

HD kontextualiserar sexualbrotten

Sammanhangets betydelse för bedömningen av frivillighet och sexuella handlingar i Högsta domstolens praxis

1. Inledning¹

Högsta domstolen (HD) har relativt nyligen tagit ställning i frågor om straffansvar och rubricering i två sexualbrottsmål: ett rörande våldtäkt och ett rörande sexuellt övergrepp.² Hållningen kan, å ena sidan, beskrivas som att den pekar ut en strängare riktning med avseende på sexualbrotten – där fler gärningar än tidigare nu är att bedöma som våldtäkt respektive sexuellt övergrepp. Hållningen kan, å andra sidan, samtidigt beskrivas som en välkommen modernisering med minskat fokus på tekniska eller fysiska gränsdragningar i sexualbrottsmål och motsvarande ökat fokus på sammanhanget eller kontexten för gärningen i bedömningen av om (och i vilken utsträckning) den sexuella integriteten kränks.

Under de senaste tjugo årens sexualbrottsreformer har ett för sexualbrotten gemensamt skyddsintresse lyfts fram: en individuell rätt till sexuell integritet och sexuellt självbestämmande.³ Ett sådant skyddsintresse kunde skönjas redan i samband med brottsbalkens införande,⁴ men de anspråk som görs idag kommer till klarare uttryck än tydligare.⁵ Det har både i samband med lagstiftnings-

¹ Tack till Erik Svensson för värdefulla kommentarer på texten.

² Se NJA 2024 s. 106 och *Fotografiet* NJA 2024 s. 194.

³ Se prop. 2004/05:45 s. 21, prop. 2012/13:111, och prop. 2017/18:177 s. 20. För en diskussion om hur skyddsintresse och angreppsobjekt (liksom förändringar av dessa) för sexualbrotten kan förstås, se Lernestedt, Claes, 'Sexualitet i betraktarens öga? – Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedd bl.a. genom ett rättsfall och debatten kring det', *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 2004 nr 3–4, s. 398–434.

⁴ Se prop. 1962:10 del B s. 159. Särskilt när det gäller våldtäktsbestämmelsen kan den sexuella självbestämmanderätten spåras än längre tillbaka; i litteraturen om 1864 års strafflag beskrivs våldtäkt som ett "brott mot kvinnans frihet i sexuellt avseende, hennes rätt att i fråga om köns- omgäinge förfoga öfver sin person", se Hagströmer, Johan, *Svensk straffrätt: föreläsningar*, andra bandet, Uppsala, 1906–1909, s. 362–363. Se även Carlén, Richard, *Kommentar öfver strafflagen*, Stockholm, 1866, s. 278. För en historisk tillbakablick och redogörelse för den tidigare regleringen av sedlighetsbrotten såsom till skydd för bland annat äktenskapets helgd och äganderätt till fast egendom, se Wennberg, Suzanne, 'Våldtäkt – med eller mot kvinnans vilja?', JT 2004–05 s. 113–131, på s. 114–119. Se även Leijonhufvud, Madeleine, *Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftade tillbakablick*, Stockholm, 2015.

⁵ Redan vid sexualbrottsreformen i mitten på 1980-talet var det tydligt att flera av de centrala sexualbrotten (såsom våldtäkt) bedömdes utgöra en kränkning av den *personliga* integriteten, se prop. 1983/84:105 s. 21. Att sexualbrotten ska ge ett skydd mot kränkningar av den sexuella integriteten förstådd på ett generellt plan illustreras av förkastandet av ett förslag i kommitté-

ärenden och i den juridiska litteraturen framförts kritik mot att regleringen och rättstillämpningen uppehåller sig för lite kring sammanhang och kringliggande omständigheter i bedömningen av om den sexuella integriteten kränks – och i för stor utsträckning uppehåller sig vid överväganden av teknisk eller fysisk karaktär, exempelvis vilken fysisk beröring det varit fråga om, med vilka kroppsdelar, och hur länge den pågått.⁶ Vid flera reformer har också en uttalad ambition varit att ändra på det förhållandet.⁷ HD har i generella termer uttalat att vad som utgör en kränkning av den sexuella integriteten inte kan bestämmas utan att också beakta det sammanhang som gärningen företas i.⁸ Domstolen har också, om än inte lika ofta, uttalat att vad som utgör en kränkning av sexualiteten kan komma att ändras i takt med samhällsutvecklingen.⁹ Vilken gärning som utgör en sexuell kränkning är med andra ord volatilt i relation till samhället som gärningen företas i. En fråga som bör ställas efter vårvinterns två prejudikat på sexualbrottens område är om HD – på det sätt som efterfrågats bland annat i

betänkandet under 2018 års reform. Där hade 2014 års sexualbrottskommitté föreslagit att rubriceringen ”sexuell kränkning” skulle utgöra rubricering för (den nuvarande) bestämmelsen sexuellt övergrepp, men regeringen ansåg att en sådan rubricering inte vore lämplig eftersom ”kränkningen är den gemensamma nämnaren för alla sexualbrott”, se prop. 2017/18:177 s. 26 och jfr SOU 2016:60 s. 74 och 187–193.

⁶ Se beträffande (den nuvarande) bestämmelsen om sexuellt övergrepp t.ex. SOU 2001:14 s. 148–150 och prop. 2004/05:45 s. 32 samt beträffande bestämmelsen om våldtäkt t.ex. SOU 2010:71 s. 264–268 och prop. 2012/13:111 s. 34–35. Se Andersson, Ulrika, ’Sexuella handlingar utan sexuella syften – HD prövar så kallade otrohetskontroller’, JT 2013–14 s. 368–372, på s. 369, som noterar att trots att kränkningens allvar ska ligga till grund för bedömningen om en gärning utgör våldtäkt, är förarbetsuttalandena koncentrerade vid fysiska överväganden. Se även Asp, Petter, ’Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång?’, JT 2008–09 s. 75–85, på s. 80, som noterar att det kan ifrågasättas om det är lämpligt att ha samlag som jämförelsenorm vid bedömningen av graden av kränkning som en sexuell handling innebär, och att lagtexten med samlag som jämförelsenorm snarare antyder att en jämförelse mellan sexualhandlingar (inte sexuella kränkningar) ska göras. Jfr Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, ’Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?’, JT 2016–17 s. 3–18, särskilt på s. 15–17, om att rättsutvecklingen från 2015 kan beskrivas som mer fokuserad på kränkningen av den sexuella integriteten än tidigare. Jfr dock Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, ’Det kriminaliserade området för sexuellt ofredande – kroppslig och abstrakt integritet’, JT 2017–18 s. 652–661, gällande att det i fråga om sexuellt ofredande finns ett motstånd hos HD att frångå kroppen som referenspunkt i bedömningen av om den sexuella integriteten kränks. I litteraturen har, vidare, kritik framförts mot att domstolarnas bedömning utgår från typiserade och schablonmässiga uppfattningar av målsägandens agerande, se Sutorius, Helena, Bevisprövning vid sexualbrottsmål, 2 uppl., (med uppdatering av Diesen, Christian), Stockholm, 2014, s. 129–144. Se även, gällande brottstyper såsom människohandel, Andersson, Ulrika, ’Sex och straff’, Andersson, Ulrika, Wong, Christoffer & Örnemark Hansen, Helén (red.), Festskrift till Per Ole Träskman, Stockholm, 2011, s. 24–32.

⁷ Se prop. 2004/05:45 s. 31–35 och prop. 2012/13:111 s. 34–38.

⁸ Se t.ex. NJA 2018 s. 443 p. 12, NJA 2018 s. 1091 p. 14 och nyligen HD:s dom 2024-07-10 i B 6826-23 p. 6. Se även NJA 2015 s. 501 beträffande övergrepp som begås på distans.

⁹ Se NJA 2018 s. 1091 p. 12.

samband med sexualbrottsreformerna – gjort (delar av) bedömningarna i sexualbrottsmål mer kontextkänsliga.

I det första av de två prejudikaten hade HD att bedöma om den åtalade gärningen var att bedöma som våldtäkt enligt 6 kap. 1 § brottsbalken (BrB); frågan gällde särskilt om rekvisitet 'inte deltar frivilligt' var uppfyllt.¹⁰ I det andra prejudikatet hade HD att bedöma om den åtalade gärningen skulle rubriceras som sexuellt övergrepp i 6 kap. 2 §, snarare än sexuellt ofredande i 10 §, och den centrala frågan där var om gärningen utgjorde en 'sexuell handling'.¹¹ Den poäng som jag gör i den här texten är att HD:s avgöranden i båda fallen ska förstås i termer av att domstolen så att säga zoomar ut från de konkreta, tekniska, och fysiska omständigheterna kring respektive gärning för att i större utsträckning beakta omständigheter i det vidare sammanhang som de åtalade gärningarna företogs i.

