



LUNDS
UNIVERSITET

Argumentationen kring samtyckesreglering i den svenska kontexten

*En granskning av förarbetet till lagändringen 2013 (SOU
2010:71, Prop. 2012/13:111 och 2012/13:JuU20) utifrån
olika feministiska perspektiv*

Emma Lindqvist

Avdelningen för mänskliga rättigheter

Historiska institutionen

Kurskod: MRSK30

Termin: Höstterminen 13

Handledare: Rouzbeh Parsi

Karin Zackari

Omfång: 14539

Abstract

The essay investigates the validity of the argumentation regarding the introduction of a rape law based on consent in Sweden, made in the preparatory work of the rape law reform from 1 July 2013 (SOU 2010:71, Prop. 2012/13:111 and 2012/13:juU20), from different feminist viewpoints. The essay does not cover sexual deeds committed against children. The validity of the argumentation is determined by answering what assumptions are made regarding sexuality, gender and consent and how these compare and contrast to feminist theories and thereafter by determining what definition of sexual integrity is constructed and how this definition compares to a feminist one. The results are that female sexuality is assumed to be passive and open. Additionally, sexuality in general is assumed to be multifaceted and the assumption that consent is not “naturally” discussed before sexual intercourse is made. Consent is assumed to be something beyond the plaintiff’s violation and the defendant’s lack of action to confirm the presence of consent. Additionally, the existence of an “objective version” of a deed is assumed, and because of the requirement of intent this version is assumed to be the defendant’s. Sexual integrity is defined as the right to reject sexual advances/acts. The argumentation in SOU 2010:71 is found valid in relation to this definition, while the argumentation in Prop. 2012/13:111 and 2012/12:juU20 is not. In relation to the definition of sexual integrity as the right to be spared unwanted sexual advances/acts, the argumentation is found invalid for both.

Keywords: Feminism, rape law, sexual crimes, consent, sexual integrity, Sweden

Abstract

Uppsatsen undersöker hållbarheten i argumentationen för och emot introduktionen av en samtyckesreglerad våldtäktslagstiftning i Sverige, som görs i förarbetet till lagreformen från 1 juli 2013 (SOU 2010:71, Prop. 2012/13:111 and 2012/13:juU20), utifrån olika feministiska synvinklar. Uppsatsen berör inte sexuella övergrepp som begåtts mot barn. Argumentationens hållbarhet fastställs genom besvarandet av vilka antaganden som görs för sexualitet, kön och samtycke, och hur dessa jämför och kontrasterar med feministiska teorier. Hållbarheten fastställs dessutom genom klarläggandet av vilken definition av sexuell integritet som konstrueras och hur denna skiljer sig från en feministisk definition. Resultatet är att kvinnlig sexualitet antas vara passiv och öppen, att sexualitet antas vara multifacetterad och att samtycke ”naturligt” sett inte diskuteras innan samlag. Samtycke antas vara något utöver målsägandens kränkning och den tilltalades bristande agerande för att fastställa förekomsten av samtycke. Vidare antas en ”objektiv” version av gärningar existera, och genom kravet på uppsåt antas denna version vara den tilltalades. Sexuell integritet definieras som rätten att avvisa sexuella närmanden/handlingar. Argumentationen i SOU 2010:71 befinnes hållbar i relation till denna definition, medan argumentationen i Prop. 2012/13:111 och 2012/12:juU20 ej anses hållbar. I relation till definitionen av sexuell integritet som rätten att besparas oönskade sexuella närmanden/handlingar bedöms argumentationen i samtliga primärmaterial vara ohållbar.

Nyckelord: Feminism, våldtäkt --juridik och lagstiftning-- Sverige, sexualbrott, samtycke, sexuell integritet

Innehållsförteckning

1	Inledning	1
1.1	Problemformulering, syfte och frågeställningar	2
2	Teori och metod	4
2.1	Teori	4
2.2	Metod	15
3	Litteraturöversikt och tidigare forskning	17
3.1	Petter Asp	17
3.2	Madeleine Leijonhufvud	18
3.3	Ulrika Andersson	20
4	Material och avgränsningar	22
4.1	Primärmaterial	22
4.2	Avgränsningar	24
4.3	Källkritik	24
4.4	Forskningsetiska bedömningar	25
5	Argumentationen kring samtyckesreglering	27
6	Analys och diskussion	40
7	Sammanfattning	49
	Källförteckning	52

1 Inledning

Dagens våldtäktslagstiftning är baserad på våld och tvång, vilket innebär att våld eller tvång måste ha använts för att en handling ska kunna klassas som våldtäkt. Undantaget har varit om offret befunnit sig i ”hjälpöst tillstånd”, vilket i och med reformen 1 juli 2013 ändrats till ”särskilt utsatt situation.” Dagens sexualbrottslagstiftning anges sträva efter att skydda individens sexuella integritet och rätt till självbestämmande men kriminaliserar samtidigt inte alla fall där individer blir utsatta för sexuella handlingar mot deras vilja. Därför eftersöker många införandet av en samtyckesreglering av våldtäktslagstiftningen, där det blir straffbart att utföra sexuella handlingar mot, och utkräva handlingar från, individer mot deras vilja.

För närvarande pågår en debatt kring ”Tenstafallet”, där fem pojkar dömdes för *grov våldtäkt* och en sjuåring pojke dömdes för försök till grov våldtäkt mot en 15-årig flicka i Solna tingsrätt, för att sedan frikännas i hovrätten. Händelsen skedde innan den nya reformen av sexualbrottslagstiftningen trädde i kraft 1 juli 2013, och bedömdes därför efter den äldre lagstiftningen. Hovrätten bedömde att flickan inte kunde anses ha varit i ”hjälpöst tillstånd”, och eftersom de menar att det inte förekommit något våld eller hot om våld ansåg de inte pojkarna vara skyldiga till våldtäkt.¹ Många har reagerat starkt på att pojkarna frias i hovrätten trots deras numerära övertag, att dörren till sovrummet där övergreppen ägde rum stundtals hölls låst, att pojkarna tagit flickans mobil, att flickan sagt ”nej” och flickan känt rädsla för att göra ytterligare motstånd. Rätten ansåg att det saknades belegg för att flickan skulle vara rädd för att bli misshandlad eller på något annat sätt råka illa ut om hon gjorde motstånd.² De ansåg dessutom att flickan hade möjlighet att lämna lägenheten.³ I

¹ Svenska Dagbladet, ”Starka reaktioner på våldtäktsfriande”, *Svenska Dagbladet*, 2013-09-30, <http://www.svd.se/nyheter/inrikes/starka-reaktioner-pa-valdtaktsfriande_8566052.svd>, hämtad 2014-01-03.

²Säll, Anton, ”Tonårspojkar frias från gruppvåldtäkt”, *Dagens Nyheter*, 2013-09-27, <<http://www.dn.se/sthlm/tonarspojkar-frias-fran-gruppvaldtakt/>>, hämtad 2014-01-03.

”Tenstafallet” blir det oerhört tydligt att flickans sexuella integritet inte skyddats av lagstiftningen.

Det är möjligt att pojkarna skulle ha dömts som skyldiga till våldtäkt om händelsen skett efter det att den nya lagförändringen trätt i kraft eftersom uttrycket ”särskilt utsatt situation” nu inkluderar vissa fall där offret reagerar med passivitet. Madeleine Leijonhufvud, professor i straffrätt vid Stockholms universitet, skriver däremot i ett debattinlägg att det inte alls är säkert att pojkarna hade dömts under den nya lagstiftningen eftersom det då hade krävts bevisning för att situationen var *särskilt* utsatt och för att pojkarna förstod detta.⁴ Debatten kring ”Tenstafallet” har resulterat i att många nu eftersöker införandet av ett uttryckligt samtyckeskrav i lagtexten. I och med detta kommer denna uppsats fokusera på att granska argumentationen kring införandet av en samtyckesreglering i förarbetet till lagreformen 1 juli 2013.

Uppsatsen inleds med problemformulering, syfte och frågeställningar och övergår sedan till ett teori- och metodkapitel. Teorin som presenteras i detta kapitel är olika feministiska teorier som diskuterar maktförhållanden mellan könen, synen på sexualitet och lagstiftning. Därefter redogörs det för olika ståndpunkter om samtycke i den svenska kontexten i avsnittet *Litteraturöversikt och tidigare forskning*. Material och avgränsningar presenteras sedan, där uppsatsens primärmaterial redovisas. Denna ordningsföljd har använts för att sedan tillåta en okonstlad övergång till redogörelsen för argumentationen kring samtyckesreglering i primärmaterialet, där även uppsatsens teori appliceras. Därpå fortsätter uppsatsen i en analys- och diskussionsdel.

1.1 Problemformulering, syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att granska argumentationen kring samtyckesreglering i förarbetet till den nya sexualbrottsreformen utifrån olika feministiska perspektiv.⁵ En granskning utifrån feministiska perspektiv är relevant för denna undersökning eftersom

³Svenska Dagbladet, ”Starka reaktioner på våldtäktsfriande”, *Svenska Dagbladet*, 2013-09-30, <http://www.svd.se/nyheter/inrikes/starka-reaktioner-pa-valdtaktsfriande_8566052.svd>, hämtad 2014-01-03.

⁴Leijonhufvud, Madeleine, ”Motståndet mot samtyckeslag en skamfläck för Sverige”, 2013-10-03, <<http://debatt.svt.se/motstandet-mot-samtyckeslag-en-skamflack-for-sverige./>>, hämtad 2014-01-03.

⁵Sexualbrottsreformen trädde i kraft 1 juli 2013.

syftet med dagens sexualbrottslagstiftning anges vara skyddandet av individers sexuella integritet och då majoriteten av våldtäkter bland vuxna, i alla fall av de som anmäls, begås av män gentemot kvinnor. Bland de vuxna offren för våldtäkt som anmäldes 2012 var 96 procent kvinnor och fyra procent män.⁶ Uppsatsen kommer således att besvara följande frågeställning:

Hur ser argumentationen kring införandet av samtyckesreglering i förarbetet till lagreformen 2013 (SOU 2010:71, prop. 2012/13:111 och 2012/13:JuU20 En skärpt sexuallagstiftning) ut? Vilka antaganden görs om sexualitet, kön och samtycke i denna argumentation? Hur skiljer dessa antaganden sig från, och hur sammanfaller de med, olika feministiska teorier? Vilken definition av sexuell integritet framkommer i argumentationen och vilken syn på sexualitet skapas i och med denna definition? Är argumentationen hållbar utifrån principen om skyddandet av individens sexuella integritet?

⁶Brottsförebyggande rådet (Brå), "Våldtäkt och sexualbrott", Brå, 2013, <<http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>>, hämtad 2013-12-27.

2 Teori och metod

I följande avsnitt presenteras fyra olika feministiska teorier som diskuterar maktförhållanden mellan könen, synen på sexualitet och dess relation till lagstiftning. Susan Estrich, Catharine MacKinnon och Carole Pateman analyserar detta på en mer abstrakt nivå och ser på problematiken med våldtäktslagstiftning generellt, medan Michelle Anderson konkretiserar sin analys i olika samtyckesmodeller och föreslår en egen samtyckesmodell. De tre teorierna med högre abstraktionsnivå är alla skrivna på åttiotalet, men kvarstår som högst relevanta på grund av sin tidslösa analys av maktförhållanden.

2.1 Teori

2.1.1 Susan Estrich, *Real Rape*

Real Rape är en feministisk bok om våldtäkt skriven av Susan Estrich 1987. I sin bok skriver Estrich om skillnaden i hur lagen ser på "stranger rape" och på våldtäkt av någon i offrets närhet. Hon menar att "the law's abhorrence of the rapist in stranger cases [...] has been matched only by its distrust of the victim who claims to have been raped by a friend or neighbor or acquaintance."⁷ Hon kallar det senare för "simple rape", där offret känner förövaren och varken blev slagen eller hotad med vapen.⁸ Dessa brott, menar hon, ses generellt inte som våldtäkt. Hon menar att våldtäktsbrottet har konstrueras på så vis att det kräver bevis för både motstånd från offret och användandet av "substantial" våld av förövaren.⁹ Estrich pratar dessutom om hur män under lång tid

⁷ Estrich, Susan, *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987, s. 4.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., s. 5.

skapat myten om kvinnors önskan att "be forcibly ravished, to 'enjoy' sex without taking responsibility for it."¹⁰ Hon skriver att

rape is unique [...] in the definition that has been given to nonconsent – one that has required victims of rape, unlike victims of any other crime, to demonstrate their "wishes" through physical resistance.¹¹

Estrich menar vidare att domares uppfattningar om vad som är "rätt" reaktion för ett offer att ha till sexuella övergrepp får spela stor roll i bedömningen om brottslighet. Det finns uppfattningar om "rätta" reaktioner, som måste vara närvarande för att visa att offret i hemlighet inte önskade att det skulle ske.¹² Estrich skriver att problemet med våld som brottsrekvisit är att

the focus remains on the victim. [...] The conclusion that no force is present emerges not as a judgment that the man acted reasonably, but as a judgment that the woman victim did not.¹³

Hon utvecklar detta på följande sätt:

Under the force standard, courts still judge the woman, not the man. The focus [...] is on women generally, and on the victim as she compares (poorly) to the court's vision of the reasonable woman.¹⁴

Estrich menar således att domstolar utgår från vad de anser är "a reasonable woman" och en värdig reaktion till sexuella övergrepp när de avgör om sexuella handlingar är brottsliga eller inte. Hon frågar sig vad som är rimligt att känna sig hotad av och bli skrämmd av och skriver att det är den manliga normen, som utgår från vad som är resonligt att göra utifrån en position av makt, som i praktiken får avgöra vad som är

¹⁰ Estrich, 1987, s. 5.

¹¹ Ibid., s. 29.

¹² Ibid., s. 32.

¹³ Ibid., s. 63.

