

Kvinnor och män eller fria individer?

Ett arbete om straffrättens ideologiska premisser och betydelsen av kön i samband med införandet av en samtyckesbaserad bestämmelse i BrB 6:3

Sofia Falkenmark

Handledare: Kerstin Berglund
och Denise Malmberg

Uppsala universitet

Centrum för genusvetenskap

C-uppsats

HT 2010

Abstract

Arbetet undersöker det straffrättsliga rekvisitet ”tillåtelse” enligt förslaget om en ny, samtyckesbaserad bestämmelse (*sexuellt övergrepp*) i Brottsbalken 6:3. En förutsättning för att en individ ska kunna ge en tillåtelse som gör gärningen straffri är att denna har förmåga och tillfälle att göra detta, dvs. självbestämmande. Inom straffrätten är självbestämmande ideologiskt preciserat utifrån en idé om människan som en fri individ, vilket får konsekvenser för bedömningen av rekvisitet ”tillåtelse”. En tillåtelse måste manifesteras för att vara giltig, och eftersom resonemanget förs med utgångspunkt i den fria individen är det konventioner kring mäns och kvinnors umgänge med varandra som avgör om en tillåtelse manifesterats. Detta öppnar upp för att se offret som medansvarig för övergreppet. Utgångspunkten i arbetet är att kön är en nödvändig förutsättning för att vara människa och att upplevelsen av självbestämmande är en könad sådan. Många övergrepp sker i helt ”vanliga” situationer, vilket betyder att den atypiskhet som präglar utredningens tillämpningsexempel är problematisk. Jag menar att kvinnors agerande i övergreppssituationer är köns- och känslomässigt motiverat, vilket emellertid är irrelevant enligt nuvarande premisser för att straffrättsligt precisera självbestämmande. Införandet av en samtyckesreglering kan inte anses främja kvinnors sexuella självbestämmande eftersom införandet av en sådan inte ändrar det faktum att ”självbestämmande” är preciserat utifrån den fria individen. Att självbestämmande är ideologiskt preciserat innebär att det är möjligt att förutse problem när den föreslagna bestämmelsen ska tillämpas i verkligheten, och att konstruktionen inte alltid kommer att passa för kvinnor som utsätts för övergrepp.

Innehållsförteckning

1. INLEDNING	
1.1 Bakgrund	s. 1
1.2 Syfte	s. 1
1.3 Frågeställningar	s. 2
1.4 Material och metod	s. 3
1.5 Disposition	s. 3
2. SJÄLVBESTÄMMANDE I STRAFFRÄTTEN: Straffrättsliga begrepp, teoretiska utgångspunkter och lagförslaget	
2.1 Frihet	s. 5
2.2 Den fria individen	s. 6
2.3 Skada	s. 7
2.4 Samtycke	s. 9
2.5 Avslutning	s. 10
3. EN KÖNAD INDIVID	
3.1 Subjekt och agentskap	s. 11
3.2 En könad verklighet	s. 12
4. FÖRSLAGET OM <i>SEXUELLT ÖVERGREPP</i>	
4.1 <i>Sexuellt övergrepp</i>	s. 14
4.2 Uppsåt	s. 15
4.3 Utredningens precisering av rekvisitet ”tillåtelse”	s. 16
4.4 Tillåtelsen ska ”manifesteras”	s. 18
5. LAGFÖRSLAGET I EN KÖNAD VERKLIGHET	
5.1 Självbestämmande som ideologisk premiss	s. 20
5.2 Betydelsen av kön	s. 21
6. TILLÄMPNINGSEXEMPEL	
6.1 Utredningens exempel	s. 23
6.2 ”Det bara blir” – kön och kontext får betydelse	s. 24
6.3 Avslutning	s. 27
7. AVSLUTANDE DISKUSSION	
7.1 Samtyckesreglering och självbestämmande	s. 29
7.2 Avslutande synpunkter	s. 30
KÄLLOR	s. 31

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

Upplevelsen att läsa på juristprogrammet och samtidigt vara genusvetare är stundtals frustrerande. Ämnena är svårförenliga inte minst med avseende på de premisser som de vilar på; juridiken är i sitt sätt att beskriva människan och världen starkt präglad av liberalismen, samtidigt som genusvetenskapen i stor utsträckning är ett ämnesområde som kritiserar modernismen och dess ideologier.¹ I detta arbete har jag gjort ett försök att låta två vetenskapliga fält mötas: genusvetenskapen och rättsvetenskapen. Att detta är ett möte mellan två väldigt olika fält kommer att påverka arbetets disposition på så sätt att många begrepp som är specifika för straffrätten kommer att ta en del utrymme i anspråk. Vidare är uppsatsen författad med utgångspunkt i straffrätten vilket enligt min uppfattning är nödvändigt för att det ska vara möjligt att diskutera frågeställningarna.

Det specifika ämne jag valt att arbeta med är sexualbrottslagstiftningen, vilken är intressant eftersom den är aktuell med anledning av ny lagstiftning. Den senaste reformen på sexualbrottsområdet genomfördes 2005 och tre år senare tillsattes en utredning vars uppdrag varit att utvärdera denna. Utredningen har bland annat kommit fram till att dagens bestämmelse i Brottsbalken (BrB) 6:3 *sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning* ska ersättas med en ny bestämmelse, nämligen *sexuellt övergrepp*. Vad som gör denna föreslagna bestämmelse speciell är att den föreslås vara samtyckesbaserad, till skillnad från BrB 6:1 *våldtäkt* och 6:2 *sexuellt tvång*, vilka även fortsättningsvis förslås utgå från medel (tvång) och omständigheter ("hjälpöst tillstånd", samt enligt utredarnas förslag även "särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet"). Att den föreslagna bestämmelsen föreslås vara samtyckesbaserad innebär att det kommer att vara ett brott att genomföra en sexuell handling med en person utan dennes tillåtelse.

1.2 Syfte

¹ Se t.ex. Benhabib, Seyla, *Autonomi och Gemenskap*, Daidalos, Göteborg, 1992, s. 15-37.

Utgångspunkten för denna uppsats är att undersöka det straffrättsliga rekvisitet² "tillåtelse" enligt utredningens förslag till ny bestämmelse i BrB 6:3. För att detta ska vara möjligt krävs att man förstår dels vad "självbestämmande" innebär från ett straffrättsligt perspektiv, dels vad detta innebär som en premis för tillämpningen av rekvisitet "tillåtelse". Analysen kommer att fokuseras på hur rekvisitet "tillåtelse" kommer att fungera i en könad verklighet. Det innebär att syftet är att, med hjälp av genusvetenskaplig teoribildning, problematisera de straffrättsliga premisserna för att definiera och tillämpa rekvisitet "tillåtelse" enligt utredningens förslag till ny bestämmelse i BrB 6:3.

1.3 Frågeställningar

I den svenska diskussionen kring sexualbrottslagstiftningen har fokus främst legat på huruvida nuvarande våldtäktslagstiftning, som bygger på medel (tvång) eller omständigheter (hjälpöst tillstånd), bör ersättas med en så kallad samtyckesreglering. En samtyckesreglering är en reglering som istället för att sikta in sig på tvång eller otillbörligt utnyttjande, det vill säga utnyttja att någon befinner sig i ett hjälpöst tillstånd, siktar in sig på bristande frivillighet från målsägandens sida. Det har hävdats att nuvarande utformning av våldtäktsbestämmelsen signalerar att en kvinna är tillgänglig så länge hon inte gör motstånd, medan en samtyckesreglering däremot signalerar att det krävs en tillåtelse för att gärningen ska vara straffri.³ Trots den kritik som framförts behåller våldtäktsbestämmelsen sin utformning, men det föreslås att det införs en ny, samtyckesbaserad, bestämmelse om *sexuellt övergrepp*.

Spörsmålet om samtycke och hur ett sådant ska komma till uttryck är emellertid inte begränsad till fall i vilka den föreslagna bestämmelsen om *sexuellt övergrepp* är tillämpbar, utan den är relevant också i förhållande till en reglering som bygger på medel och omständigheter. När frågan är huruvida en våldtäkt begåtts är det vanligt att gärningsmannen gör en invändning om

² Varje bestämmelse stället upp ett antal förutsättningar för att den ska vara tillämplig. Dessa förutsättningar kallas rekvisit.

³ Se bl.a. Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson, Stockholm, 2008, och Diesen, Christian, "Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie", i: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.

villfarelse, vilket innebär att han hävdar att han trodde att det fanns samtycke, att målsäganden frivilligt gick med på sex. Villfarelse utesluter uppsåt och därmed ansvar för brott. Dessutom är det nödvändigt att ta ställning till huruvida målsäganden samtyckt för att avgöra om det förekommit tvång. Frågan om samtycke är således en sida av bedömningen av tvång.

Frågor om vad som utgör ett samtycke och hur en tillåtelse ska komma till uttryck är relevanta också i förhållande till dagens lagstiftning. Vidare görs samma bedömning i fråga om gärningsmannens uppsåt oavsett typ av reglering eftersom villfarelse om att det förelåg bristande samtycke utesluter ansvar för brott. Det kan dock sägas att om den föreslagna bestämmelsen blir verklighet så blir frågan om vad som utgör en tillåtelse ännu mer uppenbar än vad som nu är fallet och blir på det sättet en väldigt aktuell fråga.

Uppsatsen kommer att baseras på följande tre frågeställningar:

- Vilka ideologier och värderingar ligger till grund för den straffrättsliga diskursen kring självbestämmande?
- Hur kan dessa relateras till genusvetenskaplig forskning om det ”vetenskapliga subjektet” och agentskap?
- Vilken roll kan ”kön” spela vid tillämpningen av rekvisitet ”tillåtelse”?

1.4 Material och metod

Mitt material utgörs av SOU 2010:71, främst kapitel åtta om ”Våldtäkt och andra mer kvalificerade sexuella kränkningar av vuxna – Begreppet hjälplöst tillstånd och frågan om tvång eller samtycke som grund för straffansvar”, samt kapitel 16 ”Författningskommentar”. Metoden som använts under arbetet med denna uppsats kan bäst beskrivas som att jag låtit två diskurser mötas, den straffrättsliga och den genusvetenskapliga, för att undersöka vad som händer i mötet mellan dessa två. Straffrätten har vad man skulle kunna kalla tre ”nivåer” som påverkar varandra: teorinivån, regelnivån och ”verklighetsnivån”, det vill säga straffrättens sätt att beskriva människan och verkligheten. Teorinivån innefattar idén om den fria individen som finns som en premis för hela rättssystemet. Vidare finns regelnivån, där vi i detta fall har ett rekvisit (tillåtelse) vars utformning är avhängig den teoretiska nivån. Till sist finns en beskrivning av verkligheten, en beskrivning av människan, och på denna nivå

ska rekvisitet tillämpas. Jag har undersökt vad som sker på "verklighetsnivån" om straffrättens fria individ byts ut mot en könad individ. Med andra ord har jag undersökt vad som sker om ett genusvetenskapligt perspektiv tillåts påverka straffrättens teoretiska premisser.