2. Bestämmelsernas utformning

2.1 Flera lagrum – samma sorts kränkning?

Bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt övergrepp i 6 kap. 1 respektive 2 §§ BrB delar samma centrala rekvisit: att med en person som *inte deltar frivilligt* genomföra en sexuell handling eller förmå personen att företa eller tåla en sådan handling.¹² Det som skiljer bestämmelserna åt är enbart hur pass kvalificerad den sexuella handlingen är.¹³ I förarbetena finns en klar tendens att beskriva

¹⁰ Se NJA 2024 s. 106.

¹¹ Se NJA 2024 s. 194.

¹² I både 1 och 2 §§ föreskrivs straffansvar för den som genomför en sexuell handling med den som inte deltar frivilligt, liksom den som förmår en person som inte deltar frivilligt att företa eller tåla en sådan handling. Att *genomföra* en sexuell handling förutsätter att gärningsperson och offer deltar vid samma tidpunkt men inte nödvändigtvis på samma fysiska plats (personerna kan befinna sig på olika platser och ha kontakt via exempelvis videosamtal), se NJA 2015 s. 501 och prop. 2021/22:231 s. 20–21 (jfr NJA 2018 s. 1103). Att *förmå* någon annan att *företa* eller *tåla* en sexuell handling förutsätter inte att gärningspersonens agerande är samtidigt som offrets agerande, utan omfattar även händelseförlopp som är uppdelade på så sätt att gärningspersonen i ett skede förmår offret att senare företa eller tåla en sexuell handling i ensamhet eller med annan person – och någon dokumentation eller återkoppling till gärningspersonen krävs i så fall inte, se a.prop. s. 21–31. Vad som gäller för frivillighet stipuleras i bestämmelsen om våldtäkt i 1 § och gäller också för sexuellt övergrepp genom direkt hänvisning till våldtäktsstadgandet i 2 §.

¹³ Vaginala, anala, och orala samlag samt sexuella handlingar som är jämförliga med samlag omfattas av våldtäktsbestämmelsen och andra sexuella handlingar omfattas av bestämmelsen om sexuellt övergrepp. Tidigare angavs i 1 § enbart samlag, men 2022 ändrades bestämmelsen (liksom bestämmelsen om våldtäkt mot barn i 4 §) i syfte att bli neutral med avseende på kön och sexuell läggning, se prop. 2021/22:231 s. 31–36. Eftersom det är typen av sexuell handling som avgör om en gärning utgör våldtäkt eller sexuellt övergrepp kan det inte uteslutas att en

sexualbrottens gemensamma grund; kränkningen av den sexuella integriteten eller självbestämmanderätten är den gemensamma nämnaren för alla sexualbrott.¹⁴ En gärning bedöms som våldtäkt om den innefattar ett samlag (enligt lagtexten vaginalt, oralt, eller analt) eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Här är alltså, ytterst, fråga om att jämföra olika sexuella kränkningar – inte enbart fysiska sexualhandlingar – med hänsyn till hur allvarliga de är.¹⁵

Bestämmelsen om sexuellt övergrepp avgränsas ”uppåt” mot våldtäktsbestämmelsen genom att den sexuella handlingen inte är ett samlag eller jämförlig med samlag. Bestämmelsen avgränsas också ”nedåt” mot bestämmelsen om sexuellt ofredande i 10 § genom att ansvar förutsätter att en sexuell handling företas, alltså något mer än ett beteende som utgör ett ofredande ’ägnat att kränka den sexuella integriteten’. Regleringen av dessa tre brottstyper beskrivs i rättskällorna ofta just i dessa termer – att bestämmelsen om sexuellt övergrepp avgränsas både uppåt och nedåt.¹⁶ Ordningen kan också förstås som att det för sexualbrottens del finns tre grupper av sexualhandlingar.¹⁷

Redan i och med en reform av sexualbrotten 1998 fanns en ambition att ”kränkningens art istället för sexualhandlingen som sådan” skulle lyftas fram.¹⁸ I efterföljande praxis, särskilt i en mängd prejudikat från HD år 2008, har

konkret gärning som utgör sexuellt övergrepp bedöms (sedd till sitt straffvärde) vara allvarligare än en konkret gärning som bedöms som våldtäkt, se Asp, Petter, ’Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång?’, s. 79.

¹⁴ Se t.ex. SOU 2001:14 s. 110.

¹⁵ Se prop. 2004/05:45 s. 46 och jfr SOU 2001:14 s. 110–111. Jfr även t.ex. Asp, Petter, ’Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång?’. Syftet med 2022 års reform av samlagsbegreppet är att vaginala, orala, och anala samlag alla per automatik ska omfattas av våldtäktsstadgandet – någon prövning av kränkningens allvar ska inte längre göras vid orala och anala samlag, se prop. 2021/22:231 s. 35 (lagtexten i 6 kap. 1 § har i övrigt varit könsneutral sedan 1984 års reform, se BrB i sin lydelse 1984:399 och prop. 1983/84:105 s. 16–22). Avgränsningen av samlagsbegreppet görs alltså med utgångspunkt i fysiska och tekniska överväganden; se prop. 2021/22:231 s. 84. Det är sedan, vid bedömningen av om en sexuell handling med hänsyn till dess *kränkning* är *jämförlig* med samlag, som det ska finnas utrymme att ta hänsyn som inte är fysiska eller tekniska.

¹⁶ Sexuellt övergrepp beskrivs som ”sådana sexuella handlingar som inte är så kvalificerade” att de med hänsyn till kränkningens allvar är jämförliga med samlag och därmed att bedömas som våldtäkt, se NJA 2024 s. 194 p. 7. Bestämmelsen om sexuellt övergrepp avgränsas därmed mot bestämmelsen om våldtäkt baserat på hur kvalificerad den sexuella handlingen varit. För att det ska vara fråga om en sexuell handling måste, vidare, gärningen ha en påtagligt sexuell prägel och vara ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet, se NJA 2024 s. 194 p. 12. Alla ”typer av sexuella aktiviteter som innebär en viss kränkning av den sexuella integriteten” utgör däremot inte sexuella handlingar, utan kan istället vara att bedöma enligt bestämmelsen om sexuellt ofredande, se NJA 2024 s. 194 p. 15.

¹⁷ Se t.ex. Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, ’Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?’, s. 8.

¹⁸ Se prop. 1997/98:55 s. 135. I samband med 1998 års reform ändrades jämförelsen från att ta sikte på ”därmed jämförligt sexuellt umgänge” till att ta sikte på ”om gärningen med hänsyn

bedömningen av om en sexuell handling är jämförlig med samlag till stor del varit avhängig om penetration av kroppen skett.¹⁹ Det rättsläget kan, med rätta, kritiseras för att ta alltför stor hänsyn till tekniska överväganden kring typer av sexualhandlingar – snarare än till typen av kränkning som handlingen utgör.²⁰ Under lagstiftningsarbetet inför 2013 års reform byttes lagtextens tidigare jämförelsebedömning utifrån ”kränkningens art och omständigheterna i övrigt” mot ”kränkningens allvar”.²¹ Den intention som kommer till uttryck i propositionen i den reformen är att avgränsningen av våldtäktsbrottet ska göras med utgångspunkt i en jämförelse mellan kränkningar, och inte mellan sexualhandlingar.²² I propositionen noterades att ”domstolarna ibland hamnar i en för tydlig fokusering på teknikaliteter”.²³ Det står därmed klart att det har funnits en rättspolitisk ambition att se till det större sammanhanget i vilket gärningen företas, snarare än att fokusera på gärningens fysiska egenskaper.

2.2 Rekvisitet ’inte deltar frivilligt’

En frivillighets- eller samtyckesreglering för sexualbrotten övervägdes – och avfärdades – flera gånger innan den så kallade samtyckesreformen genomfördes 2018.²⁴ Sedan dess går gränsen för det kriminaliserade området för våldtäkt och

till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag”, se a.prop. s. 11 och 91.