¹⁴ Ibid., s. 71.

rimligt för kvinnor att känna sig hotade eller skrämda av.¹⁵ Angående samtycke eller våld och tvång som brottsrekvisit skriver hon att

It is not that “consent” is the right test and “force” the wrong one, or vice versa, but that both can be interpreted to require women to resist, and to protect the simple rapist. Interpretation is key.¹⁶

Samtidigt som hon ovan uttrycker att brottsrekvisiten i sig inte är problemet, utan att det är tolkningen av dessa som kan leda till kravet på motstånd, är Estrich kritisk till våldsrekvisitet när hon skriver att våldsdoktrinen är ett effektivt sätt att rensa bort ”simple rape” och skuldbelägga offer.¹⁷ Estrich skriver att oberoende om det är ”consent” eller ”force and coercion”, eller någon kombination av de tre, som utgör brottsrekvisit, så borde tröskeln för ansvar *åtminstone* inkludera de fall där offret säger ”nej” eller underkastar sig till följd av lögn eller hot.¹⁸

Slutligen skriver Susan Estrich att oaktsamhet bör vara tillräckligt för straffansvar.¹⁹ Om oaktsamhet hade fått vara tillräckligt, menar hon, skulle lagen kräva att män ”open their eyes and use their heads before engaging in sex – not to read a woman’s mind, but to give her credit for knowing it herself when she speaks it, regardless of their relationship.”²⁰

2.1.2 Catharine MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence*

Catharine MacKinnon är en framstående radikalfeminist. I sin text *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence* från 1983 fördömer MacKinnon lagen som patriarkal, samtidigt som hon förepråkar lagreform för att

¹⁵ Estrich, 1987, s. 65.

¹⁶ Ibid., s. 90.

¹⁷ Ibid., s. 80.

¹⁸ Ibid., s. 103.

¹⁹ Ibid., s. 99.

²⁰ Ibid.

förbättra kvinnors situation.²¹ Hon skriver i sin artikel att manligt och kvinnligt skapas genom "erotization" av dominans och underkastelse.²² MacKinnon skriver dessutom att

the perspective from the male standpoint enforces woman's definition, encircles her body, circumlocutes her speech, and describes her life. The male perspective is systemic and hegemonic.²³

Utifrån detta menar MacKinnon att kvinnor inte kan anses ha en egen sexualitet. Hon anser att mäns tankar och behov tar över hela den sexuella spelplanen, och att mäns begär tillskrivs kvinnor och blir till och med det kvinnor *tror* sig vilja ha på grund av styrkan i den manliga sexuella dominansen.

Ett sätt MacKinnon menar att det manliga perspektivet är hegemoniskt är att våldtäktsbrottet är centrerat kring penetration. Hon uttrycker detta på följande sätt:

The law to protect women's sexuality from forcible violation/ expropriation defines the protected in male genital terms.²⁴

MacKinnon skriver vidare att staten är "manlig" utifrån ett feministiskt perspektiv, då lagen ser och behandlar kvinnor på det sättet män ser och behandlar kvinnor.²⁵ Hon menar dessutom att staten är "manlig" eftersom objektivitet får vara norm. Hon skriver att

Objectivity is liberal legalism's conception of itself. It legitimizes itself by reflecting its view of existing society, a society it made and makes by so seeing it, and calling that view, and that relation, practical rationality.²⁶

MacKinnon finner att anledningen till svårigheterna med att artikulera vad som är fel med våldtäkt är att utgångspunkten som används är att våldtäkt är något "distinct from intercourse, when for women it is difficult to distinguish them under conditions of male

²¹ MacKinnon, Catharine A., *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, Signs (Chicago, Ill.), 8(1983):4, s. 635-658, 1983, s. 640.

²² Ibid., 635.

²³ Ibid., s. 636.

²⁴ Ibid., s. 647.

²⁵ Ibid., s. 644.

²⁶ Ibid., s. 644-45.

dominance.”²⁷ Hon ser sexualitet som en ”social sphere of male power of which forced sex is paradigmatic.”²⁸ MacKinnon anser att våldtäkt inte är mindre sexuell för att den är våldsamt, utan just på grund av att ”coercion” har inkorporerats i manlig sexualitet menar hon att våldtäkt kan ses som sexuell i den utsträckning det är våldsamt.²⁹

Våldtäktslagen kategoriserar kvinnor i grupper om samtycke utifrån hur mycket inflytande de lagligt sätt anses ha över sina kroppars sexuella tillgänglighet, menar MacKinnon.³⁰ Hon skriver vidare att

Rape, from women's point of view, is not prohibited; it is regulated.³¹

MacKinnon menar i ovanstående citat att våldtäkt generellt sett är lagligt, då kvinnor oftast utsätts för våldtäkt av män de känner, vilket generellt sett inte kriminaliseras.³² Som Estrich, anser MacKinnon att endast ”stranger rape” klassas som våldtäkt och att det även i dessa fall är svårt för kvinnor att bli trodda. Hon skriver att

If the accused knows us, consent is inferred.³³

MacKinnon skriver vidare att kvinnor ofta känner att de blivit våldtagna två gånger, en gång av förövaren och en gång av rättsväsendet. Detta på grund av att systemet inte erkänner deras kränkningar eller att de inte blir trodda.³⁴ Eftersom våldtäkt definieras utifrån manlig sexualitet blir lagens, och därmed offrens, problem att skilja våldtäkt från sex i olika situationer. Som nämnts ovan anser MacKinnon att problemet med denna distinktion är att våldtäkt, för kvinnor, inte behöver skilja sig från sex under manlig hegemoni. Lagen skiljer på våldtäkt och sex genom att sätta gränsen för acceptabel våldsanvändning precis över det som anses vara ”normalt” manligt sexuellt beteende, istället för att utgå från offrets/kvinnors kränkning.³⁵ Våldtäkt är ett sexualbrott, som

²⁷ MacKinnon, 1983, s. 647.

²⁸ Ibid., s. 646.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., s. 648.

³¹ Ibid., s. 651.

³² Ibid., s. 649.

³³ Ibid., s. 648.

³⁴ Ibid., s. 651.

³⁵ Ibid., s. 649-50.

inte är ett brott när det ser ut som sex. MacKinnon uttrycker detta på följande sätt:

To seek to define rape as violent, not sexual, is understandable in this context, and often seems strategic. [...] The substantive reference point implicit in existing legal standards is the sexually normative level of force. Until this norm is confronted as such, no distinction between violence and sexuality will prohibit more in stances of women's experienced violation than does the existing definition.³⁶

Samtidigt är skiljelinjen mellan våldtäkt och samlag kopplad till ett mått på kvinnans ”vilja”. Lagen utgår ofta från att en kvinnans vilja är en fråga om samtycke, och att samtycke är en mätning av närvaron av våldsanvändning. MacKinnon anser detta vara ett stort problem, eftersom hon menar att våld och begär inte är ömsesidigt uteslutande.

³⁷ Hon skriver att kvinnor kan förlora kontrollen över vad som händer med dem när sex är våldsamt, men att frånvaron av våld inte behöver innebära att de har kontroll. Samtidigt, som klargjorts ovan, gör inte våld automatiskt något icke-sexuellt under manlig dominans. Hon skriver:

If sex is normally something men do to women, the issue is less whether there was force and more whether consent is a meaningful concept.³⁸

MacKinnon uttrycker alltså ovan att ”consent” inte bör anses vara ett meningsfullt begrepp när det definieras utifrån våldsanvändning. I empirin, menar hon, skiljer lagen på våldtäkt och samlag genom kvinnans bristande på samtycke i kombination med mannens medvetna åsidosättande av det. Den feministiska distinktionen mellan dessa anser hon finns i handlingens betydelse för kvinnan. Hon anser att det som är fel med våldtäkt är att det är en underordning av kvinnor i förhållande till män.³⁹ Hon poängterar att det ofta är mannens uppfattning av kvinnans vilja som bestämmer huruvida hon ska anses vara kränkt eller inte.⁴⁰ Hon skriver att samtycke är kommunikation ”under conditions of inequality” och att det sker i gränslandet mellan

³⁶ MacKinnon, 1983, s. 649-50.

³⁷ Ibid., s. 650.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., s. 651-52.

⁴⁰ Ibid., s. 652.

vad kvinnan faktiskt ville och vad mannen uppfattade att hon ville.⁴¹ MacKinnon anser att lagen inte tar hänsyn till denna dynamik, och istället antar jämställdhet. För lagen blir bristande samtycke en fråga om mannens våldsanvändning och/eller kvinnans motstånd. Hon menar att problemet med detta är att skadan med våldtäkt ligger i betydelsen av handlingen för offren, men att det kriminella definieras utifrån betydelsen för förövarna.⁴² MacKinnon anser att det inte finns en objektiv version av vad som ”faktiskt” inträffat, och att lagens stora problem är just att den utgår ifrån att denna objektivitet kan fastställas på ett objektivt sätt, som om detta fastställande skulle vara åtskiljt från de medverkandes kön och ”the gendered nature of their exchange.”⁴³

MacKinnon skriver vidare att många förövare är medvetna om betydelsen av deras handlingar, men att det även finns många män som inte har en aning om vad deras handlingar betyder för kvinnorna de ”har sex med”.⁴⁴ Hon menar att män systematiskt lär sig att inte lägga märke till vad kvinnor vill.⁴⁵ Detta anser MacKinnon är grunden för myten om att kvinnor ofta fabricerar sexuella övergrepp. Hon menar att det för männen ofta *var* sex. Att en persons inlärd omedvetenhet överordnas en annans kränkning, menar MacKinnon, visar på bristande jämställdhet i samhället. Hon menar att detta sker genom att den resonliga förövarens perspektiv får avgöra skada och att lagen belönar män med frikännande för att de inte förstått kvinnans syn på sexuella skeden.⁴⁶

Avslutningsvis, skriver MacKinnon att inte ens ”idealet” för samtycke är ömsesidigt, då mannen initierar och kvinnan väljer. Hon menar att modellen inte föreställer en kvinna som har kontroll över situationen eller sina val, men att följderna tillskrivs henne som om könen var jämställda.⁴⁷

2.1.3 Carole Pateman, *The Disorder of Women*

Carole Pateman är, som MacKinnon, radikalfeminist och är en av de feminister som påstår att kvinnors samtycke inte kan vara genuint under de partiarkala strukturer som

⁴¹ MacKinnon, 1983, s. 652.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid., s. 652-53.

⁴⁵ Ibid., s. 653.

⁴⁶ Ibid., s. 654.

⁴⁷ Ibid., s. 655.

styr. I sin bok *The Disorder of Women* från 1989 skriver hon följande:

Unless refusal of consent or withdrawal of consent are real possibilities, we can no longer speak of 'consent' in any genuine sense.⁴⁸

Hon utvecklar sina tankar genom att skriva att det endast är när kvinnor kan ses som "free and equal individuals" som deras samtycke kan ses som relevant överhuvudtaget.⁴⁹ Pateman menar vidare att kvinnor är typexempel på individer som "consent theorists" förklarar som inkapabla till att samtycka. Samtidigt, menar hon, framställs kvinnor som konstant villiga/tillgängliga och deras uttryck av bristande samtycke ses som irrelevant eller omtolkas som samtycke.⁵⁰

Pateman anser att lagens misslyckande med att skilja på sexuella övergrepp och samtyckande sexuella relationer mellan vuxna, eller skilja på framtvungad underlåtelse och samtycke, är grundat i olika övertygelser om de två köns olika natur.⁵¹ En sådan övertygelse, menar Pateman, är synen på män som "naturligt" sexuellt aggressiva individer som bör bortse från kvinnors avböjande till sex, då detta endast anses vara ett sätt för kvinnan att dölja sin verkliga önskan och samtidigt behålla sin dygd. Pateman tar även upp den allmänna övertygelsen om kvinnan, särskilt "okyska" kvinnor, som "naturligt" bedrägliga och benägna att anklaga någon för sexuella övergrepp på falska grunder.⁵²

Pateman är kritiskt inställd till synen på män och kvinnors sexualitet som "naturligt" olika. Män ses som "naturligt" överlägsna, aktiva och sexuellt aggressiva och därmed även som de som tar initiativ, samtidigt som den "naturligt" underordnade, passiva kvinnan "samtycker". Pateman menar att ett jämställt sexuellt förhållande inte kan grunda sig i dessa föreställningar om kvinnors passiva roll som den som samtycker, och endast accepterar mannens handlingar.

Hon skriver att det är talande för problematiken kring kvinnor och samtycke att språket är oförmöget att uttrycka

⁴⁸ Pateman, Carole, *The disorder of women: democracy, feminism and political theory*, Polity, Cambridge, 1989, s. 72.

⁴⁹ Ibid., s. 74.

⁵⁰ Ibid., s. 72.

⁵¹ Ibid., s. 79.

⁵² Ibid.

A form of personal life in which two equals can freely agree to create a lasting association together.⁵³

Pateman anser att den mest tragiska aspekten av problematiken med synen på våldtäkt och kvinnors samtycke, är att våldtäkt endast är en förlängning av den accepterade och ”naturliga” relationen mellan män och kvinnor.⁵⁴

Enligt Pateman bygger ”objective standards” för vad som är rimligt för män att uppfatta som samtycke på den allmänna uppfattningen att kvinnors ”nej” inte medför ett avslag, och att det är ”resonligt” för män att på något vis utöva påtryckningar på sexuellt ovilliga kvinnor och genom denna framtvungade underkastelse kunna utläsa samtycke.⁵⁵ Pateman menar att det är omöjligt att finna en objektiv standard för ”reasonable conduct”, i det ojämställda tillstånd den sexuella relationen mellan män och kvinnor befinner sig i.

Pateman anser att domstolar tolkar underkastelse, inklusive den framtvungade, som samtycke. För att bevisa sitt bristande samtycke menar Pateman att kvinnor blir tvungna att kunna bevisa fysiska skador, utöver att penetration inträffat.⁵⁶ Istället för att kvinnor blir trodda, betraktas den tilltalades uppfattning om huruvida samtycke förelåg eller inte som den mest relevanta ”faktan” om våldtäkten.⁵⁷ Pateman skriver slutligen att ”the very assumption that a woman’s consent is considered at all is misplaced”, då hon menar att de flesta våldtäkter inte inträffar på grund av ovarsamhet eller dumhet, utan är resultatet av en medveten ”attack”.⁵⁸

2.1.4 Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*

Michelle Anderson är en ledande forskare inom fältet våldtäkt och lagstiftning, och är utbildad jurist. Hon diskuterar problematiken kring samtyckesmodellerna ”the Yes model” och ”the No model”, som hon menar är de framstående tolkningsmodellerna av

⁵³ Pateman, 1989, s. 84.

