catarina Sitte-Durling, Josef Zila & Suzanne Wennberg. Stockholm 2007 s. 337–360.
- Wennberg, Suzanne, "Bör våldtäkt alltid förutsätta tvång, även när brottsoffret är ett barn?" *Juridisk Tidskrift* 1993–94 s. 491–498.
- Wennberg, Suzanne, "Södertäljemålet och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande." *Juridisk Tidskrift* 1997–98 s. 506–512.
- Wennberg, Suzanne, "Att välja och att vilja – några synpunkter på tvångsbegreppet enligt våldtäktsbrottet." *Juridisk Tidskrift* 1998–99 s. 523–525.
- Wennberg, Suzanne, "Täpp till lucka i våldtäktslagen." *Dagens Nyheter* den 28 mars 2004.
- Wennberg, Suzanne, "Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja?" *Juridisk Tidskrift* 2004–05 s. 113–131.
- Wersäll Fredrik & Rapp, Kajsa, "Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt." Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Utg. av Annika Norée, Catarina Sitte-Durling, Josef Zila & Suzanne Wennberg. Stockholm 2007 s. 429–440.
- Wertheimer, Alan, *Consent to Sexual Relations*. Cambridge 2003.
- Wertheimer, Alan, "Consent and Sexual Relations." *Legal Theory* 1996 s. 89–112.
- West, Robin, "A Comment on Consent, Sex, and Rape." *Legal Theory* 1996 s. 233–251.
- Westen, Peter, "Some Common Confusions About Consent in Rape Cases." *Ohio State Journal of Criminal Law* 2004–2005 s. 333–359.
- Westen, Peter, *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Aldershot 2004.
- Westerstrand, Jenny, *Mellan mäns händer. Kvinnors rättssubjektivitet, internationell rätt och diskurser om prostitution och trafficking*. Uppsala 2008.

b. Offentligt tryck

Utnedningsdirektiv

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

Motioner

Motion 2004/05:Ju22 med anledning av prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning, av Ulla Hoffman och Siv Holma (v).

Motion 2008/09:Ju426 Införande av samtyckeskravet, av Peter Eriksson m.fl. (mp).

Nytt juridiskt arkiv

NJA II 1962 s. 1. Brottsbalken.

Propositioner

Prop. 1962:10 med förslag till brottsbalk.

Prop. 1975/76:42. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring i brottsbalken, m.m.

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. 2001/02:124. Straffansvaret för människohandel.

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

Statens offentliga utredningar

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

SOU 1982:61. Våldtäkt och andra sexuella övergrepp. Betänkande avgivet av 1977 års sexualbrottskommitté.

SOU 2001:14. Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor. Betänkande av 1998 års Sexualbrottskommitté.

Norskt material

NOU 1997:23. Sexuallovbrudd. Straffelovkommissionens delutredning VI.

Ot.prp. nr 28. 1999–2000. Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd).

c. Rättsfall

M.C. v. Bulgaria, dom av den 4 december 2003.