¹⁹ I NJA 2008 s. 482 I bedömdes en sexuell handling som innefattade penetration av vagina med fingrar vara jämförlig med samlag, medan en sexuell handling som innefattade beröring av penis med hand i NJA 2008 s. 482 II inte bedömdes vara jämförlig med samlag. För en diskussion av avgörandena, se t.ex. SOU 2010:71 s. 263–265 och s. 267. I NJA 2008 s. 1096 I och II bedömdes en sexuell handling bestående i beröring med penis respektive en oral sexuell handling inte vara jämförliga med samlag, till del eftersom som handlingarna inte innefattade penetration. I samtliga rättsfall från 2008 uttryckte HD i sina domskäl att det vid jämförelsen med samlag ska beaktas att samlag eller annat inträngande i kroppen typiskt sett utgör de mest kränkande sexuella övergreppen.

²⁰ Se t.ex. Asp, Petter, ’Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång?’ s. 80, 83 och s. 85 (den sistnämnda angående den omständighet att HD domskälsvis uppehöll sig vid lagstiftningshistoria, snarare än att anföra skäl för de gränsdragningar som gjordes i avgörandet).

²¹ Se prop. 2012/13:111 s. 6, se även s. 38.

²² Se prop. 2012/13:111 s. 35. Se även prop. 2004/05:45 s. 46.

²³ Se prop. 2012/13:111 s. 35.

²⁴ För en överblick fram till år 2015, se Leijonhufvud, Madeleine, Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftade tillbakablick, s. 43–78. Exempelvis ansåg 2008 års sexualbrottsutredning att en ren samtyckesreglering inte borde genomföras, huvudsakligen på grund befarade bevis-svårigheter och ett under rättsprocessen ökat fokus på målsäganden, se SOU 2010:71 s. 232, 236–239. Utredningen föreslog dock en bestämmelse om att genomföra en sexuell handling med en person utan den personens tillåtelse som skulle varit subsidiär till våldtäktsbestämmelsen och den dåvarande bestämmelsen om sexuellt tvång (nuvarande bestämmelsen om sexuellt övergrepp), se SOU 2010:71 s. 35 och s. 250. I det efterföljande lagstiftningsarbetet avfärdades det sistnämnda förslaget om en subsidiär regel, huvudsakligen på grund av att straffbestäm-

sexuellt övergrepp inte längre vid att gärningspersonen genom användande av ett otillbörligt medel (såsom våld, tvång eller hot) eller utnyttjande av en särskilt utsatt position genomför en sexuell handling med offret. Istället går gränsen för straffansvar vid ett icke frivilligt deltagande. Både bestämmelsen om våldtäkt i BrB 6 kap. 1 § och bestämmelsen om sexuellt övergrepp i 2 § innefattar rekvisitet 'inte deltar frivilligt'. Närmare ledning om vad som utgör frivillighet anges i 1 § och gäller också för 2 § (den sistnämnda bestämmelsen hänvisar till den förstnämnda i detta hänseende). Frivillighet avgörs därmed med utgångspunkt i lagtexten i våldtäktsbestämmelsen.

Bestämmelsen om våldtäkt i 1 §, som föreskriver straffrättsligt ansvar för våldtäkt, våldtäkt som är mindre grov och grov våldtäkt tar närmare 300 ord i anspråk, där den del av bestämmelsen som bestämmer frivillighet i första stycket tar nästan 200 ord i anspråk. Det är en textmängd motsvarande vad vi på universitetet ibland ger våra studenter i skrivutrymme när de ska besvara en tentafråga. Det som möter läsaren av lagrummet är en vägg av text. Lagtexten är därtill invecklad och innehåller flera moment, vars inbördes förhållande inte är glasklar.²⁵ Enligt första meningen ska det dömas för våldtäkt om gärningen genomförts med en person som inte deltar frivilligt; enligt andra meningen gäller detsamma om gärningspersonen förmått den andra att företa eller tåla gärningen; enligt tredje meningen ska det vid bedömningen av om deltagandet varit frivilligt särskilt beaktas om frivillighet kommit till uttryck; och i fjärde meningen anges tre situationer vid vilka ett deltagande aldrig anses frivilligt.²⁶ 'Frivillighet' behandlas brett och specifikt på en och samma gång. Denna svårlästa textmassa avgör alltså gränsen för det kriminaliserade området för både våldtäkt och sexuellt övergrepp i det avgränsningsmoment som frivillighet utgör.²⁷

Utgångspunkten är att frivilligheten inte behöver komma till uttryck på något särskilt sätt. Inför 2018 års reform hade den utredande kommittén föreslagit

melsen ansågs ha en för öppen och vid formulering (liksom att den endast föreslogs träffa undantagssituationer), se prop. 2012/13:111 s. 33. Se även Leijonhufvud, Madeleine, Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten, Stockholm, 2008, s. 87–93. (Namnet till trots var Samtyckesutredningen inte del i det ordinarie utredningsväsendet utan en så kallad skuggutredning tillsatt av Miljöpartiet, se Leijonhufvud, Madeleine, Svensk sexualbrottslag: en framtidsytande tillbakablick, s. 61–62.)

²⁵ Exempelvis är det oklart hur bestämmelsens tre punkter som utesluter frivillighet förhåller sig till det mer generellt hållna uttrycket 'frivillighet', se Lernestedt, Claes & Kagrell, Marie, 'The Swedish Move Towards (In)Voluntariness', Sexual assault: Law Reform in a Comparative Perspective, Hörnle, Tatjana (red.), Oxford, 2023, s. 163–184, på s. 172, 175–177.

²⁶ Att så är fallet är kanske inte konstigt; bestämmelsen genomgick två stora reformer på fyra år, i vilka den befintliga (och redan då relativt omfattande) lagtexten i stora delar behölls samtidigt som flera omfattande tillägg gjordes; mycket information ska alltså rymmas i ett och samma lagrum.

²⁷ Utöver frivillighet avgränsas också respektive bestämmelses tillämpningsområde med hänsyn till hur kvalificerad den sexuella handlingen är.

att valet att delta i den sexuella handlingen måste komma till uttryck genom ord eller handling.²⁸ Det förslaget förkastades i den efterföljande propositionen; regeringen ansåg bland annat att uttrycken för ett frivilligt deltagande i sexuell umgänge är ”högst skiftande” och att det är ”en del av den sexuella självbestämmanderätten” att bemöta sexuella närmanden som en vill.²⁹ Det konstaterades att ett ”tyst samtycke kan alltså innebära att deltagandet är frivilligt”.³⁰ Samtidigt anges, som nämnts, i författningstexten i 6 kap. 1 § att det särskilt ska beaktas om frivilligheten kommit till uttryck.³¹ I propositionen anfördes också att frivillighetsrekvisitet tar ”sikte på det faktiska handlandet och inte på personens inre inställning”.³² Det är inte helt enkelt att förstå hur det sistnämnda uttalandet förhåller sig till uttalandet om tyst samtycke. En möjlig tolkning är att ’tyst samtycke’ inte främst ska förstås i termer av en inre inställning, utan snarare som en form av deltagande. Vidare ledning har inte getts i frågan om hur frivilligheten ska bedömas. Både i förarbeten och rättspraxis framgår istället att bedömningen behöver grundas på situationen i dess helhet.³³

Det anförts dock i propositionen att det vid bedömningen av frivillighet saknar betydelse om en person ”innerst inne har varit positiv eller negativ till sexuell samvaro”.³⁴ Inte heller utesluts frivillighet om personen varit i villfarelse beträffande någon ”omständighet som haft betydelse för målsägandens val att delta i den sexuella handlingen”, och som exempel anförts gärningspersonens vilseledande beträffande användande av preventivmedel, förekomst av könssjukdom, att gärningspersonen är känd eller löften om en kärleksrelation.³⁵ Alltså: skälen för att delta i den sexuella handlingen ska alltså inte spela någon roll för frivilligheten, enligt förarbetena.

2.3 Rekvisitet ’sexuell handling’

Uttrycket ’sexuell handling’ infördes i samband med 2005 års sexualbrottsreform och ersatte det då gällande uttrycket ’sexuellt umgänge’.³⁶ Ett sätt att

²⁸ Se SOU 2016:60 s. 73, 196–200.

²⁹ Se prop. 2017/18:177 s. 31–33, på s. 32. Se även s. 80.

³⁰ Se prop. 2017/18:177 s. 34. Se även s. 80.

³¹ I NJA 2019 s. 668 har HD konstaterat att utrymmet att bedöma passivitet som ett uttryck för frivillighet är begränsat, se NJA 2019 s. 668 p. 15.

³² Se prop. 2017/18:177 s. 34. Se även s. 79.

³³ Se prop. 2017/18:177 s. 78 och NJA 2019 s. 668 p. 15.