⁵⁴ Ibid., s. 82.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., s. 78.

⁵⁷ Ibid., s. 80.

⁵⁸ Ibid., s. 81.

samtycke som gjorts inom forskning, i sin artikel *Negotiating Sex* från 2005.⁵⁹

Nej-modellen innebär att en kvinnas samtycke inte föreligger om hon sagt ”nej” till en mans sexuella närmanden och att penetration efter detta ”nej” skulle rubriceras som våldtäkt.⁶⁰ Utan ett ”nej” antar lagen att samtycke föreligger. Denna modell kräver varken att förövaren använt sig av våld eller att offret gjort fysiskt motstånd för att visa sin ovilja.⁶¹ Anderson anser att problemet med Nej-modellen är att den inte tar hänsyn till hur offer till sexuellt trauma ofta reagerar, nämligen med passivitet. Alltså läggs enormt stort fokus på vad offret *säger* under denna modell. Enligt Nej-modellen är alltså penetration laglig, så länge inte offret säger ”nej” eller gör fysiskt motstånd.⁶²

Under Ja-modellen, däremot, måste en man erhålla tillstånd från sin partner innan han penetrerar henne. Om kvinnan inte uttrycker ett slags ”ja” antar lagen att samtycke inte föreligger och därmed blir penetration våldtäkt.⁶³ Härmed undgår Ja-modellen Andersons kritik för Nej-modellen, och passivitetsfall kan kriminaliseras. Under Ja-modellen behöver inte kvinnan uttrycka sitt ”ja” verbalt, utan detta kan även göras på ett icke-verbalt sätt.⁶⁴ Förespråkare för modellen menar att ”sexual petting”, till exempel, kan uttrycka ett ”ja” till penetration. I och med detta, omvandlas Ja-modellen till Nej-modellen när ”things heat up”, som Anderson uttrycker det.⁶⁵ Penetration anses således vara olaglig förutom när ens partner fysiskt eller verbalt gett tillstånd till det.

I sin artikel argumenterar Michelle Anderson för att

Rape law [must] abolish the force and resistance requirements, it must also abolish the nonconsent requirement.⁶⁶

Utifrån citatet ovan blir det tydligt att Anderson anser att både våld och bristande samtycke som brottsrekvisit är problematiska. Enligt Anderson är problemet med samtycke att ordet uttrycker en syn på kvinnans sexualitet som passiv, och vars enda

⁵⁹ Anderson, Michelle J., *Negotiating Sex*, Southern California Law Review, vol. 41, s. 101-138, 2005; Villanova Law/Public Policy Research Paper No. 2005-9, s. 104.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid., s. 111.

⁶³ Ibid., s. 105.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., s. 105.

⁶⁶ Ibid., s. 107.

möjligheter är att underkasta sig eller förneka den sexuellt aktiva mannens närmanden.⁶⁷ Nej- och Ja-modellerna förkastar inte denna syn på sexualitet i sin användning av samtycke.

Anderson framför och kritiserar att Nej-modellen fokuserar på den tilltalades uppsåt, men inte kräver speciella ord eller handlingar från dennas sida. Däremot krävs det fysiskt eller verbalt motstånd från målsäganden så att den tilltalade kan få möjlighet att uppfatta hennes avvisande.⁶⁸ Ja-modellen, även om den fokuserar mer på individens sexuella autonomi, kräver inte heller någon handling eller verbal kommunikation av den tilltalade. Denna modell ger mannen makten att tolka kvinnans kroppsspråk för att tillskansa sig tillåtelse. Under båda modeller, menar Anderson, betyder ett ”nej” nej till penetration och i båda fall tolkas avsaknaden av ett ”nej” i kombination med ”petting” och liknande som ett ”ja”.

Anderson invänder ytterligare till samtyckesmodellerna genom att peka på det farliga i att låta män få tolkningsföreträde på kvinnors kroppsspråk. Hon menar att män lär sig att ”misstolka” kvinnors sexuella vilja, samt att på grund av att många män tror på våldtäktsmyter, såsom att kvinnor med korta kjolar ”are asking for it” osv., anser de sig ha rätten till sex i dessa situationer.⁶⁹ På grund av detta anser Anderson att mäns tolkningsförmåga inte bör få spela in i lagstiftningen.

Som ersättning till de problematiska samtyckesmodellerna föreslår Anderson införandet av en ”negotiation model”. Denna modell innebär att båda parter är skyldiga att rådgöra med sin partner innan penetration sker. Anderson anser att lagen borde definiera våldtäkt på följande sätt:

Engaging in an act of sexual penetration with another person when the actor fails to negotiate the penetration with the partner before it occurs.⁷⁰

“Negotiation”, eller förhandling, menar Anderson, ska lagen definiera som:

an open discussion in which partners come to free and autonomous agreement about the act of penetration.⁷¹

⁶⁷ Anderson, 2005, s. 108-109.

⁶⁸ Ibid., s. 114.

⁶⁹ Ibid., s. 118.

⁷⁰ Ibid., s. 107.

Förhandlingar anser Anderson behöver vara verbal, förutom i de situationer då parterna har etablerat en ”sexuell kontext”, där de på ett pålitligt sätt kan tolka varandras icke-verbala beteende för att ange ”free and autonomous agreement.” Slutligen skriver Anderson att våld, tvång och ”misrepresentation” skulle innebära ett misslyckande att förhandla under ”the negotiation model.”⁷²

2.2 Metod

Metoden som kommer användas i undersökningen är en kritisk granskning av regeringen och utredningens argumentation kring för- och nackdelarna med samtyckesreglering i prop. 2012/13:111 och SOU 2010:71, utifrån olika feministiska perspektiv. De olika argumenten för och emot införandet av en samtyckesreglering redogörs för och antaganden som görs om sexualitet, sexualbrott och könen belyses och analyseras sedan utifrån Susan Estrich, Catharine MacKinnon, Carole Pateman och Michelle Andersons feministiska teorier.

Metoden har vissa drag av en Pro et Contra-analys, vars syfte är att ta ställning till en argumentations beviskraft.⁷³ Exempel på sådana drag är till exempel att argumenten för och emot samtyckesreglering kommer att presenteras, och att ”hållbarheten” av argumentationen kommer mätas genom applicerandet av feministisk teori. Tanken är att de feministiska teorierna ska kunna säga något om hållbarheten av argumentationen genom att ge perspektiv på antaganden om sexualitet, kön och samtycke som görs och även ge perspektiv på användning av begreppet *sexuell integritet*. Som tidigare nämnts anger regeringen och utredningen skyddandet av individens sexuella integritet och självbestämmande som det skyddsvärda i sexualbrottslagstiftningen, och genom feministiska inblickar menar denna uppsats att

⁷¹ Anderson, 2005, s. 107.

⁷² Ibid.

⁷³ Bergström, Göran & Boréus, Kristina (red.), *Textens mening och makt: metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*, 3., [utök.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012, s. 94.

möjliggöra för en diskussion kring konsekvenserna för denna specifika användning av begreppet och dess betydelse för argumentationens hållbarhet.

3 Litteraturöversikt och tidigare forskning

I följande kapitel kommer de två distinkta ståndpunkterna i diskussionen kring samtyckesreglering i den svenska kontexten att presenteras. Petter Asp kommer här att representera den sidan av diskussionen som menar att våld och tvång som rekvisit, med ”särskilt utsatt situation” som komplement, är tillräckligt för att ge offer för sexualbrott ett rättsligt skydd. Madeleine Leijonhufvud kommer representera motsatta sida med ståndpunkten att en samtyckesreglering måste införas för att ge individer ordentligt skydd mot sexuella övergrepp. Ulrika Andersson har inkluderats i detta kapitel för att ge en inblick i hur våld- och tvångsrekvisiten används i praktiken och hur domstolar under denna reglering argumenterar kring samtycke och viljeuttryck.

3.1 Petter Asp

Petter Asp är professor i straffrätt vid Stockholms universitet och har i boken *Sex & samtycke* från 2010 analyserat samtyckesbegreppet. Asp argumenterar för att när en av parterna inte samtycker till sexuella handlingar är det just det bristande samtycket som skiljer det sexuella övergreppet från ömsesidigt sex.⁷⁴ Han skriver sedan att ”hänvisningen till samtycke som den enda avgränsningen av det otillåtna bör enligt min mening ses som uteslutet.”⁷⁵ Samtidigt som han menar att samtycke har stor betydelse för gränsdragandet, menar Asp således att sexualbrottslagstiftningen inte endast ska använda samtycke som utgångspunkt. Han skriver att reglering utifrån samtycke eller tvång inte är en dikotomi,⁷⁶ utan anser att för att något ska kunna anses vara ett ”särskiljande samtycke”, alltså ett samtycke som skapar grund för en skiljelinje mellan

⁷⁴ Asp, Petter, *Sex & samtycke*, Iustus, Uppsala, 2010, s. 196.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 94.

⁷⁶ *Ibid.*, s 81.

”vad som å ena sidan är vanligt sexuellt umgänge och vad som å andra sidan är att bedöma som sexuella övergrepp”,⁷⁷ måste samtycket lämnats utan ”otillbörliga påtryckningar eller omständigheter som annars gör att vi ifrågasätter detsamma.” Här menar Asp att reglering av tvång krävs för att ett samtycke ska kunna anses vara godtagbart. Han skriver att hans mål är att flytta fokus från frågan huruvida vi bör införa en samtyckesreglering till frågan om vad som bör godtas som ett meningsfullt samtycke.⁷⁸ Allt detta blir tydligt i följande citat:

Vi kommer ingen vart genom att fokusera på begreppet samtycke. Vad som är, respektive inte är, sådana medel som kan användas, eller omständigheter som kan utnyttjas för att nå ett särskiljande samtycke är något som måste avgöras genom normativ argumentation: vilka omständigheter är sådana att ett samtycke *inte bör ges* särskiljande betydelse?⁷⁹

Asp menar följaktligen att det inte finns någon principiell skillnad mellan en samtyckesreglering och en reglering som är byggd ”kring faktorer som negerar samtycke”, och därmed ser han ingen anledning att byta ut dagens sexualbrottslagstiftning med en samtyckesreglerad sådan.⁸⁰

3.2 Madeleine Leijonhufvud

Madeleine Leijonhufvud är juris professor emerita vid Stockholms universitet och är en av de främsta som tydligt intar ståndpunkten för införandet av en samtyckesreglerad sexualbrottslagstiftning i Sverige.⁸¹ Hon har på uppdrag av Miljöpartiets gjort en övergripande undersökning, *Samtyckesutredningen – Lagskydd för den sexuella integriteten*, av den då rådande sexualbrottslagstiftningen (innan ändringen 1 juli 2013) och har då speciellt fokuserat på att undersöka om kravet på våld och tvång ska ersättas med samtyckesreglering. Hon skriver i utredningen att ”vi behöver en lag som slår fast att var och en bestämmer över sin kropp, och att det är den som vill utföra sexuell handling mot den andra personen som har skyldighet att försäkra sig att den andra också

⁷⁷ Asp, 2010, s. 97.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 81.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 104.

⁸⁰ *Ibid.*, s. 205.

⁸¹ Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson, Stockholm, 2008, s. 9.

vill – annars ska han avstå.”⁸² Enligt Leijonhufvud måste Sverige ”ha en lag som innebär att bristande samtycke konstituerar ett sexualbrott” för att kunna leva upp till de krav som sätts av Europadomstolen, nämligen att varje ’sexual act’ som inte bygger på samtycke skall vara straffbar.⁸³ Leijonhufvud menar att den nuvarande lagen inte återspeglar en modern syn på sexuell integritet som finns i dagens samhälle.⁸⁴ Hon skriver att den regleringen som framförs i utredningen leder till att lagstiftningen ”anpassas till den allmänna uppfattningen att frivillighet är ett nödvändigt element för att sexuella handlingar ska anses tillåtna.”⁸⁵

Leijonhufvud skriver vidare att ersättandet av begreppet ”hjälplost tillstånd” med ”särskilt utsatt situation”, vilket är det som skett i och med ändringen 1 juli 2013, skulle vara ett steg i rätt riktning men att detta i sig inte skulle räcka för att ”uppnå fullgott skydd för varje människas sexuella integritet eller för att leva upp till Sveriges internationella åtaganden.”⁸⁶ Alltså menar Leijonhufvud att den nya lagförändringen inte är tillräcklig. Leijonhufvud förespråkar ett sexualbrottskapitel med en grundregel om skydd mot ”ofrivilligt sex”.⁸⁷ Hon menar att bestämmelsen inte borde ställa några krav på vålds- eller hotinslag eller krav på att den som sexhandlingen riktas mot är i ett särskilt tillstånd.⁸⁸ Kravet ska istället vara att ”den som har utsatts för sexhandlingen, eller från vilken den har utverkats, *inte har deltagit frivilligt*.”⁸⁹ Leijonhufvud föreslår att sexualbrottet ska rubriceras *sexuellt utnyttjande*, och att domstolen ska döma för ”det eller de slags vålds-, frihets- eller fridsbrott som kan föreligga genom att sexualhandlingen framtvings genom våld eller hot eller utförts med fysiskt och eller/psykiskt våld” vid sidan av sexualbrottet och att den sammantagna brottsligheten då ska rubriceras som *våldtäkt*.⁹⁰ Hon skriver att det enda som krävs är en *viljeinriktning*, inte att viljan kommit till uttryck, varken muntligt eller skriftligt.⁹¹ Leijonhufvud anför att införandet av den föreslagna lagstiftningen leder till en viktig normbildning och att fokus kommer läggas på den tilltalades agerande istället för

⁸² Leijonhufvud, 2008, s. 77.

⁸³ Ibid., s. 71-72.

⁸⁴ Ibid., s. 76.

⁸⁵ Ibid., s. 11.

⁸⁶ Ibid., s. 87.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., s. 88.