NJA 1988 s. 40

NJA 1993 s. 310

NJA 1993 s. 616

NJA 1996 s. 418

NJA 1997 s. 538

NJA 2004 s. 231

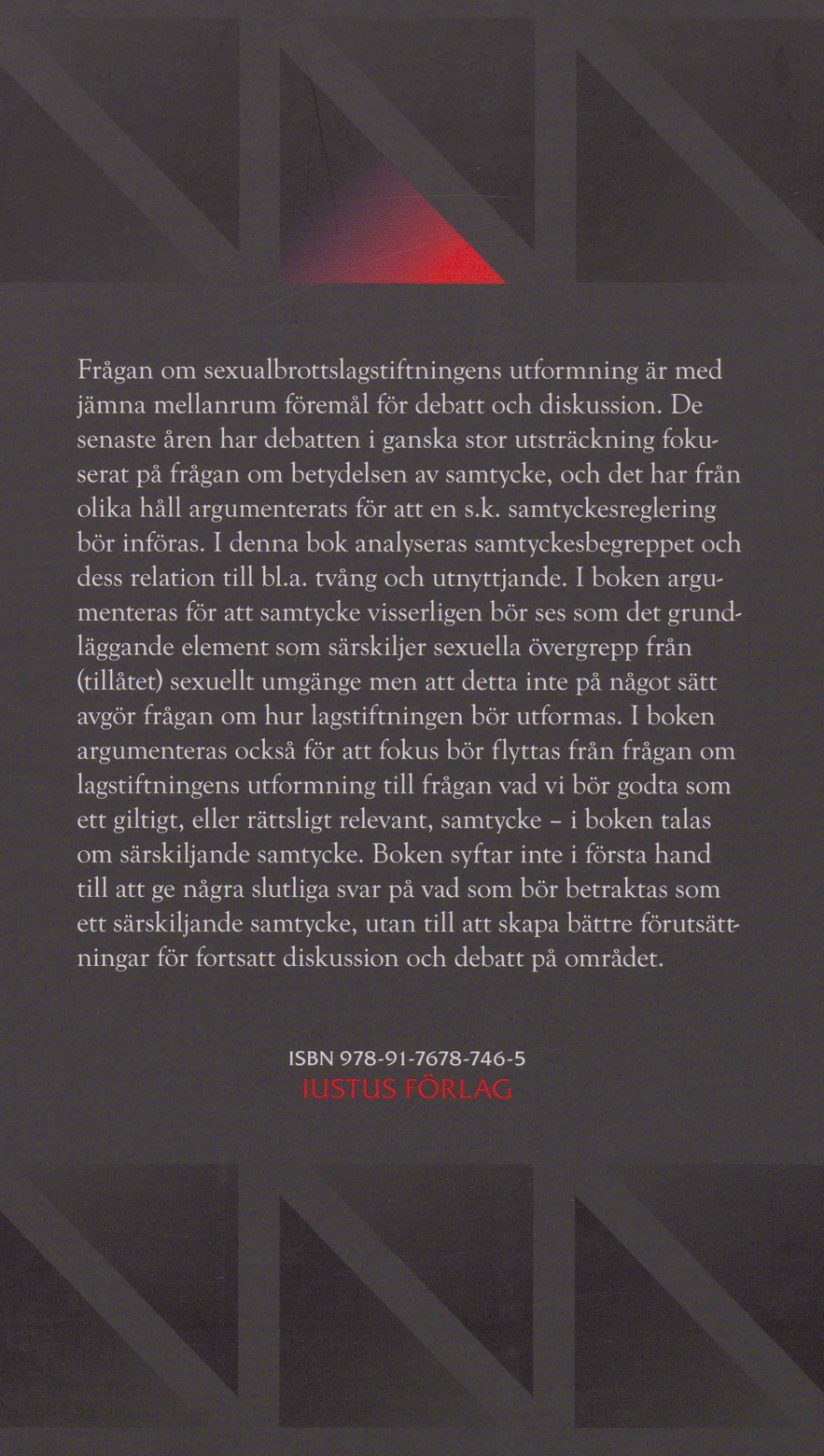
NJA 2006 s. 79 (I och II)

NJA 2007 s. 201

NJA 2008 s. 421 (I och II)

NJA 2009 s. 447 (I och II)

PETTER ASP är professor i straffrätt vid Stockholms universitet. Han har tidigare publicerat bl.a. böckerna *EG:s sanktionsrätt* (1998), *Straffansvar vid brottsprovokation* (2001), *EU & straffrätten* (2002) och *Från tanke till gärning, del I & II* (2005 och 2007) samt ett stort antal artiklar om olika straffrättsliga ämnen. Under 2010 utkommer han också, tillsammans med Magnus Ulväng och Nils Jareborg, med läroboken *Kriminalrättens grunder*.



Frågan om sexualbrottslagstiftningens utformning är med jämna mellanrum föremål för debatt och diskussion. De senaste åren har debatten i ganska stor utsträckning fokuserat på frågan om betydelsen av samtycke, och det har från olika håll argumenterats för att en s.k. samtyckesreglering bör införas. I denna bok analyseras samtyckesbegreppet och dess relation till bl.a. tvång och utnyttjande. I boken argumenteras för att samtycke visserligen bör ses som det grundläggande element som särskiljer sexuella övergrepp från (tillåtet) sexuellt umgänge men att detta inte på något sätt avgör frågan om hur lagstiftningen bör utformas. I boken argumenteras också för att fokus bör flyttas från frågan om lagstiftningens utformning till frågan vad vi bör godta som ett giltigt, eller rättsligt relevant, samtycke – i boken talas om särskiljande samtycke. Boken syftar inte i första hand till att ge några slutliga svar på vad som bör betraktas som ett särskiljande samtycke, utan till att skapa bättre förutsättningar för fortsatt diskussion och debatt på området.

ISBN 978-91-7678-746-5

IUSTUS FÖRLAG