³⁴ Se prop. 2017/18:177 s. 33. Enligt regeringen är en konsekvens av den ordningen att så kallat tjatsex inte ska vara straffbart.

³⁵ Se prop. 2017/18:177 s. 79. Se även s. 30–31.

³⁶ Se prop. 2004/05:45. För en redogörelse av de centrala delarna av reformen, se Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, ’Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?’, s. 9–10. Vid 2013 års sexualbrottsreform gjordes inga ändringar beträffande uttrycket sexuell handling, vilket innebär att gränsdragningen ”nedåt” mot sexuellt ofredande bestod, jfr

förstå övergången från umgänge till handling är, som Wegerstad uttrycker det, ”ett anspråk på att straffvärdhet inte ska relateras till frivillig – erotisk – sexualitet. Påtvingade sexuella handlingar är något annat än att ha sex”.³⁷ Det är skillnad på sexuellt (erotiskt, exempelvis ’umgänge’) och sexuellt (icke-erotiskt, exempelvis ’handling’).

Valet av det relativt breda uttrycket ’handling’ motiverades i propositionen med att det skulle ”fånga upp en mängd olika sexuella handlingar som en person kan utsättas för” och att det får ”antas ligga i sakens natur när det gäller det aktuella området att det fortlöpande kan bli aktuellt att bedöma handlingar som lagstiftaren inte förutsett”.³⁸ Ett visst tolkningsutrymme var därmed, redan från början, inbyggt i regleringen.³⁹

Avsikten var att bestämmelsen till stor del skulle ta sikte på just de gärningar som var straffbara som sexuellt umgänge och att för att något skulle bedömas som en ’sexuell handling’ skulle ”utgångspunkten även i fortsättningen vara att det har förekommit en någorlunda varaktig fysisk beröring av antingen den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet”.⁴⁰ Samtidigt ansåg regeringen att även handlingar som inte innebar sådan varaktig fysisk beröring skulle kunna omfattas, men att det då skulle vara avgörande om ”handlingen har haft en påtaglig sexuell prägel samt varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet”.⁴¹ Här uppställdes således två krav:

1. Att handlingen haft en påtaglig sexuell prägel: det vill säga att handlingen hade sådan karaktär att den typiskt sett syftar till att väcka eller tillfredsställa bådars eller enderas sexuella drift. Däremot behövde den sexuella handlingen inte ha medfört tillfredsställelse av könsdriften i det enskilda fallet.
2. Att handlingen varit ägnad att tydligt kränka offrets sexuella integritet: det vill säga om, vid en objektiv bedömning av de faktiska omständigheterna, handlingen typiskt sett innebär en sådan kränkning.⁴²

Sammanfattningsvis går det att utläsa en klar ambition till minskat fokus på teknikaliteter till förmån för en bredare bedömning av kränkningen som sådan. Den ambitionen går att utläsa både när det är fråga om att avgränsa de mest kva-

prop. 2012/13:111 s. 6, 53–55. Inte heller i samband med 2018 års sexualbrottsreform gjordes några ändringar beträffande uttrycket, se prop. 2017/18:177 s. 86. Reformen innebar att den tidigare rubriceringen sexuellt tvång byttes ut mot sexuellt övergrepp, men någon förändring i sak beträffande begrepps innehållet för ’sexuell handling’, eller gränsdragningen mellan sexuellt övergrepp och våldtäkt, avsågs inte.

³⁷ Se Wegerstad, Linnea, Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar: Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande, Lund, 2015, s. 173.

³⁸ Se prop. 2004/05:45 s. 33. Se även SOU 2001:14 s. 110–111.

³⁹ Jfr prop. 2004/05:45 s. 33.

⁴⁰ Se prop. 2004/05:45 s. 33. Se även s. 140.

⁴¹ Se prop. 2004/05:45 s. 33. Se även s. 140.

⁴² Se prop. 2004/05:45 s. 33. Se även s. 140.

lificerade sexuella handlingarna (det vill säga, där det ska dömas för våldtäkt, snarare än sexuellt övergrepp) och när det är fråga om att avgränsa vad som är en sexuell handling (det vill säga, där det ska dömas för sexuellt övergrepp, snarare än sexuellt ofredande).⁴³ Enligt min mening kan lagstiftarens ambitioner beskrivas i termer av att en kontextualisering rekommenderas, där bedömningen *inte* ska riktas in på gärningens fysiska eller tekniska egenskaper (såsom anatomiska förutsättningar eller varaktighet i beröring), utan snarare sättas i ett vidare sammanhang.⁴⁴ Lernestedt menar att den övergripande tendensen i flera av reformerna sedan brottsbalkens ikraftträdande varit att röra sig bort från det fysiska och konkreta – till det mentala och abstrakta.⁴⁵ Här ska det även noteras att HD år 2015 tog ställning i fråga om övergrepp som begås online; det var att 'genomföra' en sexuell handling med en person även när den tilltalade och målsäganden inte befann sig på samma fysiska plats.⁴⁶ Andersson och Wegerstad menar att det avgörandet tillsammans med bland annat 2005 års reformarbete "visar att brottsbalkens definitioner av sexualhandlingar alltmer kommit att handla om kränkning och integritet".⁴⁷ I alla avgöranden från 2015 har alltså (åtminstone delvis) lagstiftarens ambitioner fått genomslag även hos HD; bort från frågor om fysisk beröring och mot frågor om kränkning av den sexuella integriteten.

Jag ska, avslutningsvis i denna del, understryka vad som gäller i fråga om syftet med gärningen för bedömningen av om gärningen är en 'sexuell handling'. Det förhåller sig nämligen så att gärningspersonens syfte eller avsikter med gärningen saknar betydelse i det avseendet. Den ordningen utgör inte någon nyhet i 2024 års avgöranden. Redan i NJA 2013 s. 548 – ett fall som hade klara likheter med NJA 2024 s. 106 såtillvida att den tilltalade skulle kontrollera om målsäganden hade sperma från någon annan man i sitt könsorgan – slog HD fast att "[a]vsikten med handlingen saknar betydelse" när det är fråga om vaginala, orala, och anala samlag och att föra in fingrar eller föremål i en kvinnas underliv.⁴⁸ HD bedömde att gärningen var en sexuell handling jämförlig med samlag och den tilltalade dömdes för våldtäkt. Andersson har kommenterat avgörandet som att HD klart och tydligt slår fast att handlingar bestående i att föra in föremål eller fingrar i en kvinnas underliv (liksom olika typer av samlag) "i stort

⁴³ Vid avgränsningen av våldtäktsbestämmelsen gäller detta för den bedömning av om den sexuella handlingen är jämförlig med samlag. Själva samlagsbegreppet avgränsas, som tidigare nämnt, fortfarande av fysiska och tekniska överväganden (se not 15 ovan).

⁴⁴ Med sådan hänsyn till sammanhanget kan parternas relation, maktförhållanden och sårbarhet ingå, jfr t.ex. Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, 'Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?', s. 12–14 och s. 17–18.

⁴⁵ Se Lernestedt, Claes, 'Sexualitet i betraktarens öga? – Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedd bl.a. genom ett rättsfall och debatten kring det', s. 402.

⁴⁶ Se NJA 2015 s. 501.

⁴⁷ Se Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, 'Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?', s. 11. Se även s. 15–17.

⁴⁸ Se NJA 2013 s. 548 p. 9.

sett per definition” är sexuella – oavsett avsikten med dem.⁴⁹ Enligt Wegerstad får avgörandet förstås som att samlag och samlagsliknande handlingar är de paradigmatiske exemplen på vad en sexuell handling är, där den kroppsliga integriteten har en särskilt framskjuten position i konstruktionen av vad som är skyddsvärt – detta villkoras inte av gärningspersonens avsikt.⁵⁰ HD ger fortsatt uttryck för denna hållning i 2024 års avgörande; det krävs ”inte att den som utför handlingen har ett sexuellt syfte”.⁵¹

3. Frivillighetens sammanhang

Det första avgörandet som behandlas i närmare detalj här är NJA 2024 s. 106, där åtal var för våldtäkt enligt BrB 6 kap. 1 §. Den tilltalade hade fört upp sina fingrar i målsägandens vagina, vilket var en sexuell handling som företogs i anslutning till andra sexuella handlingar som hon deltog i frivilligt. Däremot hade målsäganden inte känt till att den tilltalade utfört handlingen för att kontrollera om hon hade sperma från en annan man i sitt könsorgan.⁵² HD formulerade prejudikatfrågan som att det var ”särskilt fråga om den närmare innebörden av det s.k. frivillighetsrekvisitet”.⁵³

Frågan kan såklart ställas, om en person som för in sina fingrar i sin partners underliv för att kontrollera om hon haft sex med en annan person, överhuvudtaget ska dömas för ett sexualbrott. Kanske tycker någon att det ligger närmare till hands med någon form av frihetsbrott, och att sexualbrott borde vara uteslutet när den tilltalade själv inte haft något sexuellt syfte med sin handling. Att gärningens syfte eller eventuell tillfredsställelse av sexualiteten hos gärningspersonen i det enskilda fallet saknar betydelse är, som nämnts, sedan tidigare etablerat i svensk rätt.⁵⁴ Det var inte heller vare sig en kontroversiell eller en central rättsfråga i målet. Samtidigt har handlingens status som sexuell betydelse

⁴⁹ Se Andersson, Ulrika, ’Sexuella handlingar utan sexuella syften – HD prövar så kallade otrohetskontroller, s. 371.