⁹¹ Ibid.

målsägandes agerande. Fokus kommer alltså att vara att kartlägga hur den tilltalade agerade för att försäkra sig om att samtycke förelåg hos målsägande vid gärningstillfället.⁹² Leijonhufvud menar att rättssäkerhet kommer tillgodoses genom att bevisbördan ligger hos åklagaren, som vid andra brottstyper. Hon skriver dock att det i bevisbördekravet ”kan komma att åligga den tilltalade att på något sätt konkretisera en invändning om frivillighet, nämligen i fall där omständigheterna talar starkt emot att det varit fråga om ett frivilligt deltagande.”⁹³

3.3 Ulrika Andersson

Ulrika Andersson skriver i sin text *The Unbounded Body of the Law of Rape*, från 2001, om hur samtycke får spela betydande roll i både lagstiftning baserad på bristande samtycke och en baserad på våld och tvång. Andersson framför vidare existensen av en syn på män och kvinnors sexualitet som olika i svensk rättspraxis, på följande sätt:

the notion of the aggressive masculine gender is represented by force of the defendant, whereas the passive feminine one is embodied in the complainant, who is accorded only by the opportunity of showing either consent or non-consent. According to the norm of heterosexuality, male sexuality is active and vital, like the defendant, while female sexuality, like the complainant, is non-aggressive and submissive.⁹⁴

Andersson påvisar med hjälp av exempel i rättsfall att synen på kvinnlig sexualitet som passiv och reaktiv finns inom rättsväsendet, genom att visa på frågor som ställs till offer. Ett exempel Andersson tar upp är frågan om varför ett offer inte försökt tillkalla hjälp, vilket visar på att kvinnor endast har ”the opportunity to refuse or accept an initiative from an active male.”⁹⁵ Hon menar dessutom att svenska domstolar styrs av “gendered notions of sexuality, violence and subjectivity” i deras tolkning av

⁹² Leijonhufvud, 2008, s. 11-12.

⁹³ Ibid., s. 12.

⁹⁴ Andersson, Ulrika, *The Unbounded Body of the Law of Rape: The Intrusive Criterion of Non-Consent* i Nousiainen, Kevät (red.), *Responsible selves: women in the Nordic legal culture*, Ashgate, Aldershot, 2001, s. 331.

⁹⁵ Ibid., s. 346.

våldtäktsdefinitionen och i sina diskurser kring sexuellt våld.⁹⁶ I texten presenterar Andersson rättsfall där domstolar resonerat kring samtycke, och viljeuttryck. Hon kommer fram till att kvinnors kroppar framställs som ”unbounded” eller öppna, genom att det krävs att de gör motstånd för att gärningsmannen ska kunna anses ha uppsåt. Om offren, eller kvinnorna, inte gör (fysiskt eller annat) motstånd, anses skedet kunna ha utgjort ett ”vanligt” samlag. Andersson menar alltså att detta visar på att den heterosexuella normen, där kvinnors sexualitet anses vara passiv, blir avgörande i domstolarnas bedömning av huruvida våldtäkt har inträffat eller inte.

Andersson skriver avslutningsvis att det är lätt att anta att den svenska våldtäktsdefinitionen, baserad på tvång och våld, är en stärkande för den kvinnliga målsägande, men att det inte stämmer. Hon skriver:

One might expect that the Swedish way of defining rape would give an advantage to the female complaint. In this perspective, the focus of the trial would be on what the male assailant had done and the evidence would concern his behaviour. [...] This supposition is not the case. The Swedish case law on rape tends to focus on consent though the definition takes force as a starting point.⁹⁷

⁹⁶ Andersson, 2001, s. 331.

⁹⁷ Ibid., s. 347.

4 Material och avgränsningar

Nedan redogörs det för det primärmaterial vars argumentation ska granskas i uppsatsens undersöknings- och analysdelar. Därefter presenteras avgränsningar och källkritik för primärmaterialen och de forskningsetiska bedömningar som gjorts för uppsatsen.

4.1 Primärmaterial

SOU 2010:71

Den borgerliga regeringen, ledd av statsminister Fredrik Reinfeldt, beslutade 17 juli 2008 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att utvärdera tillämpningen av 2005 års sexualbrottsreform. I uppdraget ingick bland annat att utreda och ta ställning till om kravet på tvång som grund till straffansvar för våldtäkt ska ersättas med ett krav på bristande samtycke.⁹⁸ Argument för och emot samtyckesreglering framförs noggrant och utredningen, vid namn 2008 års sexualbrottsutredning, intar ställningen att en särskilt samtyckesbaserad straffbestämmelse kallad *sexuellt övergrepp* bör införas. De föreslår att brottet ska vara subsidiärt i förhållande till våldtäkt och sexuellt tvång. Genom detta brott skulle det kriminaliseras att genomföra en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse.⁹⁹ Utredningen anges som beredningen till regeringens proposition 2012/23:111 och är alltså den utredning regeringen förhåller sig till i sina bedömningar.

⁹⁸ SOU 2010:71, s. 3.

⁹⁹ Ibid., s. 250.

Regeringens proposition 2012/13:111

Proposition 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning* överlämnades av den borgerliga regeringen till riksdagen den 7 mars 2013, underskriven av statsminister Fredrik Reinfeldt. I propositionen föreslår regeringen lagförändringar som de menar syftar till att ytterligare skärpa lagstiftningen och förstärka skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten. I propositionen utvidgar regeringen våldtäktsbegreppet genom att ersätta uttrycket ”hjälpöst tillstånd” till ”särskilt utsatt situation”. Utvidgningen beskrivs innebära:

Att det ska vara straffbart att med en person genomföra ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, *allvarlig rädsla*, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i *en särskilt utsatt situation*.¹⁰⁰

Följaktligen kommer vissa fall där offret reagerar med så kallad ”frozen fright” inkluderas, i och med ersättningen av uttrycket ”hjälpöst tillstånd”. I propositionen gör regeringen bedömningen att våldtäktsbrottet bör konstrueras på tvång och våld, och inte med rekvisit om bristande samtycke. De redogör för sina argument för och emot ett införande av bristande samtycke som brottsrekvisit, vilket kommer granskas i denna uppsats. Propositionen röstades igenom i riksdagen och trädde därefter i kraft 1 juli 2013.

Justitiekottets betänkande 2012/13:JuU20

Riksdagens justitiekotts betänkande syftar till att behandla och ta ställning till regeringens proposition 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*. Utskottet tillstyrker propositionen och ansluter sig därmed till regeringens bedömning att våldtäktsbrottet bör konstrueras på tvång och våld, som det är i dag, och inte med rekvisit om bristande samtycke.¹⁰¹ Justitiekottets betänkande inkluderas i primärmaterialet för denna uppsats, trots att deras bedömning är densamma som

¹⁰⁰ Prop. 2012/12:111, s. 24.

¹⁰¹ 2012/12:juU20, s. 1.

regeringens, eftersom det är en viktig del av förarbetet till den nya lagförändringen. När regeringens argument diskuteras i uppsatsens undersöknings- och analysdelar, diskuteras därmed även utskottets argumentation. Enigheten i regeringen och justitieutskottet argumentation gör det särskilt intressant att granska argumenten som framförs, då alltså två instanser står bakom denna.

4.2 Avgränsningar

De avgränsningar som görs för primärmaterialet ovan ter sig naturliga med tanke på uppsatsens fokus på argumentationen kring samtycke och sexualbrott. Detta fokus utesluter en diskussion om lagstiftningen som berör sexualbrott begångna mot barn, eftersom barn under 15 år enligt svensk lag inte anses kunna ge samtycke till sexuella handlingar. Alltså berör denna uppsats endast sexualbrottslagstiftningen gällande vuxna individer. Det faktum att definitionen av barn i sexualbrottslagstiftningen är personer under 15 år, och inte i enighet med FN:s barnkonvention där barn definieras som varje människa under 18 år, är något som bör problematiseras. Eftersom syftet med denna uppsats inte är att problematisera vem som faktiskt kan ge samtycke faller dock denna infallsvinkel bort, och istället läggs fokus på sexualbrott begångna mot individer över 15 år.

4.3 Källkritik

Lagstiftning kan ske antingen i samband med en regeringsproposition, som i fallet med lagändringen i sexualbrottslagstiftningen 1 juli 2013, eller som följd av att riksdagsledamöter framför fristående motioner. Motionerna är ofta motförslag till regeringens propositioner.¹⁰² Det är en väldigt liten andel av de motioner som läggs fram som faktiskt bifalles. Enligt riksdagen var det endast 1,6 procent av

¹⁰² Sveriges Riksdag, ”Beslutar om lagar”, *Sveriges Riksdag*, 2013-07-03, <<http://www.riksdagen.se/sv/Sa-funkar-riksdagen/Riksdagens-uppgifter/Beslutar-om-lagar/>>, hämtad 2014-01-03.

motionsförslagen som bifalles mellan 2010 och våren 2013.¹⁰³ I och med detta blir lagförändringar lätt beroende av den politiska ideologi regeringen står för. Lagförändringarnas politiska koppling till regeringen kan göra det svårt att genomföra lagförändringar som oppositionell, och således representeras endast den nuvarande borgerliga regeringens åsikter i proposition 2012/13:111.

Ledamöterna till kommittéer, som utför de olika utredningarna, utses formellt av ansvarig minister, men generellt sett kommer förslagen på ledamöter från den enhet på departementen som tar hand om ämnet i fråga.¹⁰⁴ De som författar utredningarna är således politiskt utsedda individer, som kan tänkas ha samma politiska åskådning som sina uppdragsgivare.

4.4 Forskningsetiska bedömningar

I uppsatsens problemformulering presenteras statistik som säger att 96 procent av de våldtäktsfall som anmäldes 2012 begicks mot en kvinna. Det är viktigt att poängtera att det finns ett stort mörkertal när det kommer till anmälningar av sexualbrott, och därmed är det fullt möjligt att andelen manliga offer är större än vad som syns i statistiken. På grund av att det är så väldigt hög andel kvinnliga offer i statistiken som 96 procent, är det däremot tydligt att offren är kvinnor i majoriteten av våldtäkter som utförs gentemot vuxna.

I primärmaterialet används ett könsneutralt språk vid omnämnandet av målsäganden och den tilltalade. I uppsatsens teoretiska del används däremot orden ”kvinna” och ”offer” och orden ”man” och ”förövare” synonymt, på grund av att teoretikerna använder denna terminologi. I även uppsatsens undersöknings- och analysdelar kommer ett icke-könsneutralt språk användas vid beskrivning av offer och förövare, i stil med teoretikerna, eftersom syftet med uppsatsen är att lyfta fram synen på sexualitet och könen som finns i argumentationen kring samtycke.

¹⁰³ Sveriges Riksdag, ”Allmänna motionstiden”, *Sveriges Riksdag*, 2013-10-04, <<http://www.riksdagen.se/Sa-funkar-riksdagen/Riksdagens-uppgifter/Beslutar-om-statsbudgeten/Inkomster-utgifter-och-skulder1/Budgetpropositionen/Allmanna-motionstiden/>>, hämtad 2014-01-03.

¹⁰⁴ Statens Offentliga Utredningar, ”Frågor och svar om kommittéer”, *Statens Offentliga Utredningar*, 2013-03-22, <<http://www.sou.gov.se/sb/d/17260>>, hämtad 2014-01-03.

I uppsatsen diskuteras samtyckesreglering till mestadels i förhållande till brottet *våldtäkt*, och inte andra sexualbrott. Detta kan ses som problematiskt eftersom penetration som utgångspunkt för kvinnlig sexuell kränkning inte är självklar i och med att den utgår från manlig sexualitet. I uppsatsen ”Den svenska sexualbrottslagen – en kränkning av kvinnans sexuella integritet?” argumenterar jag för att våldtäktsbegreppet är problematiskt på grund av att den använder *samlag* som jämförelsenorm, och därmed ”utesluter gärningar som till större grad kränker kvinnors sexuella integritet, såsom beröring av klitoris.”¹⁰⁵ Anledningen till att denna uppsats diskuterar samtycke i förhållande till våldtäktsbegreppet är att det är i förhållande till olika slags penetration som samtycke diskuteras i primärmaterialet, och även till största del i teorikapitlet. Det är dock viktigt att poängtera att jag inte står för att våldtäktsbegreppet ska definieras endast utifrån penetration, eller vad som är ”jämförligt med samlag”, för att skydda kvinnor från sexuella kränkningar. Jag anser, i likhet med Madeleine Leijonhufvud, att även sexuella handlingar som inte är jämförliga med samlag ska vara kriminaliserade när de sker mot den ena partens vilja.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Emma Lindqvist, *Den svenska sexualbrottslagen – en kränkning av kvinnans sexuella integritet?* Opublicerad B-uppsats, Männsliga rättighetsstudier, Humanistiska och teologiska fakulteten, Lunds universitet, 2013, s. 35.

¹⁰⁶ Se Madeleine Leijonhufvud, under rubriken *Litteraturöversikt och tidigare forskning*.

5 Argumentationen kring samtyckes - reglering

I följande kapitel kommer argumentationen kring samtycke i primärmaterialet att presenteras och uppsatsens feministiska teorier kommer att appliceras för att visa på antaganden som görs, samtidigt som berörings- och skiljepunkter med teorin kommer att belysas. Underrubrikerna som används i följande kapitel är tagna från SOU 2010:71, där de används för att presentera utredningens olika argument. Rubrikerna används här för att ge en tydlig och lättföljd bild av argumentationen som förs kring samtyckesreglering av sexualbrottslagstiftningen. Undantaget är rubriken *Sexualbrottslagstiftningens brister kan åtgärdas på annat sätt*, som har konstruerats specifikt för denna uppsats på grund av att argumentationen under denna rubrik endast presenteras av regeringen, i proposition 2012/12:111.

I SOU 2010:71 redogörs det för 2008 års sexualbrottsutrednings argumentation för och emot ett införande av en samtyckesreglering. Deras slutsats är att en subsidiär bestämmelse till våldtäkt och sexuellt tvång bör införas med rubriceringen *sexuellt övergrepp*, där det kriminaliseras att genomföra en sexuell handling mot en person utan den personens tillåtelse.¹⁰⁷ I Proposition 2012/12:111 redogörs den nuvarande borgerliga regeringens argumentation kring samma fråga. Till skillnad från utredningen menar regeringen att våldtäktsbrottet inte bör konstrueras med rekvisit om bristande samtycke, då de anser att fördelarna med en sådan reglering inte överväger nackdelarna.¹⁰⁸ Det är värt att notera att regeringens argumentation inte är lika utvecklad och detaljerad som utredningens i SOU 2010:71, med färre argument framförda både för och emot införandet av en samtyckesreglering. Justitieutskottet presenterar regeringens argumentation i 2012/13:JuU20 och ansluter sig till deras bedömning.

