



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Viljan att skydda rätten att inte vilja

En kritisk granskning av användningen av straffrätt för att producera jämställdhet,
med fokus på frivillighetsrekvisitet i våldtäktsbestämmelsen och
rättsskyddssubjektets autonomi

Lovisa Björk Söderhielm

Juridiska institutionen

Handledare: Wanna Svedberg Andersson

Examinator: Erik Björling

HT 2022

Examensarbete 30 HP

Förkortningar	5
1. Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Genusrättsvetenskaplig ansats	7
1.2.1 Det patriarkala våldet	7
1.2.2 Våldtäkt som ett jämställdhetsproblem	8
1.2.2.1 Ett brott av män mot kvinnor	8
1.2.3 Våldtäktsbestämmelsen som en lösning	10
1.2.4 Problem med våldtäktsbestämmelsen som en lösning	10
1.3 Syfte och frågeställningar	12
1.4 Terminologi	12
1.4.1 Jämställdhet	12
1.5.2 Brottsoffer och gärningsperson	13
1.6 Disposition	14
1.7 Avgränsningar	14
2. Teoretiska, metodologiska och materialrelevanta utgångspunkter	16
2.1 Genusrättsvetenskapsrättslig teoriram	17
2.1.1 Socialkonstruktivistisk ansats	17
2.1.2 Genusrättsperspektiv på mäns våld mot kvinnor	18
2.1.2.1 Hirdmans genussystem	19
2.1.2.2 Den manliga normen	20
2.1.3 Vardagslivsperspektiv inom rättsvetenskap	21
2.1.4 Rättssubjekt och autonomi	22
2.1.4.1 Filosofisk förståelse av autonomi	23
2.1.4.2 Relationen mellan rättssubjekt och autonomi	25
2.1.4.3 Levd autonomi	25
2.1.4.4 Relationen mellan det ideala offret, det relationella brottsoffret och autonomi	27
2.2 Genusrättsvetenskapsrättslig metod- och materialram	28
2.2.1 Metod och material för att undersöka skyddsintressenas innebörd	29
2.2.2 Metod och material för att fastställa hur våldtäkt regleras i BrB 6 kap. 1 §	30
2.2.3 Metod och material för att utröna underliggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi	31
2.2.4 Metod och material för att nå det övergripande syftet	32
3. Våldtäktsbestämmelsens skyddsintressen	33
3.1 Straffbud och skyddsintresse	34
3.2 Historisk tillbakablick - skyddsintressen från medeltid till nutid	34
3.3 Samtida överblick - 2005 års och 2013 års lagändringar	36

3.4 Viljan att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmande	37
3.4.1 Vägen till frivillighet som gränsdragande rekvisit	38
3.4.2 Skyddsintressenas innebörd	40
3.4.2.1 Personlig integritet	40
3.4.2.2 Sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt	42
3.5 Sammanfattande kommentar	45
4. Den nuvarande våldtäktsbestämmelsen	47
4.1 Det straffbara området	47
4.2 Närmare om samlag och sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag	48
4.3 Närmare om frivilligt deltagande	49
4.3.1 Frivillighet utanför våldtäktsbestämmelsen	50
4.3.2 Frivillighet inom våldtäktsbestämmelsen	51
4.3.3 När frivillighet aldrig kan anses föreligga	52
4.4 Sammanfattande kommentar	54
5. Rättsskyddssubjektets autonomi	55
5.1 Ett rättsskyddssubjekt med traditionell autonomi	55
5.1.1 Situationer där yttre omständigheter tycks få betydelse för rättsskyddssubjektets autonomi	55
5.1.1.1 Kroppsligt underläge	56
5.1.1.2 Fysiskt underläge	56
5.1.1.3 Relationellt underläge	57
5.1.2 Negativ autonomi eller positiv autonomi?	57
5.1.3 Kontextbunden autonomi eller avsaknad av autonomi?	58
5.2 Sammanfattande kommentar	60
6. Våldtäktsbestämmelsens förmåga att producera jämställdhet	61
6.1 Att välja och att vilja	61
6.1.1 Rättslig respektive faktiskt frivillighet	62
6.1.2 Yttre respektive inre vilja	62
6.2 Skyddar våldtäktsbestämmelsen allas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt?	64
6.2.1 Brottsofferstatus vid avsaknad av autonomi	65
6.2.2 Medskyldighet vid traditionell autonomi	65
6.2.3 Brist på levd autonomi	67
6.3 Sammanfattande kommentar	69
7. Avslutande kommentar	71
8. Källförteckning	74

Jag vill tacka min goda vän Johannes. Om det inte vore för dig hade jag aldrig sökt mig till juridiken.
Du har dessutom alltid givit goda råd.

“Lägg ner timmarna då”

Förkortningar

AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område.
BrB	Brottsbalk (1962:700)
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
ED	Europadomstolen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
HD	Högsta domstolen
ibid.	på samma ställe
JB	Jordabalk (1970:994)
KKöpL	Konsumentköplagen (2022:260)
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
m.fl.	med flera
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1. Inledning

År 2018 genomgick sexualbrottslagstiftningen en reform varigenom Sverige numera har en frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse. Detta innebär att frivillighet är det gränsdragande rekvisitet mellan en straffbar och en icke-straffbar handling. Syftet med reformen är att tydligt signalera att en sexuell handling genomförd med någon som inte deltar frivilligt innebär en kränkning av dennes ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuellt självbestämmande - och att en sådan handling alltid utgör en straffbar gärning.¹

1.1 Bakgrund

Om och hur vissa sexuella handlingar ska kriminaliseras har alltid väckt debatt.² Beslutet att införa en frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse var inget undantag, likt tidigare utvidgningar av våldtäktsbestämmelsen debatterades förslaget häftigt.³ Enligt motiven till 2018 års sexualbrottslagstiftning gjordes dock denna ändring för att säkerställa ett heltäckande straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp.⁴

Den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen förväntas ha en positiv effekt för jämställdhet mellan kvinnor och män och på så sätt bidra till att uppfylla regeringens mål avseende jämställdhet.⁵ Mer specifikt är ambitionen att den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen ska verka för att uppnå det sjätte delmålet av regeringens jämställdhetsmål, som lyder att mäns våld mot kvinnor ska upphöra.⁶ I propositionen anges att en frivillighetsbaserad bestämmelse är att föredra framför en reglering som förutsätter våld, hot eller otillbörligt utnyttjande av att offret befunnit sig i en särskilt utsatt situation.⁷ Detta eftersom man menar att en sådan konstruktion bättre skyddar allas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuell självbestämmanderätt.⁸ Ett frivillighetsrekvisit var dock nytt i den svenska rätten när 2018 års sexualbrottslagstiftning trädde i kraft för drygt

¹ Prop. 2017/18:177 s. 22

² Leijonhufvud skriver att detta beror på att det är de rådande uppfattningarna om sexualitet och normer i samhället vid en viss tidpunkt tenderar att få en avgörande effekt på vilka sexuella handlingar som anses ska vara straffbara. Se Leijonhufvud 2015, s. 14

³ Se avsnitt 3.1.1 *Varför frivillighet som gränsdragande rekvisit?*

⁴ Prop. 2017/18:177. s. 22 f.

⁵ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁶ Regeringskansliet jämte prop. 2017/18:177 s. 76

⁷ Jfr. prop. 2017/18:177 s. 22 f.

⁸ *Ibid.*, s. 1

fyra år sedan. Det finns därför skäl att utreda om den önskade effekten med en frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse faktiskt är möjlig.

1.2 Genusrättsvetenskaplig ansats

Denna studie bedrivs ur ett genusrättsvetenskapligt perspektiv. Genusrättsvetenskapen är ett eget fält inom rättsvetenskapen som ämnar att synliggöra, beskriva, problematisera och analysera människors olika rättsliga ställningar. Detta görs för att belysa ojämställdhet inom rätten i ett led att öka jämställdhet. En djupdykning i de teoretiska utgångspunkterna i denna studie görs i nästkommande kapitel. Eftersom utredningen jag bedriver ämnar att kritiskt granska om våldtäktsbestämmelsen kan producera jämställdhet är det dock fördelaktigt att inledningsvis behandla vissa genusrättsvetenskapliga utgångspunkter om våldtäktsbrottet.

1.2.1 Det patriarkala våldet

Enligt internationell feministisk litteratur är mäns våld mot kvinnor en förutsättning för att ett patriarkat ska fungera.⁹ Detta våld kan antingen vara institutionaliserat och därmed mer framträdande. Som exempel kan nämnas den medeltida föreskrift som fastlade att en äktenskapsbrytande kvinna tvingades att lämna staden hon bor i med Stadens stenar runt halsen och hotades med att dödas om hon återkom.¹⁰ I andra patriarkala samhällen är mäns våld mot kvinnor mer generaliserat och utsuddat. Detta är ofta fallet i de samhällen som gärna proklamerar sig vara jämställda.¹¹ Kate Millet, en amerikansk författare och radikalfeminist, skrev år 1970 att det som utmärker det *patriarkala våldet* är att det är sexuellt i sin karaktär.¹² Hon menar att våldet *“när sin mest fulländade form i våldtäkten”*.¹³ Det patriarkala våldet är unikt på så vis att det sker dubbelt - dels våld i form av exempelvis en våldtäkt, dels våld i form av den “skam” det innebär att bli våldtagen.¹⁴

År 2022 har vi kommit en bra bit från den skamkastning som tidigare gjorts mot våldtäktsoffer, men Millet sätter fingret på något som forskare även fyrtio år senare framhåller, nämligen att våldtäkten inte sällan betraktas som den *“yttersta och mest*

⁹ Millet 1970, s. 50

¹⁰ Stockholmskällan, *Stadens stenar*

¹¹ Jfr. Millet 1970 s. 51 f.

¹² Ibid., s. 51

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

förnedrande kränkningen av en människa".¹⁵ Denna uppfattning tycks delas av regeringen, vilken i propositionen till 2018 års lagändring skriver att en oönskad sexuell handling är ett intrång i ett område som är centralt för människans uppfattning om sin värdighet som person.¹⁶

1.2.2 Våldtäkt som ett jämställdhetsproblem

Synen på sexuellt våld som ett jämställdhetsproblem är idag etablerad i Sverige. Mäns våld mot kvinnor betraktas som den yttersta konsekvensen av ett ojämnt samhälle,¹⁷ och vidare som ett hinder för kvinnor att åtnjuta sina mänskliga rättigheter.¹⁸ Regeringen skriver att det krävs att kvinnor och män har samma rätt och möjlighet till kroppslig integritet för att ett jämställt samhälle ska kunna uppnås.¹⁹ Jämställdhetspolitikens övergripande mål är att kvinnor och män ska ha lika makt att forma sina liv samt samhället i övrigt och för att åstadkomma detta har bland andra det sjätte delmålet antagits, som lyder att mäns våld mot kvinnor ska upphöra.²⁰ I begreppet *våld* menas fysiskt, psykiskt och sexuellt våld.²¹ Inom ramen för denna studie behandlas enbart sexuellt våld.

1.2.2.1 Ett brott av män mot kvinnor

Madeleine Leijonhufvud beskriver sexualbrott som en brottstyp begånget *av män mot kvinnor*.²² Hon kommer till denna slutsats på grund av att gärningspersonen i en övervägande majoritet av fallen är en man och att brottsoffret i en majoritet av fallen är en kvinna.²³ Leijonhufvuds påstående stöds bland annat av att regeringen i propositionen till 2018 års lagändring hänvisar till statistik som visar att cirka 96 procent av de som anmäler våldtäkt är kvinnor och omkring 98 procent av de som misstänks för dessa brott är män.²⁴

¹⁵ NCK 2010, s. 76

¹⁶ Prop. 2017/18:177 s. 34

¹⁷ Jämställdhetsmyndigheten, *Delmål 6: Mäns våld mot kvinnor ska upphöra*

¹⁸ CEDAW, även kallad Kvinnokonventionen, är en av FN:s nio konventioner för mänskliga rättigheter, syftar till att eliminera all diskriminering av kvinnor, dit CEDAW-kommittén inräknar mäns våld mot kvinnor. Jfr. CEDAW och CEDAW general recommendation No. 19 A/47/38

¹⁹ Prop. 2017/18:177 s. 76.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Leijonhufvud 2015, s. 105

²³ Ibid.

²⁴ Prop. 2017/18:177 s. 76

Jag anser med anledning av dessa siffror i likhet med Leijonhufvud att våldtäkt är ett brott som främst drabbar kvinnor och att det i övervägande fall är en man som utsatt kvinnan för brottet. Därför kommer jag i denna studie, trots att lagen är könsneutral, utgå från en heterosexuell kontext där gärningspersonen är en man och offret en kvinna. Vidare kommer jag att utgå från att huvudsyftet med att kriminalisera våldtäkt är att säkerställa att kvinnor har samma rätt och möjlighet till personlig och sexuell integritet samt sexuell självbestämmanderätt som män har. Denna tolkning är i enlighet med regeringens uttalande i förarbetena. Där anges det att kvinnor och flickor och män och pojkar ska ha *samma* rätt och möjlighet till kroppslig integritet.²⁵ Att detta är ändamålet tyder på en uppfattning om att det finns en skillnad i den rätt och möjlighet till kroppslig integritet som kvinnor och flickor har och den som män och pojkar har. Ett antagande jag gör inom ramen för denna studie är därför att män redan har sådan ovillkorlig rätt till sin personliga och sexuella integritet och sexuella självbestämmanderätt som avses. Jag vill dock tydliggöra att dessa antaganden görs på en strukturell nivå och att individuella avvikelser självklart förekommer.²⁶ Jag kommer framöver att enbart tala om kvinnor och män, inte också om flickor och pojkar.

En heterosexuell kontext kan osynliggöra att våldtäkt även begås av personer mot personer av samma kön, samt att kvinnor även begår våldtäkt mot män. Den riskerar också att reproducera föreställningen av män som förgripare och kvinnor som offer, med till rollerna hörande attribut.²⁷ Att däremot inte utgå från denna konstellation innebär en risk att reproducera uppfattningen att våldtäkt är ett könsneutralt fenomen, vilket går i strid med de ovan rapporterade siffrorna. Då syftet med denna studie är att kritiskt granska om våldtäktsbestämmelsen kan producera jämställdhet kommer jag att utgå från den könsfördelning av gärningsperson och offer som är den mest förekommande i verkligheten.

²⁵ Ibid.

²⁶ Jag vill ytterligare en gång poängtera att jag inte påstår att män aldrig utsätts för våldtäkt och andra sexualbrott och därför inte har ett behov av det skydd bestämmelsen ska erbjuda för de angivna intressena. Det som påstås och ligger till grund för uppsatsen är en obalans i relationen mellan kvinnor och män som delvis resulterar i att våldtäkt främst begås av en man mot en kvinna, delvis resulterar i av att kvinnor utsätts för brottet i större utsträckning. Att nå jämställdhetsmål torde kräva att kvinnor ska erhålla skydd för dessa intressen så att de har likvärdig rätt till dem som män i dagsläget har.

²⁷ Burman 2007, s. 43

1.2.3 Våldtäktsbestämmelsen som en lösning

Forskare inom genusrättsvetenskapen har sedan slutet av 1900-talet talat om sexualitet som makt, det vill säga att det föreligger ett samband mellan sexuellt våld och ojämställdhet i samhället.²⁸ Trots att detta samtal pågått en längre tid har det samtidigt funnits ett gap mellan jämställdhetspolitiken och rätten.²⁹ Straffrätten har haft ett lågt intresse för frågan om kvinnors rätt till sexuellt självbestämmande, vilket har medfört att straffrätten varit oförmögen att hantera sådant sexuellt våld av män mot kvinnor.³⁰ Sedan 1990-talet har dock straffrättens potential som medel för att öka jämställdhet belysts och i längden har frågor om kvinnors rätts till sexuellt självbestämmande hamnat i ökat fokus.³¹

Sexualbrotten i BrB 6 kap. bedöms kunna ha en positiv effekt för att stoppa mäns våld mot kvinnor. Regeringen skriver exempelvis i propositionen till 2018 års våldtäktsbestämmelse att en frivillighetsbaserad konstruktion av våldtäktsbrottet är en viktig åtgärd för att nå jämställdhetspolitiska mål.³² Vidare finns det en förhoppning att den frivillighetsbaserade bestämmelsen på sikt ska medföra förändrade normer om sexualitet samt sexuell samvaro och därmed resultera i att färre sexualbrott begås.³³ Jag utgår från att målet att våldtäktsbestämmelsen ska ge en positiv effekt för jämställdhet och verka för att mäns våld mot kvinnor som formuleras i propositionen är allvarligt menat.

1.2.4 Problem med våldtäktsbestämmelsen som en lösning

Enligt ovan är ändamålet att våldtäktsbestämmelsen, som syftar till att skydda allas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuell självbestämmanderätt, ska producera jämställdhet. Min uppfattning är att en förutsättning för denna önskade effekt är att skyddsintressena bakom våldtäktsbestämmelsen tillgodoses. Frågan är däremot om bestämmelsen och tillämpningen av den *kan* tillgodose dessa skyddsintressen på ett tillfredsställande vis.

²⁸ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 211

²⁹ Ibid. s. 214

³⁰ Ibid., 214 f.

³¹ Burman 2007, s. 19

³² Ibid.

³³ Prop. 2017/18:177 s. 76

Våldtäktsbestämmelsen har varit föremål för ändring mer än en gång sedan straffrätten fick status som ett användbart medel för att uppnå jämställdhet på slutet av 1990-talet. Gemensamt för när ändringar har gjorts är att man diskuterar hur man bäst skyddar de bakomliggande skyddsvärda intressena. Dessa intressen har varit sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt sedan BrB:s införande år 1965.³⁴ Ändringarna som gjordes 2005 syftade till att *“ytterligare förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten”*³⁵ (egen markering) och de som gjordes år 2013 ämnade att *“förstärka skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten”*³⁶ (egen markering). 2018 års ändringar syftar som tidigare sagts till att *“tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande”*³⁷ (egen markering). De skärpningar och utvidgningar som gjordes i 2005 och 2013 års ändringar ansågs alltså inte i tillräckligt hög grad tillgodose skyddsintressena.³⁸ Det återstår att se hur 2018 års lagändring vitsordas.

Monica Burman skriver i sin avhandling avseende mäns våld mot kvinnor att straffrättens förmåga att faktiskt producera jämställdhet inte är självklar.³⁹ Detta eftersom straffrätten traditionellt syftar till att tillvarata den våldsutövande mannens rättsliga intressen, exempelvis en rättssäker process, framför den våldsutsatta kvinnans intressen, som därför inte har en självklar plats i straffrätten.⁴⁰ Självfallet är rättssäkerheten ett väsentligt intresse som måste tillvaratas i en rättsstat. Det jag vill synliggöra med denna studie är dock eventuella hinder som kan orsaka att det uttalade syftet att få en positiv effekt för jämställdhet genom att säkerställa den kvinnans ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. Inom ramen för denna studie kommer därav ingen hänsyn tas till intressen som inte är hänförliga till rättsskyddsobjektet.

³⁴ Se avsnitt 3.2 *Historisk tillbakablick - skyddsintressen från medeltid till nutid*

³⁵ Prop. 2004/04:45, s. 1

³⁶ Prop. 2012/13:111, s. 1

³⁷ Prop. 2017/18:177 s. 1

³⁸ Se *ibid.*, s. 16 ff.

³⁹ Jfr. Burman 2007, s. 21

⁴⁰ *Ibid.*

1.3 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna studie är att kritiskt granska om våldtäktsbestämmelsen kan producera jämställdhet med de teoretiska antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som görs inom ramen för bestämmelsen. Detta görs med fokus på frivillighetsrekvisitet. I syftet ingår att undersöka vilka antaganden som görs beträffande rättsskyddssubjektets autonomi och om våldtäktsbestämmelsen med dem kan tillgodose dess skyddsintressen på ett tillfredsställande vis. Kunskapsintresset med studien är ett emancipatoriskt sådant på så vis att min avsikt är att den kunskap som uppnås ska synliggöra att förgivettagna antaganden inom straffrätten kan medföra hinder i dess förmåga att producera jämställdhet. För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar att besvaras:

- (i) Vad innebär våldtäktsbestämmelsens skyddsintressen?
- (ii) Hur regleras våldtäkt i BrB 6 kap. 1 §, med fokus på frivillighetsrekvisitet?
- (iii) Vilka underliggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi görs inom ramen för våldtäktsbestämmelsen?

1.4 Terminologi

Inledningsvis vill jag i klarhetens intresse kommentera vissa begrepp som används i utredningen.

1.4.1 Jämställdhet

Inom ramen för denna studie använder jag begreppet *jämställdhet* flitigt. Det krävs därför en förklaring av hur jag använder begreppet. Nationalencyklopedin definierar jämställdhet som ett tillstånd där *“kvinnor och män har samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter inom alla väsentliga områden i livet.”*⁴¹ I delmål fem av FN:s 17 globala mål för ett hållbart samhälle skriver FN att jämställdhet handlar om att det mellan kvinnor och män ska råda en rättvis fördelning av makt, inflytande samt resurser.⁴² Kännetecknande för jämställdhet tycks alltså vara en *jämn fördelning* mellan kvinnor av män, av såväl makt och inflytande som skyldigheter. Regeringen skriver i förarbetena till 2018 års reform av

⁴¹ Nationalencyklopedin, *Jämställdhet*

⁴² Förenta nationerna, *Globala målen*

sexualbrottslagstiftningen att målet med jämställdhetspolitiken är att kvinnor och män ska ha *lika makt* att forma sina liv samt samhället i övrig.⁴³ Det är med denna förståelse som begreppet används i denna studie.

1.5.2 Brottsoffer och gärningsperson

I denna studie förekommer begrepp som offer, brottsoffer och den utsatte. Jag använder dessa ord synonymt. Det finns ingen definition av *brottsoffer* given av lagtext. Nationalencyklopedin skriver att brottsoffer är den som utsatts för brott.⁴⁴ När orden brottsoffer, offer eller den utsatte används menas någon som har utsatts för brottet *våldtäkt*, given av BrB 6 kap. 1 § i sin nuvarande eller tidigare utformning. Inom ramen för utredningen krävs det inte att gärningspersonen blivit dömd för gärningen för att begreppet brottsoffer ska användas. Gärningsperson används som ett könlöst alternativ till begreppet *gärningsman*, som nationalencyklopedin definierar som "*den som begått brottet*".⁴⁵

Det kan tyckas märkvärdigt att jag valt att använda könslösa begrepp för hänvisa till den som blir utsatt för brott och den som begår brott. Detta eftersom jag ovan angett att jag utgår från en heterosexuell kontext där män begår våldtäkt mot kvinnor för att inte reproducera uppfattningen att våldtäkt är ett könsneutralt fenomen. Anledningen till varför jag använder könsneutrala begrepp för den som blir utsatt för brott och den som begår brott är för att inte cementera föreställningar av män som förgripare med tillhörande egenskaper och kvinnor som offer med tillhörande egenskaper. Alltså, jag använder könsneutrala ord för den som blir utsatt för brott och den som begår brott i mitt språkbruk, men jag väljer att inom ramen för denna studie utgå från en heterosexuell kontext där det är kvinna som blivit utsatt för ett brott begånget av en man och kommer därför att tilldela brottsoffret ett kvinnligt pronomen och gärningspersonen ett manligt.