⁵⁰ Se Wegerstad, Linnea, Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar: Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande, s. 222–223 och 226.

⁵¹ Se NJA 2024 s. 106 p. 9 med hänvisning till NJA 2013 s. 548. Det som avses med ”sexuellt syfte” får rimligtvis förstås som att syftet är att väcka eller tillfredsställa den egna sexualiteten. Att något har ett ”sexuellt syfte” hade också kunnat förstås i bredare bemärkelse, som att det inkluderar också att kontrollera en annans sexualitet eller deras utövande av sin sexualitet, se t.ex. Lernestedt, Claes & Kagrell, Marie, ’The Swedish Move Towards (In)Voluntariness’, s. 168 not 16. En sådan bred tolkning har det däremot inte varit fråga om – i så fall hade uttalanden om att det inte krävs att gärningspersonen har ett sexuellt syfte varit obehövliga i 2013 års fall.

⁵² Se NJA 2024 s. 106 p. 2 och 22.

⁵³ Se NJA 2024 s. 106 p. 6.

⁵⁴ Se avsnitt 2.3 ovan.

genom vad som var den centrala frågan, nämligen om målsägandens frivillighet omfattade gärningen när den företogs i ett icke-sexuellt syfte. HD slog fast att målsäganden hade deltagit frivilligt i sexuella handlingar med den tilltalade, och att den gärning som åtalet omfattade företogs i anslutning till andra sexuella handlingar som målsägandens frivillighet alltså omfattade.⁵⁵ Samtidigt underströk HD att ett frivilligt deltagande i vissa sexuella handlingar inte innebär att andra *typer* av sexuella handlingar vid samma tillfälle också är frivilliga. HD menar att "[i] den mån en viss sexuell handling skiljer sig tydligt från övriga handlingar, kan det finnas skäl att se annorlunda på just den handlingen".⁵⁶ I bedömningen av det aktuella fallet uttalar HD:

Av utredningen framgår att målsäganden trott att hon och [den tilltalade] skulle ha samlag. Det framgår också att hon, även om det kom något överraskande för henne, frivilligt lät honom föra upp sina fingrar i hennes vagina i tron att det utgjorde en inledning till samlaget. I omedelbar anslutning till att handlingen vidtogs fick hon dock klart för sig att han försökte känna efter om hon hade någon annan mans sperma i sitt könsorgan. Hon har i förhöret beskrivit hur han med sin vänstra hand rörde i henne med två fingrar och sedan kände efter med sin tumme. En sådan kontrollerande handling från hans sida var hon inte alls inställd på. Hon uppfattade den som obehaglig och reagerade omedelbart.⁵⁷

Här är det svårt att se något annat än att det som gör att målsägandens deltagande inte var frivilligt (och den sexuella handlingen därmed straffbar) var att det syfte som den tilltalade hade med handlingen gjorde handlingen till "en sådan kontrollerande handling" som målsäganden inte var inställd på. I domens allmänna motivering verkar HD också uttala något som inte finns i förarbetena, nämligen: "Att någon vilseleder om eller förtiger det bakomliggande syftet med en sexuell handling, utan att detta återspeglas i själva genomförandet av handlingen eller dess karaktär, har därmed inte heller någon betydelse."⁵⁸ Kvalificeringen att syftet "återspeglas i själva genomförandet av handlingen eller dess karaktär" anges inte i propositionen.⁵⁹ HD:s hänvisning till propositionen görs också med signalen "jfr". I och med detta får HD sägas ge regeln delvis nytt liv, eller i vart fall bidra med ytterligare precisering i jämförelse med vad som står i förarbetena, nämligen att även om det bakomliggande syftet *i sig* inte påverkar frivilligheten kan det bakomliggande syftet påverka frivilligheten *om det också återspeglas i utförandet av handlingen eller handlingens karaktär*.

Att vilseleda någon och på så sätt förmå personen till sex är ibland, men som nämnts: oftast inte, straffbart såsom våldtäkt. Ytterst handlar det om den vilseledda personen har deltagit frivilligt i den sexuella handlingen, trots vilseledandet. Den uppfattning som förarbetena ger uttryck för är att vilseledande beträff-

⁵⁵ Se NJA 2024 s. 106 p. 19–20.

⁵⁶ Se NJA 2024 s. 106 p. 21.

⁵⁷ Se NJA 2024 s. 106 p. 22.

⁵⁸ Se NJA 2024 s. 106 p. 12 och jfr prop. 2017/18:177 s. 79.

⁵⁹ Se prop. 2017/18:177 s. 79.

fande vilken sexuell handling det är fråga om är straffbart, medan vilseledande beträffande syftet med eller skälen för att företa handlingen är straffritt.⁶⁰ Om någon misstagit sig om vilka skäl eller syften det finns för en sexuell handling ska det *inte* innebära att deltagandet inte är frivilligt.⁶¹ Och motsvarande: den person som vilseleder någon till att ha sex med dem genom att påstå att preventivmedel kommer att användas, och så vidare, begår inte våldtäkt eftersom den andres deltagande fortfarande bedöms som frivilligt. Den syn som kommer till uttryck i förarbetena skulle då innebära att så kallad *stealth* (att ljuga beträffande användande av kondom, exempelvis genom att ta av kondomen under samlag) inte utgör våldtäkt.⁶² Däremot innebär vilseledande om typen av sexuell handling att deltagandet inte är frivilligt. Då är rekvisiten för våldtäkt uppfyllda.

Att gränsen för frivilligt deltagande kan dras genom åtskillnad mellan vad handlingen är och vilka de bakomliggande syftena för handlingen är eller vad personens skäl för att delta i handlingen är har kritiserats i litteraturen. Asp har anfört att det inte går att göra ”en enkel uppdelning av verkligheten i två kategorier” utan att det är fråga om ”en skala av faktorer där det gäller att någonstans dra en gräns” mellan sådana faktorer som faktiskt undergräver ett samtycke och sådana faktorer som inte gör det.⁶³ Jag har i ett annat sammanhang argumenterat för att en distinktion mellan å ena sidan syftet med en sexuell handling och å andra sidan den sexuella handlingen inte är rationellt eller analytiskt hållbar, eftersom vad som räknas som ett syfte med en gärning och vad som räknas till själva gärningen till stor del beror på hur vi språkligt beskriver gärningen.⁶⁴ Kruxet här är att en och samma gärning kan beskrivas på flera olika sätt där dessa beskrivningar kan vara sanna samtidigt.

För att illustrera: enligt förarbetena ska en person som har misstagit sig eller blivit vilseledd om att den andra personen använder preventivmedel anses delta frivilligt i ett samlag.⁶⁵ Användande av preventivmedel ses då som skälen för att delta i samlaget, och villfarelse eller vilseledande beträffande skälen för en

⁶⁰ Jfr prop. 2017/18:177 s. 42–43. Se även NJA 2024 s. 106 p. 14–15.

⁶¹ Den som har sex med en person i (den felaktiga) tron att personen kommer använda preventivmedel, är känd, eller inte har könssjukdomar anses enligt förarbetena delta frivilligt, se prop. 2016/17:177 s. 30–31 och 43. Se dock RH 2019:25, där den tilltalade hade vilselett målsäganden att tro att de två inte kände varandra. I själva verket var de närstående. Målsäganden hade haft en uttalad preferens att ha sex med en okänd person. Hovrätten dömde den tilltalade för våldtäkt.

⁶² För en utförlig analys av frågan om så kallad *stealth* och den svenska frivillighetsregleringen för sexualbrott, se Wegerstad, Linnea, ’Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018’, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2021, nr 4–5, s. 353–372.