Utgångspunkten är att kön är helt grundläggande för en persons identitets- och integritetsuppfattning, vilket betyder att det är viktigt att skapa utrymme för att precisera "självbestämmande" med hänsyn till att människor är könade. Mina utgångspunkter för att kritisera den straffrättsliga utgångspunkten att människan bäst beskrivs som en fri individ utvecklas i kapitel tre. Jag anser att förståelsen av problematiken underlättas av att de straffrättsliga begrepp och principer vilka ger de straffrättsliga premisserna för att precisera självbestämmande klargörs innan den de teorier som ifrågasätter dessa premisser presenteras.

1.5 Disposition

Detta arbete består av fyra delar. Efter inledningen följer den andra delen (kapitel två, tre och fyra), som består i klargöranden av straffrättsliga begrepp, utgångspunkter med avseende på kön och makt, subjektet och dennes agentskap samt en redogörelse för lagförslagets innehåll. Del tre (kapitel fem och sex) behandlar hur lagförslaget kan väntas fungera i verkligheten. Den fjärde delen (kapitel sju) består i en avslutande diskussion.

Uppsatsen är disponerad utifrån en straffrättslig struktur. Det innebär att den andra delen till stor del ägnas åt att redogöra för de straffrättsliga begrepp som är viktiga för analysen i dess tredje del. Anledningen till att jag ägnar dessa begrepp så stort utrymme är de förklarar de ideologiska premisser som straffrätten vilar på och ringar därmed in förståelsen av självbestämmande i straffrätten. Denna redogörelse är nödvändig för såväl diskussionen i samband utredningens ställningstaganden i fråga om rekvisitet "tillåtelse" som problematiseringen av den straffrättsliga synen på självbestämmande. Den tredje delen ägnas åt hur lagförslaget kan väntas fungera i verkligheten, vilket betyder att jag kommer att diskutera: självbestämmande som ideologisk premiss, betydelsen av kön för tillämpningen av den föreslagna bestämmelsen samt ge tillämpningsexempel som illustration. I del fyra kommer jag att

diskutera om en samtyckesreglering är rätt väg att åstadkomma sexuell självbestämmande för kvinnor samt ge några avslutande synpunkter.

2. SJÄLVBESTÄMMANDE I STRAFFRÄTTEN: Straffrättsliga begrepp, teoretiska utgångspunkter och lagförslaget

I detta avsnitt, som omfattar den andra delen av uppsatsen, kommer jag att förklara vissa grundläggande straffrättsliga principer och begrepp som ger förutsättningarna för kriminalisering och som också lägger grunden för det aktuella lagförslaget. Det är nödvändigt att redogöra för dessa för att det ska vara möjligt att förstå sättet på vilket det straffrättsligt resoneras kring begrepp som självbestämmande och tillåtelse, vilket är en förutsättning för att det ska vara möjligt att relatera detta till genusvetenskaplig forskning.

2.1 Frihet

Liberty is not the absence of any constraint or any kind of thing that can prevent me from doing something, but rather the absence of constraints of one particular kind, namely those imposed by enforced rules or commands.⁴

Straffrätten uppehåller sig vid att säkra individens frihet, vilket gör det viktigt att precisera både vad själva begreppet betyder och vad det innebär i förhållande till individen; vad det innebär att vara en fri individ.

Begreppet frihet är problematiskt då det har två sidor: en negativ, frihet *från* något, och en positiv, frihet *att* göra. Den negativa är den primära, vilket framgår av att en frihet från något inte alltid innebär en större möjlighet att göra något, medan den positiva sidan förutsätter en frånvaro av hinder.⁵ Jag vill förtydliga att dessa två sidor inte innebär att det finns två frihetsbegrepp, ett positivt och ett negativt, utan den positiva sidan är en konsekvens av den negativa och står så att säga inte "på egna ben". När man hävdar att ett tillstånd av frihet råder är det ur ett straffrättsligt perspektiv nödvändigt att hänvisa till *frånvaron* av hinder, börda, belastning eller tvång, det vill säga begreppets negativa sida, för att det ska vara möjligt att överhuvudtaget tala om vad man är fri att göra.⁶ Begreppet frihet handlar därför primärt om frånvaron av hinder,

⁴ Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1987, s. 8.

⁵ Jareborg, Nils, "Begreppet frihet", i: *Festskrift till Suzanne Wennberg*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2009, s. 175f.

⁶ Jareborg a. a. s. 174.

belastning eller tvång, och genom att tillförsäkra individen negativ frihet skapas det förutsättningar för positiv sådan.

För straffrättens del är frihet negativ frihet, det vill säga frihet från statlig kontroll i form av regler som inskränker individens handlingsutrymme. Från ett straffrättsligt perspektiv är det därför viktigt att ha så få regler som möjligt eftersom få regler anses skapa största möjliga frihet för individen. Det finns därför en konflikt mellan den straffrättsliga synen på hur man bäst åstadkommer frihet för individen - genom så få regler som möjligt - och den syn som är vanlig bland feminister - att bästa sättet att uppnå ökad frihet för kvinnor är genom att utöka det kriminaliserade området och skapa regler som skyddar kvinnor.

2.2 Den fria individen

Den straffrättsliga argumentationen utgår från en fri individ vars frihet det är straffrättens främsta uppgift att skydda, vilket illustreras av att skadebegreppet inom straffrätten är kopplat till individens frihet. Denna fria individ är ett centralt begrepp inom straffrätten eftersom den beskriver ett ideal som bildar grunden för straffrättens sätt att beskriva människan. Sättet på vilket straffrätten anger människan är givetvis helt avgörande för det sätt som verkliga situationer bedöms på, vilket innebär att den straffrättsliga beskrivningen av människan kan ha helt avgörande betydelse för det konkreta utfallet i sexualbrottsmål.

Denna fria individ ses som en människa som inte begränsas av tvång, bördor eller andra begränsningar vare sig i förhållande till staten eller i förhållande till andra individer. Det kan sägas att straffrätten utgår från att alla människor är denna fria individ och straffrättens främsta uppgift är att se till att hon eller han så förblir. Denna fria individs frihet kan bara begränsas om utövandet av denna frihet är skadlig för *andra* människor, det vill säga begränsar andra fria individers frihet (som sagt är straffrätt i princip inte tillämplig när den som utsatts för en skadlig handling har samtyckt till denna).⁷

Idén om den fria individen har varit helt central för utvecklingen av svensk straffrätt, till exempel har den lett till avkriminaliserandet av homosexualitet och har på så sätt utgjort ett viktigt instrument för emancipation.

⁷ Berglund, Kerstin, "Gender and Harm", i: *Scandinavian studies in Law*, 2009, s. 14.

Enligt min mening representerar idén om den fria individen ett etiskt ideal eftersom det berättar hur människor bör förstås och behandlas, det vill säga som kapabla att fatta självständiga beslut. På så sätt relaterar idén om den fria individen inte bara till straffrättens teoretiska nivå, utan också till verkligheten eftersom den frammanar en bild av vad en människa är för något och hur hon fungerar.⁸ Det är idén om den fria individen, en individ som inte begränsas av staten, sina medmänniskor eller andra faktorer, som fastställer de grundläggande villkoren enligt vilka vi straffrättsligt bör förstå människan. Detta gäller oavsett om det är gärningsmannens eller målsägandens beteende som bedöms.⁹ Enligt det straffrättsliga sättet att betrakta verkligheten är det alltså möjligt att utgå från en neutral kärna i alla; en fri individ. Denna finns i alla människor och gör det möjligt att förstå och behandla alla människor som att de är kapabla att fatta självständiga beslut.

2.3 Skada

I detta avsnitt kommer jag att behandla det straffrättsliga begreppet "skada", vilket är av central betydelse för att en gärning ska vara möjlig att kriminalisera eftersom det är en förutsättning för kriminalisering att gärningen orsakar skada. För att det ska vara möjligt att tala om "självbestämmande" och "tillåtelse" är det nödvändigt att först klargöra skadebegreppet.

När man talar om skada inom straffrätten avses kränkningar av det intresse som är skyddat genom kriminalisering. Skada relaterar alltså till skyddsobjektet vilket för sexualbrottens del är individens rätt till självbestämmande. För att en typ av gärningar ska vara möjlig att kriminalisera enligt 6 kap BrB är det nödvändigt att typen av gärningar innebär skada i förhållande till individens rätt till sexuellt självbestämmande. Det straffrättsliga skadebegreppet är således möjligt att precisera till en frihetskränkning och kriminaliseringar syftar därmed till att skydda individuell frihet.

Skadebegreppet är centralt eftersom kriminalisering vilar på premissen att det endast är legitimt att förbjuda handlingar som antingen orsakar eller

⁸ Berglund a. a. s. 15.

⁹ Berglund a. a. s. 15.

hotar att orsaka allvarlig skada för *andra* individer.¹⁰ Denna skadepincip markerar gränsen för vilka slags beteenden som staten kan förbjuda. Individens frihet får inte begränsas mer än nödvändigt, vilket betyder att skada främst innebär skada i förhållande till andra individers frihet. Enligt ett straffrättsligt synsätt är det därmed inte legitimt att kriminalisera i syfte att ”skydda människor från sig själva” utan det ses som en form av paternalism¹¹. Skadepincipen följer därmed av en ideologisk utgångspunkt som bygger på föreställningen om en individuell autonomi som ingen, vare sig staten eller andra individer, har rätt att kränka.