¹⁰⁷ SOU 2010:71, s. 233.

¹⁰⁸ Prop. 2012/13:111, s. 18.

5.1 Argument för införandet av samtyckesreglering

Naturlig fortsättning av utvecklingen av straffrättsliga synen på sexualbrott
2008 års sexualbrottsutredning anser att införandet av en samtyckesreglering skulle innebära en naturlig utveckling av den straffrättsliga synen på sexualbrott då de det kan komma att förändra presumptionen om kvinnan som tillgänglig fram tills hon gör fysiskt motstånd, som återfinns i dagens lagstiftning, till en syn på kvinnan som icke-tillgänglig fram till hon uttryckt ”ett klart ’ja’.”¹⁰⁹ Synen på kvinnan som tillgänglig först efter hon uttryckt ett ”ja”, menar utredningen är en naturlig utveckling på den straffrättsliga synen på sexualbrott eftersom sexualbrottslagstiftning nu anses vara en fråga om skyddandet av individens sexuella integritet och självbestämmanderätt. Sexualbrottsutredningen gör alltså ett antagande om att samtycke finns när målsäganden uttryckt ett ”ja”, vilket stämmer in på den samtyckesmodell Michelle Anderson kallar för Ja-modellen.

Utredningen framför dessutom att det finns en stor risk att kriminaliseringen baserad på tvång och våld, kompletterat med ”hjälpöst tillstånd”, inte täcker de fall när offer reagerar med passivitet som strategi för att klara sig undan övergreppet med minsta möjliga skada.¹¹⁰ Som sagt ersattes uttrycket ”hjälpöst tillstånd” med uttrycket ”särskilt utsatt situation” 1 juli 2013, och ska inkludera vissa fall där offret reagerar med ”frozen fright”. Som dock kan ses under rubriken *Sexualbrottslagstiftningens brister kan åtgärdas på annat sätt*, inkluderas endast de fall av ”frozen-fright” där personen känt *allvarlig rädsla* i uttrycket ”särskilt utsatt situation”. Således går det att ifrågasätta om alla passivitetsfall orsakade av rädsla inkluderas i det nya uttrycket. Utredningen skriver vidare att en samtyckeslagstiftning är bredare än en lagstiftning baserad endast på medel och omständigheter. De skriver att eventuella luckor i dagens lagstiftning skulle kunna täckas genom en samtyckesreglering och därmed skulle den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten förstärkas.¹¹¹ Regeringen, däremot, anser att bristerna i lagstiftningen kan åtgärdas på annat sätt än införandet av en samtyckesreglering.¹¹²

¹⁰⁹ SOU 2010:71, s. 207.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Se underrubrik *Sexualbrottslagstiftningens brister kan åtgärdas på annat sätt*.

Utredningen framhåller slutligen att de förpliktelser som följer den så kallade Bulgariendomen mer säkert blir tillgodosedda genom införandet av en samtyckesreglering.¹¹³

Normerande verkan

Ett argument som framförs för införandet av en samtyckesreglering både utav utredningen och av regeringen är att en sådan reglering skulle få en normerande verkan i samhället och förmedla budskapet att det inte är tillåtet att ha sex med någon som inte samtyckt till det.¹¹⁴ Detta, menar utredningen, är viktigt eftersom majoriteten av våldtäkter sker i någons bostad och då det vanliga är att offer och förövare är bekanta med varandra, i alla fall ytligt. De skriver även att det är vanligt att offren inte uppvisar några skador från övergreppen eller endast måttliga sådana.¹¹⁵ Dessa fall är vad Susan Estrich kallar för ”simple rape.” Estrich, MacKinnon och Pateman anser alla att denna typ av våldtäkt, där offret inte kan visa upp fysiska skador, ofta varken ses som våldtäkt eller täcks av våldtäktslagstiftning. Utredningen menar att det finns mycket att vinna på en samtyckesreglering eftersom lagstiftningen skulle kunna bidra till debatt i samhället om vad som är tillåtet och inte tillåtet när det kommer till sex.¹¹⁶ Både utredningen och regeringen menar dessutom att en samtyckesreglering skulle kunna vara ett stöd för den som utsätts för övertalningsförsök eller påtryckningar att acceptera olika sexuella handlingar hon/han inte vill medverka i.¹¹⁷ Detta behov av stöd överensstämmer med Carole Patemans beskrivning av en allmän inställning till det som ”naturligt” för män att utöva påtryckningar på kvinnor som visar ovilja, för att sedan kunna utläsa samtycke i kvinnans underkastelse. Utredningen poängterar emellertid att en samtyckeslagstiftning kommer behöva kombineras med utbildning och upplysning för att uppnå den normativa verkan.

Fokus även på den misstänktes/tilltalades agerande

2008 års sexualbrottsutredning argumenterar för att en samtyckesreglering skulle innebära att fokus delvis flyttas från målsäganden till den tilltalade under

¹¹³ SOU 2010:71, s. 207.

¹¹⁴ SOU 2010:71, s. 208 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

¹¹⁵ SOU 2010:71, s. 208.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ SOU 2010:71, s. 208 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

brottsprocessen. De skriver att en samtyckesbaserad lagstiftning skulle innebära att det blir centralt i brottsutredning huruvida målsäganden samtyckt eller inte men anser att det är osäkert vad ett generellt skifte i fokus skulle innebära för offrets ställning i brottsprocessen. Utredningen skriver att det påvisats att frågan om målsägandes agerande är mycket central i praxis redan idag. De skriver trots sin osäkerhet att en fördel med förändringen skulle vara att fokus växlar från målsäganden till den tilltalade i processen.¹¹⁸ Regeringen skriver inget om denna möjlighet. Utredningen menar att en samtyckesreglering åtminstone i teorin skulle innebära att utgångspunkten i brottsprocessen blir att den ena parten känner sig kränkt. Detta går i linje med MacKinnons syn på att gränsdragandet mellan våldtäkt och sex borde bestämmas utifrån kvinnan/offrets upplevelse av händelsen. För att utgångspunkten ska kunna vara att ena parten känner sig kränkt, måste brottsutredningen rikta in sig på hur gärningsmannen handlat i gärningsögonblicket och om denne försäkrat sig om eller hade fog för sin uppfattning att samtycke fanns.

Ett bättre bemötande

Utredningen argumenterar för att en samtyckesbaserad lagstiftning leder till ett bättre bemötande av offer och en terapeutisk effekt för offer och förövare. De använder sig av professor Christian Diesens tankar om terapeutisk juridik och om hur han visar på sambandet mellan hur en lag är utformad och vilka terapeutiska följder denna har för offer och förövare. Diesens tes presenteras vara att en lag baserad på tvång har en anti-terapeutisk effekt medan en samtyckesreglerad sådan har en terapeutisk effekt. Med en samtyckesbaserad lagstiftning blir det i stället, enligt Christian Diesen, målsägandens upplevelse av integritetskränkning som är utgångspunkten för utredningen. Diesen anser vidare att det är viktigare för offer på sikt att bli trodda än att det går att *bevisa* brott.¹¹⁹ Även MacKinnon visar på detta behov av samtyckesreglering, när hon skriver att offer upplever misstron de möter av rättsväsendet som ytterligare ett övergrepp. Regeringen skriver samtidigt att ”en samtyckesreglering skulle kunna medföra ett ökat stöd för att polisanmäla sexuella övergrepp”, vilket implicit indikerar att även de anser att en samtyckesreglering skulle leda till bättre bemötande av brottsoffer.¹²⁰

¹¹⁸ SOU 2010:71, s. 209.

¹¹⁹ Ibid, s. 209-210.

¹²⁰ Prop. 2012/13:111, s. 22.

5.2 Argument mot införandet av samtyckesreglering

Ökat fokus på målsäganden i processen

Utredningen och regeringen skriver att en samtyckesreglering skulle innebära en risk för ökat fokus på målsäganden i brottsprocessen. Detta framförs som det tyngsta argumentet mot ett införande av samtyckesreglering av våldtäktsbrottet. De menar att erfarenheter från Storbritannien visar på den oönskade fokuseringen på brottsoffers agerande som medförs av samtyckesreglering, där det ofta blir en central fråga i deras process hur offret betett sig.¹²¹ Genom att värdera erfarenheter från Storbritannien visar regeringen och utredningen på antagandet att det är samtyckesreglering i sig, och inte tolkningen och tillämpningen av denna typ av reglering, som orsakar det oönskade fokuset på målsäganden. Utredningen skriver dock i SOU 2010:71 att det är tveksamt hur stor vikt som ska läggas vid detta argument, då den nuvarande svenska regleringen ofta riktar fokus mot målsäganden.¹²² Utredning skriver därefter följande:

Vidare kan det antas att oavsett hur en våldtäktslagstiftning konstrueras kommer en målsägandes berättelse alltid att få en mycket stor betydelse i processen. Det är inte ovanligt att det inte finns någon teknisk bevisning eller vittnesbevisning och då utgör målsägandens och den misstänktes berättelse den enda bevisningen.¹²³

Från ovanstående citat blir det tydligt att utredningen blandar ihop det de menar är en nödvändig fokusering på målsägandes berättelse och fokuserandet på målsägandes *agerande*. Det ter sig självklart att målsägandes berättelse kommer få stor betydelse i brottsprocessen, men det utredningen gör i citatet ovan är att argumentera för att våldtäktslagstiftning, oavsett konstruktion, kommer innebära en självklar fokusering på målsägandes agerande. Detta visar på en syn på kvinnans agerande i en våldtäktssituation som avgörande för gärningens kriminalisering. Susan Estrich skulle inte lägga stor vikt vid argumentet att samtyckesreglering innebär ökat fokus på målsäganden då hon menar att det inte är så att samtycke är det rätta ”testet” och att våld är det felaktiga, eller tvärtom, utan att problemet är att båda kan tolkas på det sättet

¹²¹ SOU 2010:71, s. 211 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

¹²² SOU 2010:71, s. 211.

¹²³ Ibid.

att de kräver att kvinnor gör motstånd. Estrich skriver att ”interpretation is key.” Regeringen medger på liknande sätt att flera remissinstanser påpekat att brottmålsprocessen redan i dag till stor del handlar om offrets agerande, men lägger inte särskilt stor vikt vid detta, då de menar att en samtyckesreglering riskerar att förvärra situationen för målsäganden ännu mer.¹²⁴ Detta är ett antagande som görs, utan vidare förklaring på varför situationen skulle förvärras. Utredningen skriver vidare att frågan om huruvida målsäganden gett samtycke eller inte redan är aktuell i många av dagens mål, i och med frågan om uppsåt. De skriver att det av rättsäkerhetsskäl inte går

att undvika att frågor ställs kring parternas närmare relation eller offrets beteende i anslutning till och under den aktuella gärningen även om detta kan upplevas som oerhört påfrestande för målsäganden¹²⁵

Som ovanstående citat visar, gör utredningen ett antagande om att relationen mellan offer och förövare bör få påverka bedömningen om straffansvar. Detta motsätter sig den insikt utredningen tidigare visat på om sexualbrottets natur, nämligen att majoriteten av våldtäkter sker i någons bostad och att det vanliga är att offer och förövare är bekanta. De skriver dessutom att frågor som saknar relevans inte ska tillåtas och att det är upp till rätten eller förhørsledare att förhindra att irrelevanta frågor ställs och att offret kränks i processen. Det budskap utredningen implicit förmedlar här är att förövare som är i en relation eller tidigare haft sexuell kontakt med sitt offer mer rimligen kan anta samtycke hos offret än om denna relation/tidigare kontakt inte funnits. Budskapet blir att det är mindre troligt att den tilltalade haft uppsåt om han varit i en relation med eller känt målsäganden.

Utredningen menar, trots sitt ifrågasättande av relevansen för variant av reglering för fokus på målsäganden, att det i praktiken kan tänkas att det blir större fokus på målsäganden om en samtyckesreglering införs. De och regeringen menar att frågor om tvång och särskilt utsatta situationer kan komma att hamna i bakgrunden och att man från försvarets sida ännu mer än idag kan komma att fokusera på offrets handlingar i samband med gärningen.¹²⁶ Denna argumentation bygger på antagandet att

¹²⁴ Prop. 2012/13:111, s. 22.

¹²⁵ SOU 2010:71, s. 211.

¹²⁶ SOU 2010:71, s. 212 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

fokus på tvång och våldsanvändning innebär fokus på den tilltalade, vilket står i strid mot det Susan Estrich påstår händer med våld som brottsrekvisit. Hon anser att kvinnor, eller offer, hamnar i fokus eftersom ett fastställande av våldsanvändning i praktiken betyder ett ifrågasättande av resonligheten i kvinnans reaktion till våldet. Hon menar att kravet på tvång innebär ett uttalat krav på kvinnan att göra fysiskt motstånd för att visa sitt bristande samtycke, och därmed ligger fokus på målsägandes agerande. Även Ulrika Andersson visar i sin undersökning av svensk rättegångspraxis på att vålds- och tvångrekvisiten i praktiken innebär ett fokuserande på målsägandens agerande vid gärningstillfället.

Svårigheter att definiera vad samtycke är och att skilja de giltiga samtyckena från de ogiltiga

Utredningen och regeringen argumenterar vidare för att det finns svårigheter att definiera vad samtycke faktiskt är och att skilja de giltiga samtyckena från de ogiltiga. De anser att begreppet samtycke måste definieras med en samtyckesreglering eftersom de menar att det är ett tomt begrepp, som måste fyllas med innehåll. De skriver även att alla samtycken som lämnas inte kan räknas som giltiga.¹²⁷ De menar att det krävs att de giltiga samtyckena skiljs från de ogiltiga för att det ska skapas rättssäkerhet och förutsebar tillämpning. Både utredningen och regeringen menar att det är minst lika svårt att ta ställning till vilka omständigheter som negerar samtycke, som att bygga lagen direkt på omständigheterna.¹²⁸ Utredningen menar att samma problematik återfinns även för begreppen ”tillåtelse” och ”frivillighet”. MacKinnon menar att distinktionen mellan våldtäkt och samlag bör göras utifrån handlingens betydelse för kvinnan/offret. Hon problematiserar den användningen av samtycke som dagens lagstiftning brukar i och med brottsrekvisiten våld och tvång. Hon anser att lagen utgår från att samtycke är en mätning av närvaron av våldsanvändning och att detta är problematiskt eftersom gränsen för acceptabel våldsanvändning sätts precis över det ”normala” manliga sexuella beteendet och utgår inte från offrets kränkning och även på grund av att hon inte anser att våld och samtycke inte är ömsesidigt uteslutande.