⁶³ Se Asp, Petter, Sex & samtycke, Uppsala, 2010, s. 151.

⁶⁴ Se Kagrell, Marie, ’Sexuella vilseledanden’, Anderberg, Andreas, Martinsson, Dennis & Svensson, Erik (red.), Teori och politik: Straffrätt i omvandling, Uppsala, 2022, s. 171–210, på s. 192–195.

⁶⁵ Se prop. 2017/18:177 s. 31, 43 och 79 och avsnitt 2.2 ovan.

sexuell handling gör inte deltagandet i handlingen ofrivilligt.⁶⁶ Men återigen, och detta är en viktig poäng, vi kan inte helt frikoppla skälen för en handling från handlingen. Det syns inte minst på hur vi tänker på och hur vi språkligt pratar om sexuella handlingar och preventivnedel; vi gör skillnad på att ha oskyddat samlag och att ha skyddat samlag. Att den ena personen kommer använda kondom och den andra därmed anser det riskfritt (med hänsyn till oönskad graviditet eller överföring av könssjukdomar) är inte bara den andra personens skäl för den sexuella handlingen – det är del av vad den sexuella handlingen *är*. Som Wegerstad också har visat kan vilseledande beträffande kondomanvändning beskrivas som att den vilseledda inte har haft möjlighet att ta ställning till vilken typ av sexuell handling som ska företas.⁶⁷ Det är då inte enbart en fråga om det bakomliggande skälet eller syftet med handlingen – utan vad handlingen *är*. Det ska understrykas att sådana beskrivningar (exempelvis 'skyddat samlag') omfattar mer sammanhang och kontext än andra beskrivningar (exempelvis 'samlag'). De innebär en slags kontextualisering – inte minst en sådan kontextualisering av sexuella praktiker som vi, i alla fall i det här samhället, i början av 2000-talet, till vardags gör.

Att det kan vara fråga om olika sexuella handlingar (skyddat samlag respektive oskyddat samlag – en åtskillnad som har sin grund i en kontextualisering av den sexuella handlingen) uppmärksammas dock inte i förarbetena. Det framgår istället med stor klarhet, vilket redan nämnts, att villfarelse beträffande någon omständighet av betydelse för valet att delta i den sexuella handlingen inte utesluter frivillighet.⁶⁸ Det framgår också – med lika stor klarhet – att det är målsägandens inställning och faktiska agerande vid tidpunkten för gärningen som ska vara avgörande för bedömningen om deltagandet varit frivilligt. Givet de utgångspunkterna, borde inte slutsatsen i NJA 2024 s. 106 vara att målsäganden deltog frivilligt i handlingen, eftersom hon frivilligt deltagit i den (fysiska) handlingen som den tilltalade utförde? HD konstaterar i domen att villfarelse beträffande syftet med en handling inte ska leda till ansvar för våldtäkt.⁶⁹ Hur kan då HD (majoriteten) landa i att deltagandet inte varit frivilligt i detta fall? För att svara på den frågan på just det sätt som HD gör tror jag att den mest rimliga förklaringen är att det krävs att den sexuella handlingen sätts in i ett sammanhang – en kontext – och att bedömningen inte stannar vid vilka fysiska handlingar som företagits.

Med sådan kontextualisering kan man nämligen gå från

⁶⁶ Jfr prop. 2017/18:177 s. 31, 43 och 79.

⁶⁷ Wegerstad, Linnea, 'Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018', s. 353–372.

⁶⁸ Se prop. 2017/18:177 s. 79 och avsnitt 2.2 ovan.

⁶⁹ Se NJA 2024 s. 106 p. 12.

- i. Jag deltar i en sexuell handling *i syfte* att vi ska ha sex (men inte i syfte att du ska göra en otrohetskontroll), till
- ii. Jag deltar i en sexuell handling som *är* att vi har sex (men inte en otrohetskontroll).

Med kontextualiseringen kan otrohetskontrollen tas upp som en del av den sexuella handlingen. Den utgör då inte syftet med handlingen – den *är* handlingen.

En sådan hållning är inte nödvändigtvis problematisk, även om den befinner sig långt från riktlinjerna i propositionen. Tvärtom kan det argumenteras för att det står klart att det i nu aktuellt fall är fråga om en kränkning av den sexuella integriteten – det skyddsintresse som motiverar existensen av våldtäktsbestämmelsen. Det finns heller inget i straffrättsordningen som på förhand utesluter att kontexten också bestämmer vad gärningen är (det finns, så att säga, inget som med nödvändighet talar emot att gärningen får betydelse endast som ett slags kombination av den fysiska händelsen och kontexten).⁷⁰ Den åtalade gärningen i det aktuella målet kan beskrivas både som att (i) den tilltalade förde upp sina fingrar i målsägandens vagina, och (ii) den tilltalade utförde en otrohetskontroll på målsäganden. Som just nämnts: kruxet här är att båda dessa beskrivningar av gärningen är sanna samtidigt.

Något som ska understrykas, avslutningsvis, gällande detta mål är att två justitieråd var skiljaktiga.⁷¹ Genom den skiljaktiga meningen illustreras också, konkret, hur den kontextualisering som HD gör i målet går till. I den skiljaktiga meningen anges att utredningen i målet inte innebär att det är ställt utom rimligt tvivel att den sexuella handling som den tilltalade genomförde med målsäganden skilde sig från det sexuella handlande som målsäganden frivilligt deltog i – och att åtalet därför skulle ogillas.⁷² Vid första anblick förefaller det alltså som att de skiljaktiga ansåg att beviskravet inte var uppfyllt i målet. Samtidigt understryker de skiljaktiga att det för bedömningen av frivillighet saknar betydelse i vilket syfte gärningen utförs, liksom att det saknar betydelse att målsäganden i efterhand hade en annan inställning till gärningen.⁷³ Gällande det sistnämnda förefaller det som att de skiljaktiga gör en annan rättslig (snarare än bevismässig) bedömning av det händelseförlopp som i och för sig var visat i målet. I

⁷⁰ Det förhållandet illustreras inte minst av uttalandena i propositionen om att passivitet kan utgöra ett tecken på både frivillighet och ofrivillighet, se prop. 2017/18:177 s. 31–32, 34, och s. 80 och avsnitt 2.2 ovan.

⁷¹ Det finns olika uppfattningar om vilka växlar en kan dra på detta: å ena sidan kan det tyckas att en splittrad sits innebär ett svagare prejudikatvärde eftersom HD så att säga stod och vägde; å andra sidan kan det tyckas att en splittrad sits inte säger något annat än en enig domstol eftersom det är majoritetens domskäl som är prejudikatet. Detta är inte sammanhanget för att närmare diskutera den frågan.

⁷² Se den skiljaktiga meningen i NJA 2024 s. 106, p. 23 och 25 i den skiljaktiga meningen.

⁷³ Se den skiljaktiga meningen i NJA 2024 s. 106, p. 24 i den skiljaktiga meningen (med hänvisning till den allmänna motiveringen i domen där det slås fast att syftet med en sexuell handling inte har någon betydelse för bedömningen om deltagandet i den varit frivilligt).

denna rättsliga bedömning skriver de skiljaktiga nämligen: ”I anslutning till att handlingen vidtogs fick hon klart för sig att han försökte känna efter om hon hade någon annan mans sperma i sitt könsorgan.”⁷⁴ Majoriteten skrev å sin sida ”i *omedelbar* anslutning till att handlingen vidtogs” och att ”en sådan kontrollerande handling” inte varit någon målsäganden var inställd på.⁷⁵ I den skiljaktiga meningen beskrivs inte handlingens karaktär eller egenskaper på ett sådant sätt. Den skiljaktiga meningen innehåller endast beskrivning av handlingens fysiska egenskaper (vilket också majoritetens domskäl gör).

Den kontrollerande handlingen – att den tilltalade kände efter med sin tumme mot fingrarna om det fanns någon sperma – bedöms således olika av majoriteten respektive de skiljaktiga. Hos de skiljaktiga bedöms den kontrollerande handlingen som något som händer *efter* den sexuella handlingen. Hos majoriteten bedöms den kontrollerande handlingen som *del av* den sexuella handlingen. Majoritetens resonemang vilar inte explicit på att målsäganden saknade insikt om syftet med den sexuella handlingen och att deltagandet därmed var ofrivilligt (det kan noteras att en sådan lösning skulle gå stick i stäv med uttalanden i förarbetena).⁷⁶ Däremot har, enligt min mening, syftet med handlingen en implicit roll i majoritetens domskäl. Att det förhåller sig på detta sätt kommer också till uttryck då majoriteten skriver att kontrollen som den tilltalade genomförde ”har på ett grundläggande sätt förändrat situationen”.⁷⁷ Hos HD utgör syftet med handlingen en del av det sammanhang i vilket handlingen bestäms. Att den tilltalade hade ett kontrollerande syfte med sin handling och genomförde den av andra skäl än sexuell tillfredsställelse är helt enkelt vad som förändrar handlingen till en annan handling än den handling som målsägandens frivillighet avsåg.