Begreppen brottsoffer och gärningsperson korresponderar med begreppen rättsskyddssubjekt och ansvarssubjekt. Ansvarssubjektet är gärningspersonen, den individ som tilldelas straffansvar, och rättsskyddssubjektet är brottsoffret, individen (i personbrott) vars intressen ska skyddas av straffbudet. Dessa behandlas närmare i kapitel 2.

⁴³ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁴⁴ Nationalencyklopedin, *Brottsoffer*

⁴⁵ Nationalencyklopedin, *Gärningsman*

1.6 Disposition

Studien är uppdelad i sju kapitel. I det första kapitlet presenteras en problemformulering och studiens relevans. Studiens genusrättsvetenskapliga ansats, syfte och frågeställningar framgår även av det första kapitlet. I studiens andra kapitel introduceras mina teoretiska, metodologiska och materialrelevanta utgångspunkter. Där presenteras min genusrättsvetenskapliga teoriram, vilket inkluderar såväl teoretiska ansatser som definitioner av begrepp och redogörelser för teoretiska verktyg. I det andra kapitlet framgår även min genusrättsvetenskapliga metod- och materialram, det vill säga vilka metoder och vilket material som kommer att användas för att besvara respektive frågeställning och det övergripande syftet.

I det tredje kapitlet besvaras studiens första frågeställning. Där presenteras alltså vilken innebörd våldtäktsbestämmelsens skyddsintressen har. I kapitel 4 besvaras studiens andra frågeställning, vilket innefattar en redogörelse för våldtäktsbestämmelsen och dess objektiva rekvisit. Fokus riktas mot frivillighetsrekvisitet varigenom begreppet frivillighet behandlas närmare. I det femte kapitlet besvaras studiens tredje frågeställning, vilket inbegriper en presentation av antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som jag menar görs inom ramen för våldtäktsbestämmelsen. I kapitel 6 förs en diskussion beträffande våldtäktsbestämmelsens förmåga att producera jämställdhet, vilket inkluderar ett resonemang om bestämmelsens skyddsintressen kan tillgodoses på ett tillfredsställande vis med de antaganden som görs avseende rättsskyddssubjektets autonomi som presenteras i det föregående kapitlet. Av kapitel 7 framgår avslutande reflektioner avseende studiens resultat.

1.7 Avgränsningar

Inom ramen för denna studie har avgränsningar gjorts. Vissa har redan framgått i framställningens inledande kapitel. Jag kommer kort att redogöra för ytterligare avgränsningar i detta avsnitt. Inledningsvis är studien gjord i en svensk kontext. Därav kommer i huvudsak enbart svensk rätt att beaktas, med undantag från ett rättsfall från ED som haft viss betydelse för den svenska utformningen av våldtäktsbestämmelsen. Jag kommer även i viss utsträckning ta hjälp av internationell genusrättsvetenskaplig forskning

när jag bygger min teoriram som jag presenterar i avsnitt 2.1 *Genusrättsvetenskaplig teoriram*.

Trots att studien handlar om straffrätt kommer straffrättsteoretiska utgångspunkter att behandlas väldigt kort. Denna avgränsning har gjorts då syftet med studien inte är att utröna hur rätten bör vara. En sådan utredningen hade krävt en djupare förståelse för straffrättens systematik och funktion. Då jag avser att kritiskt granska en avgränsad del av straffrätten utifrån nedan angivna teoretiska antaganden är en sådan förståelse inte nödvändig. Jag kommer dock att ge en kort introduktion till straffrättens syfte i kapitel 3.

Vidare är studien begränsad till att endast avse de objektiva rekvisiten i våldtäktsbestämmelsen, med särskilt fokus på frivillighetsrekvisitet. Subjektiva rekvisit lämnats alltså därhän. En behandling av de subjektiva rekvisiten krävs inte eftersom studiens syfte handlar om rättsskyddssubjektets autonomi inom ramen för frivillighetsrekvisitet.

Eftersom det är teoretiska antaganden om rättsskyddssubjektet som granskas kommer jag inte att undersöka tillämpningen av våldtäktsbestämmelsen. Däremot teoretiserar jag om vilka praktiska effekter som kan följa av gjorda antaganden. Sådana effekter är spekulativa och ska förstås som risker alternativt fördelar till följd av de antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi.

Slutligen kommer inte brotten *våldtäkt mot barn* eller *oaktsam våldtäkt* att behandlas. Den förstnämnda avgränsningen har gjorts då jag menar att ett minderårigt rättsskyddssubjekt aktualiserar andra frågor avseende dennes autonomi som faller utanför studiens omfattning. Den andra avgränsningen har gjorts till följd av att jag inte intresserar mig för ansvarssubjektet i denna utredning. Det finns inga skäl för mig att med ovanstående syfte beakta oaktsamhetsbrottet.

2. Teoretiska, metodologiska och materialrelevanta utgångspunkter

I detta kapitel kommer jag att presentera studiens teoriram samt metod- och materialram. Undersökningen är en genusrättsvetenskaplig sådan, vilket tillåter mig att handplocka teorier, metoder och material samt vilka teoretiska och metodologiska verktyg som jag ska använda för att besvara mina frågeställningar och det övergripande syftet. Inledningsvis bör det konstateras att en vanlig uppfattning inom genusrättsvetenskapen är att genusrättsvetenskaplig teori och metod inte kan särskiljas. Istället anses teori och metod påverkas av andra och utvecklas genom interaktion med varandra.⁴⁶ Detta grundar sig i förståelsen av att en förändring i en praktik medför en motsvarande förändring i de teoretiska modeller som används för att förklara, förstå och kritisera, och *vice versa*.⁴⁷ Jag kommer dock att presentera det genusrättsvetenskapliga perspektivet som en teoriram respektive metod- och materialram i syfte att göra framställningen mer tillgänglig. Vidare har jag valt att presentera metod och material tillsammans eftersom valen av metoder och material har varit varandra särskilt avhängiga.

Med *genusrättsvetenskaplig perspektiv* refererar jag i huvudsak till den definition av perspektivet som ges av Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson. Genusrättsvetenskapligt perspektiv är enligt deras förståelse ett samlingsbegrepp för feministiska perspektiv på rätten, genus och rätt samt normativ feministisk rättsteori.⁴⁸ Slutmålet för samtliga perspektiv som ryms inom det genusrättsvetenskapliga är att skapa en rättsvetenskap, och i längden ett rättssystem, som uppnår rättspolitiska mål om jämställdhet och människors lika värde.⁴⁹ Vilken effekt rätten har på samhället och individens liv och samspelet däremellan är i fokus. Forskning bedriven enligt det genusrättsvetenskapliga perspektivet syftar till att konfrontera de föreställningar som råder om bland annat rättens neutralitet genom att exempelvis ifrågasätta att en könslös reglering har samma effekt för kvinnor och män.⁵⁰ Det genusrättsvetenskapliga förhållningssättet är alltså ett kritiskt perspektiv med målet att synliggöra förgivettagna antaganden och utgångspunkter inom rätten som kan resultera i

⁴⁶ Gunnarsson m.fl. 2018, s. 39

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., s. 40

materiell ojämlikhet.⁵¹ Eftersom kunskapsintresset med denna studie är att generera kunskap som kan synliggöra att förgivettagna antaganden inom straffrätten riskerar att medföra hinder i dess förmåga att producera jämställdhet lämpar sig därför det genusrättsvetenskapliga perspektivet som ram för teoretiska, metodologiska och materialrelevanta utgångspunkter.

2.1 Genusrättsvetenskapsrättslig teoriram

I detta avsnitt presenteras studiens teoretiska utgångspunkter. Först redogörs en socialkonstruktivistisk ansats för och sedan presenteras ett genusrättsvetenskapligt perspektiv på mäns våld mot kvinnor. I detta behandlas Hirdmans genussystem och den manliga normen. Efter det presenteras vardagslivsperspektivet och hur det kommer att användas i denna studie. Slutligen behandlas teoretiska utgångspunkter beträffande rättssubjekt och autonomi. I detta innefattas en filosofisk förståelse för autonomi, relationen mellan rättssubjekten och autonomi, teorin om levd autonomi och relationen mellan det ideala offret, det relationella brottsoffret och autonomi.

2.1.1 Socialkonstruktivistisk ansats

Den teoretiska ramen som presenteras i denna studie utgår från det socialkonstruktivistiska perspektivets grundstenar. Det socialkonstruktivistiska perspektivet kännetecknas av att man ifrågasätter det som är "självklart". Detta eftersom man betraktar *verkligheten* som ett resultat av språkbruk, som därför saknar en objektiv sanning.⁵² Social interaktion och tillhörande användning av språk skapar och förstärker nämligen uppfattningar och föreställningar om verkligheten.⁵³ Det socialkonstruktivistiska perspektivet rymmer inte enbart att verkligheten är en produkt av sociala interaktioner, utan även att kunskap och begrepp får dess innebörd av den kontext inom vilken den skapas.⁵⁴ Även *kunskap* är alltså en produkt av dess samtid och kultur. Visserligen kan påståendet att kunskap är en konstruktion låta drastiskt, men det ska förstås på så vis att den socialkonstruktivistiska ingången ifrågasätter föreställningen att kunskap är en följd av objektiva observationer oberoende av observatören och därmed allmängiltig.

⁵¹ Se *ibid.*

⁵² Andersson 2004, s. 40 f.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Jfr. Gunnarsson m.fl. 2018 s. 111 f.

Eftersom studien bedrivs med ett genusrättsvetenskapligt perspektiv bör en förklaring avseende hur begreppen kön och genus ska förstås enligt studiens socialkonstruktivistiska ansats göras. Søren Barlebo Wenneberg, en förespråkare för socialkonstruktivismen, menar att fysiologiska skillnader mellan kvinnor och män får betydelse till följd av sociala faktorer som tilldelar sådana skillnader betydelse.⁵⁵ Kön och genus ses alltså likt andra begrepp som konstruktioner. Genus beskrivs ofta som en sociokulturell process genom vilken en person tilldelas ett socialt kön, medan kön menas vara en biologisk egenskap.⁵⁶ Enligt det socialkonstruktivistiska perspektivet anses kön likt genus dock inte vara biologiskt givet och är därför skiljt från personens anatomi.⁵⁷ Den genusrättsvetenskapliga teorin som presenteras i denna studie framhåller i enlighet med socialkonstruktivismen att *genus* är en abstrakt och vetenskapsfilosofisk konstruktion,⁵⁸ och att *kön* är en konstruktion förankrad i konkreta erfarenheter som följer att vara en könsvarelse.⁵⁹

Det socialkonstruktivistiska perspektivet är alltså ett kritiskt verktyg med vilken en författare kan ifrågasätta det som antas vara självklart.⁶⁰ Detta inkluderar även synen på *rätten* som en konstruktion. Det vi kallar rätten är ett föränderligt fenomen som kontinuerligt genomgår en process i takt med att den uttrycks, praktiseras och kommuniceras.⁶¹ Perspektivet handlar således om att inte förgivetta det som verkar vara naturligt. Bakom det som ter sig naturligt finns en social påverkan, som ofta är komplicerad och svår att upptäcka, som medverkar till förståelsen av begrepp, företeelser, fenomen och dylikt. Synen på kunskap, verkligheten, rätten och kön som konstruktioner som präglas av vårt språk är en utgångspunkt i denna framställning och ger mig en bättre möjlighet att kritiskt diskutera mitt undersökningsresultat i studiens analysdelar där jag kommer att ifrågasätta antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som annars anses vara självklara.

2.1.2 Genusrättsperspektiv på mäns våld mot kvinnor

Genusrättsvetenskapliga forskare talar om sexuellt våld som ett uttryck för den hierarki genom vilken mannen överordnas kvinnan, det vill säga genussystemet.⁶² Därtill menas att

⁵⁵ Wenneberg 2001, s. 65

⁵⁶ Se exempelvis Gendered Innovations, *Kön och genus är olika termer* och SO-Rummet, *Genus och genusperspektiv*

⁵⁷ Jfr. Gunnarsson & Svensson 2009, s. 138 f.

⁵⁸ Ibid., s. 139

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Svedberg 2013, s. 61

⁶¹ Jfr. Gunnarsson & Svensson 2009, s. 105

⁶² Ibid., s. 215

föreställningar om manligt respektive kvinnligt inte enbart påverkar relationen mellan män och kvinnor, utan i längden även präglar såväl lagstiftningens utformning och dess tillämpning.⁶³ I nästa avsnitt förklaras vad som menas med genussystemet. Det genusrättsvetenskapliga perspektivet framhåller alltså att sexuellt våld är ett jämställdhetsproblem och är kritisk till synen att maktbalansen mellan kvinnor och män inte har en inverkan i rättssystemet. Därför vill man synliggöra eventuella maktbalanser och deras effekt i rättsordningen och i längden i människors liv och vardag.

2.1.2.1 Hirdmans genussystem

Hirdman menar att genus är en föränderlig idé om kvinnor respektive män som skapar föreställningar om kvinnor respektive män och tillhörande sociala praktiker. Jag ansluter mig till denna uppfattning och vidare till Hirdmans förståelse av sociala, politiska och ekonomiska ordningar till följd av det hon kallar *genussystemet*. Genussystemet är en ordningsstruktur av kön som har en avgörande effekt för andra sociala ordningar. Det är ett nätverk bestående av föreställningar och förväntningar som tillsammans utgör ett system. I genussystemet finns två bärande regler; den ena är logiken kring dikotomin manligt och kvinnligt - att man ska isärhålla dessa - och den andra är logiken kring hierarki. I hierarkin är det mannen som är normen och det manliga utgör därför det allmängiltiga och neutrala.⁶⁴

Vidare menar Hirdman att isärhållandet av kvinnor och män har resulterat i så kallade *genuskontrakt*.⁶⁵ Dessa kontrakt är uppdragna av den starkare parten - mannen - och innehåller regler om hur parterna ska agera sinsemellan baserade på föreställningar om könen.⁶⁶ Eftersom genuskontrakten reglerar förhållandet mellan könen kan genusrättsvetenskapliga forskare beskriva var gränserna går för de kvinnliga möjligheterna med detta begrepp.⁶⁷ Genuskontrakten skapar även *makt*, eftersom de möjliga handlingsmönstret för könen ges av dem.⁶⁸ Min tolkning av Hirdmans teori är att det isärhållande som kontrakten innebär i sin tur legitimerar maktstrukturen.

⁶³ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 215

⁶⁴ Hirdman 2004, s. 51

⁶⁵ Ibid., s. 52 ff.

⁶⁶ Ibid., s. 54

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

En utgångspunkt i denna undersökning är att straffrättssystemet i sin helhet är byggd på den manliga normen, eller den manliga rationaliteten som jag även refererar till den som, varför en närmare behandling av dess innebörd krävs.

2.1.2.2 Den manliga normen

Inom genusrättsvetenskapen används begreppet *den manliga normen* för att synliggöra att det är manliga uppfattningar, behov, konflikter, levnadsvanor och erfarenheter som ligger till grund för rätten.⁶⁹ Detta fenomen härleds till att det manliga könet historiskt har betraktats som det objektiva och allmängiltiga, vilket förklaras av att det är män som varit dominerande och därmed haft möjlighet att återge omvärlden enligt sin uppfattning.⁷⁰ Att den manliga uppfattningen är och varit utgångspunkten i den rättsliga ordningen har medfört att den betraktas som en norm mot vilken allas beteende döms.

Syftet med att uppmärksamma denna manliga norm är att belysa problematiken i att dela upp världen i dikotomier,⁷¹ exempelvis i det manliga och det kvinnliga. Uppdelningen tenderar att resultera i att vissa egenskaper tilldelas det manliga, och andra beskaffenheter tilldelas det kvinnliga.⁷² Ett problem som den senare genusrättsvetenskapliga forskningen belyser är att en till synes könlös och neutral regel *de facto* gynnar män som grupp framför kvinnor som grupp till följd av män och kvinnor har olika levnadsvillkor.⁷³ Trots att syftet med könsneutrala lagar är att öka jämställdheten kan sådana till följd av könsspecifika levnadsvillkor istället resultera i materiell ojämlikhet.⁷⁴ Idag förstås kvinnor och män i huvudsak som lika, trots att de ofta tvingas leva olika liv.⁷⁵ Att inte synliggöra när lagstiftningen och dess tillämpning får icke-neutrala effekter på grund av att kvinnor och mäns levnadsvillkor är olika kan resultera i att rätten inte fungerar på ett könsneutralt vis i praktiken.⁷⁶

Viktigt att notera är att varken den genusrättsvetenskapliga forskningen eller jag själv menar att en könsneutral norm och ett könsneutralt rättssubjekt missgynnar kvinnor på grund av

⁶⁹ Gunnarsson & Svensson 2009, s. 206

⁷⁰ Ibid., s. 205 f.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid., s. 206

⁷³ Ibid., s. 203

⁷⁴ Ibid., s. 25 och 182

⁷⁵ Jag utgår från ett svenskt perspektiv inom ramen för denna studie. Inga uttalanden görs om andra samhällen och kulturer. Ibid., s. 183

⁷⁶ Ibid., s. 25

biologiska skillnader mellan könen.⁷⁷ Istället åsyftas att människor som sagts ha olika levnadsvillkor beroende på olika grupper de av samhället anses tillhöra, däribland vilken könstillhörighet man anses ha.⁷⁸ Av detta skäl tog den tidiga genusrättsvetenskapliga forskningen, *kvinnorätten*⁷⁹ som den kallas, sikte på kvinnors levnadsmönster och hur de skiljer sig från männens levnadsmönster, som enligt ovan bedöms vara utgångspunkten och det normala.⁸⁰

2.1.3 Vardagslivsperspektiv inom rättsvetenskap

Ett relativt nytt teoretiskt verktyg inom rättsvetenskapen är *vardagslivsperspektivet*.⁸¹ Perspektivet har tidigare använts inom andra vetenskapliga domäner och innebär som jag förstår det att gemensamma erfarenheter och kunskaper inkorporeras i vetenskapliga studier.⁸² Inte helt olikt den tidiga genusrättsvetenskapliga forskningen är kvinnans möte med rätten och dess tillämpning i fokus när vardagslivsperspektivet används för att utreda huruvida rättssystemet faktiskt tillgodoser kvinnans intressen och främjar jämställdhet.⁸³ Grundtanken enligt perspektivet är att forskning bör utgå från konkreta platser och sammanhang snarare än texter och diskurser skrivna i ett normgivande led.⁸⁴ Detta eftersom sådana texter inte sällan produceras från en sfär där män har haft - och även inte sällan idag har - dominans. Av vardagslivsperspektivet följer alltså, i likhet med kvinnorätten, att det krävs att lagstiftningen tar hänsyn till människors levnadsvillkor om materiell jämlikhet ska uppnås.⁸⁵

⁷⁷ Huruvida det finns skillnader, och vilka dessa i sådana fall är, mellan könen har sedan länge debatterats. Bland feminister finns såväl likhets- som särartsförespråkare. De förstnämnda har haft stor betydelse sedan 1950-talet och arbetade för att nå en formell jämställdhet mellan könen genom exempelvis könsneutral lagstiftning. Det var även likhetsfeminister som främst drog frågan om kvinnors rösträtt. Den sistnämnda har snarare förespråkade särregler, exempelvis barnbidrag och moderskapsledighet, med anledning av att kvinnors och mäns vardag i praktiken sett olika ut. Ibid., s. 182 och 203

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Syftet med kvinnorätten var att utreda om och hur den manliga dominansen speglas i en rättsordning som ska vara könsneutral. Därtill analyserades hur lagar och dess tillämpning kan utformas och användas för att också ta tillvara på kvinnors intressen. Kvinnors erfarenheter, såväl individuella och gemensamma, var således i fokus. Ibid., s. 24 f.

⁸⁰ Jfr. ibid., s. 203

⁸¹ Vardagslivsperspektivet introducerades som verktyg inom rättsvetenskapen av Wanna Svedberg Andersson, vid tillfället hette hon Wanna Svedberg, genom hennes doktorsavhandling från 2013.

⁸² Svedberg Andersson 2013, s. 53 f.

⁸³ Se Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 120 jämte Gunnarsson & Svensson 2009, s. 130 ff.

⁸⁴ Svedberg Andersson 2013 s. 55

⁸⁵ Ibid., s. 54

Vidare är perspektivet kritisk till en i rättsordningen förgivettagen användning av idén om det *klassiska liberala rättssubjektet* och den *traditionella autonomin* eftersom dessa bedöms vara baserade på den manliga normen och därtill hörande erfarenheter och kunskaper.⁸⁶ Den traditionella autonomin, eller den traditionella förståelsen för autonomi som jag även refererar till den som, förutsätter att individen har full tillgång till sin inre vilja och full möjlighet att agera utefter den.⁸⁷ För att bättre kunna tillgodose kvinnors intressen bör rätten enligt vardagslivsperspektivet ta avstamp i kvinnors vardagsliv.⁸⁸ Med kvinnors *vardagsliv* förstås kvinnors sociala verklighet, det vill säga levnadsvillkor, erfarenheter, kunskaper, behov, med mera, inklusive maktbalanser i relation till andra grupper.

Jag kommer att använda vardagslivsperspektivet som ett analytiskt verktyg när jag granskar de intressen våldtäktsbestämmelsen avser att skydda och huruvida de tillgodoses på ett tillfredsställande vis med antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi. Genom perspektivet tillåts jag nämligen att beakta att externa faktorer, som levnadsvillkor, i min analys av vilken betydelse förgivettagna antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som görs inom ramen för straffbudet har. Studien innefattar inte att utreda *om* kvinnor och män har olika livsvillkor, utan ett antagande därom görs utifrån problemformuleringen i framställningens första kapitel. Jag kommer istället att använda vardagslivsperspektivet enbart som ett analytiskt verktyg.