Av det ovan sagda följer att det finns dels straffrättsligt relevanta skador, dels skador som inte ges straffrättslig relevans. Naturligtvis är det bara gärningar som leder till straffrättsligt relevanta skador som kan kriminaliseras. En straffrättsligt relevant skada i 6 kap BrB:s mening är en frihetskränkning; att individens sexuella självbestämmande kränkts. Eftersom den individuella friheten står i fokus anses individen ha rätt att disponera sina egna intressen, vilket innebär att den som samtycker till en gärning, som förvisso kan uppfattas som förnedrande eller skadlig på något annat sätt, principiellt sett inte drabbas av en straffrättsligt relevant skada eftersom hans eller hennes frihet inte kränkts.¹² Individen ges därmed en rätt att göra personliga val; val som också kan innebära att någon skadar sina egna intressen.¹³ Frågan om vad som utgör en straffrättsligt relevant kränkning kan alltså preciseras dels genom det straffrättsliga ställningstagandet att individen har rätt att slippa statens inblandning i privatlivet, dels att kriminalisering ska träda in då någon har kränkt en annan individs frihet på ett oacceptabelt sätt. Det innebär att med nuvarande ideologiska förutsättningar för kriminalisering måste diskussionen i första hand handla om i vilken utsträckning andra människor (såsom t.ex.

¹⁰ Notera emellertid den dubbelhet som är närvarande, nämligen att staten gör precis det som den säger sig vilja motverka: staten begränsar individers frihet för att motverka att de begränsar andra individers frihet. Den spänning som detta ger upphov till är nödvändig att hålla i bakhuvudet för att förstå avvägningen mellan det kriminaliserade och det icke-kriminaliserade området.

¹¹ Paternalism är en attityd som gör gällande att beslutsfattare har rätt att styra andra liv för deras ”eget bästa”, även om det strider mot de berördas önskemål. Paternalism är därmed oförenligt med straffrättens syn på människan som en fri individ.

¹² Feinberg a. a. s. 37.

¹³ Berglund, Kerstin, *Straffrätt och kön*, Iustus, Uppsala, 2007, s. 56.

politiker) har rätt att införa straffbud som begränsar den enskildes möjlighet att göra personliga val.

Att vad som utgör en straffrättsligt relevant skada så starkt preciserats till rätten att slippa inblandning i privatlivet och därmed även rätten att göra val som kan vara skadliga för den enskilde, har att göra med lagstiftarens ovilja mot att blanda in moralfrågor i strafflagstiftningen. Det finns med andra ord en motvilja mot att precisera den straffrättsligt relevanta skadan till en "moralisk" skada.¹⁴ Istället fokuseras skadebedömningen på intresset att skydda individens frihet, vilket innebär att det enda ställningstagande som bör styra kriminaliseringsfrågan är själva skyddsobjektet, i detta fall rätten till självbestämmande på det sexuella området.

Jag menar att som en illustration på det ovan anförda tjänar kritiken av kriminaliseringen av sexköp¹⁵. Det har hävdats att denna utgör en "överkriminalisering" och att den är paternalistisk genom att den inte respekterar den prostituerades rätt till självbestämmande.¹⁶ Det har vidare hävdats att den "indignation" som människor känner över sexköp är av moralisk karaktär och "bygger på att den sexuella relationen [att köpa sex för pengar] kränker våra föreställningar om hur kroppslig intimitet och integritet bör se ut".¹⁷ Enligt detta synsätt bryter alltså kriminaliseringen av sexköp mot grundläggande straffrättsliga principer genom att 1) kränka den prostituerades rätt till självbestämmande, och 2) att skadan kan preciseras till en "moralisk" skada. Kriminaliseringen av sexköp uppfattas som ett försök att implementera en viss sexualmoral, vilket enligt rådande ideologi är en oacceptabel kränkning av individens frihet. Enligt ett straffrättsligt synsätt kan självbestämmande därmed preciseras till rätten att prostituera sig, inte rätten att slippa. Min uppfattning är att kritiken av BrB 6:11 på ett bra sätt illustrerar både den straffrättsliga synen på frihet, som negativ frihet, och ger en bra bild av vad "självbestämmande" är enligt straffrätten.

¹⁴ Att den straffrättsligt relevanta skadan av ett visst agerande, en viss gärning, skulle bestå i skada för samhällsmoralen är alltså otänkbart, se Berglund a. a. s. 57.

¹⁵ BrB 6:11 *köp av sexuell tjänst*.

¹⁶ Asp, Petter & Ulväng, Magnus, "Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp", i: *Vänbok till Josef Zila, Iustus*, Uppsala, 2007, s. 29f.

¹⁷ Asp & Ulväng a. a. s. 67.

2.4 Samtycke

I samband med förklaringen av den straffrättsliga förståelsen av samtycke bör det inledningsvis sägas något om konformitetsprincipen. Denna är en av straffrättens mest centrala principer och innebär att straff eller annan påföljd bara får drabba den som kunnat, det vill säga haft förmåga och tillfälle, att rätta sig efter lagen. En person bör med andra ord inte anses brottslig om hon eller han inte kunnat rätta sig efter lagen.¹⁸ Av denna logik följer att en giltig tillåtelse endast kan ges av den som haft förmåga och tillfälle att, det vill säga kan, ge en sådan. Om en tillåtelse inte är giltig därför att vederbörande inte hade förmåga och tillfälle att ge en sådan, utesluter inte tillåtelsen en straffrättsligt relevant skada.

”Samtycke” är ett begrepp som kan omfatta väldigt många förståelser. För BrB:s del uttrycks premisserna för ett giltigt samtycke i 24:7, vilken stadgar att samtycke från den som gärningen riktas mot är ansvarsbefriande. Detta hänger samman med att samtycke principiellt sett är ett uttryck för självbestämmande. Individer ges rätt att disponera sina egna intressen, vilket innebär att samtycke som regel utesluter straffrättsligt relevant skada. Alla samtycken är emellertid inte giltiga utan det krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda för att samtycket ska verka ansvarsbefriande. För det första förutsätter ett giltigt samtycke att samtycket måste ha lämnats av någon som är *behörig att förfoga över det aktuella intresset*, kort sagt att jag bara kan samtycka till att utsätta mig själv för något, inte någon annan. För det andra krävs för att samtycket skall ha ansvarsfriande verkan att vederbörande är *kapabel att förstå innebörden av samtycket* samt att det är *frivilligt*.¹⁹ Ett samtycke enligt BrB 24:7 kan avse även så kallade ”tysta” eller ”inre” samtycken, det vill säga också sådana som inte manifesterats för omvärlden. Ett tyst samtycke kan därmed komma till uttryck till exempel genom en underlåtenhet att protestera.²⁰ Vidare anges i BrB 24:7 att det ska göras en s.k. försvarlighetsbedömning som innebär att om gärningen framstår som oförsvarlig ska inte samtycket (även om det är giltigt enligt förutsättningarna ovan) utesluta brott. En människa kan därmed inte med

¹⁸ Jareborg, Nils, *Allmän Kriminalrätt*, Iustus, Uppsala, 2001, s. 303.

¹⁹ Jareborg a. a. s. 283f.

²⁰ Jareborg a. a. s. 282.

ansvarsbefriande verkan samtycka till vad som helst, man kan till exempel inte samtycka till att bli mördad eller svårt misshandlad.

Ovanstående är förutsättningarna för ett straffrättsligt giltigt samtycke. I denna uppsats ska jag emellertid studera ett rekvisit (tillåtelse) och vad det innebär i förslaget till ny bestämmelse i BrB 6:3. Att det handlar om ett rekvisit i en viss gärning medför att själva samtycket är "snävare" än samtycke enligt BrB 24:7. Rekvisitet "tillåtelse" är ett uttryck för en gärningsorienterad syn på samtycke, vilket innebär att samtycket ses som en gärning och inte en inställning. Det innebär att rekvisitet inte omfattar tysta samtycken och att tillåtelsen därmed måste manifesteras på något sätt för att vara giltig. Det är således inte samma slags samtycke det är frågan om rörande rekvisitet "tillåtelse" som i BrB 24:7. Denna bestämmelse lägger emellertid grunden för hur det straffrättsligt ses på samtycke.

2.5 Avslutning

I detta kapitel har jag beskrivit den straffrättsliga synen på frihet vilken ger premisserna för synen på självbestämmande. Det innebär att det finns vissa ideologiska premisser som ger sättet på vilket det straffrättsligt ses på självbestämmande. Ett sätt att utöva självbestämmande är att samtycka, vilket är anledningen till att ett samtycke i regel utesluter straffrättsligt relevant skada. Jag har därför beskrivit vilka förutsättningarna är för att ge ett straffrättsligt giltigt samtycke. Denna genomgång utgör en nödvändig bakgrund för att förstå rekvisitet "tillåtelse" i förslaget till ny bestämmelse i BrB 6:3.

3 EN KÖNAD INDIVID

I detta kapitel kommer jag att redogöra för mina genusteoretiska utgångspunkter med avseende på det vetenskapliga subjektet och dennes agentskap, vilket innebär en kritik av den straffrättsliga beskrivningen av människan som en fri individ. Jag kommer också att redogöra för mina utgångspunkter angående betydelsen av kön i en könad verklighet. I detta avsnitt kommer jag således att föra in andra premisser för att beskriva människan än straffrättens nuvarande, vilka kommer att ligga till grund för diskussionen i uppsatsens tredje del.

3.1 Subjekt och agentskap

Den genusvetenskapliga diskussionen kring de viktiga begreppen "subjekt" och "agentskap" har främst handlat om hur subjektet och dettas agentskap ska preciseras. I detta arbete använder jag mig av Seyla Benhabibs teoribildning kring begreppen, vilken innebär en kritik av det "västerländska vetenskapliga subjektet", det vill säga det traditionella subjekt för vilket straffrättens fria individ är en representant.²¹

Enligt Benhabib hyser subjektet en originalitet, det har en "insida". Detta är något det delar det med det traditionella subjektet, men till skillnad från detta är Benhabibs subjekt påverkat av sitt kön, sin tid, sin historia och sin miljö. Det traditionella subjektets egenskaper, som förmågan att reflektera över sig själv, förmågan att ta moraliskt ansvar och att ta ansvar för sina handlingar, ska anpassas till insikten om subjektets situering i kön, tid, historia och miljö.²²

En viktig aspekt av det Benhabibska subjektet är att det, utöver att vara situerat även är dialogiskt:

Att vara och att bli ett jag är att infoga sig i samspråksvävar: det är att veta hur man ska svara när man blir tilltalad och i sin tur lära sig hur man tilltalar andra.²³

²¹ Detta "västerländska vetenskapliga subjekt" är en produkt av modernitetens kulturella och politiska ideal, som liberalismens "fria individ" är ett uttryck för. Se Benhabib a. a. s. 16.