Jag menar på att det genom den skiljaktiga meningen blir tydligt att majoritetens slutsats (fällande dom) vilar på att en kontextualisering görs. I den skiljaktiga meningen delas händelseförloppet upp mellan en sexuell handling och en kontrollerande handling, där den sexuella handlingen bestäms av dess fysiska egenskaper. Hos majoriteten bedöms hela händelseförloppet utgöra en enda sexuell handling, som bestäms inte enbart utifrån handlingens fysiska egenskaper utan också utifrån det vidare sammanhang handlingen existerar i.

⁷⁴ Se den skiljaktiga meningen i NJA 2024 s. 106, p. 22 i den skiljaktiga meningen.

⁷⁵ Se NJA 2024 s. 106 p. 22. Kursivering tillagd här.

⁷⁶ Se NJA 2024 s. 106 p. 12.

⁷⁷ Se NJA 2024 s. 106 p. 23.

4. Den sexuella handlingens sammanhang

Det andra avgörandet som behandlas i närmare detalj här är NJA 2024 s. 194, där åtalet gällde sexuellt övergrepp. I målet var utrett att den tilltalade hade placerat sin penis vid målsägandens mun när hon sov eller var medvetslös. Den tilltalade hade då också fotograferat målsäganden, som vid tillfället var nästan helt naken.⁷⁸ Prejudikatfrågan i HD var om gärningen att placera sin penis i omedelbar närhet av målsägandens mun var att anse som sexuellt övergrepp i BrB 6 kap. 2 §; det vill säga, om den tilltalade kunde anses ha genomfört en sexuell handling med en person som inte deltog frivilligt. I HD fanns från riksåklagaren ett andrahandsyrkande om ansvar för sexuellt ofredande enligt 10 §; att den tilltalade genom angivna gärning ofredat målsäganden på ett sätt som var ägnat att kränka hennes sexuella integritet. Målet kan därmed sägas handla om avgränsningen av bestämmelsen om sexuellt övergrepp ”nedåt” mot bestämmelsen om sexuellt ofredande.

När det gäller frågan om en sexuell aktivitet är kvalificerad nog att bedömas som en sexuell handling uttalade HD, med hänvisning till förarbetena, följande. Begreppet sexuell handling har i allt väsentligt samma innebörd som begreppet sexuellt umgänge, vilket användes i lagstiftningen före 2005 års reform. Som utgångspunkt är därför en sexuell handling sådan att det förekommer en någorlunda varaktig fysisk beröring av den andres könsorgan eller den andres kropp med det egna könsorganet. Samtidigt: eftersom syftet med att byta ut rekvisitet ’sexuellt umgänge’ mot ’sexuell handling’ var att tekniska överväganden kring handlingens egenskaper (såsom under hur många sekunder viss beröring pågår) skulle stå tillbaka till förmån för fokus på den kränkning av den sexuella integriteten som handlingen innebär, kan också gärningar som inte innefattar varaktig beröring eller ens någon kroppslig kontakt utgöra sexuella handlingar.⁷⁹ Även gärningar som inte innefattar fysisk beröring kan alltså utgöra sexuella handlingar och därmed bedömas enligt bestämmelsen om sexuellt övergrepp, snarare än sexuellt ofredande.

HD:s resonemang får förstås som följer. En sexuell aktivitet kan genom gärningens tekniska eller fysiska egenskaper (beröring av annans könsorgan eller beröring av annans kropp med det egna könsorganet) vara tillräckligt kvalificerad för att den ska vara en sexuell handling. Däremot är inte fysisk beröring en nödvändig komponent i en sexuell handling. I de fall där endast kortvarig fysisk beröring förekommer eller där ingen fysisk beröring överhuvudtaget förekommer krävs dock en *annan* kvalificering. Det är i dessa fall HD menar att gärningen måste ha ”en påtagligt sexuell prägel och vara ägnad att kränka måls-

⁷⁸ Åtalet i underrätterna avsåg också andra gärningar, bland annat kränkande fotografering. Det var dock endast åtalet avseende gärningen som bestod i att den tilltalade placerat sin penis vid målsägandens mun som prövades av HD.

⁷⁹ Se NJA 2024 s. 194 p. 9–12, med hänvisning till prop. 2004/05:45 s. 32–33 och 135.

ägandens sexuella integritet”.⁸⁰ Kraven ställs inte upp i de fall där fysisk beröring förekommer. Således får rättsläget förstås som att en sexuell handling enligt 6 kap. 2 § är fysisk beröring som innefattar någon parts könsorgan, *och/eller* en gärning som har påtagligt sexuell prägel och som tydligt typiskt sett kränker en persons sexuella integritet (även om gärningen inte innefattar beröring).

Bedömningen av om gärningen är ägnad att tydligt kränka målsägandens sexuella integritet ska göras genom en objektiv bedömning, det vill säga med utgångspunkt i om gärningen typiskt sett innebär en sådan kränkning.⁸¹ Uttrycket ’ägnat att’ ges därmed samma betydelse som det har i straffrätten generellt sett; att gärningen typiskt sett duger till något, även om den enskilda gärningen i det enskilda fallet faktiskt inte åstadkommer detta. I HD:s bedömning av det aktuella fallet fördes heller inga resonemang om i vilken utsträckning målsäganden faktiskt hade kränkts av gärningen; domstolen slog enbart fast att gärningen varit ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet.⁸²

HD menar att även samma objektiva, typiserade bedömning ska gälla för kravet att gärningen har en påtagligt sexuell prägel. Domstolen skriver att det räcker att ”handlingen är av sådan karaktär att den – typiskt sett – syftar till att väcka eller tillfredsställa endera partens sexuella drift” – att huruvida den sexuella handlingen ”i det enskilda fallet har medfört en tillfredsställelse av den sexuella driften saknar dock betydelse vid den rättsliga bedömningen.”⁸³ Den ordningen är, som nämnts, sedan tidigare väletablerad när det gäller sexualbrotten.⁸⁴ Inte heller i HD:s bedömning av det aktuella fallet fördes några resonemang kring den tilltalades motiv eller liknande, utan domstolen konstaterade att den tilltalades placering av sin penis nära målsägandens mun, när målsäganden också var naken och inte vid medvetande måste ”typiskt sett anses ha en påtagligt sexuell prägel”.⁸⁵ Istället för en prövning av de sexuella motiv, preferenser, upplevelser, kränkningar som de enskilda personerna haft i den aktuella situationen är det fråga om en typisering och contextualisering av gärningen. I denna beaktas nakenhet, närhet till ett könsorgan och ett utsatt tillstånd i form av sömn eller medvetslöshet. Jag återkommer diskussionsvis om ett potentiellt problem i fråga om vad som lyfts in i den här contextualiseringen.⁸⁶

⁸⁰ Se NJA 2024 s. 194 p. 12.

⁸¹ Se NJA 2024 s. 194 p. 15.

⁸² Se NJA 2024 s. 194 p. 17.

⁸³ Se NJA 2024 s. 194 p. 13.

⁸⁴ Se t.ex. NJA 2013 s. 548 och NJA 2024 s. 106 p. 9.

⁸⁵ Se NJA 2024 s. 194 p. 17.

⁸⁶ Se avsnitt 5.3 nedan.

5. Vad innebär avgörandena?

5.1 Avgörandena bekräftar rättsläget i vissa delar ...

I målet med åtal för våldtäkt konstaterades det att den omständighet att den tilltalade inte hade som syfte att bereda sig sexuell tillfredsställelse inte påverkar gärningens status som sexuell handling. I målet med åtal för sexuellt övergrepp konstaterades att det saknar betydelse om handlingen i det enskilda fallet medfört sexuell tillfredsställelse. Bägge avgörandena befäster således ordningen att gärningspersonens faktiska syften eller sexuella motiv är irrelevant för bedömningen av om ett agerande utgör en sexuell handling. Det sexuella (icke-erotiska; det som omfattas av det straffbara området i bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt övergrepp) är inte nödvändigtvis sexuellt (erotiskt; det som bereder någon sexuell njutning eller tillfredsställelse). Men detta visste vi väl redan?