2.1.4 Rättssubjekt och autonomi

En del av mina teoretiska utgångspunkter innefattar ett kritiskt förhållningssätt till den förgivettagna användningen av det klassiska liberala rättssubjektet och den traditionella autonomin. Därför krävs en förklaring av dessa två begrepp. Först kommer jag att klargöra rättssubjektets och autonomins betydelse för rättssystemet för att sedan övergå till en mina teoretiska utgångspunkter i relation till rättsskyddssubjektet och autonomi.

Kännetecknande för en rättsstat är att dess rättssystem genomsyras av två principer; *konformitet-* och *legalitetsprincipen*.⁸⁹ Dessa principer ska agera som garantier för en rättssäker statsapparat. Den förstnämnda innebär i all väsentlighet att en individ som inte haft

⁸⁶ Det klassiska liberala rättssubjektet är inte enbart baserad på en manlighetsnorm, utan även en vithet- samt medelklassnorm. Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 120

⁸⁷ Jfr. Bladini & Svedberg Andersson 2021, s. 36

⁸⁸ Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 120

⁸⁹ Andersson 2004, s. 47

möjlighet att rätta sig efter lagen ska inte tilldelas straffansvar.⁹⁰ Ur den sistnämnda principen följer att straffansvar endast ska utdelas om det finns stöd i lag. Exempelvis ska lagtext därför vara begriplig samt precis och individen ska vara skyddad från retroaktiv strängare lagstiftning samt från analogisk tillämpning till nackdel för denne.⁹¹ Det finns alltså en tydlig koppling mellan *rättssubjekt* och *autonomi* - individen ska ha haft en möjlighet att välja att agera i enlighet med lagen och valt att inte göra det för att straffansvar ska följa.

Det är alltså tydligt att såväl subjektet som autonomi har en central roll enligt dessa straffrättsliga grundläggande principer. Samtliga rättsområden handlar i slutändan om hur subjektet ställs inför rätten,⁹² men inom straffrätten är det i synnerhet två rättssubjekt som är intressanta; *ansvarssubjektet* och *rättsskyddssubjektet*. Det förstnämnda är det av straffrätten bestraffade subjektet; det sistnämnda är det av straffrätten skyddade subjektet, med andra ord det subjekt vars intresse ska skyddas av straffrätten.⁹³ I andra termer utgör ansvarssubjektet som sagts gärningspersonen och rättsskyddssubjektet brottsoffret. Inom ramen för denna studie är rättsskyddssubjektet av intresse.

2.1.4.1 Filosofisk förståelse av autonomi

Autonomi är ett begrepp som används inom flera vetenskaper. Eftersom autonomi är i centrum för denna studie krävs en lite mer ingående förklaring av begreppet. Ordet autonomi härstammar från de grekiska orden *autos* och *nomos*, vilket betyder självstyre.⁹⁴ Sedan Immanuel Kant skrev om autonomi på 1700-talet har begreppet i regel använts som en synonym till självbestämmande, men i något varierande bemärkelse inom olika kontexter. Därför är konceptet om autonomi vagt. Särskilt vag relationen mellan en individs autonomi och yttre faktorer som eventuellt kan påverka individen. Det finns olika förståelser för autonomi som i varierande utsträckning tillerkänner sådana influenser.⁹⁵

Vissa menar att autonomi ska förstås i relation till auktoritet på så sätt att auktoritära regler ger en regelbundenhet och stabilitet som ger individen möjlighet att utöva sitt självbestämmande. Autonomi ses som en frihet i positiv bemärkelse. Till exempel, lagar anses ge individen ramar inom vilka denne har kunskap om vilka konsekvenser som följer av

⁹⁰ Ibid. s. 48

⁹¹ Ibid., s. 50

⁹² Jareborg 2001, s. 47 och 50

⁹³ Andersson 2004, s. 33

⁹⁴ Jag har översatt det engelska ordet *self-rule* som används av Thomas May till självstyre. May 1994 s. 139.

⁹⁵ May 1994, s. 133

individens handlingar. Detta ger individen en möjlighet att effektivt agera utefter dennes kunskap och förståelse. Yttre faktorer påverkar inte enbart individens autonomi, utan utgör en förutsättning för den.⁹⁶

I motsats till denna sociala förståelse för begreppet autonomi menar den liberala positionen att auktoritet är fundamentalt oförenligt med autonomi. Autonomi ses som en negativ frihet, det vill säga att individen ska vara fri från hinder att utöva sin självbestämmanderätt. För att knyta an till ovan exempel, lagar ger inte individen möjlighet att utöva sin autonomi utan utgör ett ingripande i individens rätt att agera precis hur denne vill. Sann autonomi kräver att en kan agera helt utan yttre påverkan.⁹⁷

Det finns teorier om autonomi som kan sägas vara en kombination av förståelserna av fenomenet som avhängig yttre faktorerers inverkan respektive självständig från sådana. Aristoteles skrev redan på sin tid att en individs autonomi kan förstås som en blandning av inre och yttre faktorer. Så länge individens agerande härstammar från dennes egen visdom menar Aristoteles att agerandet är ett autonomt sådant. Han menar att individen i vissa situationer agerar frivilligt, men att innehållet i dennes handlingsbeslut bättre förstås av omständigheter än av individens utvärderingsförmåga och därför inte är ett autonomt agerande.⁹⁸

Filosofen Joseph Raz skrev på 1900-talets andra halva exempel på denna förståelse av autonomin som kombinerad av inre och yttre faktorer. I ett scenario, av Raz kallad "den jagade kvinnan", är en kvinna strandsatt på en liten öde ö där hon är oavbrutet jagad av en bestialisk köttätande varelse. Kvinnans mentala och fysiska resurser används för att fly undan varelsen. Hon har aldrig möjligheten att tänka på något annat än flykten. I detta exempel har kvinnan ingen autonomi i dess positiva form, hon har inga acceptabla alternativ till sina handlingar.⁹⁹ Enligt denna förståelse av autonomi krävs det med andra ord att individen har ett objektivt godtagbart alternativt till sitt agerande för att dennes handling ska bedömas vara autonomt. I exemplet, där alternativet för kvinnan hade dödlig utgång, anses hennes agerande inte vara autonomt. Jag kommer att i min analys av det utredningsresultatet att använda mig av ovan uppfattningar av autonomi.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid., s. 133 f.

⁹⁸ Ibid., s. 140 f.

⁹⁹ Ibid., s. 134

2.1.4.2 Relationen mellan rättssubjekt och autonomi

Status som rättssubjekt är som ovan sagts nära kopplat till förståelsen av autonomi. En tilltalad, det vill säga ett ansvarssubjekt, ska som tidigare anförts inte dömas för en begången handling denne inte kunnat förhindra. Inte heller olyckor medför straffansvar. I den internationella feministiska litteraturen skriver Nicola Lacey att det historiskt varit ansvarssubjektets *karaktär* som prövades i rättsprocessen, huruvida den var att anse som kriminell eller laglydig.¹⁰⁰ Dagens straffrättsystem prövar istället ansvarssubjektets *kapacitet* att agera laglydigt och rationellt utifrån sin fria vilja.¹⁰¹ Vid vissa brott, som exempelvis våldtäktsbrottet, krävs däremot att man även beaktar rättsskyddssubjektets situation och agerande. Jag syftar här till prövningen om ett deltagande i en sexuell handling har varit frivilligt eller inte.

Det genusrättsvetenskapliga perspektivet menar som ovan sagts att rättssystemets förståelse av rättssubjekt och autonomi baseras på den liberala föreställningen av subjektet samt dess autonomi och frihet, det vill säga, att hon i alla situationer agerar utifrån sin inre vilja utan att påverkas av yttre faktorer.¹⁰² Enligt teorin om den manliga normen och vardagslivsperspektivet är detta subjekt som sagt baserat på en manlig rationalitet och manliga levnadsvillkor, intressen och behov. Det är med denna innebörd begreppen *det klassiska liberala rättssubjektet* och *dess traditionella autonomi* förstås inom ramen för denna studie.

2.1.4.3 Levd autonomi

I detta avsnitt fortsätter jag det resonemang som jag fört i föregående. Anledningen till att jag valt att dela in denna del i ett eget avsnitt är för att framhålla det analytiska verktyget *levd autonomi*.¹⁰³ Konceptet, som är skapat av Moa Bladini och Svedberg Andersson, innebär att individens autonomi är beroende av olika faktorer och situationer och kan därför vara förminskad eller förstärkt och kan användas både som ett teoretiskt och metodologiskt verktyg.¹⁰⁴ Jag har valt att inkorporera konceptet i den genusrättsvetenskapliga teoriramen av framställningsskäl, då jag kommer att använda mig av teorin som ett verktyg vid min analys.

¹⁰⁰ Lacey 2001, s. 257

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Jfr. Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 120

¹⁰³ Från Bladini och Svedberg Anderssons myntade begrepp *lived autonomy*. Ibid., s. 1

¹⁰⁴ Ibid., s. 43 f.

Till skillnad från den traditionella är den levda autonomin inte absolut, den är bunden av tid och kontext.¹⁰⁵ Detta innebär att rättssubjektets autonomi påverkas av kognitiva och kroppsliga minnen, kunskaper och erfarenheter såväl som levnadsmönster har en reell verkan på vilka beslut individen har möjlighet att ta och faktiskt tar.¹⁰⁶ Författarna menar att rättssubjektets autonomi på så sätt är elastisk.¹⁰⁷ Till exempel kan en kvinnas vetskap om att andra kvinnor förföljts och överfallits påverka hennes val av vilken väg hem hon går en kväll när det mörknat. Än mer kanske hennes val påverkas om hon själv utsatts för något liknande tidigare. Konceptet tar alltså avstamp i vardagslivsperspektivet - rättssubjektets möjlighet att nå och ta tillvara på sin fria vilja påverkas av yttre faktorer, som dennes vardagsliv med tillhörande levnadsvillkor, behov, intressen och erfarenheter.¹⁰⁸

Konceptet med levd autonomi utgår, likt vardagslivsperspektivet, från att den klassiska liberala autonomin är skapad enligt den manliga rationaliteten.¹⁰⁹ Det är den manliga erfarenheten och de manliga levnadsvillkoren som ligger till grund även för den norm som det könlösa och självständiga subjektet bör följa. En sådan kontextbunden autonomi, som den traditionella, kan medföra en klyfta mellan verkligheten och rätten, vilket kan resultera i att de intressen som ska skyddas genom lagstiftning inte erhåller sådant skydd i verkligheten.

Enligt teorin om levd autonomi kan även skillnad i makt påverka parternas autonomi.¹¹⁰ Detta är en faktor som lagstiftaren inte är helt främmande för att beakta och anpassa lagen efter. Exempelvis togs hänsyn till parternas olika ställning i rättsliga förhållanden när KKöpl och JB formulerades, varvid skyddande bestämmelser för den svagare parten (konsumenten respektive hyresgästen) fastställdes. Vidare tycks lagstiftaren ha vid utformningen av våldtäktsbestämmelsen valt att i vissa fall ta hänsyn till den utsattes begränsade autonomi.¹¹¹ Detta genom att i brottsbestämmelsen ange tre specifika situationer där ett deltagande aldrig kan anses vara frivilligt. Jag återkommer till vilka dessa tre situationer är i kapitel 4. Detta perspektiv är lämpligt i denna studie både som en teoretisk utgångspunkt, genom att erbjuda

¹⁰⁵ Ibid., s. 43 ff.

¹⁰⁶ Ibid., s. 36

¹⁰⁷ Ibid., s. 42

¹⁰⁸ Ibid., s. 45

¹⁰⁹ Jfr. Bladini & Svedberg Andersson 2021, s. 121

¹¹⁰ Bladini och Svedberg Andersson kritiserar den tidigare och nuvarande våldtäktsregleringen för att inte kunna ta hänsyn till maktobalanser och presenterar sitt perspektiv levd autonomi (lived autonomy). Se Bladini & Svedberg Andersson 2021, s. 37.

¹¹¹ Detta är en tolkning Bladini och Svedberg Andersson har gjort, vilken jag delar.

en mer fördjupad och nyanserad förståelse för rättssubjektens autonomi, och som ett verktyg i undersökningens analysdel.

2.1.4.4 Relationen mellan det ideala offret, det relationella brottsoffret och autonomi

Enligt teorin om det *ideala offret*, som Nils Christie utformat, krävs vissa beskaffenheter hos ett offer för denne ska få fullgott skydd.¹¹² Om offret inte besitter dessa egenskaper riskerar denne alltså att inte få sina rättigheter tillgodosedda.¹¹³ De egenskaper som Christie lyfter är följande. Offret ska helst vara svagt och befinna sig eller vara på väg till en plats som anses vara legitimt.¹¹⁴ Platsen eller riktningen ligger då inte offret till last. Offret ska vidare vara engagerad i ett respektabelt projekt och ha sådant inflytande att denne kan hävda sin offerstatus.¹¹⁵ Jag tolkar Christies teori som att ska det ideala offret ska vara *oskyldigt*. Inte enbart i förhållande till den brottsliga gärningen utan även i hur offret lever sitt liv. Om offret inte lever ett respektabelt liv anses denne inte vara oskyldig i förhållande till den brottsliga gärningen. Ett ideal brottsoffer ska helst utsättas för en brottslig gärning av en *ideal gärningsperson*.¹¹⁶ Den ideala gärningspersonen är i sin tur ond, tidigare okänd för brottsoffret och av samhället marginaliserad, exempelvis av asocialt beteende.¹¹⁷ För att ett brottsoffer ska vara idealt ska denne med andra ord ha varit svag och underordnad gärningspersonen.

Monica Burman har utvecklat det ideala offret och talar om det *relationella brottsoffret*. Hon menar att offrets agerande och utsatthet i relation till gärningspersonen påverkar bedömningen av dennes skuld.¹¹⁸ Offret blir alltså medskyldig beroende på sitt agerande innan och under den brottsliga gärningen. Har parterna till exempel grälat innan den brottsliga gärningen ursäktas gärningspersonens skuld då offret anses varit provocerande, till skillnad från om offret exempelvis överrumplas.¹¹⁹ Brottsoffret är relationellt på så vis att när brottsoffret bedöms som medagerande respektive utsatt görs det i relation till gärningspersonen.¹²⁰ Gärningspersonen konstrueras motsatsvis som en självständig individ.

¹¹² Christie 1986, s. 47

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid., s. 48 f.

¹¹⁵ Ibid., 48 ff.

¹¹⁶ Jfr. *ibid.*, s. 54

¹¹⁷ Ibid., s. 48

¹¹⁸ Burman 2007, s. 392 f.

¹¹⁹ Jfr. *ibid.*

¹²⁰ Ibid.

Denne bedöms främst utifrån sina egna egenskaper, kunskaper och förmågor.¹²¹ Burman skriver att gärningspersonen anses vara ett autonomt subjekt som bedöms utifrån ansvarssubjektets rationalitet, medan brottsoffret anses vara relationell till detta autonoma subjekt.¹²² Med andra ord, om brottsoffret bedöms vara medagerande till den brottsliga gärningen utgörs hon till ett subjekt som minskar gärningspersonens skuld. Om offret däremot anses vara utsatt konstrueras hon till ett objekt som varit helt utelämnad, försvarslös och inkapabel att rå för sin utsatthet.¹²³

Burmans avhandling berör mäns våld mot kvinnor i nära relationer, men då sexuellt våld omfattas av mäns våld mot kvinnor menar jag att detta teoretiska verktyg kan främja min undersökning. Av särskilt intresse i Burmans relationella brottsoffer i relation till det nya gränsdragande rekviritet frivilligt deltagande. Min tolkning av Burman är att brottsoffret enbart har autonomi när denne konstrueras som ett subjekt, det vill säga när hon ansetts varit medagerande på något vis, vilket innebär att autonomi hon "tilldelas" ligger henne till last. I andra fall ska hon vara hjälplös och utsatt, ett objekt för mannens oprovocerade våld som därför inte tilldelas autonomi vid brottstillfället.

2.2 Genusrättsvetenskapligt metod- och materialram

I detta avsnitt kommer jag att presentera de metoder och det material som ska användas för att besvara mina frågeställningar och det övergripande syftet. Inledningsvis bör det genusrättsvetenskapliga förhållningssättet till metod och material introduceras. Genusrättsvetenskapen erbjuder forskaren att använda olika metoder som verktyg för att förstå rättens struktur och innehåll då metod och material väljs utefter vad som är lämpligt i förhållande till den aktuella forskningsfrågan.¹²⁴ En vanlig metod inom genusrättsvetenskapen är den traditionella juridiska metoden för att fastställa gällande rätt fast utan de begränsningar som följer av den traditionella användningen. Den genusrättsvetenskapliga forskaren tillåts exempelvis att använda andra källor än den normativa rättskällevärdet.¹²⁵ Detta innebär att kunskap om lagen är inte begränsad till vad som står i rättskällor. Istället antas att annat material kan behöva studeras, inte minst för att kunna följa samt tolka den i

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid., s. 393

¹²⁴ Gunnarsson m.fl. 2018, s. 95 f.

¹²⁵ Ibid., s. 99

enlighet med lagstiftarens syfte.¹²⁶ Vidare skiljer sig genusrättsvetenskaplig metod genom att gällande rätt används som en kritisk utgångspunkt, syftet är inte att fastställa gällande rätt.¹²⁷

Genomgående under denna utredning är jag kritisk till det förgivettagna inom juridiken då jag menar att antaganden som behandlas som naturliga och neutrala kan medföra att rätten i praktiken premierar vissa intressen över andra. Därför lämpar sig det genusrättsvetenskapliga perspektivet som för val av metod och material, eftersom en viktig aspekt enligt perspektivet är att ifrågasätta det självklara.¹²⁸ Inom ramen för denna studie kommer jag visserligen att röra mig främst inom de normativa rättskällorna, men i syfte att analysera dem för att avgöra vilka implikationer underliggande antaganden kan ha för våldtäktsbestämmelsens faktiska effekt i samhället. Studiens resultat kommer inte att ligga till grund för hur juridik ska praktiseras.

All analys som görs i denna studie utgår från rättsskyddsobjektet. Detta innebär att andra intressen som är närvarande i en straffrättslig kontext inte kommer att beaktas. Denna avgränsning i hur materialet kommer att analyseras görs då syftet med studien är begränsad till att kritiskt granska vissa av den gällande rättens teoretiska antaganden. Jag har inget ändamål att föra resonemang om hur lagen bör utformas. En sådan utredning menar jag skulle kräva att andra intressen - såsom rättssäkerhetsintresset - beaktas.

2.2.1 Metod och material för att undersöka skyddsintressenas innebörd

För att besvara studiens första frågeställning, det vill säga vilken innebörd intressena våldtäktsbestämmelsen avser att skydda har kommer först en kort historisk tillbakablick göras avseende reglering av våldtäkt från medeltid till 2013 års ändring av bestämmelsen. Studien omfattar därför delvis en undersökning om rättsutvecklingen avseende våldtäktsbestämmelsen med inslag av en rättsgenetisk metod. Denna metod innebär att man fokuseras på det observerade föremålets förändring och utveckling genom historien,¹²⁹ i detta fall hur våldtäktsbestämmelsen historiskt har utformats och vilka intressen straffbudet historiskt har avsett att skydda. Detta görs för att få en förståelse för vilka intressen våldtäktsbestämmelsen har avsett att skydda och varför dåvarande utformningarna av straffbudet inte ansetts lyckas skydda intressena. För att göra detta kommer jag att i huvudsak använda mig av

¹²⁶ Ibid., s. 96 f.

¹²⁷ Ibid., s. 104

¹²⁸ Gunnarsson och Svensson 2009, s. 155

¹²⁹ Lyles 2007, s. 74

genusrättsvetenskaplig litteratur. Detta eftersom författarna är väl insatta i ämnet och har gjort goda sammanställningar av ett brett och komplext ämne. Förstahandskällor är såklart att föredra. Jag kommer att i den utsträckning som varit möjlig att använda originalkällor, då i form av äldre lagtext, statliga utredningar och propositioner.

För att utröna de nuvarande skyddsintressenas innebörd kommer en rättsvetenskaplig metod att användas där jag tolkar och analyserar vedertagna rättskällor med hjälp av de teoretiska verktyg som presenterats i *2.1 Genusrättsvetenskaplig teoriram*. Det material som kommer att användas utgörs av lagrum, propositioner, statliga utredningar och prejudikat. Även historiska källor kommer i viss utsträckning ligga till grund för analysen. Syftet är inte att fastställa gällande rätt utan rättskällorna kommer främst att användas som tolkningsdata för att kunna klarlägga skyddsintressenas innebörd.

2.2.2 Metod och material för att fastställa hur våldtäkt regleras i BrB 6 kap. 1 §

Studiens andra frågeställning är att fastställa hur våldtäkt regleras i BrB 6 kap. 1 §, med fokus på frivillighetsrekvisitet. För att undersöka våldtäktsbestämmelsen kommer en rättsvetenskaplig metod att användas som innebär att i första hand tolka materialet enligt dess språkliga lydelse. Vid fall oklarheter föreligger avser jag att tolka materialet enligt lagstiftarens intentioner med våldtäktsbestämmelsen. Materialet som kommer att användas är i huvudsak lagtext, förarbeten och prejudikat. Eftersom jag tittar i lagen och sedan dess förarbeten för att få en djupare förståelse för hur lagtexten ska tolkas för att besvara denna frågeställning använder den normativa rättskälleläran. Visserligen är inte syftet med denna framställning är att fastställa gällande rätt, men det är en nödvändig del av för att kunna uppnå syftet med studien. Det krävs därför en kort introduktion till vad den normativa rättskälleläran är.

Den traditionella normativa rättskälleläran förstås som i att det finns fyra rättskällor som kan användas som material; lag, förarbeten, rättsfall och doktrin.¹³⁰ Källorna rangordnas även i denna följd, där lagen utgör den mest auktoritativa rättskällan.¹³¹ Den lite mer tillåtande definitionen av den normativa rättskälleläran som Aleksander Peczenik presenterar är dock den som kommer att användas i denna studie. Peczenik menar att det finns fler rättskällor än

¹³⁰ Se Gunnarssons och Svenssons tolkning av Bert Lehrberg, Gunnarsson & Svensson 2009, s. 157

¹³¹ Ibid.

enbart fyra stycken och att dessa kan delas in i grupperingar.¹³² Vissa rättskällor *ska* beaktas vid fastställande av gällande rätt. Vissa källor *bör* beaktas och andra *får* beaktas vid fastställandet av gällande rätt. De rättskällor som Peczenik menar ska beaktas är lagar, föreskrifter samt sedvana.¹³³ Bland de rättskällor som bör beaktas finns förarbeten och prejudikat.¹³⁴ De källor som får beaktas utgörs av exempelvis allmänna rättsprinciper, doktrin, myndighetsbeslut och institutionella rekommendationer.¹³⁵

För att besvara studiens andra frågeställning kommer dock inte enbart rättskällevärdet att användas. I syfte att få en berikad analys av frivillighetsrekvisitet avser jag att till viss del även använda icke-rättsliga källor i form av icke-rättslig litteratur.