¹²⁷ SOU 2010:71, s. 212 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

¹²⁸ SOU 2010:71, s. 213 och Prop. 2012/13:111, s. 22.

Osäkerheten kring samtyckets (och det bristande samtyckets) form och sambandet med räckvidden av kriminaliseringen

Sexualbrottsutredningen argumenterar för att det finns en osäkerhet kring samtyckets form och att räckvidden av kriminaliseringen är nära kopplad till denna form. De skriver att samtyckesreglering är generell i naturen även när samtycke ges en definition, och att det kan komma att uppstå ”frågor i rättstillämpningen kring om ett samtycke måste ha en viss form.”¹²⁹ De anser att detta blir en svårighet särskilt eftersom de menar att

frågan om samtycke 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.¹³⁰

Alltså menar utredningen att formkravet på samtycke inte kan vara att frågan om samtycke förs på tal. Eftersom både MacKinnon och Pateman menar att det ”vanliga” mänskliga samspelet definieras utifrån mannens sexualitet, och deras rätt till kvinnans kropp, kan ovanstående citat ses som väldigt problematiskt och dess relevans för hur lagen bör vara utformad kan ifrågasättas. Även regeringen för fram det de menar är ”en särskilt svårighet” i att frågan om att samtycke ”sällan är något som förs på tal mellan två personer innan en sexuell samvaro inleds.”¹³¹ Utredningen anser, av denna anledning, att det kan ifrågasättas om lagstiftningen bör byggas på en tänkt situation som sällan förekommer i verkligheten. De skriver att:

Det framstår [...] betydligt mera självklart och naturligt att den som vill ta en annan persons egendom frågar först och att man baserar bestämmelserna om ansvar för stöld på det.¹³²

Även ovanstående citat är problematiskt eftersom det här görs antaganden om vad som är ”naturligt” i det mänskliga samspelet och visar på bristande respekt för individers sexuella integritet till den grad att en persons synpunkter om sin egendom värderas högre än dess åsikter om sexuella handlingar. På grund av det ”naturliga” mänskliga samspelet, och att samtycke inte förs på tal, menar utredningen att domstolarna kommer

¹²⁹ SOU 2010:71, s. 213, existerande kursivering.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Prop. 2012/13:111, s. 22.

¹³² SOU 2010:71, s. 213.

behöva bedöma frågan om samtycke utifrån värderande av de inblandade parternas agerande och ”andra relevanta omständigheter.”¹³³ Även regeringen menar att parternas agerande kommer behöva bedömas i efterhand och vara i fokus för brottsutredningen, eftersom samtycke sällan kommer på tal.¹³⁴ Denna argumentation bygger följaktligen helt på antagandet att det är orimligt att ställa krav på verbal kommunikation parterna emellan.

Regeringen argumenterar dessutom för att fokuserandet på parternas agerande i brottsutredningen skulle påverka bevisbarheten negativt, försvåra styrkandet av att ”ett brott objektivt sett har begåtts” och fastställandet om det fanns uppsåt hos den tilltalade och därmed leda till svårigheter att lagföra brotten.¹³⁵ Denna argumentation strider mot MacKinnons syn på obefintligheten av en objektiv version av vad som ”faktiskt” inträffat. MacKinnon menar att lagens problem är att den utgår från att en sådan ”objektiv” version kan fastställas åtskiljt från parternas kön och ”the gendered nature of their exchange.” Regeringen glömmer åter att beakta att även fastställandet av tvång och våldsanvändning innebär fokuserande på parternas agerande. Dessutom framställs den tilltalades uppfattning av gärningen, i och med nämmandet av uppsåt, som högsta prioritering.

Utredningen tar vidare upp frågan om huruvida tyst/inre samtycke bör räknas vid införande av en samtyckesreglering. De menar att det måste tas ställning till om samtycke är en inställning eller en gärning. De nämner att det i tidigare utredningar varit utgångspunkten att samtycke i våldtäktsbestämmelsen även skulle kunna avse tyst samtycke. Detta anser utredningen var omotiverat.¹³⁶ De anser, i kontrast till tidigare utredningar, att tysta/inre samtycken inte ska beaktas. De menar att detta skulle ge män för mycket tolkningsutrymme. Utredningen framför till följd av detta, och på grund av synen på verbal kommunikation som ”onaturligt” i sexuella sammanhang, att det inte borde finnas något formkrav för samtycke.¹³⁷ De skriver att

En konsekvens av ställningstagandet att ett samtycke ska manifesteras på något sätt även

¹³³ SOU 2010:71, s. 213.

¹³⁴ Prop. 2012/13:111, s. 23.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ SOU 2010:71, s. 213.

¹³⁷ Ibid., s. 214.

om något formkrav inte finns blir, med en samtyckesreglering, är att ett *bristande* samtycke inte behöver manifesteras för att räknas.¹³⁸

Följaktligen menar utredningen att samtycke inte kan antas, utan att det måste uttryckas, genom ord eller handling, för att räknas. Bristande samtycke skriver de, däremot, ska inte behöva manifesteras. I dagens reglering krävs det dock att bristande samtycke manifesteras, för att förövaren ska anses haft uppsåt, och utredningen bemöter inte denna problematik. Utredningens ställningstagande om att samtycke måste uttryckas för att räknas överensstämmer med Michelle Andersons analys av Ja-modellen, där ord eller handling krävs för att det ska finnas samtycke. Utredningen skriver alltså att *bristande* samtycke inte behöver manifesteras för att räknas. Dock diskuterar de vidare på följande vis: de ifrågasätter om lagstiftningen materiellt sätt bör täcka fall där

en person upplever sig ha blivit utsatt för ett sexualbrott, eftersom man var med om något man inte ville, men där det bristande samtycket inte uttalades och inte heller manifesterades på något annat sätt så att det var iakttagbart.¹³⁹

Således framför utredningen här att bristande samtycke ändå borde manifesteras för att kunna räknas i juridisk mening, och gör här ställningstagandet att även *bristande* samtycke är en gärning, och inte en inställning. Detta resonemang går ifrån deras tidigare antagande av Ja-modellen, och övergår till att överensstämma med Nej-modellen. De menar att fall där bristande samtycke inte manifesterats ”knappast [kommer] att leda till fällande dom”, då dessa fall inte är bevisbara.¹⁴⁰ Utredningen utvecklar detta på följande sätt:

Som skäl mot en samtyckesreglering skulle i detta sammanhang kunna invändas att gärningar som inte är bevisbara inte heller ska vara kriminaliserade.¹⁴¹

I ovanstående citat argumenterar utredningen således för att de fall där bristande samtycke inte manifesteras inte ska vara kriminaliserade, då de anser att dessa fall inte

¹³⁸ SOU 2010:71, s. 215.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

är bevisbara. Utredningen fortsätter med en diskussion om frågan om samtycke genom underlåtenhet. De skriver:

Objektivt sett 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. I stället ligger det mer nära till hands att åtminstone någon form av samtyckesreaktion sker genom ord eller handling.¹⁴²

I ovanstående citat återgår utredningen till Estrichs Ja-modell för samtycke, som innebär att offret måste sagt ”ja” antingen genom ord eller genom handling, för att samtycke ska föreligga. De skriver därefter att

Ett leende från en annars passiv person kan vara en samtyckeshandling men en total passivitet är snarare ett uttryck för ett bristande samtycke.¹⁴³

Utifrån citatet ovan framgår det tydligt att förövaren får tolkningsföreträde på offrets kroppsspråk, i detta fall ett leende, och stämmer åter överens med det Andersons anförande om hur män under denna samtyckesmodell får tolka kvinnors kroppsspråk för att utläsa ett samtycke. Carole Pateman menar att ”objective standards” för vad som anses rimligt av män att uppfatta som samtycke bygger på uppfattningen att en kvinnas ”nej” inte innebär ett avslag och att män bör ignorera detta ”nej” eftersom kvinnans hemliga önskan egentligen är att ha sex. Från ovanstående citat blir det dessutom tydligt att utredningen gör antaganden om kvinnans sexualitet som passiv i naturen, när det ses som rimligt att en kvinna ligger helt passiv och endast ler under samlag.

Orimliga förväntningar på fler fällande domar

Utredningen framför därefter argumentet att en samtyckesreglering skulle leda till orimliga förväntningar på ett ökat antal fällande domar. De skriver att en ökning av fällande domar inte går att förvänta sig av en lagstiftning baserad på bristande samtycke än vad som blir fallet med en modifierad lagstiftning av den som gällde fram till 1 juli 2013. Dock skriver de att förhoppningen på sikt är att färre brott ska begås.¹⁴⁴ De

¹⁴² SOU 2010:71, s. 216.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

skriver att de tror att en ökning av antalet anmälda brott kommer inträffa med en samtyckesreglering. Detta menar de skulle bero på att fler sexuella handlingar kommer täckas av lagen, men att en del av dessa kommer vara svårbedömda i bevishänseende. De skriver sedan att ett rimligt sätt att motverka dessa orimliga förväntningar på fler fällande domar är att informera och utbilda i frågan på en bred front, och genom att polisen, åklagare och domstolarna aktivt arbetar med bemötandefrågor.¹⁴⁵

Ökad risk för sexualmoralism

Efter att ha framfört ett argument mot införandet av en samtyckesreglering baserat på orimliga förväntningar argumenterar utredningen dessutom för att en samtyckesreglering skulle innebära en ökad risk för sexualmoralism. De gör antagandet att ”sexualiteten är mångfacetterad och hur den tar sig uttryck kan variera mycket.”¹⁴⁶ MacKinnon motsäger sig synen på sexualitet som mångfacetterad och menar istället att mäns tankar och behov tar över hela den sexuella spelplanen och att mäns begär tillskrivs kvinnor.

Utredningen skriver vidare att även om brottsutredningen måste inrikta sig på den misstänktes agerande och om och hur denne försäkrade sig om att ett samtycke förelåg, är ändå kärnfrågan huruvida målsäganden samtyckte till gärningen eller inte.¹⁴⁷ Här framkommer utredningens förklädda syn på samtycke som något utöver målsägandens vilja och upplevelse. De anser till och med att kombinationen av att målsäganden anser sig ha blivit utsatt för en sexuell handling mot sin vilja och att den tilltalade inte försäkrat sig att samtycke förelåg inte utesluter möjligheten att samtycke förelåg. Det är utifrån ovanstående oklart vad utredningen faktiskt menar utgör ett samtycke. Det blir dock tydligt att kvinnans/offrets upplevelse av gärningen inte är utredningens utgångspunkt. Med denna otydliga syn på samtycke blir det självfallet svårt att ”objektivt” fastställa om samtycke funnits eller inte. Utredningen skriver att det vid bedömningen av denna kärnfråga, huruvida målsäganden samtyckt eller inte, finns en risk för bedömningar om vad som är ”normalt” att samtycka till.¹⁴⁸ Denna argumentation håller endast om utredningens otydliga tolkning av samtycke anammas,

¹⁴⁵ SOU 2010:71, , s. 217.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

och inte om utgångspunkten för samtycke är offrets upplevelse. Dessutom görs bedömningar om vad som är ”normalt” att samtycka till i dagens lagstiftning i och med bedömningen om vad som är ”normal” våldsanvändning och vad som är ”resonligt” att vara rädd för. Utredningen skriver att denna risk, för bedömningar om vad som är ”normalt” att samtycka till, kan motverkas genom utbildningsinsatser riktade mot anställda inom rättsväsendet och nämndemän. De erkänner att risken kan påstås finnas redan idag då frågan om samtycke är uppe i många fall, men påstår att det med samtyckesreglering skulle vara uppe i samtliga fall.

Sexualbrottslagstiftningens brister kan åtgärdas på annat sätt

Regeringen skriver i sin proposition att sexualbrottslagstiftningens brister (innan reformen i juli 2013) som framhålls av utredningen kan åtgärdas på annat sätt än genom införandet av en samtyckesreglering.¹⁴⁹ Den lösning som föreslås av regeringen är just den förändring som röstades igenom i riksdagen, nämligen att ”hjälplost tillstånd” ändras till ”särskilt utsatt situation”. Regeringen skriver att uttrycket ”särskilt utsatt situation” kan inkludera vissa överrumplingsfall, som till exempel när den tilltalade först ger målsäganden massage och sedan utnyttjar situationen för att utföra en sexuell handling. Den stora förändringen är att fall där målsäganden känt *allvarlig rädsla* kan tolkas som en *särskilt utsatt situation*. Utifrån denna formulering är inte endast rädsla tillräckligt, utan målsägandens rädsla måste anses vara *allvarlig*. Estrich menar att det är den manliga normen, som utgår från vad som är resonligt att göra utifrån en position av makt, som i praktiken får avgöra vad som är rimligt för kvinnor att känna sig hotade eller skrämde av.

¹⁴⁹ Prop. 2012/13:111, s. 24.

6 Analys och diskussion

I följande kapitel kommer det analyseras vilka antaganden om sexualitet, kön och samtycke som görs i primärmaterialet och hur de skiljer sig från och sammanfaller med de feministiska inblickar som ges i uppsatsens teorikapitel. I och med applicerandet av feministiska inblickar på de antaganden som görs, utförs en diskussion om huruvida argumentationen är hållbar utifrån feministisk teori. Eftersom utredningen och regeringens argumentation indirekt behandlar huruvida en samtyckesreglering kan komma att stärka skyddet av individens sexuella integritet och självbestämmande eller inte, kommer det i detta kapitel även diskuteras vilken definition av sexuell integritet som skildras i primärmaterialet och vad för antaganden om sexualitet och kön som denna definition visar på. Därefter kommer argumentationens hållbarhet utifrån principen om skyddandet av individens sexuella integritet att diskuteras. Denna hållbarhet kommer dels prövas utifrån primärmaterialets egen definition och dels utifrån en definition baserad på de feministiska teorier som använts. Kapitlet delas in i två rubriker, först ”Samtycke och sexualitet” och sedan ”Sexuell integritet och argumentationens hållbarhet”. Under första rubriken kommer antaganden om samtycke, sexualitet och kön att redogöras, medan definitioner av sexuell integritet kommer att diskuteras under den andra rubriken tillsammans med avgörandet om argumentationernas hållbarhet.