²² Carlson, Åsa, "Subjekt och agentskap. Seyla Benhabib och Judith Butler", i: KVT 2002/2, s. 7.

²³ Carlson a. a. s. 11.

Det traditionella subjektet måste formuleras om så att det blir förenligt med insikten om att subjektet är radikalt situerat i historia, kultur och sociala arrangemang.²⁴ Subjektet kommunicerar ständigt med, och formas därmed av, sin omgivning.²⁵ Det kvinnliga subjektet infogar sig i samspråksvävar med andra subjekt och detta påverkar och begränsar hennes agentskap. Denna utgångspunkt skiljer sig markant från det traditionella västerländska vetenskapliga subjektet för vilket straffrättens fria individ är en representant. I den feministiska diskussionen kring detta traditionella subjekt har det ofta hävdats att det traditionella subjektet är "en man" och av den anledningen aldrig kan tillgodose kvinnors behov i olika sammanhang. Min uppfattning är emellertid att "det" inte är så mycket "en man" som "könlöst", det vill säga ett neutralt och autonomt ego utan vare sig kön eller omgivning. De samspråksvävar som Benhabib lyfter fram som centrala för tillblivelsen av Jaget är ointressanta för konstitueringen av det traditionella subjektet, vilket är "kontextlöst". Enligt min mening uppstår därför problem när detta ska representera en verklig människa, vilken alltid är situerad.

3.2 En könad verklighet

[T]he moment in which an infant becomes humanized is when the question 'is it a boy or girl' is answered²⁶

Som framgått ovan har straffrätten vissa teoretiska och ideologiska premisser vilka är preciserade utan hänsyn till kön. Min uppfattning emellertid är att kön är en konstitutiv del av att vara människa. Det är helt enkelt omöjligt att tala om människan på ett meningsfullt sätt utan att inkludera könstillhörighet. *Att vara människa är att vara kön*, vilket innebär att kön är helt grundläggande för en persons identitets- och integritetsuppfattning.

²⁴ Carlson a. a. s. 7.

²⁵ Benhabib uttrycker detta som Jagets identitet är något som konstitueras av "en narrativ enhet som interagerar vad 'jag' kan göra, har gjort och kommer att göra, med vad du förväntar dig av 'mig', hur du tolkar mina handlingar och avsikter, vad du önskar av 'mig' i framtiden och så vidare", se Benhabib a. a. s. 20.

²⁶ Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990, s. 111.

Att anlägga ett könsperspektiv som jag gör innebär också att lyfta fram att det finns ett samband mellan kön och makt, det vill säga att det i och med konstruktionen av två tydligt åtskilda kön följer en ojämlikhet dem emellan. Jag ansluter mig därmed till Yvonne Hirdmans teori om ett "genussystem" vars två bärande logiker är ett isärhållande av könen, föreställningen om att det finns två tydligt åtskilda kön och att "manligt" och "kvinnt" inte ska blandas, samt den manliga normens primat, vilket innebär att den manliga normen har företräde och "kvinnt" därmed ses som en avvikelse som förklarar kvinnors underordnande ställning.²⁷ Kön är därmed inte bara en nödvändig förutsättning för att vara människa, utan könstillhörigheten placerar människan i ett över- eller underläge i en maktstruktur. Kön är därtill meningsskapande.²⁸ Som nödvändig förutsättning för att förstå tillvaron skapar kön mening i mäns och kvinnors agerande på ett sätt som är omöjligt att förhålla sig till så länge som resonemanget förs utifrån den fria individen.

Betydelsen av kön, betydelsen av att vara kvinna och att vara man, är inte privat. Det innebär att det inte är en betydelse som en individ, oavsett kön, kan välja eller välja bort. Catherine MacKinnon, amerikansk professor i juridik, har skrivit att ingen kvinna kan "fly" från innebörden av att vara kvinna i ett könat samhälle.²⁹ Att vara kvinna, och vad det innebär att vara kvinna, är inget som kvinnor fritt kan välja eller välja bort eftersom kön är grundläggande för en individs identitetsuppfattning. Betydelsen av att vara kvinna följer därmed kvinnor i alla situationer och i alla relationer. Att vara könad innebär också att vara en del i en asymmetrisk maktrelation män och kvinnor emellan, vilket innebär att kön formar sättet på vilket kvinnor tänker, känner och agerar i förhållande till omvärlden. Som kvinna formas relationen till män av en ojämlikhet som bland annat tar sig uttryck i en medvetenhet om att man som kvinna är "våldtäktsbar"³⁰, och det kan innebära att det upplevda

²⁷ Hirdman, Yvonne, "Genussystemet" i: *Demokrati och makt i Sverige - Maktutredningens huvudrapport*, SOU 1990:44, s. 73-116.

²⁸ Hirdman, Yvonne, "Genussystemet – Reflexioner kring kvinnors sociala underordning", i: KVT 1988/3, s. 59.

²⁹ MacKinnon, Catherine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, s. 104f.

³⁰ Jag menar givetvis inte att det endast är möjligt att våldta kvinnor. Självklart kan också män bli våldtagna. Jag menar emellertid att det är en del av identiteten som kvinna att vara medveten om att man kan bli våldtagen på ett sätt som inte är fallet med män. Det är med andra ord inte en del av

självbestämmandet inte alltid är detsamma som det självbestämmande som tillskrivs den fria individen.

könsidentiteten för män att förhålla sig till det faktum att de kan bli våldtagna av kvinnor, men att det är en del av identiteten som kvinna att förhålla sig till att man kan bli våldtagen av män.

4 FÖRSLAGET OM SEXUELLT ÖVERGREPP

I detta avsnitt behandlar jag lagförslaget om att införa en samtyckesbaserad bestämmelse i BrB 6:3. Jag kommer först att redogöra för bestämmelsens föreslagna konstruktion och vilka situationer den är tänkt att tillämpas i. Därefter kommer jag att redogöra för vad det innebär att en otillåten gärning måste vara begången med uppsåt för att vederbörande ska kunna fällas till ansvar för brott, vilken utredningens precisering av rekvisitet "tillåtelse" är, samt en analys av vad det innebär att en tillåtelse måste "manifesteras" för att kunna vara ett uttryck för "tillåtelse" enligt förslaget till ny bestämmelse i BrB 6:3.

4.1 Sexuellt övergrepp

3§

Den som, i annat fall än som avses i 1 och 2 §§, genomför en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse, döms för *sexuellt övergrepp* till fängelse i högst fyra år.³¹

Den föreslagna bestämmelsen i BrB 6:3 är tänkt att vara subsidiär³² till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång.³³ Bestämmelsen om *sexuellt övergrepp* ska tillämpas på sexuella kränkningar, där gärningsmannen inte behövt använda sig av tvång eller otillbörligt utnyttjande³⁴ som medel för att genomföra en sexuell handling, men där en giltig tillåtelse ändå inte finns.³⁵ Exempel på sådana situationer är de fall då någon vilseletts beträffande vilken kropp den genomför en sexuell handling med³⁶, eller om den sexuella handlingen utförs på ett sådant sätt att målsäganden överrumplas av den, det vill säga så

³¹ Detta är den föreslagna lydelsen av bestämmelsen om *sexuellt övergrepp*, se SOU 2010:71, s. 495.

³² Att en bestämmelse är subsidiär i förhållande till andra bestämmelser innebär att den ska tillämpas bara om de bestämmelser den är subsidiär i förhållande till inte är tillämpliga. I detta fall uttrycks det som att "i annat fall än som avses i 1 och 2 §§" [ska 3 § vara tillämplig].

³³ Se BrB 6:1 och 6:2, vilka båda utgår från medel (tvång) eller omständigheter (hjälpöst tillstånd, samt enligt förslaget även "särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet").

³⁴ Med "otillbörligt utnyttjande" menas i sammanhanget ett utnyttjande som kommit till stånd på grund av att offret enligt lagens mening befunnit sig i ett "hjälpöst tillstånd" (eller, enligt förslaget, haft "särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet").

³⁵ SOU 2010:71, s. 495.

³⁶ Till exempel då gärningsmannen närmar sig offret i ett släckt rum och offret tror att det är en helt annan person som den har framför sig.

kallade "övertäckningsövergrepp".³⁷ Ett sådant "övertäckningsövergrepp" kan till exempel vara då målsäganden tror att hon ska få en massage och gärningsmannen istället stoppar in ett finger i offrets slida.

Ytterligare en situation i vilken bestämmelsen ska aktualiseras är då målsäganden, utan att det föreligger tvång eller en situation som enligt lagens mening kan klassificeras som otillbörligt utnyttjande, reagerar på ett sexuellt närmande med total passivitet.³⁸ Vad som avses är det sätt att reagera på som i medicinska sammanhang brukar betecknas som "spela död-reflexen" eller "frozen-fright pattern".³⁹ Typiskt för reaktionen är att offren blir så rädda att de inte vågar göra något som helst motstånd utan "stänger av" kroppen.⁴⁰ Att göra på det sättet kan också vara en medveten strategi för att inte bli utsatt för mer våld. Det centrala för tillämpningen av bestämmelsen är att gärningsmannen inte behöver tillgripa tvång för att genomföra den sexuella handlingen samt att offret inte befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd, vilket innebär att ansvar för våldtäkt eller sexuellt tvång inte kan aktualiseras.

4.2 Uppsåt

I anslutning till redogörelsen för den föreslagna regelns materiella utformning bör det sägas något om uppsåtsfrågan, vilken avgör huruvida en person kan fällas till ansvar för brott. Kortfattat kan "uppsåt" förklaras som att en uppsåtlig gärning företas med "vett och vilja", det vill säga gärningsmannen förstår vad han gör.⁴¹ Det innebär att i de situationer då kvinnan varit så rädd att hon inte vågat göra motstånd, men mannen ändå uppfattat situationen som att hon ville ha sex med honom, är det inte möjligt att fälla mannen till ansvar för brott. Även om kvinnan inte gett sin tillåtelse till den sexuella gärningen, är det inte möjligt att fälla mannen om inte han varit medveten om detta när han genomfört handlingen.

Vid uppsåtsbedömningar är den så kallade "nedre gränsen" den mest intressanta, det vill säga vad som krävs för att uppsåtskravet ska vara uppfyllt.

³⁷ SOU 2010:71 s. 496.

³⁸ SOU 2010:71, s. 497.

³⁹ SOU 2010:71 s. 133.

⁴⁰ SOU 2010:71, s. 497.

⁴¹ Jareborg, Nils a. a. s. 310.