2.2.3 Metod och material för att utröna underliggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi

För att besvara studiens tredje frågeställning, det vill säga vilka underliggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som görs inom ramen för våldtäktsbestämmelsen, kommer jag att använda en metod baserad på delar av den metod Kerstin Berglund använder i sin avhandling från 2007. I sin avhandling presenterar Berglund en dekonstruktiv analytisk ansats inom rättsvetenskapen. Denna innebär att forskaren närmar sig gällande rättslig teori, systematik och lagstiftning med syftet att avslöja något om rätten.¹³⁶ Jag uppfattar metoden som lämplig när man vill synliggöra något om rätten. Berglund skriver att metoden inte är avhängig vilka teoretiska förutsättningar man använder för att närma sig rätten,¹³⁷ vilket torde innebära att jag tillåts använda de teoretiska förutsättningar jag anser är lämpliga för att analysera vilka teoretiska antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi. De teoretiska förutsättningarna jag kommer att använda har presenterats i avsnitt 2.1 *Genusrättsvetenskaplig teoriram*. Med hjälp av den dekonstruktiva analysen kan jag synliggöra eventuell problematik inom straffrätten, med fokus på våldtäktsbestämmelsen och frivillighetsrekvisitet. Som material kommer jag i huvudsak att använda det resultat som

¹³² Peczenik 1995, s. 214

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid., s. 214 f.

¹³⁵ Ibid., s. 215

¹³⁶ Berglund använder begreppet "gällande straffrättsliga teorin". Trots att jag likt Berglund skriver inom straffrätt använder jag begreppet gällande rättslig teori då jag anser att hennes metod skulle kunna fungera inom andra rättsliga områden än straffrätt. Berglund 2007, s. 24 f.

¹³⁷ Ibid.

presenteras i kapitel 4, det vill säga mina bedömningar om den nuvarande våldtäktsbestämmelsen.

2.2.4 Metod och material för att nå det övergripande syftet

För att nå det övergripande syftet med denna studie, det vill säga att kritiskt granska om våldtäktsbestämmelsen kan producera jämställdhet, kommer samma dekonstruktiva analytiska metod som presenteras i föregående avsnitt att användas. Detta eftersom syftet omfattar att synliggöra eventuell problematik till följd av de teoretiska antaganden som görs beträffande rättsskyddssubjektets autonomi och om våldtäktsbestämmelsen med dem kan tillgodose dess skyddsintressen på ett tillfredsställande vis. De teoretiska förutsättningar som kommer att användas är återigen de som ryms av min presenterade teoriram. Det material som kommer att användas är de utredningar som gjorts i kapitel 3, 4 och 5. Metoden för att besvara det övergripande syftet kan därför sägas indirekt innefatta de metoder och det material som ska användas för att besvara respektive frågeställning. Materialet kommer dock i kapitel 6 att kritiskt granskas och analyseras med en socialkonstruktivistisk lins.

Syftet med studien är inte att finna en lösning för hur rätten bör rekonstrueras. Däremot kan det finnas inslag av hur jag bedömer att rätten bättre kan konstrueras för att producera jämställdhet genom att reformera rättens teoretiska grundläggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi. Den analys som berör dessa delar kallas av Berglund för en rekonstruktiv sådan.¹³⁸

¹³⁸ Ibid.

3. Våldtäktsbestämmelsens skyddsintressen

I detta kapitel kommer studiens första frågeställning besvaras, det vill säga vad de intressen som våldtäktsbestämmelsens avser att skydda innebär. Denna fråga behöver besvaras för att utredningen ska kunna granska om dessa intressen tillgodoses på ett tillfredsställande vis. För att besvara frågeställningen kommer jag att studera det aktuella lagrummet i såväl sin nuvarande form som i tidigare utformningar. Motiv till den nuvarande utformningen såväl som tidigare kommer att användas för att förstå begrepp, rekvisit och syfte med gjorda revideringar av våldtäktsbestämmelsen. Rättsfall kommer i viss utsträckning att analyseras. Även andra lagrum än våldtäktsbestämmelsen med tillhörande motiv kommer att användas i den utsträckning det behövs för att besvara denna frågeställning.

Våldtäktsbestämmelsens skyddsintressen framkommer tydligt i förarbetena till 2018 års lagreform. Regeringen skriver att syftet med reformen är *“att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.”*¹³⁹ De intressen bestämmelsen avser att skydda är sålunda allas *personliga* och *sexuella integritet* samt *sexuella självbestämmanderätt*. Däremot framgår dess exakta innebörd varken i lagtext eller förarbeten.

Inledningsvis ges en kort förklaring till varför vissa handlingar kriminaliseras. Denna ges för att förtydliga kopplingen mellan straffbud och skyddsintresse. Sedan kommer en inblick i den historiska regleringen av våldtäkt och bakomliggande skyddsintressen att göras. Jag menar nämligen att det är viktigt att förstå vår historiska kriminalisering av våldtäktsbrottet, och vidare vilka normer och uppfattningar som legat till grund för tidigare utformningar av brottsbestämmelsen och vilka intressen de avsett att skydda, för att fullt förstå den nuvarande. Efter en historisk tillbakablick görs en närmare undersökning av de två senaste förändringarna av våldtäktsbestämmelsen, det vill säga 2005 års ändring och 2013 års ändring. Detta eftersom dessa ändringar avsåg, likt 2018 års ändring, att förstärka skyddet för sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. Detta avsnitt följs sedan av ett närliggande avsnitt, nämligen vägen till frivillighet som gränsdragande rekvisit och i synnerhet om en frivillighetsbaserad bestämmelse anses bättre kunna uppnå ändamålet. Slutligen görs en utredning av skyddsintressena såsom de är formulerade idag bakom den gällande våldtäktsbestämmelsen med ändamålet att fastställa deras innebörd.

¹³⁹ Prop. 2017/18:177 s. 1

3.1 Straffbud och skyddsintresse

Att kriminalisera handlingar är en form av kontroll över människors beteenden. Straffrättssystemet sätter på så sätt yttre gränser för individens möjlighet att hävda sitt intresse på någon annans intressens bekostnad.¹⁴⁰ Vid formulering av ett straffbud anses ett allmänt behov av ett gemensamt avståndstagande från ett visst beteende eller handling som kan skada skyddsvärda intressen föreligga.¹⁴¹ Det är sådana skyddsvärda intressen som har en avgörande roll i relation till handlingar som lagstiftaren valt att kriminalisera. Varje kriminalisering utgår nämligen från ett sådant. Detta innebär att de gärningar som träffas av ett specifikt straffbud är sådana att de anses kunna medföra skada i relation till det specifika intresset som straffbudet avser att skydda.¹⁴² När man talar om dessa skyddsvärda intressen kan begreppet *skyddsobjekt* användas.¹⁴³ Inom ramen för denna studie används istället begreppet *skyddsintressen*.

3.2 Historisk tillbakablick - skyddsintressen från medeltid till nutid

Det har genom tiderna rått olika uppfattningar om *vad* som ska skyddas med våldtäktsbestämmelsen och *hur* intressena ska skyddas genom utformning av densamma. Under medeltiden ansågs våldtäkt mot en kvinna inte utgöra ett brott mot kvinnan, utan mot den släkt som kvinnan tillhörde. Skyddsintresset i den medeltida fridslagstiftningen kan sägas var den äkta mannens monopol över den kvinnliga reproduktiviteten. Ett annat skyddsintresse var äktenskapet, genom vilket makt och egendom fördelades. Våldtäkt sågs som ett hot mot släktens möjlighet att anordna äktenskap för släktens kvinnor. Detta är varför våldtäkt i vissa fall kunde sonas genom att gärningsmannen äktade kvinnan. Våldtäkt betraktades som ett egendomsbrott riktad mot mannen som hade rådigheten över kvinnan; det var ett brott begånget av en man riktad mot en annan man.¹⁴⁴

Detta förändrades något under upplysningstiden, det vill säga på 1600- och 1700-talet. Kyrkans makt var då etablerad och det intresse våldtäktsbrottet ansågs skydda blev istället äktenskapets helgd och den allmänna sedligheten.¹⁴⁵ Till skillnad från fridslagstiftningens tid

¹⁴⁰ Berglund 2007, s. 44

¹⁴¹ Ibid., s. 44 f. och 50

¹⁴² Ibid., s. 49

¹⁴³ Ibid., 50 f.

¹⁴⁴ Jansson 2002, s. 295 och 227

¹⁴⁵ Jansson Hassan 2002, s. 296

ansågs brottet begånget även mot den utsatta kvinnan, men skydd gavs inte åt alla kvinnor - endast den ärbara kvinnan skyddades, inte kvinnor som valt vad man kallade ett "lösaktigt leverne".¹⁴⁶ Våldtäkt ansågs dock inte möjligt inom ett äktenskap.¹⁴⁷ Genom 1864 års strafflag ansågs våldtäkt inte längre utgöra ett egendomsbrott utan fokus skulle flyttas till att skydda individens frihet att få bestämma över sin egen person i sexuellt avseende.¹⁴⁸ Anledningen var dock att skydda kvinnans ärbarhet framför att skydda henne mot våld.¹⁴⁹ När 1864 års strafflag trädde i kraft var det historiskt ur ett sexualbrottsperspektiv - det var första gången den *sexuella självbestämmanderätten* formulerades som ett skyddsvärt intresse.¹⁵⁰ Intressant att notera är att det i våldtäktsbestämmelsen från 1864 fanns ett rekvisit om att handlingen ska ha skett mot kvinnans vilja.¹⁵¹ Detta var dock inte ett reellt rekvisit om samtycke då kvinnans vilja inte var av betydelse för bedömningen.¹⁵²

När brottsbalken trädde i kraft 1965 ansåg lagstiftaren att individens integritet även i ett sexuellt hänseende ska skyddas och valde att placera sexualbrotten i kapitlet Sedlighetsbrott.¹⁵³ *Sexuell integritet* var för första gången ett uttalat skyddsintresse. Vidare sänktes kravet på våldets art till råntvång och den straffbara gärningen vidgades till situationer där den utsatte försatts i ett "hjälplost tillstånd".¹⁵⁴ Våldtäktsbrottet reformerades igen under 1900-talet.¹⁵⁵ Genom 1984 Brotten placerades i ett nytt kapitel - Sexualbrott - då man helt tagit avstånd från uppfattningen att våldtäkt utgjorde ett brott mot sedlighet till förmån att reglera det som ett brott mot den sexuella integriteten.¹⁵⁶ Det tydliggjordes med andra ord att den sexuella integriteten var skyddsintresset. En anledning till ändringarna som

¹⁴⁶ Ibid., s. 305

¹⁴⁷ Jfr. Ibid., s. 125 och förarbetena till 1984 års lagändring. Jag anser att avsaknaden av skydd inom äktenskap vittnar om att det intressen som skyddas inte är kvinnans sexuella integritet eller självbestämmanderätt då denna är lika närvarande inom äktenskapet som utanför.

¹⁴⁸ Andersson 2004, s. 83 f.

¹⁴⁹ Därför placerades våldtäktslagrummet med resterande brott mot frihet. Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 100

¹⁵⁰ Wegerstad 2015, s. 91

¹⁵¹ 1884 års strafflag, 15 kap 12 §, "*emot hennes vilja*".

¹⁵² För den som har intresse vill jag förklara att det våld som åsyftades kallades *absolut våld*. Enligt förarbeten till brottsbalken innebar kravet på absolut våld att "*våldet skall ha brutit ett till det yttersta gjort motstånd eller på annat sätt fullständigt betvingat kvinnan, t.ex. så att hon genom misshandel satts ur stånd att bjuda effektivt motstånd. I fråga om arten av våld skilja sig de nuvarande bestämmelserna om våldtäkt från vad som gäller vid rån*". Leijonhufvud skriver att egendom alltså var bättre skyddat än den kvinnliga kroppen. SOU 1953:14 s. 232 och Leijonhufvud 2015, s. 20

¹⁵³ Leijonhufvud 2015 s. 34

¹⁵⁴ Ibid., s. 20

¹⁵⁵ Anledningen var den sexuella revolutionen som ägde rum under 60-talet och början av 70-talet, genom vilken allmänheten fick en annan syn på sex och sexualitet. 1984 års ändring var en följd av ett presenterat förslag till reform av sexualbrottslagstiftningen år 1971, som väckte stor debatt. Leijonhufvud 2015 s. 24 och 29

¹⁵⁶ Wegerstad 2015, s. 142

gjordes var strävan efter en våldtäktsbestämmelse som inte var grundad på en diskriminerande kvinnosyn och därför stod i strid med jämställdhetsmål som vid denna tidpunkt hade formulerats.¹⁵⁷ Det var även i samband med 1984 års revidering av brottsbalken som våldtäktsbestämmelsen gjordes könlös. Det krävdes inte alltså inte längre att det var en man som utsatt en kvinna för att det skulle anses utgöra en våldtäkt.

3.3 Samtida överblick - 2005 års och 2013 års lagändringar

År 2005 gjordes en ny sexualbrottsreform. En av anledningarna till denna reform var att man ansåg att systematiken mellan straffbuden i BrB 6 kap. till vissa delar hade gått förlorad.¹⁵⁸ Vidare ville man ytterligare förstärka och tydliggöra varje individs absoluta rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuell självbestämmanderätt.¹⁵⁹ En av de stora förändringarna med 2005 års lagändring var att man bytte ut formuleringen “sexuellt umgänge” till “sexuell handling”. Detta då det ansågs att det förstnämnda begreppet signalerade en frivillig och ömsesidig akt samt då bedömningen om vilken typ av kroppskontakt som förelegat och huruvida den aktuella handlingen haft tillräcklig varaktighet tilldelades stor vikt vid rättstillämpningen.

Vidare hade man en ökad kunskap av hur ett brottsoffer kan reagera när hon utsätts för ett sexuellt övergrepp.¹⁶⁰ Kravet på det våld som krävdes sänktes från våld *å* person, som innebär en fysisk kraftanvändning mot en person som antingen utgör misshandel eller ett betvingande av annan kroppsliga rörelsefrihet, till våld *mot* person, exempelvis våld i form av att rycka i en annan persons arm, knuffa undan eller hålla fast någon.¹⁶¹ Även arten på hot som krävdes för att en gärning skulle bedömas som våldtäkt sänktes från råntvång till hot om brottslig gärning. En annan stor förändring var att man utvidgade våldtäktsbrottet på så sätt att våldtäkt numera kunde föreligga om den sexuella handlingen begåtts mot en person som befunnit sig i ett “hjälpöst tillstånd”. Med detta innebar att gärningspersonen otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig

¹⁵⁷ Prop. 1983/84:105 s. 14

¹⁵⁸ Prop. 2004/05:45, s. 21

¹⁵⁹ Ibid., s. 1

¹⁶⁰ Ibid., s. 32 och 44

¹⁶¹ Ibid., s. 35 och 45

i ett hjälplöst tillstånd. Det krävdes att den utsatte befann sig i en situation att hon inte längre kunde värja sig.¹⁶²

År 2008 initierades en utredning vars uppgift var att utvärdera 2005 års lagändring samt tillämpningen av den. Tillämpningen av begreppet "hjälpöst tillstånd" ansågs av utredningen vara alldeles för snäv; domstolarna tenderade att basera en sådan bedömning enbart på offrets personliga egenskaper - som berusningsgrad - trots ett prejudikat från HD som sade annorlunda. Vidare menade utredningen att fall där offret bemött övergreppet med passivitet - exempelvis då offret drabbas av så kallat "frozen fright" eller som strategiskt valt att vara passiv för att inte riskera ytterligare övergrepp eller våld - fortfarande föll utanför våldtäktsbestämmelsen i många fall. Den sista bristen som ska nämnas är att regleringen inte heller tycktes fånga upp de så kallat vilseledande- och överrumplingsfallen, där gärningsmannen vilselett offret angående vilken kropp som hen utför den sexuella handlingen med eller helt enkelt överrumplat offret med den sexuella handlingen, exempelvis i samband med att offret samtyckt att gärningsmannen utför en annan handling, som massage.¹⁶³ Denna resulterade i 2013 års lagändring, vars ändringar gjordes för att tydliggöra att det är *kränkningen* av den aktuella handlingen som har betydelse vid avgränsningen av den sexuella handlingen i våldtäktsbrottet.¹⁶⁴ Syftet var att även denna gång att förstärka skyddet för skyddsintressena sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt.¹⁶⁵

3.4 Viljan att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmande

Av tidigare avsnitt i detta kapitel framgår att självbestämmanderätten benämndes redan 1864 som ett skyddsintresse bakom våldtäktsbestämmelsen och att den sexuella integriteten har varit ett uttalat skyddsintresse sedan 1984 års lagändring. Viljan att skydda dessa intressen har varit bestående men uppfattningen om *hur* dessa intressen bäst skyddas har varierat över tid. Gemensamt för tidigare regleringar av våldtäktsbrottet än den nuvarande är att den

¹⁶² Innan 2005 års lagändring ansågs en våldtäkt ha ägt rum om offret befann sig i vanmakt. Med detta kunde exempelvis ett drogat tillstånd hänföras. En viktig skillnad från 2005 års våldtäktsbestämmelse är dock att det krävs att gärningspersonen orsakat tillståndet. Berusning eller annat tillstånd till följd av ens egna handlingar var därför inte tillräckligt. Prop. 2004/05:45 s. 41 och 47.

¹⁶³ Prop. 2012/13:111, s. 26

¹⁶⁴ Ibid., s. 34 f.

¹⁶⁵ Ibid., s. 1

brottsliga gärningen har förutsatt inslag av våld eller hot, alternativt (sedan BrB:s inträde) ett otillbörligt utnyttjande av att brottsoffret befunnit sig i någon form av utsatt situation.

I inledningen till denna framställning anges att rekvisitet "deltagit frivilligt" var främmande för svensk rätt när det infördes 2018. Detta är visserligen sant, men diskussionen om ett sådant rekvisit bör införas har under en längre tid förts i Sverige. Samtidigt som ändringar gjorts avseende regleringen av våldtäktsbrottet har det nämligen debatterats om en samtyckes- eller frivillighetsbaserad bestämmelse bättre kan tillgodose skyddsintressena sexuellt integritet och självbestämmanderätt än en reglering som kräver inslag av våld, hot eller ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation.

3.4.1 Vägen till frivillighet som gränsdragande rekvisit

Vägen till en våldtäktsbestämmelse där frivillighet utgör det gränsdragande rekvisitet har varit lång. Sedan 1998 har diskussion om huruvida ett rekvisit beträffande avsaknad av samtycke eller frivillighet är ett mer passande gränsdragande rekvisit framför inslag av våld, hot eller otillbörligt utnyttjande.¹⁶⁶ Det var framförallt en mer utvecklad viktimologisk forskning och två kraftigt kritiserade rättsfall från 90-talet som startade diskussionen.¹⁶⁷ Vissa menade att utan en lag baserad på frivillighet eller samtycke kommer vissa sexuella handlingar som av samhällsmoralen¹⁶⁸ anses vara våldtäkt inte att fångas in av det straffbara området.¹⁶⁹ Andra varnade för att en sådan regleringen skulle medföra oönskade effekter, exempelvis ett större fokus på brottsoffret.¹⁷⁰ Det fanns även en rädsla för att en sådan konstruktion skulle kunna motarbeta regeringens arbete för ökad jämställdhet mellan könen.¹⁷¹

År 2003 kom en dom från ED som klarlade att medlemsstaterna måste kriminalisera samtliga sexuella akter utförda utan samtycke för att fullfölja de åtaganden som följer av EKMR.¹⁷²

¹⁶⁶ Sedan 1998 års sexualbrottskommitté. Bladini & Svedberg Andersson 2020, s. 105

¹⁶⁷ Rättsfallen jag refererar till är Södertäljefallet (NJA 1997 s. 538) och Rissnefallet (Svea hovrätt B 3935-00). Bladini & Svedberg Andersson 2020 s. 105 samt Leijonhufvud 2008 s. 27

¹⁶⁸ Med samhällsmoralen menar jag den allmänna uppfattningen i samhället, skilt från den juridiska sfären.

¹⁶⁹ Leijonhufvud 2008, s. 76

¹⁷⁰ Det antogs att det skulle krävas frågor om hur offret uppträtt eller markerat att hen inte var intresserad av de sexuella handlingarna, vad som skett under övergreppet samt brottsoffrets och gärningsmannens relation till varandra. Det framlades även att en samtyckesreglering skulle vara svåra att tillämpa samt inte hade varit förenlig med brottsbalkens systematik, SOU 2001:14 s. 14

¹⁷¹ Det fanns en oro att sådana effekter skulle motarbeta den ändamål som fastställdes i 1984 års lagreform, att öka jämställdheten mellan könen. Ibid.

¹⁷² Avseende kapitel 3 och 8 i EKMR. Case of M.C. v. Bulgaria, appl. no. 39272/98, 04/03 2004, punkt 166

Regeringen ansåg att den svenska regleringen tillgodosedde detta krav då HD i NJA 2004 s. 231 menar att förekomsten av våld eller hot som angavs i den dåvarande våldtäktsbestämmelsen agerade som bevisfakta för att den aktuella sexuella handlingen inte har skett med samtycke. Detta resulterade i att våldtäktsbestämmelsen i sin dåvarande form bestod. För detta fick både HD och regeringen motta kritik. Kritiken bestod i att de blandat ihop bevis- och rättsfakta.¹⁷³

En ny sexualbrottskommitté tillsattes 2008 för att återigen utreda möjligheten att formulera en våldtäktsbestämmelse med avsaknad av frivillighet eller samtycke som gränsdragande rekvisit och om detta bättre skulle tillgodose skyddsintressena bakom bestämmelsen. Även denna gång ansågs risken för ökat fokus på brottsoffret överväga fördelarna med en sådan reglering.¹⁷⁴ År 2014 tillsattes ännu en ny sexualbrottskommitté med samma uppdrag.¹⁷⁵ Det är denna kommittés betänkande som ligger till grund för 2018 års lagreform, det vill säga den nuvarande utformningen av våldtäktsbestämmelsen.

