

## Lagrådets yttrande

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-01-23

**Närvarande:** F.d. justitieråden Karin Almgren och Ella Nyström samt justitierådet Dag Mattsson.

### **En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet**

Enligt en lagrådsremiss den 21 december 2017 har regeringen (Justitiedepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i brottsbalken,
2. lag om ändring i rättegångsbalken.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av ämnesrådet Eva Marie Hellstrand samt rättssakkunniga Linda Mohlin och Ida Olsson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

#### Förslaget till lag om ändring i brottsbalken

6 kap. 1–3 §§

I paragraferna föreslås en ny reglering som innebär att brist på frivillighet ska utgöra grund för straffansvar i fråga om våldtäkt samt de nya brotten oaktsam våldtäkt, sexuellt övergrepp och oaktsamt sexuellt övergrepp.

Utgångspunkten för den nu gällande sexualbrottslagstiftningen är varje människas rätt till personlig och sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.

Det grundläggande syftet med lagrådsremissens förslag är att klargöra detta i lagtexten och på så sätt åstadkomma en attitydförändring i samhället. Tanken är att lagen ska sända ett tydligt normativt budskap och påverka människors värderingar. Det hänvisas också till att lagstiftningen blir mer heltäckande.

Som konstaterades vid 2013 års utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform är det inte självklart att lagstiftningen ska konstrueras med bristande samtycke, eller som här bristande frivillighet, som grundrekvisit, även när den utgår från rätten till sexuellt självbestämmande. Lagstiftningen kan – som den nuvarande – med samma principiella utgångspunkt lika väl byggas på omständigheter vars förekomst innebär att det inte finns någon frivillighet. Avgörande måste vara vilken reglering som är den mest ändamålsenliga och rättssäkra för att uppnå syftet med kriminaliseringen.



Även vid 2013 års utvärdering anfördes att införandet av en samtyckesreglering på sikt skulle kunna få en positiv normerande verkan. Det framhölls emellertid att det finns en uppenbar risk för att fokus i den praktiska rättsprocessen skulle riktas in på det påstått bristande samtycket och därmed på offrets agerande. Vidare ansågs det svårt att definiera vad ett samtycke är och att skilja på de giltiga och de ogiltiga samtyckena; en reglering utan sådana preciseringar skulle bli alltför generell och svår att tillämpa. Eftersom de fördelar som en samtyckesreglering skulle kunna innebära inte bedömdes uppväga nackdelarna, kom lagstiftaren år 2013 fram till att våldtäktsbrotten inte borde konstrueras med ett rekvisit om bristande samtycke.

I stället infördes då vissa utvidgningar i våldtäktsbrottet, vilket innebar att fler sexuella utnyttjanden kriminaliserades som våldtäkt. Syftet var bl.a. att komma åt de situationer där offret på grund av gärningsmannens beteende blir paralyserat av skräck och därför möter övergreppet med passivitet.

Lagrådsremissens förslag om en form av samtyckesreglering utgår från de förslag som 2014 års sexualbrottskommitté har lämnat. Förslagen i remissen skiljer sig dock från kommitténs förslag, inte bara lagtekniskt utan också sakligt.

Enligt den för straffansvaret grundläggande bestämmelsen i 6 kap. 1 § första stycket första meningen ska gränsen mellan straffri och straffbar gärning gå vid om ett deltagande i en sexuell handling är frivilligt eller inte. I det första styckets andra mening anges sedan fall av våld, hot, otillbörligt utnyttjande och missbruk av beroendeställning, där deltagandet aldrig ska anses vara frivilligt. Dessa fall är huvudsakligen hämtade från den nuvarande utformningen av våldtäktsparagrafen. Föreligger det inte något sådant fall, ska det prövas om deltagandet inte var frivilligt och om straffansvar därför slår till enligt den allmänna ansvarsregeln i första stycket första meningen. Frågan om ett deltagande i en sexuell handling inte är frivilligt blir sålunda avgörande för straffbarhet.

För bedömningen av om ett deltagande inte är frivilligt ska det enligt remissen sakna betydelse om personen som har deltagit i det sexuella umgänget innerst inne är positivt eller negativt inställd till handlingen. Det avgörande ska vara om personen har haft möjlighet att ”fritt ta ställning” till om han eller hon ska delta i handlingen. Detta får förstås så att personen måste ha kunnat själv bestämma om deltagandet och inte av någon anledning känt sig tvungen att delta eller varit ur stånd att bedöma sitt deltagande. Annars föreligger straffrättsligt ansvar.

Samtidigt sägs i remissen att bedömningen av om deltagandet är frivilligt ska göras utifrån personens agerande. Tanken är att den som deltar frivilligt måste ge uttryck för sin vilja att delta på något sätt; avsaknaden av sådana uttryck ska normalt medföra att deltagandet inte är frivilligt. I undantagsfall ska ändå ett tyst samtycke till sexuell samvaro räcka för att deltagandet ska anses fritt, men enligt remissen ”måste ett påstående om tyst samtycke vinna stöd av andra omständigheter”.



Som också anförs i remissen ska alltså bedömningen av om ett deltagande inte är frivilligt, och därmed ansvarsfrågan, grundas på situationen i dess helhet.

Vid bedömningen av den grundläggande förutsättningen för straffrättsligt ansvar för våldtäkt och de andra sexuella övergreppen blir domstolarna därmed hänvisade till att i efterhand värdera parternas handlande, deras relation och situationen i övrigt.

Av väsentlig betydelse blir vad som framkommer om omständigheterna bakom en viss handling och ett visst deltagande. Gränsen mellan ett fritt och ett icke-fritt deltagande blir på så sätt huvudsakligen bestämd av omständigheterna i den enskilda situationen och därmed oklar. Bedömningen kommer att vara avhängig ett ställningstagande från den enskilde domaren av normativt slag, nämligen avseende vilket deltagande till vilka sexuella handlingar som i det aktuella fallet inte bör godkännas som fritt. Frågan huruvida det föreligger ett enligt lagstiftningen "fritt" deltagande kan inte med tillräcklig säkerhet besvaras förrän i efterhand, när omständigheterna är utredda och bedömda.

Förslagen innebär alltså att det i de aktuella bestämmelserna införs ett helt nytt grundläggande brottsrequisit med en obestämd innebörd. Det går inte att utifrån lagtexten förutse i vilka fall det finns förutsättningar för straffrättsligt ansvar, såvida det inte rör sig om fall som avses i andra mening.

Enligt Lagrådets mening uppfyller förslagen inte de krav på förutsebarhet som ska ställas. Detta ställningstagande påverkas inte av att en prövning mot det grundläggande rekviritet blir aktuell endast om det inte föreligger våld och motsvarande.

Lagrådet konstaterar således att en tillämpning av paragraferna riskerar att komma i konflikt med den straffrättsliga legalitetsprincipen, i den utsträckning som ansvar görs gällande endast enligt den allmänna ansvarsgrunden i 1 § första stycket första mening.

Till detta kommer de andra invändningar som i tidigare lagstiftningssammanhang har riktats mot en reglering av detta slag och som fortfarande gör sig gällande, liksom – vilket påtalats av flera domstolar vid remissbehandlingen – det bristande rättsliga behovet. Det ska anmärkas att såväl passivitetsfall som överrumplingsfall kan omfattas av den nuvarande utformningen av våldtäktsbrottet. Detsamma gäller för mer kvalificerade fall av vilseledande.

Lagrådet avstyrker de föreslagna 6 kap. 1–3 §§.