Enligt svensk rätt utgörs uppsåtets nedre gräns av likgiltighetsuppsåtet. Gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet ska därmed preciseras genom en bedömning av den likgiltighet som gärningsmannen visat.⁴² Om gärningsmannen varit medveten om att det funnits en risk för att en viss omständighet förelåg, i detta fall att kvinnan inte samtycker till den sexuella gärningen, men är likgiltig inför riskens förverkligande (att han har sex med kvinnan mot hennes vilja) så är kravet på uppsåt uppfyllt.⁴³ Om mannen däremot faktiskt befunnit sig i villfarelse i förhållande till det negativa rekvisitet "utan den personens tillåtelse" utesluter det personligt ansvar.

4.3 Utredningens precisering av rekvisitet "tillåtelse"

Som ovan anført är det som avgör om gärningsmannen ska kunna fällas till ansvar för *sexuellt övergrepp* huruvida målsäganden gett sin tillåtelse till den sexuella gärningen, och om hon inte gjort det, om gärningsmannen insett detta eller att det fanns en risk för detta men genomfört den sexuella gärningen ändå. I detta avsnitt behandlar jag därför frågan hur en tillåtelse ska komma till uttryck i förslaget till ny bestämmelse i BrB 6:3.

"Tillåtelse" är ett begrepp vars innehåll helt avgörs av det innehåll man väljer att ge det. Enligt utredningen är det dock en självklar utgångspunkt att det inte alltid räcker med ett "ja" till en sexuell handling, eller att man accepterar på något annat sätt, för att det ska omfattas av tillåtelsebegreppet.⁴⁴ I sådana fall skulle samtycken lämnade under tvång vara giltiga, vilket inte är ett önskvärt resultat. Enligt utredningen är det istället omständigheterna under vilka samtycket getts som bör vara avgörande för bedömningen av huruvida samtycket är giltigt.⁴⁵ Rörande frågan huruvida det ska krävas att samtycket har en viss form, det vill säga om det måste ges på ett visst sätt för att vara giltigt, anförs att det i sammanhanget är en svårighet att frågan om tillåtelse i praktiken sällan är något som förs på tal mellan två personer innan de har sex med varandra: "så fungerar vanligen inte det mänskliga samspelet"⁴⁶. Vid

⁴² Berglund a. a. s. 79.

⁴³ Se rättsfallet NJA 2004 s. 176.

⁴⁴ SOU 2010:71, s. 205.

⁴⁵ SOU 2010:71, s. 206

⁴⁶ SOU 2010:71, s. 213.

bedömningen av huruvida ett giltigt samtycke getts kommer därför domstolarna i de allra flesta fallen vara hänvisade till att göra en bedömning av de inblandade personernas agerande och andra relevanta omständigheter.⁴⁷

Inom straffrätten gäller generellt att så kallade "tysta" samtycken, det vill säga sådana som inte ges med ord utan genom att man gör, eller underlåter att göra något, är giltiga. Detta är huvudregeln enligt BrB 24:7, men eftersom det i förslaget till ny bestämmelse i BrB 6:3 rör sig om samtycken i sexuella situationer finns det enligt utredningen skäl att behandla dessa samtycken annorlunda. Eftersom sexualbrottens skyddsobjekt är sexuellt självbestämmande är det rörande dessa brott just kränkningen av självbestämmandet som är det centrala, vilket innebär att samtyckeshandlingen ska ses som en gärning snarare än en inställning.⁴⁸ Petter Asp, professor i straffrätt vid Stockholms universitet, har angående samtycke i sexuella situationer anfört:

Det kan därför sägas att det också om den utsatte accepterat gärningen (genom ett inre samtycke) finns kvar ett beaktansvärt intresseintrång: det som består i att den utsatte, på ett område där självbestämmande skattas särskilt högt, används utan tillbörligt beaktande av sin autonomi.⁴⁹

Utredningen gör en liknande bedömning, nämligen att tysta samtycken som regel inte bör godtas. Samtidigt gör utredarna dock bedömningen att det inte bör finnas något formkrav som reglerar exakt hur ett giltigt samtycke ska komma till uttryck. Ställningstagandet är att ett samtycke ska manifesteras på något sätt.⁵⁰ Konsekvensen av att ett samtycke måste manifesteras på något sätt för att vara giltigt, samtidigt som det inte finns något formkrav som reglerar hur detta ska ske, är att inte heller ett bristande samtycke måste manifesteras för att räknas. Med andra ord: om samtycket inte kommit till uttryck finns det inget giltigt samtycke och det spelar ingen roll för denna bedömning huruvida bristen på samtycke kommit till uttryck på något särskilt sätt.⁵¹ Utgångspunkten för

⁴⁷ SOU 2010:71, s. 213f.

⁴⁸ SOU 2010:71, s. 214.

⁴⁹ Asp, Petter, *Sex och Samtycke*, Iustus, Uppsala, 2010, s. 115.

⁵⁰ SOU 2010:71, s. 215.

⁵¹ SOU 2010:71, s. 215.

utredningens syn på tillåtelse är alltså att det inte är möjligt att utgå från att en kvinna som är helt tyst och inte gör något motstånd alls ger sin tillåtelse till det som sker.

Om det kan konstateras att det krävs att ett samtycke ska manifesteras på något sätt för att vara giltigt, är det också rimligt att fråga sig vilket agerande som kan utgöra en samtyckeshandling. Enligt utredningen är det svårt att tänka sig situationer "där en person ställer sig positiv till ett sexuellt närmande men möter detta med total passivitet på ett sätt som innebär att ett samtycke har kommit till uttryck genom underlåtenhet"⁵², vilket också är anledningen till att ett samtycke måste manifesteras aktivt för att vara giltigt. Det måste alltså röra sig om någon form av samtyckesreaktion som kan ske genom antingen ord eller handling. Ett exempel på en sådan samtyckesreaktion är "ett leende från en annars passiv person" i visst ögonblick, medan "total passivitet" snarare är ett uttryck för bristande samtycke.⁵³

Sammanfattningsvis kan det sägas att i fråga om vad som ska bedömas som en tillåtelse i den föreslagna bestämmelsens mening, finns det förvisso inte några formkrav rörande vad som är en giltig tillåtelse men att "total passivitet" inte ska anses som tillräckligt för att utgöra en tillåtelse i den föreslagna bestämmelsens mening. Vad som alltså blir centralt för bedömningen av huruvida kvinnan gett sin tillåtelse till en viss gärning är om hon, i den aktuella situationen, gjort eller sagt något som av *mannen* kan tolkas som en tillåtelse.

4.4 Tillåtelsen ska "manifesteras"

Det har konstaterats att total passivitet aldrig kan utgöra en samtyckeshandling, det vill säga en tillåtelse i den föreslagna bestämmelsens mening, men att till exempel ett leende från en person som i övrigt är helt passiv kan utgöra en sådan tillåtelse. Att det krävs åtminstone någon samtyckes-/tillåtelsehandling anses vara nödvändigt mot bakgrund av sexualbrottens skyddsobjekt, som är sexuellt självbestämmande. I detta avsnitt kommer jag att problematisera vad det innebär att en tillåtelse måste "manifesteras" för att kunna vara ett uttryck för "tillåtelse" enligt lagförslaget.

⁵² SOU 2010:71, s. 216.

⁵³ SOU 2010:71, s. 216.

Om kön är en icke-relevant del av den juridiska argumentationen innebär det att den omständigheten att det rör sig om en man och en kvinna i en viss situation inte problematiseras. Situationerna som bestämmelsen är tänkt att tillämpas i är "uppbyggda" kring kön, vilket jag menar inte problematiseras av utredningen. Enligt straffrättens teoretiska premisser rör det sig om två jämbördiga fria individer som upplever samma grad av självbestämmande och därmed har samma möjligheter att ge en giltig tillåtelse till det som sker. Min mening är att om en sådan uppfattning är utgångspunkten är det enda sättet att närma sig det faktum att det i det stora flertalet situationer övergrepp sker rör sig om en man som begår övergrepp mot en kvinna, genom att betrakta situationen som att de inblandade "spelar ett spel". En konsekvens av den straffrättsliga utgångspunkten att alla människor är fria individer är att det sätts likhetstecken mellan kön och "könsroll". Resonemanget förs således utifrån en fri individ som genom ett fritt val "tagit på sig" en könsroll. Jag menar att detta är synligt i utredningen genom att den, samtidigt som den utgår från en fri individ i sitt resonemang kring tillåtelse och hur en giltig sådan ska manifesteras, utgår från klart könade beteenden i resonemanget kring hur en giltig tillåtelse ska komma till uttryck. Som exempel på vad som kan utgöra en tillåtelse ges "ett leende från en annars passiv person", vilket är ett tydligt kvinnligt könat beteende. Min uppfattning är att utredningen har en föreställning kring hur kvinnor agerar när de samtycker till en sexuell gärning, och denna föreställning ligger till grund för ställningstagandet att ett leende från en i övrigt passiv person utgör ett uttryck för en tillåtelse. Samtidigt som resonemanget på ett ytligt plan är könsneutralt är det vid en närmare granskning tydligt könsspecifika beteenden som anger hur en tillåtelse ska manifesteras för att vara giltig.

Utredningen hade inte kunnat precisera vad en tillåtelse är utan en uppfattning om verkligheten, vilket innebär att det är konventioner kring hur en man och en kvinna förväntas bete sig i en viss situation som styr resonemanget kring hur en giltig tillåtelse ska manifesteras. Det är konventioner som styr resonemanget kring hur manifesterandet ska ske, samtidigt som sättet på vilket man förhåller sig till kön är att reducera kön till en könsroll. Detta synsätt reducerar umgänget män och kvinnor emellan till ett "spel" med vissa regler som

de inblandade förväntas känna till, där till exempel ett leende i en viss situation ger "grönt ljus". Med den teoretiska utgångspunkten att kön är en del av människan och att kön skapar mening och struktur i världen omkring oss, blir resonemanget nödvändigtvis ett annat. Sexuella övergrepp begås mot kvinnor därför att de är kvinnor och män begår dessa övergrepp därför att de har en position som ger dem den möjligheten. Situationerna i vilka bestämmelsen ska tillämpas är inte neutrala i förhållande till kön, utan de är genomsyrade, "uppbyggda", kring kön och därmed de konventioner som finns i fråga om hur en kvinna ska bete sig i förhållande till en man. Att kvinnor i dessa situationer kan förväntas bete sig i enlighet med dessa konventioner är därför självklart. Det är däremot problematiskt att anlägga ett synsätt enligt vilket hon gör detta i egenskap av en fri individ med det självbestämmande som tillskrivs en sådan, eftersom ett sådant synsätt ger att hon fritt väljer att agera i enlighet med dessa konventioner; att hon följer spelets regler därför att hon själv vill. I sådana fall landar resonemanget nödvändigtvis i att hon ler därför att hon vill ha sex med mannen i fråga.