Frågan om varför en övergång till frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse gjordes just då har inget enkelt svar. Jag delar dock Leijonhufvuds uppfattning att sexualbrottsbestämmelsernas utformning speglar den allmänna samhällsmoralen, vilket skulle innebära att lagreformen var möjlig till följd av att den generella hållningen förändrats.¹⁷⁶ Vissa menar att den nya regleringen är en respons av *MeToo*-rörelsen som startade hösten 2017.¹⁷⁷ När ett tillräckligt stort antal kvinnor kom fram med historier om sexuella övergrepp ändrades samhällsmoralens syn på sexuella övergrepp, inklusive våldtäkt. Kort därefter ansåg lagstiftaren att en frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse bäst kan tillgodose tillfredsställande skydd för de bakomliggande skyddsintressena och att fördelarna med en sådan konstruktion därmed överväger de identifierade riskerna.¹⁷⁸

¹⁷³ HD antyder att våld och hot agerade som bevis för att frivillighet inte förelegat, medan kritikerna menade att kravet på våld eller hot var rättsfakta, med andra ord, brottsrekvisit. Jag anser att kritiken var befogad och vidare att kravet uppenbarligen utgjorde rättsfakta enligt den dåvarande brottsbestämmelsen. Leijonhufvud 2008, 78

¹⁷⁴ En annan farhåga var att frågor om gärningsmannen använt tvång eller eventuellt utnyttjat ett offers hjälplösa tillstånd skulle hamna i bakgrunden; risken att det enda rekvisitet som skulle behandlas vid tillämpningen var frågan om samtycke förelegat, prop. 2012/13:111 s. 22

¹⁷⁵ Dir. 2014:123

¹⁷⁶ Då samhällets moraluppfattning tenderar att ligga till grund för utformningen av sexualbrotten har det krävts ett skifte i samhällsmoralen, ett skifte till uppfattningen att avsaknad av samtycke alternativt frivillighet utgör våldtäkt, innan en motsvarande spegling gjorts i lagstiftningen. Jfr. Leijonhufvud 2008 s. 24

¹⁷⁷ Andersson & Wegerstad 2018, 19, 20, *#Metoo-skalvet och dess efterdyningar: Om brottsoffers sökande efter rättvisa och den samhälleliga och rättsliga responsen*

¹⁷⁸ Andersson & Wegerstad 2018, 19, 20, *#Metoo-skalvet och dess efterdyningar: Om brottsoffers sökande efter rättvisa och den samhälleliga och rättsliga responsen*

3.4.2 Skyddsintressenas innebörd

Skyddsintressena bakom våldtäktsbestämmelsen har som ovan visat sedan BrB:s ikraftträdande på 1960-talet varit att alla ska ha rätt till sexuell integritet samt självbestämmanderätt. I förarbetena till 2018 års våldtäktsbestämmelse anges som sagt att syftet med lagändringen är “att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande”.¹⁷⁹ Vad som menas med personlig och sexuell integritet samt sexuell självbestämmanderätt definieras dock varken i lagtext, förarbeten eller rättsfall.¹⁸⁰ Att fastställa skyddsintressenas innebörd har därför varit mer omständligt än väntat. Stundtals nämns dock skyddsintressena i sådana rättskällor och ibland kan de utläsas på annat sätt. För att närma mig en definition av dessa begrepp har jag valt att först utreda vad som åsyftas med personlig integritet, för att sedan fortsätta till sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt.

3.4.2.1 Personlig integritet

Bestämmelsen syftar som sagt till att tydliggöra att alla har en ovillkorlig rätt till den *personlig integritet*. Vilken betydelse begreppet har förtydligas dock inte i motiven till 2018 års sexualbrottslagstiftning. Vägdelning får alltså tas från annat håll. I förarbetena till 2010 års grundlagsändring, som bland annat syftade till att stärka skyddet för den personliga integriteten i regeringsformen,¹⁸¹ diskuteras begreppets innebörd. Diskussionen är dock begränsad och regeringen hänvisar främst till en tvångsmedelskommittés betänkande om tvångsmedelsregleringen vid bland annat förundersökning i brottmål, presenterad 1984. Kommittén delar upp begreppet “integritet” i fyra olika typer; den *rumsliga integriteten*, den *materiella integriteten*, den *kroppsliga integriteten* och den *personliga integriteten*.¹⁸² Den rumsliga integriteten skyddas exempelvis av *hemfridsbrottet* i BrB 4 kap. 6 §. Det som kommittén menar med materiella integriteten skyddas av egendomsskydden, exempelvis den i RF 2 kap. 15 §. Mer självklart menas med den kroppsliga integriteten det som skyddas av exempelvis BrB 3 kap. (skydd för liv och hälsa). Den personliga integriteten delas i sin tur upp i den personliga integriteten *i fysisk mening*, som innebär personlig frihet och rörelsefrihet, samt den personliga integriteten *i ideell mening*, som innebär skydd för privatliv

¹⁷⁹ Prop. 2017/18:117 s. 1

¹⁸⁰ Jfr. Jareborg & Friberg 2010, s. 87

¹⁸¹ Prop. 2009/10:80 s. 171 f.

¹⁸² SOU 1984:54 s. 42

och personlighet.¹⁸³ Denna uppdelning är däremot inget som jag stött på i de senare statliga utredningarna eller propositionerna jag undersökt inom ramen för denna studie. Istället tycks samtliga ovan intressen tillsammans utgöra den personliga integriteten.

I förarbetena till den lagändring som bland annat gjordes när *olaga integritetsintrång*¹⁸⁴ blev en straffbar gärning skriver regeringen istället att den personliga integriteten inte har kunnat ges en allmänt accepterad definition.¹⁸⁵ Trots att ingen entydig definition kan ges menar regeringen dock att begreppet ofta ges följande innebörd; den personliga integriteten är en sfär som varje person är omgiven av - där denne bör vara fredad och där intrång därför bör kunna avvisas.¹⁸⁶ Detta stämmer väl överens med tvångsmedelskommitténs betänkande, där de skriver att samtliga brottsbestämmelser och grundlagsskyddade rättigheter som den nämnt i samband med dennes uppdelning av integriteten syftar till att *skydda mot ingrepp* i de olika sfärerna.¹⁸⁷ Intressant nog skriver regeringen att det är inte nödvändigt att formulera en sådan allmängiltig definition av begreppet, med anledning att det är något som kan och bör utvecklas över tid. Samtidigt som ett dynamiskt begrepp ger utrymme att på ett tillfredsställande vis fånga upp en samhällsmoralisk utveckling skulle det kunna vara problematiskt att ett begrepp som utgör rekvisit i vissa brottsbestämmelser inte har en entydig definition.¹⁸⁸ Problematik tycks dock sällan uppstå, vilket regeringen menar beror på att det är möjligt att identifiera vilka intressen som har det skyddsvärde som menas med den personliga integriteten och därför ska skyddas mot omotiverade angrepp utan en sådan definition.¹⁸⁹

Sammanfattningsvis drar jag slutsatsen att det inte finns en tydlig definition av vad som menas med den personliga integriteten som skyddsintresse, men att det i praktiken menas att var och en ska skyddas mot oönskade intrång i en personlig sfär som bestäms av de nu gällande brottsbestämmelserna.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ BrB 4 kap. 6 c §

¹⁸⁵ Prop. 2016/17:222 s. 18

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ SOU 1984:54 s. 42

¹⁸⁸ Jfr. BrB 4 kap. 4 a, b och e §§ där "personens integritet" ska kränkas och BrB 6 kap. 10 § där den "sexuella integriteten" ska kränkas.

¹⁸⁹ Prop. 2016/17:222 s. 18 jämte prop. 2009/10:80 s. 175

Att den personliga integriteten är preciserat som ett skyddsintresse i motiven till 2018 års sexualbrottslagstiftning skiljer sig från 2005 och 2013 års våldtäktsbestämmelse.¹⁹⁰ Dock anges i förarbetena till 2005 års våldtäktsbestämmelse att sexuella övergrepp innebär en kränkning av såväl den sexuella som den personliga integriteten.¹⁹¹ Detta vore inte en främmande uppfattning om integritet - regeringen har som sagt kombinerat de tidigare olika uppdelningarna i begreppet *den personliga integriteten* som ett övergripande sådant.¹⁹² En fråga som uppstår är varför man valt att specificera både den personliga och den sexuella integriteten. Enligt Mariella Öberg, Steven Lucas och Gun Heimer, läkare och forskare, har det länge funnits en uppfattning att den sexuella integriteten skiljer sig från annan integritet.¹⁹³ Den anses ofta vara mer intim och än mer kränkande att inskränka.¹⁹⁴ Av studiens inledande kapitel framgår att regeringens tycks ha en motsvarande uppfattning. I propositionen skriver regeringen att en oönskad sexuell handling är ett intrång i ett område som är centralt för människans uppfattning om dennes värdighet som person.¹⁹⁵ Syftet med att särskilja personlig och sexuell integritet kan därför vara att ge den sexuella integriteten en särskild ställning för att signalera allvarligheten i kränkningar av sexuell karaktär. Därtill markerar ett sådant tillkännagivande vikten av att kvinnor erhåller samma rätt som män avseende sin sexuella integritet för att jämställdhet ska uppnås.

3.4.2.2 Sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt

Gällande en definition av *sexuell integritet* skrivs det nästintill ingenting i förarbetena, varken till den nuvarande våldtäktsbestämmelsen eller tidigare konstruktioner av sexualbrott i allmänhet. Därför har jag valt att utreda vad det innebär att inskränka en individs sexuella integritet och självbestämmanderätt genom att djupdyka i brottsbestämmelser i BrB 6 kap. och analysera prejudikat. I våldtäktsbestämmelsen och exempelvis bestämmelsen om *sexuellt övergrepp*¹⁹⁶ anges att den utpekade personen ska ha genomfört en sexuell handling med en person som inte deltagit frivilligt. Med sexuell handling menas vaginalt, analt och oralt samlag såväl som andra handlingar med påtaglig sexuell karaktär. Jag kommer i

¹⁹⁰ I 2005 års våldtäktsbestämmelse anges "förslagen syftar till att öka skyddet mot sexuella kränkningar och att ytterligare förstärka den sexuella integriteten och självbestämmanderätten" och i 2013 års anges "förstärka skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten". Se prop. 2004/05:45 s. 1 och prop. 2012/13:111 s. 1

¹⁹¹ Prop. 2004/04:45 s. 156

¹⁹² Se under avsnitt 3.3.2.1 Personlig integritet

¹⁹³ NCK 2010, s 76

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Prop. 2017/18:177 s. 34

¹⁹⁶ BrB 6 kap. 2 §

nästkommande kapitel undersöka närmare vad som menas med sexuell handling. Inom ramen för denna frågeställning kan dock konstateras att det inte krävs att handlingen är sexuell i det enskilda fallet - vissa handlingar har alltid en sexuell prägel.¹⁹⁷ Som exempel nämndes NJA 2013 s. 548, där HD ansåg att en "otrohetskontroll" är en sexuell handling trots att gärningspersonen utförde handlingen utan ett sexuellt syfte. Att det inte finns ett krav på att gärningspersonen begår gärningen för att tillfredsställa sin sexualdrift visar att skyddsintresset utgår från den utsattes position.

Fortsättningsvis är inte enbart våldtäktsbrottet som skyddar individens sexuella integritet. Även de andra sexualbrotten i BrB 6 kap., som exempelvis *utnyttjande av barn för sexuell posering*¹⁹⁸ och *sexuellt ofredande*¹⁹⁹, anses kränka brottsoffrets sexuella integritet. Jag uppmärksammar dessa två brott eftersom de, till skillnad från våldtäktsbestämmelsen, inte kräver en sexuell handling.²⁰⁰ I det förstnämnda brottet krävs det att den situation som gärningen begås i, det vill säga där poseringen äger rum, ska i ett par vuxna ögon ha en "*klar och otvetydig sexuell karaktär*".²⁰¹ Däremot finns det inget krav på att barnet ska uppleva situationen på ett visst sätt - barnet kan vara helt omedveten om situationen. Jag uppmärksammar brottet sexuellt ofredande bland annat med anledning av det så kallat blottningsförfarandet som preciseras i bestämmelsen. Att blottningsförfarandet utgör ett sexuellt ofredande medför att visa sig naken för en person kan innebära att kränka dennes sexuella integritet. Alla handlingar som har en sexuell prägel och som ämnar att kränka personens sexuella integritet omfattas sålunda av bestämmelsen om sexuellt ofredande, även de som inte anses lika ingripande som en sexuell handling enligt BrB:s innebörd. Exempelvis menar HD i NJA 2017 s. 393 att handlingen att fotografera under en kvinnas kjol som ett sexuellt ofredande - en handling som inte hade omfattats av brottsbalkens definition av sexuell handling.

NJA 2017 s. 393 är dock av särskilt intresse vid denna utredning av ett annat skäl. Frågan som HD hade att besvara vad huruvida fotograferingen under hennes kjol kunde utgöra ett sexuellt ofredande trots att hon inte var medveten om angreppet. Eftersom brottet *ofredande*²⁰²

¹⁹⁷ Se ovan under avsnitt 3.1.1 *Det straffbara området*

¹⁹⁸ BrB 6 kap. 8 §

¹⁹⁹ BrB 6 kap. 10 § 2 st. Bestämmelsens första stycke berör sexuellt ofredande mot barn.

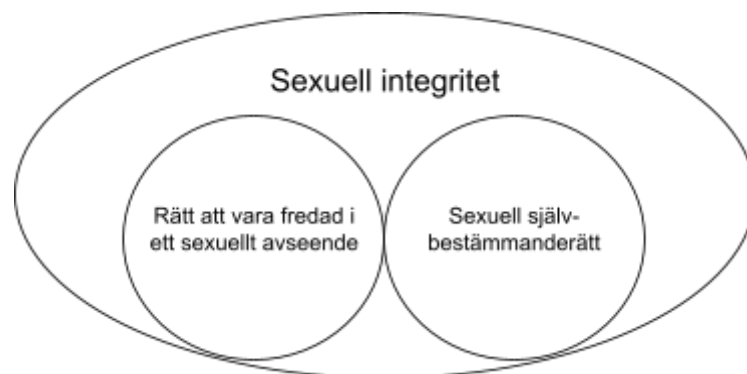
²⁰⁰ Vad som menas med sexuell handling återkommer jag till i avsnitt 3.3.1 *Det straffbara området*

²⁰¹ Prop. 2004/05:45 s. 146

²⁰² BrB 4 kap. 7 §

kräver en “kännbar fridskränkning”²⁰³ menar HD i NJA 2008 s. 946 att den angripne måste vara medveten om angreppet för att gärningen ska utgöra ett ofredande enligt BrB 4 kap. 7 §. Då ett begrepp i regel har samma innebörd om det förekommer på flera ställen i en lag eller balk skulle det kunna medföra att brottet sexuellt ofredande kräver att den angripne är medveten om angreppet.²⁰⁴ För att besvara denna fråga vänder sig HD i NJA 2017 s. 393 till det bakomliggande skyddsintresset sexuell integritet.²⁰⁵ HD drar en slutsats om skyddsintressets innebörd som är av intresse för denna studie. Till skillnad från i brottet ofredande - som enligt HD har den enskildes *frid* som skyddsintresse - omfattar brottet sexuellt ofredande fler gärningar än fridskränkande sådana med sexuell innebörd. Bestämmelsen omfattar även gärningar som “*kränker den enskildes rätt att i sexuellt avseende bestämma över sin kropp*”.²⁰⁶ Jag vill uppmärksamma att HD antyder att rätten att bestämma över sin kropp i ett sexuellt hänseende, med andra ord den *sexuella självbestämmanderätten*, utgör en del av den sexuella integriteten var och en ska försäkras genom sexualbrotten i BrB 6 kap. Detta får även stöd av doktrin. Berglund skrev 2007 att det i våldtäktsbestämmelsens bakomliggande skyddsobjektet är ett individuellt självbestämmande avseende det sexuella området.²⁰⁷ Den sexuella självbestämmanderätten tycks alltså vara en väsentlig del av det som menas med sexuell integritet.

Sexuella integritet som den förstås av denna utredning kan målas upp enligt följande.



²⁰³ Vilket framkommer av förarbeten till BrB, prop. 1962:10 del B, s. 116

²⁰⁴ NJA 2017 s. 393, p. 17

²⁰⁵ Ibid., p. 22

²⁰⁶ Ibid., p. 23

²⁰⁷ Berglund 2007, s. 258,

Att den sexuella självbestämmanderätten utgör en väsentlig del den sexuella integriteten får även visst stöd av förarbetena till 2018 års reform av våldtäktsbestämmelsen. Där anges det att en frivillighetsbaserad reglering bättre stämmer överens med den allmänna uppfattningen om sexuellt självbestämmande, och vidare att en sådan konstruktion tydligt visar att alla sexuella handlingar utförda mot någons vilja är en kränkning av dennes personliga och sexuella integritet och sexuellt självbestämmande.²⁰⁸ Av NJA 2017 s. 393 kan det utläsas att självbestämmanderätten ges innebörden att var och en har rätt att bestämma över sin kropp. Det som skyddas är att varje person ska ha rätt att välja när, hur och med vem denne genomför en sexuell handling. Av detta drar jag slutsatsen att självbestämmanderättens innebörd är individens rätt att bestämma över sin sexualitet och på vilka villkor denne vill genomföra sexuella handlingar.

Trots att NJA 2017 s. 393 meddelades innan 2018 års lagreform gjordes menar jag att HD:s resonemang avseende båda skyddsintressena sexuell integritet och självbestämmanderätt kan fungera vägledande än idag. Detta då den nya reformen inte har inneburit en ändring i skyddsintressenas innebörd. Detta framkommer dels då det i förarbeten förklaras att syftet med reformen är *“att tydliggöra att varje människa har en ovillkorlig rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.”* (min markering). Därmed kan det antas att lagstiftaren inte syftat till att ändra skyddsintressenas innebörd, utan snarare att förstärka deras redan existerande skydd.

3.5 Sammanfattande kommentar

I detta avsnitt har studiens första frågeställning besvarats, det vill säga vilken innebörd de intressen våldtäktsbestämmelsen avser att skydda har. Därigenom har även kunskap uppnåtts om varför den nuvarande våldtäktsbestämmelsen bedömdes vara bättre lämpad för att reglera våldtäktsbrottet än dess företrädare.

Skyddsintressena specificeras i förarbetena som allas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. Utredningen har visat att de inte vidare definieras i motiven till 2018 års lagreform. För att besvara frågan har förarbeten till andra lagstiftningar undersökt såväl som rättsfall och till viss del även doktrin. Den personliga integriteten kan sammanfattas som rätten till en fredad sfär där ingrepp ska kunna avvisas.

²⁰⁸ Prop. 2017/18:177 s. 22 f.

Vidare innebär den sexuella integriteten att var och en ska vara skyddad från intrång i dennes personliga sfär i ett sexuellt hänseende, men omfattar också den enskildes rätt att i ett sexuellt hänseende bestämma över sin egen kropp samt var, när och under vilka villkor denne ingår i ett sexuellt umgänge. Utredningen har alltså visat att sexuella självbestämmanderätten är en del av den sexuella integriteten. Valet att explicit uttrycka att den sexuella självbestämmanderätten kan ha gjorts för att signalera dess betydelse. Att våldtäktsbestämmelsen ska tillgodose ett tillfredsställande skydd för kvinnors intressen den syftar till skydda är en komponent för att bestämmelsen ska kunna producera jämställdhet.

4. Den nuvarande våldtäktsbestämmelsen

Genom 2018 års reform av våldtäktsbestämmelsen blev som tidigare sagts frivillighet det gränsdragande rekvisitet mellan straffbar och icke-straffbar gärning. En justering av bestämmelsen trädde i kraft den 1 augusti 2022, varvid ordalydelsen har ändrats något. Jag kommer nedan att uppmärksamma vilka ändringar som gjorts och vad dessa medför. I detta kapitel kommer studiens andra frågeställning att besvaras, det vill säga hur våldtäkt regleras i 6 kap. 1 § BrB i sin nuvarande utformning. Inledningsvis presenteras kortfattat straffrättsteoretiska utgångspunkter och sedan presenteras den nuvarande konstruktionen av våldtäktsbestämmelsen. Därefter behandlas vissa rekvisit närmare, med fokus på frivillighetsrekvisitet.

4.1 Det straffbara området

Det av BrB 6 kap. 1 § straffbara området utgörs av vissa sexuella handlingar genomförda mot en person som inte deltagit frivilligt. Sådana sexuella handlingar som omfattas av bestämmelsen är vaginalt, analt eller oralt samlag och annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Vad som menas med dessa begrepp, samt med frivilligt deltagande, återkommer jag till i nedan avsnitt. Också att förmå en annan som inte deltar frivilligt att företa eller tåla handlingar som ryms inom det straffbara området utgör våldtäkt.

Begreppet *genomför* ska förstås som både situationer då gärningspersonen har initierat den sexuella handlingen samt då målsäganden varit initiativtagare.²⁰⁹ Det krävs dock att gärningspersonen är närvarande vid brottstillfället och att denne deltar på något vis, antingen fysiskt eller på annat sätt, såsom via internet eller telefon.²¹⁰ Att *delta* i en sexuell handling har av regeringen givits en neutral innebörd på så vis att det innefattar såväl aktivt som passivt deltagande. Det är tillräckligt att en person varit närvarande för att denne ska anses ha deltagit i lagens mening.²¹¹

Självklart krävs för fällande dom att det finns subjektiv täckning avseende att den utsatte inte har deltagit frivilligt. Eftersom studien fokuserar på rättsskyddsobjektet och dennes intressen

²⁰⁹ Prop. 2017/18:177 s. 34 f.

²¹⁰ NJA 2018 s. 1103 jämte prop. 2021/22:231 s. 20 f.

²¹¹ Prop. 2017/18:177 s. 31

ryms inte de subjektiva rekvisiten inom studiens syfte och kommer inte att beaktas vid utförandet av studien, se ovan avsnitt 1.4 *Avgränsningar*.