Samtycke och sexualitet

I argumentationen i SOU 2010:71 återfinns den syn på samtycke som presenteras i Ja-modellen, vilket blir tydligt när det står skrivet att en samtyckesreglering kommer att förändra synen på kvinnan som tillgänglig tills hon gjort fysiskt motstånd till att hon är icke-tillgänglig förrän hon uttryckt ett ”ett klart ’ja’.” Denna syn framträder i ett argument som är för införandet av en samtyckesreglering, men detta är inte att gå tillräckligt långt. Denna samtyckesmodell är problematisk eftersom det antas att kyssar, ”sexual petting” och liknande kan tolkas som ett ”ja”, och att fysiskt motstånd måste användas därefter för att visa att samtycke inte föreligger. Alltså kvarstår synen på

kvinnan som tillgänglig fram tills att hon gör fysiskt motstånd. Under Ja-modellen tillåts förövaren tolka kvinnans kroppsspråk för att ”få tillåtelse”. Utredningen uttrycker oro över att män skulle få tolkningsföreträde av kvinnors kroppsspråk om tyst samtycke tillåts, och argumenterat därför emot det. Alltså menar de att samtycke måste uttryckas för att räknas. Samtidigt visar utredningen att de anser att det är godtagbart för förövare att tolka kvinnors kroppsspråk för att tillskansa sig ”tillåtelse”, när utredningen skriver att ett leende från en passiv person kan vara en samtyckeshandling. Utredningen går väldigt långt i vad som tillåts tolkas som en samtyckeshandling när de påstår att ett leende hos en annars passiv person med befogenhet kan tolkas som ett sätt att ge uttryck för samtycke till sex (vilket de definierar som penetration eller något jämförligt.) Påståendet att ett leende kan innebära en samtyckeshandling blir extra problematisk vid insikten att det finns fler typer av leenden än de av glädje/välmående, det finns även leenden orsakade av skräck, obehag osv.. Budskapet som kan utläsas i argumentationen, att ett leende i kombination med passivitet kan innebära att en person samtycker till sex, kan ses som en del av den process där män lär sig att ”misstolka” kvinnors kroppsspråk.¹⁵⁰ Dessutom framträder synen på kvinnans sexualitet som passiv väldigt klart här. Det är vidare problematiskt att utredningen inte kräver någon handling eller verbal kommunikation av den tilltalade. Detta visar att utredningens utgångspunkt för samtycke är synen på mannen som berättigad till kvinnans kropp, där vilket kroppsspråk som helst förutom tydligt fysiskt motstånd kan tolkas som samtyckeshandling, utan något ansvar att fastställa samtycke och visar dessutom på synen på kvinnan som ansvarig för att uttrycka sin ovilja. Utredningen argumenterar samtidigt även explicit för att bristande samtycke måste manifesteras för att räknas, då de menar att gärningar som utförts där bristande samtycke förelåg utan att uttryckas inte är bevisbara och därmed inte bör kriminaliseras. Härmed förespråkar utredningen det problematiska med både Ja- och Nej-modellerna, då förövaren får tolkningsföreträde på offrets kroppsspråk och offret samtidigt måste uttrycka sitt bristande samtycke för att samtycke inte ska antas.

Utredningen och regeringen uppvisar en tveksam syn på sexualitet när de skriver att frågan om samtycke sällan förs på tal mellan två personer innan de har sex med varandra, och att ”så fungerar inte det mänskliga samspelet.” Det är oklart utifrån vad utredningen och regeringen faktiskt baserar denna insyn i det mänskliga samspelet

¹⁵⁰ Se under rubrik Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*, s. 14

på och dessutom, om det var så att det mänskliga samspelet inte fungerar så, är det fortfarande inget som säger att det mänskliga samspelet *bör* vara så. Det ”vanliga” mänskliga samspelet definieras utifrån manlig sexualitet och synen på kvinnans kropp som ständigt tillgänglig, och därmed går det att påstå att frågan om samtycke *bör* föras på tal innan två personer har sex med varandra. Regeringen och utredningen begår således här ett är-bör-felslut. Utredningen skriver därutöver att det är

betydligt mera självklart och naturligt att den som vill ta en annan persons egendom frågar först och att man baserar bestämmelserna om ansvar för stöld på det.¹⁵¹

De skriver ovan att det är ”naturligt” att fråga om lov för att ta en persons *saker*, men att det är ”onaturligt” att fråga om en person faktiskt *vill* ha sex. Detta sänder ut signaler om att kvinnors sexuella integritet inte är deras egna, och att kvinnor inte är värda att konsultera innan den sexuella akten. Här återfinns synen på sexualitet som något som ligger i naturen, och synen på den naturligt sexuellt aggressiva mannen som har rätt att ta den naturligt passiva kvinnan. Denna syn utgår från att det är ”naturligt” att parterna i en sexuell akt inte är jämställda. Utredningen bygger hela sin argumentation kring osäkerheten om samtyckets form på just denna problematiska syn, att verbal kommunikation är ”onaturlig”, vilket sedan leder utredningen till att anse att samtycket inte ska ha någon form. Detta i sig bidrar till att utredningen gör det felaktiga antagandet att parternas agerande nödvändigtvis kommer få spela större roll än i dag.

Det främsta argumentet som framförs mot införandet av en samtyckeslag är som sagt att detta skulle innebära en risk för ökat fokus på målsäganden i brottsprocessen. Utredningens argumentation kring denna punkt är motsägelsefull, då de menar att fokus kommer flyttas från målsäganden till den tilltalade samtidigt som de påstår att ett ökat fokus kommer finnas på målsäganden. Dessutom skriver utredningen att det är tveksamt hur stor vikt som bör läggas vid detta argument eftersom det redan idag finns stort fokus på brottsoffrets agerande i fastställandet av frågan om uppsåt. Det befintliga fokuset på brottsoffer är något som även Ulrika Andersson finner i sin undersökning av svenska rättsfall. Eftersom utredningens bedömning till slut ändå blir

¹⁵¹ SOU 2010:71, s. 213.

att en typ av samtyckesreglering bör införas, blir det tydligt att detta argument inte får spela allt för stor roll. För regeringens argumentation, däremot, verkar detta argument fått stor betydelse då deras bedömning blir att en samtyckesreglering inte bör införas. Regeringen gör antagandet att det är själva samtyckesregleringen som orsakar fokus på målsäganden medan det faktiska problemet är att båda brottsrekvisiten, bristande samtycke och våld, kan tolkas på ett sådant sätt att kvinnan blir tvungen att göra motstånd. Det är inte brottsrekvisiten i sig som orsakar fokus på målsäganden, utan tolkningen och tillämpningen av dessa.

Utredningen och regeringens diffusa användning av begreppet *samtycke*, där samtycke framställs som något utöver målsägandens upplevelse och avsaknaden av åtgärder från den tilltalade för fastställandet av samtycke, är direkt konstruerat för att styrka påståendet att samtyckesreglering leder till ökat fokus på målsägandes agerande. Denna syn på *samtycke* är varken vedertagen eller självklar utifrån feministiska perspektiv, och därmed behöver inte en samtyckesreglering leda till ökat fokus på målsägandens agerande.

Det som går att konstatera, däremot, är att den rådande sexualbrottslagstiftningen fokuserar påtagligt på målsägandens agerande, då den uppställer krav på att kvinnan manifesterar något slags motstånd för att det ska kunna anses ha funnits uppsåt. Om fokus hade lagts på att klarlägga hur den tilltalade agerat vid gärningstillfället för att försäkra att samtycke förelåg, som Madeleine Leijonhufvud föreslår i sin samtyckesutredning, hade kravet på motstånd kunnat avlägsnas. Denna avlägsning skulle dock kräva att män förlorar det tolkningsföreträde på kvinnors kroppsspråk som de har idag och att det blir den allmänna uppfattningen att kyssar och ”petting” inte är detsamma som att samtycka till samlag. Det problematiska med Leijonhufvuds förslag är just synen på det som möjligt att utläsa en individs samtycke utifrån deras kroppsspråk. Om individer ska kunna skyddas från sexuella övergrepp på ett meningsfullt sätt måste det bli olagligt att ha sex med någon mot deras vilja. För att detta ska bli olagligt måste fastställandet av en individs vilja utgå från den individens upplevelse av händelsen, och inte den tilltalades uppfattning eller den manliga normen i vad som är ”resonligt”. Gränsen mellan sex och våldtäkt måste alltså dras utifrån kvinnans upplevelse, då det inte finns en ”objektiv” tolkning av en gärning. Om Leijonhufvuds förslag hade införts skulle domstolar få ytterligare makt att avgöra vad som är ”resonligt” att tolka in i olika omständigheter. Då skulle det krävas att utbildning och information ges till alla inom rättsväsendet som arbetar med sexuella övergrepp, där

myter om hur offer ”bör” bete sig belyses och diskrediteras, för att normen av vad som är ”resonligt” agerande för ett offer och förövare legitimt ska kunna användas. Fastställandet av vad som är ”resonligt” att bli rädd för, som i och med begreppet ”särskilt utsatt situation” blivit ytterligare aktuellt, måste utgå från den position av underläge kvinnor befinner sig i, och inte en position av makt som i praktiken får avgöra.

Utredningen och regeringens argumentation kring den normerande verkan en samtyckesreglering kan frambringa i form av budskapet att det är fel att ha sex med någon mot deras vilja, och behovet av denna normerande verkan i och med att det är vanligt att offren inte kan uppvisa fysiska skador från övergrepp, överensstämmer väl med uppsatsens feministiska teoretiker som menar att fall av ”simple rape” ignoreras systematiskt. Regeringen, däremot, visar inte på denna förståelse för hur sexuella övergrepp sker, vilket blir tydligt när de ställer sig emot införandet av även den kompletterande samtyckesreglering utredningen föreslår. Utifrån regeringens val av brottsrekvisit blir det tydligt att de utgår ifrån att majoriteten av våldtäkter är överfallsvåldtäkter som utförs av någon för offret främmande, med tydliga våldsinslag. Det som anses ”resonligt” för offret att göra utgår från denna syn på våld som det att frukta, när traumat för offren i verkligheten är starkt kopplat till den sexuella kränkningen.

En samtyckesreglering som fokuserar på offrets vilja skulle kunna motverka denna systematiska negligering av ”simple rape.” Som sagt är det tolkningen av samtycke och tillämpningen av denna som blir avgörande för om dessa fall inkluderas eller inte. Om manifesterande av bristande samtycke fortfarande utgör ett krav efter införandet av samtyckesreglering kommer fallen av ”simple rape” fortsätta att exkluderas från våldtäktslagstiftningen. Krav på ”negotiation” eller förhandling kan vara en lösning för problemet med att kvinnor förväntas att göra fysiskt motstånd, även under samtyckesreglering. Under denna förhandlingsmodell förlorar mannen sitt tolkningsföreträde på kvinnans kroppsspråk och det blir olagligt att ha sex med någon utan att genom förhandling fastställt att den andra personen vill ha sex. Problemet med denna modell är dels att den manliga normen av sex, penetration, får styra definitionen av våldtäkt och dels att den tillåter att förhandling kan ske icke-verbalt när parterna etablerat en sexuell kontext. Detta innebär att män i ett långvarigt förhållande återfår rätten att tolka sin partners kroppsspråk för att utläsa samtycke, som han förlorat under förhandlingskravet, och att samtycke i ett sådant förhållande antas och därmed kräver

modellen alltså fysiskt motstånd från kvinnan. De krav på kommunikation och agerande från den tilltalade som skapas under förhandlingsmodellen (med undantag för de fall där parterna etablerat en sexuell kontext) kan till viss del återfinnas i det förslag som Madeleine Leijonhufvud presenterat i *Samtyckesutredningen – Lagskydd för den sexuella integriteten*. I sin utredning skriver Leijonhufvud att fokus i brottsutredningen ska vara att kartlägga hur den tilltalade agerat för att försäkra sig om att samtycke förelåg hos målsägande vid gärningstillfället. Som sagt tillåter tyvärr detta förslag att samtycke utläses från en individs kroppsspråk, och skulle därmed kräva en samhällsutveckling som ledde till att underkastelse eller kyssar inte anses vara samtyckeshandlingar längre, för att individer ska kunna skyddas från sexuella övergrepp

Regeringen skriver vidare att den fokusering på parternas agerande, som kommer resultera av en samtyckesreglering, kommer att påverka bevisbarheten negativt och försvåra styrkandet av att ett brott objektivt sätt har begåtts. Då den reglering de föreslår, dagens reglering, utgår från den tilltalades upplevelse i och med kravet på uppsåt, argumenterar de här för att den ”objektiva” versionen av en gärning är den förövaren upplevt. Som sagt går det att argumentera för att det inte finns en ”objektiv” version av en gärning som finns att objektivt fastställa, utan att förövare ofta anser sig ha sex när offret upplever situationen som en sexuell kränkning. Detta betyder inte att förövare ofta tror att offret upplever gärningen som sex, utan visar istället på hur män systematiskt lär sig att ignorera kvinnors önskan. Eftersom sexualbrottslagstiftningen uppges syfta till skyddandet av den sexuella integriteten, kan det anses underligt att utgångspunkten inte är målsägandens upplevelse av en gärning. Trots att det uttryckligen står att utgångspunkten för sexualbrottslagstiftningen bör vara att en av parterna känner sig kränkt, i både utredningen och regeringens proposition, argumenteras det för att bristande samtycke måste uttryckas för att räknas och utgår därmed från förövarens upplevelse. Det blir således nu väldigt relevant att reflektera över vad regeringen och utredningen faktiskt menar när de skriver *sexuell integritet*.