Utredningens diskussion kring hur en giltig tillåtelse ska manifesteras präglas av konventioner kring hur en kvinna ska bete sig i en viss situation, samtidigt som kön ses som en roll vilken den fria individen "tagit på" sig. Det innebär att steget inte är långt till att se kvinnan som medansvarig till att övergreppet skett och medför därför en risk för en bagatellisering av övergrepp. Den yttre hållningen att offret inte är medskyldig till övergrepp är därför närmast utan betydelse eftersom sådana resonemang följer av straffrättens ideologiska premisser. Enligt min uppfattning är det enligt nuvarande premisser "osynligt" hur (upplevelsen av) självbestämmande, som är skyddsobjektet för lagstiftningen och grunden för att bestämma straffrättsligt relevant skada, påverkas och begränsas av kön

5 LAGFÖRSLAGET I EN KÖNAD VERKLIGHET

I detta avsnitt, som inleder den tredje delen av uppsatsen, kommer jag att diskutera hur självbestämmande preciseras enligt straffrätten, vad denna precisering innebär samt vilken betydelsen av kön är för individens upplevelse av självbestämmande. Jag menar att kön påverkar upplevelsen av självbestämmande på ett sätt som kan påverka möjligheterna att ge en tillåtelse enligt förslaget om en ny bestämmelse i BrB 6:3.

5.1 Självbestämmande som ideologisk premiss

”Självbestämmande” är enligt straffrätten något som tillskrivs människor i egenskap av fria individer. Det innebär att det självbestämmande som sexualbrottslagstiftningen tar som utgångspunkt att skydda är konstruerat utifrån ett ideologiskt ställningstagande. Att det rör sig om en ideologi innebär att vad som tillåts väga in i bedömningen av huruvida en person upplever ett sådant självbestämmande att hon är förmögen att ge en giltig tillåtelse eller inte begränsas av ideologin. Enligt den ideologi som straffrätten vilar på, vilken format dess teoretiska utformning, är människan en fri individ och kön är därför aldrig relevant för bedömningen av en viss gärning. Enligt min mening leder detta till att kvinnor regelmässigt tillskrivs ett självbestämmande som inte motsvaras av verkligheten. Detta kan uttryckas som att det finns en diskrepans mellan den straffrättsliga utgångspunkten att alla människor är fria individer och sättet på vilket kvinnor i verkligheten upplever sina möjligheter att utöva självbestämmande i de situationer som bestämmelsen om *sexuellt övergrepp* är tänkt att tillämpas i.

Enligt min mening är straffrättens fria individ, det autonoma subjektet, en illusion. Människan, subjektet, är könat och helt avhängig omgivningen för sin tillblivelse. Subjektet blir till i det som Benhabib kallar ”samspråksvävar”, vilket innebär att gärningar har mening på ett sätt som osynliggörs så länge resonemanget förs utifrån den fria individen. Om det kvinnliga subjektets tillblivelse sker i samspråksvävar i vilka hon lär sig hur hon ska svara på och tilltala sin omgivning, och dessa samspråksvävar bär med sig en maktasymmetri mellan män och kvinnor, så innebär det att i själva övergreppsgärningen finns ett positionerande som begränsar självbestämmandet. Detta resonemang är dock

bara möjligt att föra utifrån utgångspunkten att ett subjekt aldrig är "könlöst" och autonomt, utan tvärtom könat och beroende av sin omgivning. Med denna utgångspunkt vill jag hävda att det finns situationer i vilka gärningen i sig och det faktum att det är en man som gör det mot en kvinna, positionerar de inblandade på ett sätt som inte bara begränsar utan till och med utesluter en kvinnas självbestämmande.

Jag menar att det självbestämmande som tillskrivs den fria individen är en illusion, liksom den fria individen är en illusion. Människor är alltid könade och agerar alltid inom ramen för ett sammanhang och såväl kön som sammanhang påverkar individers upplevelse av självbestämmande. Eftersom självbestämmande för straffrättens del är preciserat utifrån den fria individen menar jag kvinnors möjligheter att utöva självbestämmande begränsas genom att deras upplevelse av verkligheten inte ges straffrättslig relevans.

5.2 Betydelsen av kön

Situationer i vilka sexuella övergrepp begås är enligt min synsätt genomsyrade av kön, och utgår från kön, vilket innebär att upplevelsen av självbestämmande påverkas av kön. Om straffrättens ideologiska premisser skulle tillåta kön att vara en relevant del av diskussionen kring sexualbrotten, det vill säga om utgångspunkten skulle vara att individer är könade och att detta betyder något, kan enligt konformitetsprincipen möjligheterna att ge en giltig tillåtelse begränsas av att brottsoffret är kvinna. Om utgångspunkten är att människan är en könad varelse och att kön är grundläggande för såväl identitets- som integritetsuppfattning, måste slutsatsen bli att ett leende inte nödvändigtvis är ett uttryck för tillåtelse. Det kan vara det, men det måste ses i en könad kontext med en öppenhet inför vad det kan innebära. Det sagda kan relateras till diskussionen kring BrB 6:11 *köp av sexuell tjänst* vilken togs upp i avsnittet om skada. Enligt min uppfattning är sexköp av en man från en kvinna ett typfall på en situation i vilken kön är meningsskapande på ett sätt som innebär att situationen och parterna positionerar de inblandade på ett sätt som utesluter självbestämmande i utgångsläget. Denna bestämmelse har emellertid kritiserats hårt med argumenten att den kränker den prostituerades rätt till självbestämmande och att skadan är av "moralisk" natur. Med utgångspunkten

att prostituerade är fria individer stämmer kritiken i princip eftersom huvudregeln är att samtycke från en vuxen person är ansvarsbefriande.⁵⁴ Min uppfattning är dock att sexköp av en man från en kvinna i regel positionerar parterna på ett sätt som i princip utesluter självbestämmande i utgångsläget. Detta innebär att det är möjligt att precisera sexköpet i sig till en form av otillbörligt utnyttjande.⁵⁵ BrB 6:11 är ett exempel, men problematiken med att en viss gärning kan göra att de inblandade positioneras på ett sätt som begränsar kvinnors självbestämmande, att upplevelsen av självbestämmande kan begränsas av kön, gäller generellt i övergreppssituationer. Jag menar att i alla övergreppssituationer finns samma problematik, nämligen att kön och sammanhang har betydelse för upplevelsen av självbestämmande.

Med utgångspunkten att män är strukturellt överordnade kvinnor så skadas straffrättens trovärdighet när den gör anspråk på att beskriva verkligheten på ett "objektivt" sätt och behandla alla individer lika. Det finns inget kvinnoperspektiv i straffrätten, men jag anser att en lagstiftare måste kunna uppmärksamma verkligheten och praktiska rättsliga behov. Genom att inkludera ett kvinnoperspektiv skapas det bättre förutsättningar att beskriva verkligheten på ett "korrekt" sätt. Därför anser jag att det är viktigt att anlägga ett sådant och därmed belysa hur rekvisitet "tillåtelse" kan väntas fungera i en könad verklighet.

⁵⁴ Asp & Ulväng a. a. s. 41f.

⁵⁵ Det är kriminaliserat som våldtäkt att ha genomföra ett samlag eller därmed jämförlig handling genom att *otillbörligt utnyttja* att en person befinner sig i ett hjälplöst tillstånd. Ett otillbörligt utnyttjande utesluter alltså att den utsatte upplevt ett sådant självbestämmande som gjort det möjligt att ge en giltig tillåtelse; vid hjälplöst tillstånd har ett eventuellt samtycke ingen betydelse eftersom ingen haft möjlighet att avge en sådan.

6 TILLÄMNINGSEXEMPEL

I detta kapitel kommer jag att redogöra för den problematik som jag ser i utredningens exempel på situationer i vilka lagförslaget ska tillämpas. Jag kommer även att diskutera vilka konsekvenserna blir av utredningens synsätt i fråga om sådana situationer som jag anser är viktiga att lyfta fram, men som utredningen bortser från, nämligen sådana sexuella övergrepp som sker inom ramen för helt "vanliga" situationer; sådana övergrepp som "bara händer". Är det verkligen möjligt att tala om ett självbestämmande när sexuella övergrepp "bara blir"?

6.1 Utredningens exempel

De situationer som förslaget om *sexuellt övergrepp* är tänkt att tillämpas i är då målsäganden befunnit sig i villfarelse i förhållande till vem hon har sex med, vid så kallade "övertäckningsövergrepp" och då målsäganden mött ett sexuellt närmande med total passivitet. I dessa fall föreligger enligt utredningen ingen tillåtelse och den sexuella gärningen är därför otillåten. Det är enligt min uppfattning givet att en person inte kan ge sin tillåtelse till att ha sex med en person om hon tror att personen som hon har sex med är någon annan, liksom hon inte kan ge sin tillåtelse om hon tror att hon ska få t.ex. massage av någon men denne istället stoppar in ett finger i hennes slida. Det är också självklart att hon inte ger sin tillåtelse om hon är så rädd att hon "stängt av" kroppen. Min uppfattning är att den "atypiskhet" som präglar utredningens exempel är problematisk. Utredningen vill genom att införa en samtyckesbaserad bestämmelse åtgärda de luckor som finns i nuvarande lagstiftning⁵⁶, och jag menar att det är problematiskt att den inte uppmärksammar att övergrepp sker också i situationer utan några udda inslag. Jag menar att de situationer som utredningen ger som exempel på situationer i vilka den föreslagna bestämmelsen ska tillämpas alla är atypiska; det är udda att en person utger sig för att vara någon annan eller att en person säger att han vill ge en massage men istället begår ett övergrepp. Även i fråga om "spela-död-reflexen" föreligger en atypiskhet då det knappast kan räknas som en typisk reaktion på ett sexuellt närmande att en kvinna blir så rädd att hon "stänger av" kroppen". Den

⁵⁶ Se SOU 2010:71 s. 232.

atypiskhet som präglar utredningens exempel är enligt min mening problematisk eftersom övergrepp ofta "bara händer" i situationer som inte har den slags udda inslag som utredningens exempel. I de "vanliga" övergreppssituationerna finns det anledning att diskutera självbestämmande, och vilken upplevelsen av denna är, som premiss för att det ska vara möjligt att ge en tillåtelse som gör gärningen tillåten. Denna diskussion är närmast ointressant i fråga om utredningens exempel, eftersom ingen tillåtelse kan ges i de situationerna.