4.2 Närmare om samlag och sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag

Med *samlag* förstås enligt BrB endast vaginala samlag.²¹² Det krävs dock inte penetration, det är tillräckligt att ett manligt och ett kvinnligt könsorgan kommit i beröring.²¹³ Det finns inget krav på varaktighet för att handlingen ska bedömas som våldtäkt.²¹⁴ I 2018 års ordalydelse angavs enbart begreppet samlag eller handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Då bedömdes orala och anala samlag istället som en sexuell handling jämförlig med samlag.²¹⁵ Sedan 1 augusti 2022 har bestämmelsen formuleringen “...*genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag...*”.²¹⁶ Förtydliganden gjordes till följd av att begreppet samlag enligt brottsbalkens betydelse ansågs förlegad och inte korresponderade med samhällsuppfattningen.²¹⁷ Innebörden av begreppet *samlag* har dock inte ändrats. När jag framöver hänvisar till 2018 års våldtäktsbestämmelse syftar jag till den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsens med 2022 års ändringar.

Begreppet sexuell handling omfattar vaginalt, analt och oralt samlag,²¹⁸ men också andra *sexuella handlingar med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag*.²¹⁹ Av särskild betydelse vid bedömning av om gärningen omfattas av det straffbara området är kränkningen den inneburet.²²⁰ En sådan handling innebär i regel att gärningspersonen någorlunda varaktigt berört brottsoffrets könsorgan eller genomfört beröring mellan brottsoffrets kropp och det egna könsorganet.²²¹ Handlingen kan dock också bestå i att

²¹² Prop. 2021/22:231 s. 33

²¹³ Ibid. s. 33 f.

²¹⁴ Jfr. *ibid.*, s. 17

²¹⁵ Jfr. *ibid.*, s. 33 f.

²¹⁶ BrB 6 kap. 1 § 1st

²¹⁷ Prop. 2021/22:231 s. 34

²¹⁸ Jag menar att ett samlag omfattas av begreppet sexuell handling, eftersom det i lagrummet står “...*genomför ett vaginalt, analt eller oralt samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag...*” (egen markering). BrB 6 kap. 1 § 1st.

²¹⁹ Bexar, lagkommentar till BrB 6 kap. 1 §

²²⁰ Ibid.

²²¹ Jfr. prop. 2017/18:177 s. 17 ff.

brottsoffret genomför handlingen med sig själv eller med någon annan än gärningspersonen.²²²

Handlingen ska typiskt sett ha en påtaglig sexuell prägel och vara ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet, vilket innebär att handlingen typiskt sett syftar till att tillfredsställa utövarens eller offrets sexuella drift.²²³ Det krävs dock inte alltid att gärningspersonen begått handlingen för att tillfredsställa sin egen sexualitet. Vissa handlingar ska alltid anses ha en påtaglig sexuell prägel. Som exempel kan NJA 2013 s. 548 nämnas, där HD bedömde att handlingen att föra upp fingrar i en kvinnas underliv för att göra en "otrohetskontroll" ansågs ha en påtaglig sexuell prägel.²²⁴

Till följd av studiens begränsade omfattning kommer jag inte att i analysdelen att beakta vilken typ av sexuell handling som refereras till. När begreppet sexuell handling används menas således alla typer av handlingar som ryms inom våldtäktsbestämmelsens tillämpningsområde.

4.3 Närmare om frivilligt deltagande

Kärnan av den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen utgörs som sagt av frivillighetsrekvisitet. Det är därför såklart av vikt att förstå vad som menas med *frivilligt deltagande*. Vad som faktiskt menas med frivillighet definieras dock inte i propositionen. Istället anges att frivilligt deltagande inte ska ges en legal definition.²²⁵ Trots att lagstiftaren inte vill ge en definition av frivillighet menar jag att det krävs ett grepp om hur frivillighet ska förstås för att kunna diskutera om den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen kan tillgodose dess skyddsintressen och därigenom producera jämställdhet. Eftersom min studie kretsar kring just detta ska jag härnäst försöka fastställa yttre gränser för hur frivillighet ska förstås inom ramen för våldtäktsbestämmelsen. Ändamålet är inte att kartlägga specifika kriterier för frivillighet eller mönster i rättens bedömning beträffande när frivillighet föreligger eller inte.

Närmast en precision som finns i propositionen är att "*En frivillighetsbaserad lagstiftning tar sin utgångspunkt i att den som har för avsikt att ha sexuellt umgänge med någon annan*

²²² Ibid., s. 79

²²³ Ibid., s. 33

²²⁴ NJA 2013 s. 548

²²⁵ Prop. 2017/18:177 s. 31

måste försäkra sig om att viljan till ett sådant sexuellt umgänge är ömsesidig”²²⁶. Frivillighet har alltså en koppling till vilja. I den statliga utredningen som ligger till grund för våldtäktsbestämmelsen föreslås att begreppet frivillighet ska användas framför begreppet samtycke, eftersom ordet samtycke redan förekommer i BrB och har en definition som inte överensstämmer med den som menas i samband med våldtäktsbrottet.²²⁷ Av detta tycks det följa att begreppet frivillighet ska förstås inom ramen för sexualbrotten som samtycke i den bemärkelsen ordet används i den allmänna debatten. Detta besvarar dock inte frågan om hur frivillighet ska förstås. Enligt Folkhälsomyndigheten finns det ingen allmänt accepterad och använd definition av samtycke i en sexuell kontext.²²⁸ Myndigheten skriver att samtycke grundas sig i bland annat frivillighet, såväl som ömsesidighet och egenmakt.²²⁹ Detta för diskussion tillbaka till vad frivillighet är.

4.3.1 Frivillighet utanför våldtäktsbestämmelsen

Som ovan skrivet har frivillighet en koppling till vilja. Ordet *frivillighet* kan delas upp i “fri” och “villighet”, det vill säga frihet och vilja. Begreppen frihet och vilja har använts inom den västerländska filosofin i över 2000 år i strävan att förstå om vi har kontroll över våra handlingar.²³⁰ Aristoteles diskuterade frågan om vi har kontroll över våra handlingar i termer om *eph hemin*, det vill säga “står i vår makt”, och inte i termer om *eleutheria*, det vill säga frihet.²³¹ Eleutheria var reserverat för diskussion om politisk frihet. Efter Aristoteles tid började filosofer att använda begreppet även i den icke-politiska kontexten. Frihet började användas i relation till att vara i kontroll över våra handlingar; är du fri att agera på annat sätt än du gör - du har alternativet att agera eller inte agera - är du en fri agent.²³²

Begreppet *vilja* har i synnerhet använts för att hänvisa till den psykologiska kapaciteten att fatta beslut.²³³ Förmågan att fatta beslut är nära kopplad till möjligheten att välja våra handlingar på så sätt att vi först måste fatta beslut och göra ett val av handling. Den vedertagna definitionen av fri vilja är att en agent med fri vilja har möjlighet att välja hur

²²⁶ Prop. 2017/18:177 s. 23

²²⁷ SOU 2016:60 s. 17

²²⁸ Folkhälsomyndigheten, *Sexuell kommunikation och samtycke* s. 2

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Pink 2004, s. 2

²³¹ Ibid., s. 3. Dock använder författaren ett engelskt uttryck, “up to us” och freedom i översättningen från grekiskan. Jag har i min tur översatt “up to us” till “står i vår makt”.

²³² Ibid.

²³³ Ibid., s. 4 f. Jag har översatt det av författaren använda begreppet “decision-making” till beslutsfattande.

denne agerar.²³⁴ Med andra ord har agenten haft möjlighet att träffa andra val beträffande dennes handlingar. Vid diskussion om fri vilja närmar sig filosofer inte frågan om vad det innebär *att vilja* något, utan snarare *möjligheten att välja*.

Diskussionen om fri vilja är en filosofisk sådan, men den hjälper oss att förstå vad frivillighet innebär och vidare hur frivillighetsrekvisitet i våldtäktsbestämmelsen kan förstås. När rätten bedömer om en persons deltagande varit frivilligt menas enligt ovan en bedömning om denne haft möjlighet att välja sina handlingar.

4.3.2 Frivillighet inom våldtäktsbestämmelsen

Trots att en legal definition av begreppet frivilligt deltagande inte finns, ges av motiven vissa riktlinjer kring vad som menas med begreppet. Att genomföra ett samlag eller en annan sexuell handling enligt lagtexten innebär att utföra en sexuell handling med någon som inte av fri vilja deltagit, det vill säga, med någon som inte visat genom ord eller handling att deltagandet varit frivilligt eller uttryckt ett nej.²³⁵ Enligt den rådande regleringen finns det inget krav på att frivilligheten måste ha kommit till uttryck, men det ska särskilt beaktas om frivilligheten kommit till uttryck genom ord, handling eller på annat sätt.²³⁶ Rätten ska göra en helhetsbedömning i det enskilda fallet vid prövning av om frivillighet förelegat eller inte.²³⁷ Ett sådant annat sätt kan exempelvis vara kroppsspråk eller minspel.²³⁸ Eftersom det inte finns krav på att sådana uttryck ska ha förekommit kan även passivitet accepteras som uttryck för frivillighet.²³⁹

Vid bedömning av om frivillighet förelegat är inte individens inre vilja av vikt, det viktiga är om hen valt att delta eller inte.²⁴⁰ Med detta menas situationer där individen på något sätt givit uttryck för frivillighet trots att hen egentligen inte delta - avgörande är om individen haft möjlighet att ta ställning till deltagandet.²⁴¹ Regeringen skriver att hur en person uttrycker sin frivillighet är olika och kan ske både aktivt och subtilt.²⁴²

²³⁴ Palmgren 2012, *Ditt liv följer en fastlagd kurs*

²³⁵ Bladini & Svedberg Andersson 2020 s. 110 f.

²³⁶ Prop. 2017/18:177 s. 80, SvJT 2020 s 114

²³⁷ Prop. 2017/18:177 s. 80

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Jfr. *ibid.*, s. 80 f.

²⁴⁰ *Ibid.*, s. 78

²⁴¹ *Ibid.*, s. 33

²⁴² *Ibid.*, s. 32

På samma sätt som en person har rätt att välja om denne vill ingå i ett sexuellt umgänge omfattas även rätten att välja *hur* denne bemöter sexuella inviter av självbestämmanderätten.²⁴³ Detta inkluderar rätten att bemöta sexuella närmanden med passivitet.²⁴⁴ Eftersom passivitet i vissa fall kan godtas som ett uttryck för frivillighet är frågan om hur våldtäktsbestämmelsen förhåller sig till ett *tyst samtycke*. Gällande *tyst samtycke* skriver regeringen i förarbetena att det vid synnerliga skäl kan godtas som uttryck för frivillighet.²⁴⁵ Om tyst samtycke är under rättslig prövning samtidigt som målsäganden förnekar att frivillighet förelåg krävs det något som tyder på att samtycke faktiskt har förelagat.²⁴⁶ Det finns alltså ett ansvar för den som utför den sexuella handlingen att förvissa sig om deltagandet är frivilligt om osäkerhet uppstår.

Frivilligheten ska föreligga under hela den sexuella akten.²⁴⁷ När som helst kan en person få en annan uppfattning avseende deltagandet och ångra beslutet att delta. 2014 års sexualbrottskommitté (vars betänkande ligger till grund för 2018 års lagreform) menade att i de fall då den utsatte har inledningsvis givit uttryck för frivilligt deltagande, men ändrar sig, behöver denne uttrycka ofrivilligheten på något vis.²⁴⁸ Även i en sådan bedömning menar regeringen dock att ett krav inte ska ställas, men att en väsentlig del likväl är att se till vad den utsatte uttryckt eller inte uttryckt.²⁴⁹ Därtill anses inte att övertalning till samlag eller liknande handling genom påtryckning eller övertalning - så kallat "tjatsex" - som våldtäkt.²⁵⁰ Även ett sådant deltagande anses vara ett uttryck för sexuellt självbestämmande. Det viktiga vid bedömningar är om frivilligheten kommit till uttryck och om avsaknaden av ett sådant uttryck normalt sett borde tolkas som avsaknad av frivillighet.²⁵¹

4.3.3 När frivillighet aldrig kan anses föreligga

I BrB 6 kap. 1 st 1-3 p. anges tre situationer vars förekomst medför att frivillighet aldrig kan anses föreligga, oavsett om brottsoffret uttryckt att deltagandet är frivilligt. Den första situationen är om deltagandet sker till följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Ibid., s. 80

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid., s. 79

²⁴⁸ SOU 2016:60 s. 18

²⁴⁹ Prop. 2017/18:177 s. 33

²⁵⁰ Ibid.s. 78

²⁵¹ Ibid., s. 80

meddelande om någon annan.²⁵² Med misshandel eller annat våld menas den art av våld som anförs i den tidigare regleringen av våldtäkt - alltså våld mot person.²⁵³ Enbart de fall när den sexuella handlingen skett medelst våld eller hot är straffbara, det vill säga när våldet eller hotet är kausalt med vad den utsatte måste göra eller utstå.²⁵⁴

Den andra situationen är då gärningspersonen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetslöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation.²⁵⁵ Angående den andra punkten hade kommittén och vissa remissinstanser lite olika uppfattningar. Vissa ansåg att sömn och medvetslöshet inte skulle räknas upp eftersom en sovandes eller medvetslös person inte kan ge uttryck för frivillighet samt då frivillighet inte kan ges uttryck för i förväg.²⁵⁶ Remissinstanserna i fråga menade att sömn och medvetslöshet bör räknas upp för att *tydliggöra* att en person i de tillstånden inte kan delta i den sexuella handlingen frivilligt.²⁵⁷ Regeringen valde att ha med dessa två situationer i lagtexten för att fånga upp även de fall där brottsoffret befinner sig i ett sömnliknande tillstånd eller i tillstånd mellan sömn och vakenhet, som annars riskerar att försvåra rättstillämpningen.²⁵⁸ Inte alla sexuella handlingar utförda mot en sovandes person är dock straffbara. Straffbarhet för en sådan handling är visserligen utgångspunkten, men om parterna exempelvis har en relation där det inte är främmande att väckas på ett sådant vis är det inte att anses som brottsligt.²⁵⁹

Den sista situationen som medför att ett deltagande aldrig kan anses frivilligt är då gärningspersonen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till denne.²⁶⁰ Denna punkt togs med i ledet av att utvidga omfattningen av straffbarhet enligt den nya regleringen baserad på frivillighet. Tidigare lagfördes en sådan gärning enligt den särskilda straffbestämmelsen om sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning, vilket hade ett lägre straff. Rekvisiten är densamma och bedömningen av

²⁵² BrB 6 kap. 1 § 1st 1 p.

²⁵³ Prop. 2017/18:177 s. 80 jämte prop. 2004/05:45 s. 45

²⁵⁴ Prop. 2017/18:177 s. 38

²⁵⁵ 6 kap. 1 § 1 st 2 p BrB

²⁵⁶ 2014 års sexualbrottskommitténs synpunkt. Prop. 2017/18:177 s. 40

²⁵⁷ Stockholms tingsrätt, Jönköpings tingsrätt, Göteborgs universitet och Kvinnofronten. Prop. 2017/18:177 s. 40

²⁵⁸ Prop. 2017/18:177 s. 40

²⁵⁹ Det krävs att gärningsmannen *otillbörligt utnyttjat* att personen varit medvetslös eller sovandes. Prop. 2017/18:177 s. 40

²⁶⁰ BrB 6 kap. 1 § 1 st 3 p

dem likaså.²⁶¹ HD förklarar i NJA 2015 s. 536 att en beroendeställning innebär att det finns ett avhängighetsförhållande mellan parterna. Kännetecknande för ett sådant förhållande är att den "svagare" parten är beroende av beslut som den "starkare" parten har möjlighet att fatta.²⁶² Även andra förhållanden kan vara sådana som omfattas av den tredje punkten. Till exempel nämner HD i rättsfallet en narkomans förhållande till sin leverantör. Oavsett om det är ett formellt förhållande eller inte krävs det att den starkare parten har utövat ett maktövergrepp mot den svagare - det ska vara ett missbruk av makten. Beroendeställningen måste med andra ord ha starkt påverkat eller varit avgörande för att situationen ska omfattas av våldtäktsbestämmelsens tredje punkt.

4.4 Sammanfattande kommentar

I detta kapitel har studiens andra frågeställning besvarats. Av utredningen vars resultat har presenterats framgår det straffbara området enligt BrB 6 kap 1 §. Av våldtäktsbestämmelsens ordalydelse framgår att sexuella handlingar i form av vaginalt, analt eller oralt samlag och annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag genomförda mot en person som inte deltagit frivilligt utgör en våldtäkt i lagens mening.

En närmare granskning har gjorts avseende rekvisitet "deltagit frivilligt". Denna utredning har inkluderat att utröna hur frivilligheten definieras i motiven till våldtäktsbestämmelsen såväl som vilken betydelse frivillighet har i en icke-rättsligt kontext. Av motiven till 2018 års våldtäktsbestämmelse framgår att ett frivilligt deltagande kan inte ges en legal definition. Detta då hur frivillighet kommer till uttryck är individuellt. Det kan av samma anledning inte ges en legal definition av icke-frivillighet. Det har därav ålagts domstolarna att avgöra i varje enskilt fall om frivillighet har förelegat eller inte. Vid en sådan bedömning ska rätten särskilt beakta om frivilligheten kommit till uttryck genom exempelvis ord, kroppsspråk eller minspel. I tre situationer, däribland där våldtäkten skett medelst våld eller tvång, kan frivillighet aldrig anses föreligga. Föresättningsvis är det inte den inre viljan som beaktas vid bedömning om ett deltagande har varit frivilligt eller inte. Det anses att det ligger inom ramen för den sexuella självbestämmanderätten att välja att delta i en sexuell handling trots att man inte vill detta.

²⁶¹ Prop. 2017/18:177 s. 41 f.

²⁶² HD använder orden "svagare" och "starkare" i sitt domskäl.

5. Rättsskyddssubjektets autonomi

I detta kapitel ska studiens tredje frågeställning besvaras, det vill säga vilka antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi. Endast antaganden i relation till våldtäktsbrottet kommer att utvärderas. För att besvara denna fråga kommer jag att analysera våldtäktsbestämmelsen utifrån ovan gjorda utredningar i kapitel 3 och 4. Till hjälp kommer jag att använda mig av teoretiska redskap hämtade från den teoriram som presenterats i avsnitt 2.1 *Genusrättsvetenskaplig teoriram*.

5.1 Ett rättsskyddssubjekt med traditionell autonomi

I mina teoretiska utgångspunkter innefattas ett kritiskt förhållningssätt till användningen av det klassiska liberala rättssubjektet och traditionell autonomi i straffrättsystemet. Det görs med andra ord ett antagande om att straffrätten faktiskt utgår från det klassiska liberala rättssubjektet och en traditionell autonomi vid konstruktion av exempelvis ansvarssubjekt och rättsskyddssubjekt. Påståendet innebär att lagstiftning generellt sett gör detta antagandet. Undantag kan alltså föreligga. I kommande avsnitt i detta kapitel avser jag att utvärdera om rättsskyddssubjektet inom ramen för våldtäktsbestämmelsen har tilldelats en traditionell autonomi eller inte. Jag kommer enbart att utreda huruvida rättsskyddssubjektet har en kontextbunden autonomi eller inte.

5.1.1 Situationer där yttre omständigheter tycks få betydelse för rättsskyddssubjektets autonomi

Utredningen vars resultat presenterats i kapitel 4 visar att en person inte har ett ansvar att visa sin vilja eller sin motvilja att delta i en sexuell handling. Ett sådant krav kan inte ställas eftersom hur man visar frivillighet respektive ofrivillighet är individuellt. Det finns alltså inga kriterier för vad som anses vara ofrivillighet respektive frivillighet i lagens mening. Däremot ska det domstolarna vid sin tillämpning särskilt beakta om frivillighet har kommit till uttryck. Av motiven till 2018 års lagändring framgår att man vill skydda en persons rätt att bemöta en sexuell handling som man vill. Inom ramen för den sexuella självbestämmanderätten menar lagstiftaren att en person kan välja att delta i en sexuell handling trots att det är mot dennes inre vilja. Det är som tidigare anförts inte den inre viljan som är avgörande. Av detta tycks det förutsättas av lagstiftaren att den utsatte har en god förmåga att i den givna situationen nå sin inre vilja och att agera utefter den. Detta blir än tydligare då lagstiftaren i vissa specifika

situationer motsatsvis erkänner att den utsatte *inte* har denna möjlighet. Jag refererar till de tre situationer som anges i brottsbestämmelsen vars förekomst innebär att ett deltagande aldrig kan anses vara frivilligt. Enligt mig utmärker sig situationerna på så sätt att den utsatte är i ett form av underläge i förhållande till gärningspersonen.

5.1.1.1 Kroppsligt underläge

I den första situationen, där deltagandet sker till följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan, menar jag att den utsatte är i *kroppsligt underläge*. Sådana situationer omfattas av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 1p.. Jag kallar det *kroppsligt* underläge eftersom denna punkt aktualiseras när gärningen begås medelst våld eller hot om annan *påtaglig* skada. Utan avsikt att minimera annan form av skada som följer det trauma som det innebär att utsättas för en våldtäkt, anser jag att sådana situationer har gemensamt att en viss typ av direkt skada tillfogas eller hotas att tillfogas den utsatte, utöver den som våldtäkten i sig medför. Det kan exempelvis vara skada i form av misshandel eller skadegörelse, men även hot om skada, till exempel i form av hot om att sprida nakenbilder på den utsatte. Jag skiljer alltså sådan skada från exempelvis psykiska men till följd av traumat eller utebliven inkomst till följd av frånvaro från arbete, det vill säga skador som är lika verkliga men mindre tangerbara vid själva brottstillfället. Begreppet kroppsligt har alltså en vidare innebörd än människans fysiska beståndsdelar.

Med *underläge* menar jag att den utsatte fråntas möjligheten att bestämma själv om hon vill delta i handlingen. Den utsatte har deltagit i den sexuella handlingen enbart på grund av den omständighet som föreligger och som omfattas av de tre situationerna givna av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 1-3 p. Begreppet kan ses som en samlad benämning på det faktum att den utsatte i de givna situationerna inte har möjlighet att agera utefter sin vilja, till följd av omständigheterna som anges i lagen är icke-existerande.

5.1.1.2 Fysiskt underläge

I den andra situationen, där gärningspersonen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetslöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, menar jag att den utsatte befinner sig i ett *fysiskt* underläge. Dessa

situationer omfattas av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 2p. Gemensamt för samtliga situationer är att den angripne inte anses kunna ge uttryck för sin frivillighet alternativt ofrivillighet, ofta då denne inte kunnat ta ställning till handlingen. Trots att psykisk störning omfattas av denna punkt har jag valt att kalla underläget *fysiskt*, eftersom jag menar att även en psykisk störning hänför sig i denna mening till den utsattes fysiska förutsättningar. Detta tydliggörs av att jag har valt att kalla den sista samlingen av scenarion för *psykiskt/relationellt* underläge.