Sexuell integritet och argumentationens hållbarhet

Begreppet *sexuell integritet* används flitigt i primärmaterialen och skyddandet av individens sexuella integritet och självbestämmande beskrivs som det skyddsvärda för sexualbrottslagstiftningen. Det är som sagt anmärkningsvärt att begreppet *sexuell integritet*, med dess centrala roll i primärmaterialen, inte ges en explicit definition. *Sexuell integritet* definieras istället indirekt, och gör det som offrets eller kvinnans rätt

att avböja sexuella handlingar. Detta görs genom argumentation som förs av utredningen och regeringen om krav på motstånd från offret och på manifesterandet av bristande samtycke. Det görs dessutom genom att framställa det som ”onaturligt” och i strid med det ”mänskliga samspelet” att innan själva akten försäkra sig om att den andra personen vill ha sex genom verbal kommunikation. Denna användning av begreppet *sexuell integritet* leder till och visar på en syn av kvinnans sexualitet som tillgänglig och öppen. Den visar dessutom på synen på kvinnans sexualitet som passiv, och inte aktiv. Kvinnan ses inte som en aktör i det sexuella spelet, vars inställning till gärningen värderas och respekteras, utan hon ses endast som ett objekt att utföra sexuella handlingar emot. Definitionen av sexuell integritet är ytterligare avsmalnad i regeringens proposition, i och med att deras slutsats medför att ett ”nej” inte är ett tillräckligt motstånd. Detta blir fallet åtminstone där omständigheterna ”resonligt” sett inte ”bör” orsaka *allvarlig rädsla*. Medan kvinnans rätt till rättsligt skydd förringas i en diffus definition av ”sexuell integritet”, där hon framställs som ett objekt, skyddas mannens rättigheter genom en rättssäker rättsprocess. En mer rimlig definition av *sexuell integritet* skulle utifrån ett feministiskt perspektiv rimligtvis vara rätten att inte utsättas för oönskade sexuella närmanden/handlingar, och därmed rätten att respekteras som en aktör som inte är tillgänglig fram till motstånd. Michelle Andersons förhandlingsmodell är ett förslag på hur denna definition av *sexuell integritet* kan ta sig uttryck. Susan Estrich, Catharine MacKinnon och Carole Pateman anser alla att samtycke är ett problematiskt begrepp eftersom det medför en syn på kvinnan som passiv och förstärker ojämställdheten i det sexuella förhållandet mellan män och kvinnor. I och med detta visar teoretikerna på en syn på sexuell integritet som ett begrepp som bör innefatta mer än rätten att avvisa. Följaktligen framträder samma definition som i Michelle J. Andersons *Negotiating Sex*, nämligen rätten att slippa utsättas för oönskade sexuella närmanden/handlingar.

Som tydliggjorts i detta och föregående kapitel gör utredningen och regeringen många icke-vedertagna antaganden om sexualitet, kön och samtycke, som strider mot uppsatsens feministiska teorier. I primärmaterialet framställs kvinnans sexualitet som passiv, öppen och tillgänglig för mannen. Sexualitet framställs mer generellt som mångfacetterad och antaganden om dess natur i form av påståendet att samtycke sällan är något som förs på tal mellan sexuella parter görs. Kvinnan/offrets agerande vid gärningstillfället tillskrivs dessutom betydelse för kriminalisering, och därmed framställs kvinnan som delvis ansvarig för gärningen. Relationen mellan

målsäganden och den tilltalade framställs som relevant för bedömning om straffansvar, och därmed förmedlas budskapet att det är mindre troligt att den tilltalade haft uppsåt om han känner/haft en relation med sitt offer. Samtycke framställs vidare indirekt som något utöver kvinnans/målsägandes kränkning och den tilltalades bristfälliga agerande för att säkerställa att samtycke förelåg. Regeringen och utredningen gör dessutom antaganden om att det är samtyckesregleringen i sig som orsakar fokus på målsägandens agerande, och inte tolkningen och tillämpningen av samtycke, eller andra brottsrekvisit. Antaganden om att det finns en ”objektiv” version av gärningar görs dessutom och den tilltalades uppfattning ses som den ”objektiva” versionen i och med kravet på uppsåt. Utifrån feministiska perspektiv kan objektivitet dock endast ses en återspeglning av manliga styrande normer i samhället. Begreppet *sexuell integritet* används i bemärkelsen rätten att avvisa sexuella gärningar och inte som rätten att undgå oönskade sexuella närmanden, och kan därmed inte ses som ett värdefullt begrepp utifrån strävan att skydda individen från sexuella kränkningar och övergrepp, och användandet av begreppet utger endast en skenbild av en strävan efter kvinnans bästa.

Utifrån primärmaterialets egen definition av *sexuell integritet* kan utredningens argumentation om samtyckesreglering anses hållbar, eftersom den samtyckesreglering som förespråkas handlar om rätten att säga ”nej” och få ens ovilja/motstånd respekterat. Den kan anses hållbar eftersom de icke-vedertagna antagandena om sexualitet, kön och samtycke dessutom till största del görs i argumentationen mot införandet av en samtyckesreglering som, i och med utredningens slutsats, framkommer anses otillräcklig. Regeringens argumentation, däremot, kan inte anses hållbar utifrån primärmaterialets egen definition av *sexuell integritet* eftersom argumenten mot införandet av en samtyckesreglering, som bygger på icke-vedertagna antaganden om sexualitet, kön och samtycke, får styra utgången. Regeringen förespråkar en lagstiftning baserad på våld och tvång, som innebär att individers fysiska motstånd ska respekteras och även vissa fall av *allvarlig rädsla*. Dock är denna lagstiftning inte tillräcklig ens utifrån den egna definitionen av *sexuell integritet*, i och med att offer inte får rätten att avvisa sexuella närmanden/handlingar genom enbart verbal kommunikation. En mer feministisk definition av begreppet, som strävar efter att skydda kvinnor från sexuella kränkningar, skulle rimligtvis vara rätten att slippa utsättas för oönskade sexuella närmanden/handlingar. Mätt i förhållande till denna definition är både utredningen och regeringens argumentation ohållbar, då deras föreslagna

lagstiftningar inte skyddar kvinnor från att utsättas för sexuella kränkningar de upplever i och med oönskade sexuella närmanden/handlingar.

7 Sammanfattning

Syftet med denna uppsats har varit att granska argumentationen kring samtyckesreglering av sexualbrottslagen i förarbetet till sexualbrottsreformen 1 juli 2013, utifrån olika feministiska perspektiv. Detta har gjorts genom att besvara följande frågeställningar:

Hur ser argumentationen kring införandet av samtyckesreglering i förarbetet till lagreformen 2013 (SOU 2010:71, prop. 2012/13:111 och 2012/13:JuU20 En skärpt sexuallagstiftning) ut? Vilka antaganden görs om sexualitet, kön och samtycke i denna argumentation? Hur skiljer dessa antaganden sig från och hur sammanfaller de med olika feministiska teorier? Vilken definition av sexuell integritet framkommer i argumentationen och vilken syn på sexualitet skapas i och med denna definition? Är argumentationen hållbar utifrån principen om skyddandet av individens sexuella integritet?

De feministiska teoretiker som har använts är Susan Estrich, Catharine MacKinnon, Carole Pateman och Michelle J. Anderson, och deras teorier kring maktförhållanden mellan könen och synen på könen och dess relation till lagstiftning har utgjort uppsatsens teoretiska utgångspunkt. Metoden som har använts har haft vissa drag av en Pro et Contra-analys, då den har syftat att ta ställning till argumentationens ”hållbarhet” utifrån principen av skyddandet av individens sexuella integritet. Detta har gjorts genom att först besvara vilka antaganden om sexualitet, kön och samtycke som görs i argumentationen, för att sedan belysa vilken definition av sexuell integritet som faktiskt används i primärmaterialet. Argumentationens hållbarhet har sedan testats utifrån den egna definitionen av sexuell integritet och därefter utifrån en mer feministisk definition av begreppet.

Resultatet av undersökningen är att antaganden om kvinnans sexualitet som passiv, öppen och tillgänglig för mannen görs i primärmaterialet. Sexualitet generellt antas vara mångfacetterad och dess natur framställs exkludera att samtycke förs på tal

mellan sexuella parter innan samlag. Antaganden om självklarheten i att tillskriva betydelse för offrets agerande vid gärningstillfället görs och därmed framställs offret/kvinnan som delvis ansvarig för gärningen. Relationen mellan målsäganden och den tilltalade antas vara relevant för bedömningen om straffansvar och följaktligen förmedlas budskapet att en tidigare relation till offret minskar sannolikheten att den tilltalade haft uppsåt. Samtycke antas dessutom vara något utöver målsägandes kränkning och den tilltalades bristfälliga agerande för att säkerställa att samtycke förelåg. Vidare antar regeringen och utredningen att samtyckesreglering i sig orsakar fokus på målsägandens agerande, istället för att det skulle vara tolkningen och tillämpningen av samtycke, eller andra brottsrekvisit, som leder till denna fokusering. I primärmaterialet upptäcktes dessutom antaganden om existensen av en ”objektiv” version av gärningar, och att denna ”objektiva” version utgår från den tilltalades upplevelse i och med kravet på uppsåt.

Sexuell integritet definieras som rätten att avvisa sexuella närmanden/handlingar i primärmaterialet. Denna användning av begreppet leder till en syn på kvinnans sexualitet som tillgänglig och öppen. Den visar dessutom på synen på kvinnans sexualitet som passiv, och inte aktiv. Kvinnan ses inte som en aktör i det sexuella spelet, vars inställning till gärningen värderas och respekteras, utan hon ses endast som ett objekt att utföra sexuella handlingar emot. Resultatet av analysen är att utredningens argumentation kan anses hållbar utifrån den egna definitionen av *sexuell integritet*, eftersom samtyckesregleringen som förespråkas handlar om rätten att säga ”nej” och få ens ovilja/motstånd respekterat. Den kan anses hållbar eftersom de icke-vedertagna antagandena om sexualitet, kön och samtycke till största del görs i argumentationen mot införandet av en samtyckesreglering som, i och med utredningens slutsats, anses otillräcklig. Regeringens argumentation, däremot, kan inte anses hållbar utifrån den egna definitionen av *sexuell integritet* eftersom argumenten mot införandet av en samtyckesreglering, som bygger på icke-vedertagna antaganden om sexualitet, kön och samtycke, får styra deras slutsats. Regeringen förespråkar en lagstiftning baserad på våld och tvång, som innebär att individers fysiska motstånd ska respekteras och även vissa fall av *allvarlig rädsla*. Dock är denna lagstiftning inte tillräcklig ens utifrån den egna definitionen av *sexuell integritet*, i och med att offer inte får rätten att avvisa sexuella närmanden/handlingar genom verbal kommunikation. Utifrån definitionen av begreppet som rätten att slippa utsättas för oönskade sexuella närmanden/handlingar är både utredningen och regeringens argumentation ohållbar, då deras föreslagna

lagstiftningar inte skyddar kvinnor från att utsättas för de sexuella kränkningar de upplever i och med oönskade sexuella närmanden/handlingar.

Källförteckning

Litteratur

Anderson, Michelle J., *Negotiating Sex*, Southern California Law Review, vol. 41, s. 101, 2005; Villanova Law/Public Policy Research Paper No. 2005-9

Andersson, Ulrika, *The Unbounded Body of the Law of Rap: The Intrusive Criterion of Non-Consent* i Nousiainen, Kevät (red.), *Responsible selves: women in the Nordic legal culture*, Ashgate, Aldershot, 2001

Asp, Petter, *Sex & samtycke*, Iustus, Uppsala, 2010

Bergström, Göran & Boréus, Kristina (red.), *Textens mening och makt: metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*, 3., [utök.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012

Estrich, Susan, *Real rape*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987

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

MacKinnon, Catharine A., *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, Signs (Chicago, Ill.), 8(1983):4, s. 635-658, 1983

Nousiainen, Kevät (red.), *Responsible selves: women in the Nordic legal culture*, Ashgate, Aldershot, 2001

Pateman, Carole, *The disorder of women: democracy, feminism and political theory*, Polity, Cambridge, 1989

Internetkällor

Brottsförebyggande rådet (Brå), ”Våldtäkt och sexualbrott”, *Brå*, 2013, <<http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html>> (hämtad 2013-12-27)

Leijonhufvud, Madeleine, ”Motståndet mot samtyckeslag en skamfläck för Sverige”, 2013-10-03, <<http://debatt.svt.se/motstandet-mot-samtyckeslag-en-skamflack-for-sverige./>> (hämtad 2014-01-03)

Statens Offentliga Utredningar, ”Frågor och svar om kommittéer”, *Statens Offentliga Utredningar*, 2013-03-22, <<http://www.sou.gov.se/sb/d/17260>> (hämtad 2014-01-03)

Svenska Dagbladet, ”Starka reaktioner på våldtäktsfriande”, *Svenska Dagbladet*, 2013-09-30, <http://www.svd.se/nyheter/inrikes/starka-reaktioner-pa-valdtaktsfriande_8566052.svd> (hämtad 2014-01-03)

Sveriges Riksdag, ”Allmänna motionstiden”, *Sveriges Riksdag*, 2013-10-04, <<http://www.riksdagen.se/Sa-funkar-riksdagen/Riksdagens-uppgifter/Beslutar-om-statsbudgeten/Inkomster-utgifter-och-skulder1/Budgetpropositionen/Allmanna-motionstiden/>> (hämtad 2014-01-03)

Sveriges Riksdag, ”Beslutar om lagar”, *Sveriges Riksdag*, 2013-07-03, <<http://www.riksdagen.se/sv/Sa-funkar-riksdagen/Riksdagens-uppgifter/Beslutar-om-lagar/>> (hämtad 2014-01-03)

Säll, Anton, ”Tonårspojkar frias från gruppvåldtäkt”, *Dagens Nyheter*, 2013-09-27, <<http://www.dn.se/sthlm/tonarspojkar-frias-fran-gruppvaldtakt/>> (hämtad 2014-01-03)

Övrigt referensmaterial

2012/13:JuU20, Stockholm, Justitieutskottet

Emma Lindqvist, *Den svenska sexualbrottslagen – en kränkning av kvinnans sexuella integritet?* Opublicerad B-uppsats, Mänskliga rättighetsstudier, Humanistiska och teologiska fakulteten, Lunds universitet, 2013

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

SOU 2010:71, *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*, Stockholm