Sättet på vilket rekvisitet "tillåtelse" kan förväntas tolkas, det vill säga vilken innebörd som kan förväntas ges åt uttalandet att en tillåtelse måste "manifesteras" för att utgöra en sådan i lagförslagets mening, påverkas enligt min uppfattning av huruvida den sexuella gärningen begåtts i en konventionell eller icke-konventionell situation. I fråga om de ovan anförda "övertäckningsövergreppen" bortses det i utredningen från att sådana kan ske också i situationer utan några udda inslag. I och med att de exempel som utredningen ger alla har udda inslag finns det underliggande i deras resonemang att övergreppssituationer, det vill säga kontexten inom vilket övergreppet sker, kan delas upp i "sexuella" och "icke-sexuella". Det betyder att i de "sexuella", dvs. "vanliga", situationerna förväntas kvinnan förstå att det är upplagt för sexuellt umgänge. Enligt "spelets regler" förväntas hon förstå vad som är på väg att ske. Jag menar att det får konsekvenser för bedömningen av om det getts uttryck för en tillåtelse på det sätt som krävs för att gärningen ska vara tillåten att situationen är "vanlig"; i enlighet med konventionerna kring mäns och kvinnors umgänge med varandra. I dessa vanliga situationer, och med utgångspunkten att en kvinna är en fri individ som av fri vilja "tagit på sig" en könsroll, blir det helt enkelt mycket lätt att tolka ett beteende i enlighet med konventioner som ett uttryck för en tillåtelse eftersom det av utredningens synsätt följer att det finns en sexuell underton i dessa situationer. Konsekvensen av synen på människan som en fri individ blir att män och kvinnor spelar ett "sexuellt spel" som de förutsätts vara medvetna om. Det är emellertid fullt möjligt, och förekommer troligtvis inte helt sällan, att "övertäckningsövergrepp" sker som en följd av att bara en part, mannen, uppfattar situationen som upplagd för sex, men inte kvinnan. Nuvarande förutsättningar för att (inte) diskutera betydelsen av kön

ger gärningsmannen i de "vanliga" situationerna tolkningsföreträde i förhållande till huruvida situationen var "sexuell" eller inte, vilket jag menar får konsekvenser för vilken bedömningen blir av huruvida en tillåtelse manifesterats på det sätt som krävs för att gärningen ska vara tillåten.

6.2 "Det bara blir" - kön och kontext får betydelse

Många kvinnor har erfarenhet av negativa sexuella upplevelser som "bara händer". Det handlar om sexuella handlingar som sker mot ens vilja, men som man är oförmögen att sätta stopp för. Just nu pågår ett initiativ som heter *#prataomdet* som syftar till att belysa obehagliga sexuella erfarenheter och skapa en diskussion kring övertramp i sexuella situationer. Jag har använt mig av ett par texter som publicerats med anledning av initiativet och försökt bedöma om den nya lagstiftningen innefattar dessa. Hur fungerar frågan om tillåtelse och vilket självbestämmande är det möjligt att tala om? Sådär har en kvinna beskrivit sin erfarenhet av när det "bara blir":

Jaha och sen var han bara där, i sängen. Utan något uttryckligt medgivande från mig (jag hade bara försökt skratta bort det där med att han skulle vara en "snäll pojke" osv, som om det verkligen bara vore ett skämt om än väldigt dåligt). Och sen... ja, jag gav bara vika direkt. Mitt självförakt dagen efter var enormt. Jag hade inte ens försökt stoppa honom. Varför? Jag var både nykter och vaken. På något sätt vågade jag inte ens testa min förmåga att komma ur situationen.⁵⁷

I detta fall rör det sig om en ung kvinna, en tonåring, som stött på en bekant på vägen hem. Han har tjatat sig till att få sova hos henne, och väl hemma tjarar han sig till att få sova i hennes säng. Sedan har han sex med henne, något som hon inte vill men ändå "låter ske". Min bedömning är att den nya lagstiftningen inte innefattar en situation som denna. Utredningens ställningstagande är att en tillåtelse ska vara en gärning och inte en inställning. Som ovan anförts är det väldigt subtila ageranden som anses som ett uttryck för en tillåtelse; det räcker med att en i övrigt passiv kvinna ler för att det ska anses att hon gett uttryck för en sådan. Det innebär att så länge som kvinnan inte legat blick stilla (spela-död-

⁵⁷ <http://kamfertext.blogspot.com/2010/12/twitternytta.html>, hämtat den 6 januari 2011.

reflexen) kommer hon anses ha gett uttryck för en tillåtelse genom ett leende, en blick eller något annat. Att utredningen har en gärningsorienterad syn på samtycke innebär att kvinnans inställning, att hon faktiskt inte ville, inte är relevant så länge hon anses ha gett uttryck för en tillåtelse.

Jag gör bedömningen att det är troligt att kvinnan i denna situation skulle anses ha gett uttryck för en tillåtelse. Dock är det en förutsättning för att en individ ska kunna ge en tillåtelse som gör gärningen straffri att hon har förmåga och tillfälle att ge en sådan (självbestämmande). Även om hon anses ha gett uttryck för en tillåtelse krävs det att hon upplevt sådant självbestämmande som gör det möjligt att ge en giltig sådan för att gärningen ska vara straffri. Enligt min mening kan det ifrågasättas om en kvinna i en situation som denna upplever sådant. Frågan om självbestämmande måste bedömas utifrån kontexten; mot bakgrund av att det rör sig om en man och en kvinna, att det finns en relation och han tjar. Vad som motiverar hennes agerande, att hon ger efter för hans tjar och låter honom ha sex med henne, kan vara att hon "inte vill bråka", att hon inte vill såra honom genom att avvisa honom, eller att hon inte vill "vara till besvär". Min uppfattning är därför att hennes agerande inte automatiskt kan anses falla inom ramen för självbestämmandet eftersom det är köns- och känslomässigt motiverat. Det är emellertid omständigheter som inte är relevanta vid en straffrättslig bedömning av om samtycket är giltigt eller inte.

Filosofen Carol Gilligan har hävdad att kvinnor har en moraluppfattning som grundas på relationer, det vill säga omsorg om andra människor, istället för absoluta principer.⁵⁸ Det är med andra ord i stor utsträckning ansvaret för relationer som ligger till grund för kvinnors handlingar. Jag menar att det som motiverar kvinnors agerande i den här sortens situationer kan vara en omsorg om mannen, att hon bryr sig om hans känslor. Det är dock missvisande att betrakta detta som ett uttryck för självbestämmande. Samtidigt utgår straffrätten från att alla människor faktiskt har ett självbestämmande, vilket betyder att köns- och känslomässigt motiverade agerande inte ges någon rättslig betydelse. Det finns därför en motsättning mellan det rättighetstänkande som straffrätten grundas på och det omsorgs- och relationstänkande som präglar

⁵⁸ Se Gilligan, Carol, *Med kvinnors röst: psykologisk teori och kvinnors utveckling*, Prisma, Stockholm, 1982.

kvinnors agerande i förhållande till omvärlden.⁵⁹

En annan kvinna har beskrivit en obehaglig sexuell upplevelse på följande sätt:

Han bjöd fint på restaurang och följde mig hem - jag bodde på husbåt, ensam utanför stan. Väl där ville han sova över, jag förklarade att jag inte ville ligga med honom. Det var inte ett alternativ för honom, han hade ju bjudit på middag och följt mig hem. Av rädsla för hur det hela skulle kunna utveckla sig gick jag med på sex.⁶⁰

I det här fallet rör det sig om en ung kvinna som blivit bjuden på middag av en kollega till hennes pappa. Det finns således en relation, han är äldre och han har bjudit henne på middag. Hon säger att hon inte vill ha sex, men han insisterar. Detta fall är intressant eftersom hon faktiskt gett uttryck för en tillåtelse; hon har gått med på att ha sex med mannen i fråga. Mot bakgrund av att det är en förutsättning för att kunna ge en tillåtelse som gör gärningen straffri att hon har förmåga och tillfälle att ge en sådan är det dock viktigt att lyfta fram vilka omständigheterna är: hon har att göra med en man som är äldre och starkare än vad hon själv är, som känner hennes pappa och som dessutom markerar att "det inte är ett alternativ" att de inte har sex. Jag menar att en ungs kvinnas förmåga och tillfälle att ge en giltig tillåtelse i en sådan situation är begränsad. Om han markerar att han vill ha sex med henne är det möjligt att hon går med på det därför att hon är rädd för att om hon inte går med på det kommer han att göra det i alla fall. Det är också möjligt att, som i situationen ovan, hon inte vill "bråka" eller såra honom genom att avvisa honom när han så tydligt vill ha sex med henne. Eftersom straffrätten inte väger in denna slags omständigheter i bedömningen av självbestämmande skulle dock inte heller denna situation innefattas av den nya lagstiftningen.

Kvinnorna har i båda fallen straffrättsligt sett både förmåga och tillfälle att ge en tillåtelse: de är vuxna, kompetenta och inte nämnvärt påverkade av alkohol eller droger. Deras problem att förstå att de har ett självbestämmande som de har rätt att hävda, och deras problem med att uttrycka detta, har att göra med

⁵⁹ Angående kvinnors omsorgs- och relationstänkande, se Gilligan a. a.

⁶⁰ <http://blogg.aftonbladet.se/familjenvapunktnoll/2010/12/prataomdet>, hämtat den 8 januari 2011.

kön och kontext. Dessa faktorer är dock inte relevanta vid en straffrättslig bedömning av om deras samtycke är giltigt eller inte.