5.1.1.3 Relationellt underläge

Den tredje punkten, BrB 6 kap. 1 § 1 st 3 p., fastställer som sagt att ett deltagande aldrig kan anses frivilligt då gärningspersonen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till denne. Med relationellt underläge refererar jag till ett förhållande som påverkar den utsatte utan att hänföra sig till dennes fysiska situation. Det bedöms i dessa situationer finnas ett avhängighetsförhållande mellan parterna som anses vara orsaken till brottsoffrets deltagande i den sexuella handlingen. Gärningspersonen har ett sådant maktövergrepp över den utsatte att hon inte bedöms ha kunnat välja om hon vill delta eller inte. Eftersom underläget på så vis är avhängig den specifika relationen och missbrukandet därav kallar jag denna form av underläge för relationellt.

5.1.2 Negativ autonomi eller positiv autonomi?

Den inre viljan är som sagts inte avgörande vid bedömning om ett deltagande varit frivilligt eller inte. Att göra något som man inte vill anses vara en del av självbestämmanderätten och därför vill man skydda rätten att delta i en sexuell handling trots att man inte vill. Lagens arm når därmed inte närmare personen än dennes deltagande i den sexuella handlingen. Rätten har dock ingen förmåga enligt den nuvarande regleringen av våldtäkt att sträcka sig in till personens inställning till deltagandet, det vill säga hennes inre vilja eller ovilja att delta i den sexuella handlingen.

Regeringens uppfattning av självbestämmanderätten - det vill säga betrakta intresset att ha rätt att välja att delta trots att man inte vill som mer skyddsvärt än intresset att skydda rätten att inte delta i en sexuell handling om man inte vill - kan jämföras med förståelsen av autonomi som en negativ frihet. Det finns nämligen likheter mellan den liberala förståelsen av autonomi som innebär att full autonomi kan uppnås under förutsättning att personen ska vara fri från hinder i utövandet av sin självbestämmanderätt och lagstiftarens vilja att skydda

vad den anser är den sexuella självbestämmanderätten genom att hålla straffrättens utanför personens inre vilja. Det vore ett ingripande i individens rätt att agera i strid med sin vilja om den inre viljan togs med i regleringen.

Om man däremot även beaktar de av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 1 och 3 p. givna situationer där frivillighet aldrig kan anses föreligga tycks lagstiftaren närmast göra antagandet om rättsskyddssubjektets autonomi som en kombination av en negativ och en positiv förståelse av autonomi. Situationerna givna i lagrummets första och tredje punkt kan nämligen jämföras med de exempel på en sådan kombination av negativ och positiv förståelse för autonomi som ges av Raz. De situationer som omfattas av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 2 p. är sådana att den utsatte inte anses ha kunnat ta ett ställningstagande till deltagandet överhuvudtaget och berikar därför inte denna analys särskilt, därför har denna punkt lämnats därhän för tillfället.

I en situation som omfattas av BrB 6 kap. 1 § 1 st 1 p. anses frivillighet inte kunna föreligga till följd av yttre faktorer som innebär hot om påtaglig skada såsom begreppet ska förstås enligt kapitel 4. Det föreligger alltså sådana faktorer i den givna situationen som föranleder att brottsoffret befinner sig i ett kroppsligt underläge i relation till gärningspersonen. En situation som omfattas av BrB 6 kap. 1 § 1 st 3 p. innebär att den utsatte till följd av ett beroendeförhållande till gärningspersonen som missbrukats av denne inte kan anses ha deltagit frivilligt. Den utsatte befinner sig då i ett relationellt underläge. Gemensamt för dessa situationer är att det föreligger sådan yttre påverkan som medför att brottsoffrets saknar alternativ till deltagandet. Att utstå våld eller annan form av dessa påtryckningar som listas anses inte av lagstiftaren vara ett acceptabelt alternativ. För att ge ett banalt, men tydligt exempel, en individ hotas med misshandel på ett sätt som omfattas av våldtäktsbestämmelsen om denne inte deltar i den sexuella handlingen. Alternativet, misshandel i detta exempel, anses det inte vara ett acceptabelt val. När det gäller den tredje punkten kan följande exempel ges. Om gärningspersonen är den utsattes arbetsgivare och hotar om uppsägning anses alternativet inte vara acceptabelt. Brottsoffrets handlingsbeslut, det vill säga deltagandet, förstås då genom omständigheterna i den givna situationen, inte av hennes utvärderingsförmåga.

5.1.3 Kontextbunden autonomi eller avsaknad av autonomi?

Den utsatte anses alltså av lagstiftaren i vissa situationer befinna sig i ett sådant underläge att ett deltagande aldrig kan anses frivilligt. Att en maktobalans mellan de inblandade beaktas på

sådant vis kan anses vara en avvikelse från den traditionella autonomi. Då yttre omständigheter som kan leda till att parterna inte är jämställda uppmärksammas tycks lagstiftaren utgå från en kontextbunden autonomi. Jag menar dock att dessa tre lagstadgade situationer, där offrets underläge har synliggjorts och faktiskt tillåts rubba föreställningen om den traditionella autonomi, likväl utgår från densamma. Gemensamt för kroppsligt, fysiskt och relationellt underläge är att förklaringen till maktobalansen inte ges på ett strukturellt plan baserat på normer, förväntningar eller föreställningar. Istället ses det som ett tvång eller sårbarhet som hänförs till den unika situationen mellan de unika parterna.

För att förklara mitt påstående vill jag likna de i bestämmelsen angivna situationerna med avtalets ogiltighet enligt AvtL 28 §. Enligt denna bestämmelse är den utsatte inte bunden av ett avtal om det ingåtts medelst våld å person eller hot om våld som inneburit trängande fara.²⁶³ Även AvtL 29 § bör nämnas, som stadgar att ett avtal inte är bindande även om ett lindrigare tvång används för att få till avtalet, så länge som motparten är den tvingande personen alternativt varit medveten om tvånget. Den tvingade parten anses i dessa fall inte ha ingått avtalet av sin fria vilja och det uttryck för viljan att ingå avtalet - exempelvis en signatur - är inte giltigt. Utgångspunkten är dock är alla individer i rättslig bemärkelse är jämlikar i sin förmåga att träffa avtal. Någon särskild hänsyn har inte tagits till att en av parterna skulle på ett mer strukturellt plan vara svagare än den andre. På liknande sätt anses inte ett uttryck för frivilligt deltagande i en sexuell handling giltigt i de tre punkterna. Det lagstiftaren har gjort är att göra gällande att det rättsskyddsobjektet *helt saknar* autonomi i dessa situationer. Detta till skillnad i KköpL och LAS, där lagstiftaren beaktat strukturell obalans i makt och därför valt att införa skyddande bestämmelser för den svagare parten,²⁶⁴ och därmed antyder att rättssubjektet har en *begränsad* och *kontextbunden* autonomi i relation till den starkare parten. Denna inställning kan sägas vara en avvikelse från den traditionella autonomi till förmån för ett rättssubjekt skapad av dess omgivning och vardag.

²⁶³ Med trängande fara förstås en överhängande fara som i praktiken inte lämnar offret något val. Hotet som uttalas ska avse ett för den hotade betydelsefullt intresse, likt dennes liv eller hälsa. NJA 1997 s. 507

²⁶⁴ Jfr. KköpL 1 kap. 1 § där det anges att lagen innehåller skyddande bestämmelser för konsumenter, samt LAS, som av dess namn att döma tydligt avser att ge skydd åt arbetstagaren i vissa hänseenden.

5.2 Sammanfattande kommentar

I detta kapitel har studiens tredje frågeställning besvarats, det vill säga vilka underliggande antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som görs i förhållande till våldtäktsbestämmelsen. Utredningen har visat att lagstiftaren tycks bedöma att rättsskyddssubjektet har en kombination av en negativ och en positiv förståelse av autonomi och vidare att rättsskyddssubjektet helt saknar autonomi i sådana situationer som ges av BrB 6 kap. 1 § 1 st. 1-3 p.. Då befinner sig brottsoffret i ett sådant underläge i relation till gärningspersonen att hennes deltagande aldrig kan anses vara frivilligt. I andra fall, när rättsskyddssubjektet anses ha autonomi, bedöms hon ha en traditionell sådan. Detta innebär att hon har en autonomi jämlik ansvarssubjektets.

6. Våldtäktsbestämmelsens förmåga att producera jämställdhet

I detta kapitel analyseras resultaten från de utredningar som gjorts i kapitel 3, 4 och 5. Utredningen vars resultat har presenterats i kapitel 3 har visat vilka skyddsintressena är och hur de fungerar för att nå det jämställdhetspolitiska målet. Av utredningen vars resultat har presenterats i kapitel 4 framgår hur våldtäktsbestämmelsen given av BrB 6 kap. 1 § är utformad och vidare hur frivillighetsrekvisitet ska förstås. I kapitel 5 redovisas resultatet av undersökningen som syftade till att utröna vilka teoretiska antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi.

Ändamålet med detta kapitel är att uppnå studiens övergripande syfte. I detta kapitel undersöks därför vilka effekter de antagandena kan ha och därigenom om bestämmelsen med dess antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi kan bidra till det jämställdhetspolitiska mål som bestämmelsen enligt motiven till 2018 års lagändring syftar till. Detta görs med hjälp av den genusrättsvetenskapliga teorin som presenterats i kapitel 2. Med stöd av de begrepp och teorier som däri presenterats kan jag synliggöra eventuella problem med att använda straffrätten för att producera jämställdhet i samhället utan att ifrågasätta antaganden, det vill säga antaganden som inte synliggjorts eller som antas vara naturliga och neutrala.

6.1 Att välja och att vilja

Förhållandet mellan rättsskyddssubjektets autonomi och frivillighetsrekvisitet har varit centralt inom ramen för ovan utredningar. Detta är föga förvånande eftersom frågor om rättsskyddssubjektets autonomi aktualiseras vid bedömning av om deltagandet i en sexuell handling varit frivilligt eller inte. Vad som varit mer förvånande under studiens gång är vad som framkommit om den rättsliga synen på frivillighet. Det första som kommer att analyseras djupare är därför vilka effekter den rättsliga synen på frivillighet kan få och eventuella problem som följer. Detta är inte uttryckligen en del av studiens formulerade syfte. Däremot utgör frivillighetsrekvisitet öppningen genom vilken frågor om rättsskyddssubjektets autonomi blir aktuella överhuvudtaget. Förståelsen av frivillighet hänger samman med uppfattningen av autonomi.

6.1.1 Rättslig respektive faktiskt frivillighet

Av ovan utredning anser jag att man kan skilja två olika typer av frivillighet åt. Den ena frivilligheten kallar jag *rättslig frivillighet*. Det är denna frivillighet som rätten har att pröva; har målsäganden deltagit frivilligt i samlaget eller den sexuella handlingen som med hänsyn till kränkningens art är att jämföra med samlag? Denna frivillighet korresponderar inte nödvändigtvis med brottsoffrets inre vilja. Det fastställs som sagt i propositionen att det är utan betydelse om personen innerst inne varit positivt eller negativt inställd till den sexuella handlingen eller inte. Med andra ord är personens inre inställning irrelevant beträffande den rättsliga frivilligheten. Det är självfallet inte omöjligt att den rättsliga frivilligheten i en given situation kan överensstämma med personens faktiska vilja. Jag använder begreppen faktisk vilja och inre vilja synonymt. Jag menar nämligen att den inre viljan är individens faktiska vilja och att all annan form av vilja som inte innefattas av det lagstiftaren bedömer vara den inre viljan är en rättslig konstruktion av vilja som görs för att underlätta tillämpningen av våldtäktsbestämmelsen. På samma sätt är den rättsliga frivilligheten en rättslig konstruktion som görs för att möjliggöra en effektiv rättstillämpning.

Den andra typen av frivillighet kallar jag *faktisk frivillighet*. Denna frivillighet är till skillnad från den rättsliga frivilligheten avhängig personens faktiska vilja. Om offret faktiskt inte vill delta i den sexuella handlingen kan ett deltagande aldrig anses vara frivilligt så som frivillighet ska förstås enligt den faktiska frivilligheten. Den faktiska frivilligheten överensstämmer med den filosofiska definitionen av frivillighet som presenteras i avsnitt 4.3.1 *Frivillighet utanför våldtäktsbestämmelsen*.

6.1.2 Yttre respektive inre vilja

I likhet med hur två typer av frivillighet kan skiljas åt menar jag att även två typer av viljor skiljas åt. Jag syftar till den separation jag gör i föregående avsnitt avseende att den inre viljan är individens faktiska vilja och att all annan form av vilja är en rättslig konstruktion. Jag menar att man kan tala om brottsoffrets yttre respektive inre vilja. Den *yttre viljan* utgör den rättsliga konstruktionen. Den *inre viljan* är den som speglar vad brottsoffret faktiskt vill och korresponderar med den faktiska frivilligheten på så vis att när faktiskt frivillighet föreligger har brottsoffret givit uttryck för sin faktiska vilja.

Relationen mellan den yttre och inre viljan kan förklaras enligt följande. Regeringen skriver som ovan sagt att den sexuella självbestämmanderätten inbegriper rätten att välja att delta i en sexuell handling trots att det är emot den inre viljan. Den yttre viljan är i förhållande till den inre viljan den "vilja" som ligger till grund för valet att delta i ett sådant scenario. Jag menar inte att den yttre viljan är en verklig sådan. Mitt syfte med begreppet är att abstrahera lagstiftarens intentioner.

För att rättslig frivillighet ska föreligga är det tillräckligt att brottsoffret haft en yttre vilja att delta. Notera att både den rättsliga friheten och den yttre viljan är konstruktioner som inte med nödvändighet speglas i den verkliga situationen. När jag skriver att rättslig frivillighet föreligger *kan* faktiskt frivillighet föreligga. När jag skriver att yttre vilja föreligger *kan* även inre vilja föreligga. Den rättsliga frivilligheten och den yttre viljan är begrepp som hjälper mig att komma närmare en förståelse av vad som den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen faktiskt skyddar och kan på så sätt möjliggöra en kunskap av om bestämmelsen är kapabel att producera jämställdhet. Av utredningen gjord inom ramen för denna studie framkommer att det för friande utfall räcker att den utsatte (i) rättsligt frivilligt deltagit baserat på (ii) sin yttre vilja. Förklaringen till att den inre viljan inte ges betydelse är att skydda rättssäkerheten, det vill säga ansvarssubjektets intressen. Av kapitel 4 framgår att regeringen i motiven till våldtäktsbestämmelsen skriver att om en person deltar i en sexuell handling efter påtryckningar eller övertalning, det vill säga "tjatsex", ska personen som utför den sexuella handlingen kunna förlita sig på att den "frivillighet" som personen som blivit påtryckt eller övertalad ger uttryck för. Jag skriver frivillighet inom citationstecken då jag menar att det kan diskuteras i vilken mån ett sådant deltagande är frivilligt. Enligt förståelsen om faktiskt frivillighet menar jag att deltaganden troligtvis inte är frivilligt i ett sådant scenario, men utifrån bedömningen av rättslig frivillighet är det att bedöma som ett frivilligt deltagande. Man har med andra ord inte valt att skydda rättsskyddssubjektets rätt att inte genom påtryckningar eller övertalningar behöva delta i sexuella handlingar. En följd av detta är att det kan förekomma situationer där målsäganden upplevt en händelse som en våldtäkt inte bedöms vara en våldtäkt av rätten. Detta är visserligen sant för alla typer av brott och straffrätten kan på grund av sin ingripande natur inte ta hänsyn till enskildas upplevelser av enskilda händelser. Det krävs att handlingen omfattas av gärningen beskriven i straffbudet.

Ovan argument har använts många gånger tidigare beträffande våldtäktsbrottet. Av kapitel 3 följer att liknande resonemang har framförts vid varje utvidgning av våldtäktsbrottet. Till

exempel, när det i 1864 års strafflag fordrades att den sexuella handlingen genomfördes medelst våld eller hot därom ansågs det rekvisitet alltså krävas för att det skulle vara säkert att den utförda handlingen var en kränkning av den sexuella självbestämmanderätten. På samma sätt ansågs rekvisitet att gärningspersonen otillbörligt utnyttjat att den utsatte befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd när det infördes 141 år senare krävas för att säkerställa att den utförda handlingen innebar en kränkning av offrets skyddsvärda intressen. Genom 2018 års utvidgning av våldtäktsbrottet har fokus flyttats från omständigheter som medför att skyddsintressena med säkerhet kan bedömas vara kränkta (exempelvis att den sexuella handlingen begåtts medelst våld eller genom ett otillbörligt utnyttjande av att den utsatte befunnit sig i en särskilt utsatt situation) till skyddsintressena själva. Frågan är exempelvis inte längre om mannens våld varit nödvändigt för att den sexuella handlingen har ägt rum, utan om den sexuella handlingen ägt rum för att kvinnan utövat sin sexuella självbestämmanderätt. Därför träffar ovan förda argumentation inte riktigt som den gjort förr.

6.2 Skyddar våldtäktsbestämmelsen allas ovillkorliga rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt?

I kapitel 3 framgår skyddsintressenas innebörd. Den personliga integriteten kan som sagt sammanfattas som rätten till en fredad sfär där ingrepp ska kunna avvisas. Vidare innebär den sexuella integriteten att var och en ska vara skyddad från intrång i dennes personliga sfär i ett sexuellt hänseende, men omfattar också den enskildes rätt att i ett sexuellt hänseende bestämma över sin egen kropp samt var, när och under vilka villkor denne ingår i ett sexuellt umgänge. Utredningen har alltså visat att sexuell självbestämmanderätt är en del av den sexuella integriteten. Därtill framgår av kapitel 5 min uppfattning att lagstiftaren genomgående har utgått från den traditionella uppfattningen av autonomi vid utformningen av våldtäktsbestämmelsen. Detta gäller även när de situationer som anges i BrB 6 kap. 1 st. 1-3 p. föreligger. Uppfattningen tycks vara att brottsoffrets autonomi i ett sådant läge är icke-existerande snarare än begränsad och kontextbunden. I övrigt betraktas brottsoffret som ett subjekt med autonomi och i all väsentlighet som jämlik gärningspersonen.

I detta avsnitt kommer jag att analysera närmare vilka effekter som följer av de antaganden som görs beträffande rättsskyddsobjektet och dennes autonomi och vilken inverkan sådana kan ha på våldtäktsbestämmelsens förmåga att producera jämställdhet.

6.2.1 Brottsofferstatus vid avsaknad av autonomi

I tre situationerna givna av BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. har lagstiftaren konstruerat tre scenarion där offret kan anses vara det ideala offret enligt Christies teori. När brottsoffret befinner sig i ett kroppsligt, fysisk eller relationellt underläge är hon oskyldig och okapabel att rå för sin utsatthet, exempelvis till följd av våld eller en särskilt utsatt situation. Detta kan jämföras med Aristoteles förståelse för autonomi; i vissa situationer är innehållet i brottsoffrets handlingsbeslut en reflektion av omständigheterna kring henne snarare än av hennes egen visdom. Hon bedöms inte ha ett acceptabelt alternativ till deltagandet i sådana situationer som omfattas av bestämmelsens första och tredje punkt och anses inte ha möjlighet att ta ställning överhuvudtaget till deltagandet i bestämmelsens andra punkt. Offret är i dessa situationer ett objekt för gärningspersonens angrepp. Hon är inte längre ett subjekt med tillhörande autonomi - domstolarna behöver inte ens pröva frågan om frivillighet förelegat. Domstolarna måste visserligen pröva om förutsättningarna i BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. är uppfyllda, men om rätten finner det styrkt att offret varit i vad jag kallar ett kroppsligt, fysiskt eller relationellt underläge krävs ingen prövning av brottsoffrets agerande och vilja. Det verkar sålunda finnas en koppling mellan graden av autonomi hos brottsoffret, i detta fall existerandet eller icke-existerandet, och dennes brottsofferstatus. När den utsatte befinner sig i ett kroppsligt, fysiskt eller relationellt underläge är denne underordnad gärningspersonen i en sådan hög grad att fullgod brottsofferstatus är uppnådd.

Denna slutsats är väl förenlig med Burmans teori om det relationella brottsoffret. Burman skriver som sagt att offrets agerande och utsatthet i relation till gärningspersonen inverkar på bedömningen av gärningspersonens skuld. Om offret varit i vad jag kallar ett underläge saknar hon helt autonomi och bedöms vara ett objekt som inte kunnat rå för sin utsatthet. Gärningspersonen bär i dessa lägen ensam skulden. Faran med att kvinnan enbart i vissa situationer bedöms ha brottsofferstatus är givetvis att hon i andra inte tillerkänns samma status. I nästa avsnitt kommer en närmare analys göras avseende sådana situationer där kvinnan inte ges brottsofferstatus enligt Burmans teori om det relationella brottsoffret.

6.2.2 Medskyldighet vid traditionell autonomi

Burman skriver som sagt att om offret anses medskyldig, genom exempelvis ett provocerande agerande, nedsätts gärningspersonens skuld i enlighet därmed. Jag menar att vid samtliga fall då de tre situationerna givna av BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. inte är tillämpliga anses brottsoffret

i varierande grad vara medskyldig på så sätt gärningspersonens straffansvar korresponderar med brottsoffrets agerande eller icke-agerande i den givna situationen. Jag påstår inte att lagstiftarens intention är att brottsoffrets agerande i den givna situationen ska göra henne medskyldig till händelsen. Däremot menar jag att en bedömning av brottsoffrets frivillighet vid fall de tre situationerna givna av BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. inte föreligger oundvikligen i någon mån medför att brottsoffret blir medskyldig genom att hennes agerande får betydelse vid bedömning av gärningspersonens skuld när rätten prövar om frivillighet förelegat.

Den rättsliga effekten av rättens bedömning av om frivillighet föreligger eller inte är svartvit på så sätt att om frivillighet inte anses ha förelegat har ett brott ägt rum och straffansvar följer, om frivillighet anses ha förelegat har ett brott inte ägt rum och straffansvar följer inte. Det ska påminnas om att de subjektiva rekvisiten har avgränsats bort inom ramen för denna studie. Beakta följande scenario. En kvinna har anmält en man för att ha våldtagit henne. Vi utgår från att det inte är en falsk anklagelse och att det är styrkt att ett samlag eller en sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är att jämföra med samlag har ägt rum mellan parterna. Vi utgår därtill från att kvinnan inte befunnit sig i ett underläge enligt BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p.. Rätten har då att bedöma om kvinnans deltagande har varit frivilligt. I domstolens prövning ska den göra en helhetsbedömning baserad på samtliga omständigheter i den givna situationen. Hänsyn tas till både målsäganden och den tilltalades utsagor och bevisning. Denna bedömning är inte helt svartvit. Det är inom ramen för denna prövning som brottsoffret vid fall hon anses ha traditionell autonomi åläggs del av gärningspersonens skuld. Begreppet skuld ska i detta sammanhang inte förstås som skyldig. Kärnan i rättens prövning i ett mål är att fastställa om ett brott har begåtts - inte om en viss handling har begåtts eller inte och om den är bra eller dålig.

Att brottsoffret i någon mån blir medskyldig genom att hennes agerande får betydelse vid bedömning av gärningspersonens skuld behöver i sig inte vara negativt. Det torde snarare vara en förutsättning för domstolens prövning av om en våldtäkt ägt rum. Problematiken med att rättsskyddssubjektets agerande tas i beaktning vid prövning av om gärningen ägt rum är att rätten utgår från att hon utan undantag i varje given situation har samma möjlighet att agera utefter sin vilja som gärningspersonen har. Rättsskyddssubjektet anses som sagt vara jämlik ansvarssubjektet avseende förmågan att handla autonomt.

6.2.3 Brist på levd autonomi

Som ovan stadgat tas rättsskyddssubjektets agerande i beaktning vid prövning av om gärningen ägt rum. Vidare anges att det som kan vara problematiskt med detta är att rätten utgår från att rättsskyddssubjektet är jämlik ansvarssubjektet gällande förmågan att agera autonomt. Detta antagande görs trots att kvinnor och män har olika levnadsvillkor. Enligt teorin om den manliga normen görs rättsliga bedömningar mot ett samhälle och en kultur som är baserad på en manlig rationalitet. Det är manliga erfarenheter, kunskaper och levnadsvillkor som ligger till grund för den norm mot vilken rättssubjekten ställs. Att manliga erfarenheter, kunskaper och levnadsvillkor ligger till grund för den rättsliga bedömningen innebär inte att man har en förståelse för autonomi som kontextbunden. Detta eftersom den traditionella autonomin också likt rättssystemet i sin helhet använder en manlig standard - därav talar man om en norm som är manlig. Det ska tilläggas att inte alla män delar samma erfarenheter och levnadsmönster och dylikt. Det som åsyftas är en manlig rationalitet som på ett strukturellt plan gynnar män som grupp framför kvinnor som grupp när rättsliga bedömningar görs mot denna rationalitet. Därför menar jag att om syftet med en straffrättslig reglering är att producera jämställdhet krävs det ett erkännande av den manliga normen och följer av denna i den rättsliga regleringen. Detta kan åstadkommas inom ramen för våldtäktsbestämmelsen med en förståelse av rättsskyddssubjektets autonomi som kontextbunden.

Med en förståelse för rättsskyddssubjektets autonomi som en levd sådan skulle lagstiftarens intention med den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen mer effektivt kunna uppnås. Detta genom ett erkännande av att kvinnor lever enligt andra villkor än män och därför har andra kognitiva och kroppsliga minnen och erfarenheter varigenom kvinnor och män har olika förutsättningar och förmågor att agera autonomt i en given situation. Den levda autonomin har som anført till skillnad från den traditionella autonomin uppfattningen att externa förhållanden kan inverka på individens möjlighet att agera utefter sin vilja. Den levda autonomin har som sagt ett vardagslivsperspektiv som innebär att mötet med rätten får betydelse. Erfarenheter och kunskaper tillåts ha inverkan på förståelsen av en erfarenheter och kunskaper inkorporeras i rättsvetenskapliga studier.

Utan en förståelse av autonomi som kontextbunden kan som framförts vissa gärningar som skulle kunna upplevas som en våldtäkt falla utanför det straffbara området. Som ovan stadgat är den inre viljan irrelevant, eftersom även valet att delta trots att det är i strid med sin inre

vilja anses vara en del av den sexuella självbestämmanderätten. Att en person tar ett sådant "val" trots att det går emot dennes inre vilja anses inte vara något problematiskt och härleds inte heller till andra omständigheter, som sexuella normer, sårbarheter och maktstrukturer och dylikt. Rätten gör dock alltid en helhetsbedömning baserad på omständigheterna i det enskilda fallet när den ska pröva om frivillighet har förelegat. Det finns därför egentligen inte ett formellt hinder för domstolen att beakta faktorer som sårbarhet och maktstruktur - i det enskilda fallet. Inom ramen för denna studie abstraheras dock de antaganden som görs av lagstiftaren i syfte att synliggöra eventuell problematik som kan följa på ett strukturellt plan.

Konsekvensen av att utan vidare utgå från den manliga rationaliteten är att den kvinnliga hamnar utanför. En våldtäktsreglering som inte erkänner att vissa antaganden har gjorts kan svårligen fånga upp strukturella maktobalanser, föreställning och sociala normer med mera, vilket kan orsaka att den bestämmelsen svårligen kan få den önskade effekten. Ett bättre skydd för kvinnors sexuella självbestämmanderätt torde istället vara att skydda rätten att *inte* delta trots exempelvis press från gärningspersonen och påtryckningar av yttre föreställningar och sociala normer. Att åstadkomma ett sådant skydd kräver att yttre faktorer tillerkänns betydelse för individens förmåga att utöva autonomi. Även om de tre situationerna givna av BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. inte föreligger är autonomin inte alltid fullt tillgänglig för individen. Med andra ord bör en förståelse för autonomin som en kontextbunden sådan vara mest fördelaktig för våldtäktsbestämmelsens förmåga att producera jämställdhet.

Om ett vardagslivsperspektiv varit utgångspunkten för lagstiftaren vid utformningen av våldtäktsbestämmelsen skulle lagstiftaren utgått från ett konkret sammanhang. Det konkreta sammanhanget skulle kunna ta avstamp i den statistik som återges i motiven till våldtäktsbestämmelsen. Där anges att 96 procent av de som anmäler våldtäkt är kvinnor och att 98 procent av de som misstänks för våldtäkt är män. Med ett vardagslivsperspektiv skulle en undersökning göras i vilka externa företeelser som exempelvis samhällliga normer och könskultur som föranleder denna statistik beaktas. Med en mer verklighetsförankrad våldtäktsbestämmelse skulle lagstiftaren inom ramen för bestämmelsen och dess tillämpning kunna erbjuda ett skydd för kvinnors personliga och sexuella integritet samt sexuella självbestämmanderätt som kan ge en mer tillfredsställande effekt. Den i motiven återgivna statistiken skulle då fungera som rättsvetenskaplig data snarare än som en problemformulering. Därtill skulle den rättsliga frivilligheten och den yttre viljan bättre kunna spegla den faktiska frivilligheten och den inre viljan.

6.3 Sammanfattande kommentar

De formulerade skyddsintressena innebär att var och en ska skyddas mot ingrepp i såväl den personliga som den sexuella sfären. Kvinnor och män ska ha samma möjlighet och rätt till personlig och sexuell integritet och sexuell självbestämmanderätt. En ambition torde vara att man vara skyddad från alla oönskade intrång i ens personliga och sexuella sfär. Frågan är om våldtäktsbestämmelsen kan uppnå ett sådant skydd. Min bedömning är att de förgivettagna antaganden som görs om rättsskyddssubjektets autonomi innebär att bestämmelsen misslyckas med sitt ändamål.

Ytterligare en konsekvens av att en kontextbunden autonomi inte används är uppdelningen av situationer där brottsoffret anses ha autonomi och när hon inte anses ha autonomi. Denna uppdelning har även betydelse för hur brottsoffret betraktas. I situationer där hon inte anses ha autonomi, det vill säga i situationer som omfattas av de i BrB 6 kap. 1 § 1 st 1-3 p. givna scenarierna, tilldelas hon brottsofferstatus. Detta då hon i sådana situationer anses vara i tillräckligt underläge i relation till gärningspersonen. När dessa situationer inte föreligger bedöms hon vara jämlik ansvarssubjektet och därav medskyldig.

Vid en prövning av frivillighet där rättsskyddssubjektet bedöms vara jämlik ansvarssubjektet beträffande hennes autonomi föreligger det en risk att situationer som upplevs som en våldtäkt inte anses av rätten vara en våldtäkt. Att rättsskyddssubjektet antas ha en icke-kontextbunden autonomi menar jag medför att den inre viljan är irrelevant vid den rättsliga bedömningen. Att delta i en sexuell handling fastän det är emot den inre viljan bedöms vara ett uttryck för den sexuella självbestämmanderätten som våldtäktsbestämmelsen ska skydda. Jag har i analysen ovan talat om att det föreligger en rättslig frivillighet i sådana situationer. Våldtäktsbestämmelsen skyddar alltså inte kvinnor från att inte delta i en sexuell handling om det inte är i enlighet med den inre viljan. För att tala om en frivillighet som överensstämmer med den inre viljan har jag använt begreppet faktisk frivillighet. En kontextbunden förståelse för autonomi skulle kunna medföra att våldtäktsbestämmelsen bättre kan hantera situationer där den rättsliga frivilligheten inte korresponderar med den faktiska, eftersom yttre faktorer och samhälleliga normer och dylikt tillåts inverka i bedömningen.

Sammanfattningsvis bedömer jag att antagandet att rättsskyddssubjektet har en traditionell autonomi medför att våldtäktsbestämmelsen inte kan skydda kvinnor från samtliga ingrepp i hennes personliga och sexuella integritet. Våldtäktsbestämmelsen skyddar kvinnors personliga integritet och sexuella integritet och självbestämmanderätt till viss del. Till följd av att kvinnors skyddsintressen inte ges ett fullgott skydd äventyras lagstiftarens intention att den frivilliga våldtäktsbestämmelsen ska ge en positiv effekt för jämställdhet.

7. Avslutande kommentar

Det övergripande syftet med denna studie har varit att kritiskt granska om våldtäktsbestämmelsen kan producera jämställdhet. Jag har gjort denna granskning då det i motiven till den frivillighetsbaserade våldtäktsbestämmelsen anges att man förväntar sig en sådan effekt i samhället.

Straffrättssystemet är väl bekant med att pröva rekvisit i förhållande ansvarssubjektet och dennes autonomi. Enligt grundläggande straffrättsliga principer, såsom konformitet- och legalitetsprincipen, krävs för straffansvar att individen ska ha haft möjlighet att välja att agera i enlighet med lag och valt att inte göra det. Frivillighetsrekvisitet i 2018 års våldtäktsbestämmelse medför att rätten numera ska pröva rekvisit i förhållande till rättsskyddssubjektets autonomi. Detta görs när rätten prövar om ett deltagande varit frivilligt eller inte.

En gärning kriminaliseras då man anser att det finns ett allmänt behov av ett gemensamt avståndstagande från ett beteende som kan skada skyddsvärda intressen. De gärningar som träffas av våldtäktsbestämmelsen är sådana att de anses kunna kränka de intressen som bestämmelsen avser att skydda. Att ha en förhoppning om att våldtäktsbestämmelsen ska kunna producera jämställdhet förutsätter att de intressen som bedöms skyddsvärda och som föranleder kriminaliseringen av gärningar som omfattas av straffbudet får ett tillfredsställande skydd genom bestämmelsens utformning och tillämpning. Inom ramen för denna studie har jag fokuserat på bestämmelsens utformning och har endast spekulerat vilken effekt teoretiska antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi kan få vid tillämpningen av densamma.

Studien har visat att det föreligger en risk att ett frivillighetsrekvisit inte är tillräckligt för att tillgodose skyddsintressena på ett tillfredsställande vis. Detta till följd av de antaganden om rättsskyddssubjektets autonomi som görs. Rättssystemet har en traditionell förståelse av rättsskyddssubjektets autonomi inom ramen för våldtäktsbestämmelsen, vilket medför att rättsskyddssubjektet antas ha en icke-kontextbunden autonomi som i den givna situationen är lika tillgänglig och stark som ansvarssubjektets. Detta antagande har resulterat i förståelsen av den sexuella självbestämmanderätten som en rätt att välja att delta i en sexuell handling trots att man inte vill, snarare än att skydda rätten att inte delta i en sexuell handling när man inte vill. Enligt den rådande regleringen av våldtäkt är det alltså tillåtet att ha sex med någon

som inte vill ha sex. Den frivillighet som skyddas genom våldtäktsbestämmelsen är en rättslig konstruktion av frivillighet som inte nödvändigtvis speglas i verkligheten. Ett alternativ skulle kunna vara att istället omfamna förståelsen för autonomi som en levd sådan, det vill säga en kontextbunden autonomi. Då kan rättsskyddssubjektets agerande eller icke-agerande i den givna situationen förstås mot bakgrund av sexuella normer, sårbarheter och maktstrukturer och dylikt.

*“Under law, rape is a sex crime that is not regarded as a crime when it looks like sex.”*²⁶⁵ Catharine MacKinnons skrev ovan rad år 1989. Hon var visserligen verksam i ett amerikanskt kontext, men jag menar att den är lika aktuell i en svensk sådan. Raden är skriven när våldtäkt i USA krävde att gärningspersonen begick våldtäkt exempelvis medelst våld eller tvång, precis som lagen krävde i Sverige fram till 2000-talet. Andemeningen är att det uppstår problem när övergrepp mot kvinnor, såsom våldtäkt, prövas mot bakgrund av en könskultur som är manligt kodad till följd av en hierarkisk maktrelation mellan kvinnor och män. Det är denna maktrelation som orsakar att män som grupp i regel erhåller skydd mot ingrepp i sin personliga och sexuella integritet och sexuella självbestämmanderätt medan kvinnor som grupp inte har samma skydd för sina intressen. Samma problematik förelåg när våldtäkt krävde övergrepp medelst våld eller tvång enligt svensk lag. Samma problematik föreligger med en våldtäktsbestämmelse där frivillighet är det gränsdragande rekvisitet. Framstår ett deltagande som frivilligt - när det av rätten prövas mot denna könskultur - bedöms deltagandet ha varit frivilligt.

Avslutningsvis, min uppfattning är att en frivillighetsbaserad våldtäktsbestämmelse bättre kan tillgodose de intressen som bestämmelsen avser att skydda än en våldtäktsreglering som kräver att den sexuella handlingen genomförts med exempelvis våld eller hot därom eller ett otillbörligt utnyttjande av en särskilt utsatt situation. En frivillighetsbaserad torde även ha bättre möjlighet att få en positiv effekt i samhället beträffande ökad jämställdhet mellan kvinnor och män. Däremot finns det fortfarande skäl att ifrågasätta våldtäktsbestämmelsens möjlighet att producera jämställdhet. Så länge osynliga antaganden görs om rättsskyddssubjektet föreligger en risk att den önskade effekten inte kan uppnås.

²⁶⁵ MacKinnon 1989, s. 172

Viljan att skydda rätten att inte vilja finns. 2018 års reform av våldtäktsbestämmelsen når dock inte riktigt sitt mål.

8. Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1962:10, *MED FÖRSLAG TILL BROTTSBALK, Del B*

Prop. 2004/05:45, *En ny sexualbrottslagstiftning*

Prop. 2009/10:80, *En reformerad grundlag*

Prop. 2012/13:111, *En skärpt sexualbrottslagstiftning*

Prop. 2016/17:222, *Ett starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten*

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

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

Statens offentliga utredningar

SOU 1984:80, *Tvångsmedel – Anonymitet – Integritet*

SOU 2001:14, *Sexualbrotten - Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor*

SOU 2016:60, *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*

Litteratur

Monografier

Berglund, Kerstin, *Straffrätt och Kön*, Iustus förlag AB, Uppsala 2007 (Cit. Berglund 2007).

Bexar, Mikaela: Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §, Karnov i JUNO, besökt 2020-11-21.
(Cit. Bexar, lagkommentar till BrB 6 kap. 1 §)

Burman, Monica, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor - Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007. (Cit. Burman 2007)

- Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2009. (Cit. Gunnarsson & Svensson 2009)
- Gunnarsson, Åsa, Svedberg Andersson, Wanna och Svensson, Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, 2 uppl., Lund, 2018. (Cit. Gunnarsson m.fl. 2018)
- Hirdman, Yvonne, (2004), *Genussystemet - reflexioner kring kvinnors sociala underordning I Genushistoria – En historiografisk exposé*, Christina Carlsson Wetterberg & Anna Jansdotter (red.), Studentlitteratur, Lund. (Cit. Hirdman 2004)
- Jansson Hassan, Karin, *Kvinnofrid – synen på våldtäkt och konstruktionen av kön i Sverige 1600–1800*, Historiska institutionen vid Uppsala Universitet, 2002. (Cit. Jansson Hassan 2002)
- Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001. (Cit. Jareborg 2001)
- Jareborg, Nils, Sandra Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Iustus Förlag, Uppsala, 2010. (Cit. Jareborg & Friberg 2010)
- Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen - Lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson Förlag, Stockholm, 2008. (Cit. Leijonhufvud 2008)
- Nationellt centrum för kvinnofrid, *ANTOLOGI - Sju perspektiv på våldtäkt*, Uppsala universitet, Uppsala, 2010 (Cit. NCK 2010)
- MacKinnon, Catharine, *Rape: On Coercion and Consent*, Toward a Feminist Theory of the State, 1989, s. 171-183. (Cit. MacKinnon 1989)
- Millet, Kate, *Sexualpolitiken*, Pocky, 1970. (Cit. Millet 1970)
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?*, Fritzes, Stockholm, 1995 (Cit. Peczenik 1995)
- Pink, Thomas, *Free Will: A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2004. (Cit. Pink 2004)
- Svedberg, Wanna, *Ett (o)jämnt transportsystem i gränlandet mellan politik och rätt*, Bokbox Förlag, Lund, 2013. (Cit. Svedberg 2013)

Wegerstad, Linnea, *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar – om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*, Juridiska fakulteten vid Lunds Universitet, 2015. (Cit. Wegerstad 2015)

Artiklar

Bladini, Moa & Svedberg Andersson, Wanna, *Autonomy and beyond - Voluntariness in the Light of Lived Autonomy*, Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift, 44 (3 & 4 /170), 2021, s. 35-49 (Cit. Bladini & Svedberg Andersson 2021)

Bladini, Moa & Svedberg Andersson, Wanna, *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 8, Issue 2, 2020, s. 95-125. (Cit. Bladini & Svedberg Andersson 2020)

Folkhälsomyndigheten, *Sexuell kommunikation och samtycke*, artikelnummer 21209, 2021. (Cit. Folkhälsomyndigheten, *Sexuell kommunikation och samtycke*)

Gustafsson Yakoub, Hanna, *Två sätt att tolka det nya våldtäktsbrottet*, SvJT 2020 s. 109-119. (Cit. SvJT 2020 s. 114)

Lyles, Max, *Rättshistoria, några tankar om innehåll och former*, Särtryck ur Juridisk Tidskrift Jubileumshäfte, 2007, s. 71-87. (Cit. Lyles 2007)

Internationella artiklar

Lacey, Nicola, *Responsibility and Modernity in Criminal Law*, the Journal of Political Philosophy, Vol. 9, nr. 3, 2001, s. 249-276. (Cit. Lacey 2001)

May, Thomas, *The Concept of Autonomy*, American Philosophical Quarterly 31 (2) 1994, s. 133 - 144 (Cit. May 1994)

Elektroniska källor

Förenta nationerna, *Globala målen - 5: Jämställdhet*, Uppdaterad 2022-10-18, <https://www.globalamalen.se/om-globala-malen/mal-5-jamstallldhet/>, (hämtad 2022-12-21). (Cit. Förenta nationerna, *Globala målen*)

Gendered Innovations, *Kön och genus är olika termer*,

https://www.genderedinnovations.se/page/sv-SE/34/K%C3%B6n_och_genus_%C3%A4r_olika_termer_, (hämtad 2022-12-21). (Cit. Gendered Innovations, *Kön och genus är olika termer*)

Hemtke, Erica, *Vad menas egentligen med "oaktsam våldtäkt"?*, Publicerad 2020-05-05, <https://www.domarbloggen.se/vad-menas-egentligen-med-oaktsam-valdtakt/> (hämtad 2022-12-10). (Cit. Hemtke 2020)

Jämställdhetsmyndigheten, *Delmål 6: Mäns våld mot kvinnor ska upphöra*, publicerad 2021-09-28, <https://jamstalldhetsmyndigheten.se/jamstalldhet-i-sverige/delmal-6-mans-vald-mot-kvinnor-ska-upphora/>, (hämtad 2022-12-10). (Cit. Jämställdhetsmyndigheten)

Nationalencyklopedin, *jämställdhet*.

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/jamstalldhet>, (hämtad 2022-12-21). (Cit. Nationalencyklopedin, *Jämställdhet*)

Nationalencyklopedin, *brottsoffer*.

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/brottsoffer> (hämtad 2022-12-21). (Cit. Nationalencyklopedin, *Brottsoffer*)

Nationalencyklopedin, *gärningsman*,

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/garningsman> (hämtad 2022-12-21). (Cit. Nationalencyklopedin, *Gärningsman*)

Palmgren, Gorm, *Ditt liv följer en fastlagd kurs*, Illustrerad vetenskap, Publicerad 2012-07-22, <https://illvet.se/manniskan/hjarnan/ditt-liv-foljer-en-fastlagd-kurs>, (hämtad 2023-01-22). (Cit. Palmgren 2012)

Regeringskansliet, *Mål för jämställdhet*, Uppdaterad 2012-12-21,

<https://www.regeringen.se/regeringens-politik/jamstalldhet/mal-for-jamstalldhet/>, (hämtad 2022-12-10). (Cit. Regeringskansliet)

SO-Rummet, *Genus och genusperspektiv*, Uppdaterad 2022-06-23,

<https://www.so-rummet.se/kategorier/genus-och-genusperspektiv#>, (hämtad 2022-12-21). (Cit. SO-Rummet, *Genus och genusperspektiv*)

Stockholmskällan, Stadens stenar, Uppdaterad 2021-12-02,
<https://stockholmskallan.stockholm.se/post/27042>, (hämtad 2022-12-29). (Cit.
Stockholmskällan, *Stadens stenar*)

Avgöranden

Europadomstolen

Case of *M.C. v. Bulgaria*, appl. no. 39272/98, 04/03 2004

Högsta domstolen

NJA 2004 s. 231

NJA 2013 s. 548

NJA 2015 s. 536

NJA 2018 s. 1103