Jag menar vidare att utredningens ställningstagande att en tillåtelse ska vara en gärning och inte en inställning är problematisk. Att en giltig tillåtelse ska komma till uttryck genom en gärning samtidigt som kraven på vad som kan utgöra en sådan tillåtelsegärning är väldigt låga (ett leende från en i övrigt passiv person), betyder att frågan om vad kvinnan innerst inne ville inte är relevant så länge som hon uttryckt en tillåtelse. Att kvinnans inställning, vad hon faktiskt ville eller inte ville, inte tillmäts någon relevans är problematiskt på så sätt att det krävs en stor portion självförtroende och självkänsla för att hävda sitt självbestämmande i dessa sammanhang, vilket jag menar att många unga kvinnor saknar.⁶¹

Även utredningens ställningstagande att man inte ska "moralisera" över människors personliga val är intressant och ger konsekvenser i förhållande till de situationer i vilka den föreslagna bestämmelsen kan tänkas tillämpas.⁶² Min uppfattning är att det är möjligt att utgå från att om någon blivit utsatt för något obehagligt så var denne också ofrivillig i förhållande till detta. Den rättsliga konstruktionen av samtycke är dock sådan att man inte skyddar människor från deras egna beslut, vilket gör det möjligt att samtycka till obehagliga upplevelser. Detta säger emellertid inte något om huruvida ett verkligt samtycke förelegat, vilket jag menar är ett problem. Som en följd av straffrättens inneboende motvilja mot att moralisera över (fria) individens val kan människor samtycka till att exempelvis bli inlåsta, bundna och förnedrade, det vill säga mycket obehagliga situationer. Att självbestämmande är ideologiskt preciserat - utan hänsyn till kön och kontext - innebär att det finns en risk att den föreslagna bestämmelsens konstruktion inte kommer att passa kvinnor i det slags situationer som beskrivits ovan.

⁶¹ Detta förhållande, att unga kvinnor ofta saknar det självförtroende och den självkänsla som krävs för att hävda sitt självbestämmande, illustreras av Josefin Grändes undersökning som beskriver hur gränsen mellan "dåligt sex" och övergrepp ofta är hårfin för tonårsflickor. Enligt undersökningen är deras första upplevelser av sex ofta förknippade med associationer som "press", "ont" och "kränkning", se Grände, Josefine, *Jag kallade det aldrig för våldtäkt: att möta våldtagna kvinnor*, Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige (ROKS), 2007.

⁶² Angående motviljan mot att "moralisera" över människors personliga val, se SOU 2010:71, s. 217.

6.3 Avslutning

Rörande förhållandet mellan rätten och kön har Tove Stang Dahl, f.d. professor i kvinnorätt vid Oslos universitet, uttalat att grundproblemet är att rättsordningen utgör en del i en manlig kulturell hegemoni vilket gör att många frågeställningar som är viktiga för kvinnor helt enkelt faller utanför rättsordningen.⁶³ Det faktum att rätten gör anspråk på att utgå från en "neutral" och "objektiv" verklighet kan därmed kritiseras med utgångspunkt i att kunskapen är dominerad av män. Jag menar att det är möjligt att anledningen till att denna "gråzon" av sexuella övergrepp i stor utsträckning faller utanför rättsordningen är att en manligt konnoterad verklighetsuppfattning präglar sättet på vilket straffrätten utformats. Jag menar att rätten genom att lyfta in kvinnors perspektiv ges bättre förutsättningar att beskriva verkligheten på ett mer "korrekt" sätt, och att en sådan verklighetsbeskrivning måste innefatta den sortens övergrepp som beskrivits ovan; sådana som "bara blir".

⁶³ Se Dahl, Tove Stang, "Innledning till kvinneretten", i antologin *Kvinnerett I*, 1985, s. 13-109.

7 AVSLUTANDE DISKUSSION

I detta avslutande avsnitt, uppsatsens fjärde del, kommer jag att diskutera om en samtyckesreglering kan anses främja sexuellt självbestämmande för kvinnor. Jag kommer också att ge några avslutande synpunkter.

7.1 Samtyckesreglering och självbestämmande

Min uppfattning är att rekvisitet "tillåtelse" enligt straffrättens nuvarande utgångspunkter inte kan väntas fungera på ett bra sätt då betydelsen av kön inte beaktas. Jag menar att lagförslaget därmed inte kan förväntas skydda kvinnors sexuella självbestämmande. Den feministiska forskningen inom straffrätten har framställt det som att en renodlad samtyckesreglering ger bättre förutsättningar att skydda kvinnors självbestämmande än en reglering som baseras på medel (tvång) eller omständigheter (hjälplost tillstånd). Det är därför troligt att förslaget om att införa en ny, förvisso subsidiär i förhållande till det grövre våldtäktsbrottet, men ändå samtyckesbaserad bestämmelse i BrB 6:3 från feministiskt håll framstår som något positivt. Mot bakgrund av de svårigheter jag ser med att tillämpa rekvisitet "tillåtelse" är jag dock tveksam till att ökat självbestämmande uppnås genom en samtyckesreglering.

En av de mer framträdande och inflytelserika förespråkarna för en renodlad samtyckesreglering är Madeleine Leijonhufvud, professor emerita i straffrätt vid Stockholms universitet. Leijonhufvud menar att en övergång till en samtyckesreglering innebär en påtaglig förändring av grundattityden till kvinnors sexuella självbestämmanderätt genom att den markerar att en kvinna inte är tillgänglig förrän hon på något sätt visat att hon vill.⁶⁴ Vad Leijonhufvud menar uppnås genom en samtyckesreglering är ett ökat sexuellt självbestämmande för kvinnor; kvinnors möjligheter till sexuellt självbestämmande främjas av att lagen markerar för män att en kvinna måste visa att hon vill ha ett sexuellt umgänge för att en sexuell gärning ska vara straffri. Jag finner det emellertid märkligt att Leijonhufvud resonerar utifrån en förståelse av självbestämmande som påverkat av omgivningen och könat, samtidigt som hon är en ivrig förespråkare av en samtyckesreglering eftersom införandet av en sådan inte ändrar det faktum att "självbestämmande" är

⁶⁴ Leijonhufvud a. a. s. 63.

preciserat utifrån den fria individen. Även med en samtyckesreglering kommer resonemanget kring huruvida en kvinna på något sätt visat att hon vill, föras med utgångspunkt i det västerländska vetenskapliga subjektet; den "könlösa" fria individen. Det innebär att resonemanget även fortsättningsvis kommer att baseras på ställningstagandet att kön är en "roll" och relationen mellan män och kvinnor reduceras därmed till ett "spel". Utredningen uttalar till och med att en nackdel med en samtyckesreglering är att en sådan för med sig "orimliga förväntningar på fler fällande domar" eftersom "det knappast kan förväntas att en lagstiftning som baseras på bristande samtycke leder till fler fällande domar", än som blir fallet med en modifierad lagstiftning ("särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet" ska enligt förslaget läggas till "hjälpöst tillstånd" i BrB 6:1) av det slag som nu finns.⁶⁵

7.2 Avslutande synpunkter

Den straffrättsliga diskursen om självbestämmande är präglad av idén om människan som en fri individ, vilket inte bara påverkar den innebörd som ges åt straffrättsliga rekvisit utan också benägenheten att kriminalisera gärningar. Straffrättens uppgift är att skydda den individuella friheten, vilket betyder att det finns ett motstånd mot att utöka det kriminaliserade området eftersom kriminalisering från en straffrättslig synvinkel utgör en frihetsinskränkning.⁶⁶ Idén om människan som en fri individ får också konsekvenser för vilken innebörd som ges åt rekvisitet "tillåtelse" enligt förslaget om en ny bestämmelse om *sexuellt övergrepp*. Utgångspunkten är att en tillåtelse måste manifesteras för att göra en sexuell gärning strafffri. Resonemanget om hur en tillåtelse ska manifesteras grundas på idén om människan som en fri individ, vilket betyder att det enda sättet att förhålla sig till att verkligheten består av män och kvinnor är att se kön som en självpåtagen "roll". Eftersom kön inte är en roll utan en nödvändig förutsättning för att vara människa är sättet på vilket självbestämmande preciseras problematiskt ur ett genusvetenskapligt perspektiv. Att självbestämmande är ideologiskt preciserat innebär att det är möjligt att förutse problem när den föreslagna bestämmelsen ska tillämpas i

⁶⁵ SOU 2010:71 s. 216.

⁶⁶ Jfr med det ovan sagda att man inte vill inskränka kvinnors frihet genom att skydda dem i onödan.

verkligheten, och att konstruktionen inte alltid kommer att passa för kvinnor som utsätts för övergrepp.

Källor

Offentligt tryck

SOU 1990:44 Maktutredningen

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – *utvärdering och reformförslag*

Litteratur

Asp, Petter, *Sex och Samtycke*, Iustus Förlag, Uppsala, 2010.

Asp, Petter & Ulväng, Magnus, "Tvång, utnyttjande och kriminalisering av sexköp", i: *Vänbok till Josef Zila*, Asp, Petter & Lernestedt, Claes (red.) Iustus Förlag, Uppsala, 2007.

Benhabib, Seyla, *Autonomi och Gemenskap*, Daidalos, Göteborg, 1992.

Berglund, Kerstin, *Straffrätt och kön*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007.

Berglund, Kerstin, "Gender and Harm", i: *Scandinavian studies in Law*, 2009.

Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990.

Carlson, Åsa, "Subjekt och agentskap. Seyla Benhabib och Judith Butler", i: *Kvinnovetenskaplig Tidskrift* 2002/2, s. 5-26.

Dahl, Tove Stang, "Innledning till kvinneretten", i: *Kvinnerett I*, Tove Stang Dahl (red.), 1985, s. 13-109.

Diesen, Christian, "Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie", i: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Leijonhufvud, Madeleine & Norée, Annika (red.), Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.

Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

Gilligan, Carol, *Med kvinnors röst: psykologisk teori och kvinnors utveckling*, Prisma, Stockholm, 1982.

Grände, Josefine, *Jag kallade det aldrig för våldtäkt: att möta våldtagna kvinnor*, Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige (ROKS), 2007.

Hirdman, Yvonne, "Genussystemet – Reflexioner kring kvinnors sociala underordning", i: *Kvinnovetenskaplig Tidskrift* 1988/3.

Jareborg, Nils, *Allmän Kriminalrätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001.

Jareborg, Nils, "Begreppet frihet", i: *Festskrift till Suzanne Wennberg*, Leijonhufvud, Madeleine, Heuman, Lars & Norée, Annika (red.), Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2009.

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

MacKinnon, Catherine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

Rättsfall

NJA 2004 s. 176.

Otryckta källor

<http://blogg.aftonbladet.se/familjenvapunktnoll/2010/12/prataomdet>, hämtat den 8 januari 2011.

<http://kamfertext.blogspot.com/2010/12/twitternytta.html>, hämtat den 6 januari 2011.