HD:s hållning befäster vidare, i åtalet för sexuellt övergrepp, den objektiva bedömning som ska göras gällande kraven att en gärning, för att bedömas som en 'sexuell handling', ska ha *påtaglig sexuell prägel* och vara *ägnad att kränka den sexuella integriteten*. Beträffande det förstnämnda kravet är det gärningstypens generella attribut och praktik – inte gärningspersonens faktiska sexuella motiv eller upplevelse – som är fokus för regleringen. Beträffande det sistnämnda kravet är det gärningspersonens agerande – inte brottsoffrets upplevelse – som är fokus för regleringen.⁸⁷ I förlängningen innebär det att det inte är relevant att processföra kring hur målsäganden upplevde visst agerande – det relevanta är istället om agerandet typiskt sett är kränkande för någons sexuella integritet. På ren svenska: de frågor som ska ställas är "blir en person typiskt sett sexuellt upphetsad av det här?" eller "blir en persons sexuella integritet typiskt sett kränkt av det här?" och inte "blev den tilltalade sexuellt upphetsad av det här?" eller "blev målsäganden kränkt av det här?" Som sagt, den ordningen är inte ny för dessa avgöranden.

I ljuset av de klara uttalandena om att gärningspersonens avsikter inte spelar någon roll för gärningens straffbarhet när det är fråga om de sexualbrotten som behandlas här, uppstår frågan: spelar sexuella syften eller avsikter aldrig någon roll? Svaret är: jo, visst kan de göra det. Ta som exempel att en gynekolog genomför en sedvanlig undersökning (en kontext som inte är sexuell i den mening som avses i brottsbalkens sjätte kapitel) och att gynekologen samtidigt blir sexuellt upphetsad av detta, och att gynekologens skäl för att företa en viss undersökningsåtgärd är att bereda sig själv sexuell njutning.⁸⁸ Det synsätt som kommer till uttryck hos HD i 2024 års rättsfall, där bedömningen görs genom

⁸⁷ Se även, gällande sexuellt ofredande, HD:s dom 2024-07-10 i B 6826-23 p. 5, NJA 2018 s. 1091 p. 15 och NJA 2017 s. 393.

⁸⁸ Jfr Andenæs, Johs., Rieber-Mohn, Georg Fredrik & Sæther, Knut Erik, Alminnelig strafferett, 6 uppl., Oslo, 2016, s. 204.

att abstrahera bort från den enskilda personens avsikter och syften utesluter inte straffansvar för en gärningsperson som agerar i syfte att nå sexuell upphetsning i en och för sig icke-sexuell kontext. Grundsatsen att gärningspersonens syften och motiv i det enskilda fallet saknar betydelse för bedömningen av vad som är en sexuell handling i en (typiskt sett) sexuell kontext får alltså inte leda till slutsatsen att gärningspersonens syften och motiv också saknar betydelse för bedömningen av vad som är en sexuell handling i en (typiskt sett) icke-sexuell kontext. Gynekologen i exemplet har utnyttjat patientens ”kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig själv tillfredsställelse” på det sätt som HD hänvisar till i nu aktuellt avgörande.⁸⁹ Också på andra ställen i rättskällematerialet finns stöd för att en gärning som i och för sig inte företas i en sexuell kontext kan vara att betrakta som ett sexualbrott om gärningspersonen har sexuella avsikter eller syften med gärningen.⁹⁰ Wegerstad förklarar HD:s ställningstagande i tidigare avgöranden som att ”[g]ärningen görs straffvärd genom hänvisning till den tilltalades sexualdrift [...] Det skyddsvärda är inte enbart kroppslig integritet, utan frihet från att användas av någon annan för dennes sexuella tillfredsställelse.”⁹¹ En enskild gärningspersons syften och avsikter kan alltså göra att en handling företagen i en icke-sexuell kontext *blir* en ’sexuell handling’.

5.2 ... och innebär en omtolkning av det kriminaliserade området i andra delar ...

Jag är, som jag tidigare nämnt i den här texten, av uppfattningen att de två rättsfallen visar på en (i vart fall delvis ny) inriktning där HD beaktar mer omkringliggande kontext än enbart den fysiska gärningen i bedömningen av de åtalade gärningarna. Min poäng är inte att hänsyn till gärningens sammanhang helt har saknats i tidigare HD-praxis. I relativt nya avgöranden i mål om sexuellt ofredande har den kringliggande kontexten beaktats för att konstatera att det *inte* varit fråga om ett beteende som varit ägnat att kränka den sexuella integriteten.⁹² Skillnaden är att HD, i de avgöranden som jag diskuterar närmare i den här texten, använder den kringliggande kontexten för att etablera straffansvar. Sammanhanget används alltså i inculperande, inte exculperande, riktning. Samma effekt kan avgörandet i NJA 2013 s. 548 sägas ha. Det är därmed inte fråga om

⁸⁹ Jfr NJA 2024 s. 194 p. 13.

⁹⁰ Se t.ex. NJA 1993 s. 616 och NJA 1996 s. 461. Gällande sexuellt ofredande har HD relativt nyligen uttalat att gärningspersonens ”personliga syften är visserligen inte avgörande för straffbarheten. Om han eller hon har haft en sexuell avsikt som kommit till uttryck vid handlingen kan detta emellertid påverka bedömningen.” Se NJA 2018 s. 443 p. 13.

⁹¹ Se Wegerstad, Linnea, Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar: Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande, s. 224–225.

⁹² Se NJA 2018 s. 443 och NJA 2018 s. 1091.

en helt ny eller unik företeelse. Ett sätt att se på utvecklingen är att 2024 års avgöranden och 2013 års avgöranden är del av en och samma utveckling.

I 2024 års avgöranden tar domstolen, så att säga, ett steg tillbaka och besvarar den mer övergripande frågan om gärningstypen är sådan att den kränker målsägandens sexuella integritet – snarare än att fokusera på fysiska och tekniska överväganden kring gärningens mer omedelbara egenskaper. Vad leder då en sådan ökad kontextkänslighet till? Det korta svaret är att synen på det kriminaliserade området ändras beträffande både våldtäkt och sexuellt övergrepp. Någon annan slutsats är, mot det som anförts här, svår att dra. I fråga om skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten får utvecklingen beskrivas som positiv eftersom den pekar mot lägre rigiditet i fråga om vilka förfaranden som omfattas av straffansvar. Eftersom både rekvisitet 'frivilligt' och rekvisitet 'sexuell handling' är, språkligt sett, öppna (snarare än tekniska och konkreta) är det kanske inte förvånande att HD använder det tolkningsutrymme som finns. Domstolens rättstillämpning utgör i så fall kanske en direkt konsekvens av lagtexten?

Beträffande våldtäkt kan utökningen främst beskrivas i termer av en ökad kontextkänslighet för rekvisitet 'inte deltar frivilligt' – där domstolen inte stannar vid enbart en fysisk beskrivning av handlingen, utan också en beskrivning som sätter handlingen i ett sammanhang där omständigheter som kontroll ingår, och relaterar det till målsägandens frivillighet. Den sexuella handlingen i sig – att penetrera vagina med fingrar – är redan sådan att den omfattas av våldtäktsbestämmelsen. Däremot blir kontexten som gärningen företas i avgörande för bedömningen om målsäganden deltagit frivilligt. Kontexten var inte känd av målsäganden vid tidpunkten, och det är just det som var centralt för att det skulle bli en fällande dom. Målsäganden var inställd på (den kontextualiserade handlingen) att ha sex, men inte inställd på (den kontextualiserade handlingen) att genomgå en otrohetsk kontroll.⁹³ Handlingens kontext får därmed förstås som något objektivt och inte (bara eller främst) som del av målsägandens upplevelse av handlingen. Eftersom rekvisitet 'inte deltar frivilligt' är gemensamt för bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt övergrepp bör delar av resonemangen i detta prejudikat gällande våldtäkt gälla även för sexuellt övergrepp.

Beträffande sexuellt övergrepp kan utökningen främst beskrivas i termer av viss uppluckring eller försvagning av förförståelsen att 'sexuell handling' som utgångspunkt innebär någon form av fysisk kontakt eller beröring. Med HD:s avgörande i nu aktuellt fall kan situationen beskrivas som att relativt många och skiftande omständigheter tillsammans kan beaktas för att kompensera för avsaknad av fysisk beröring i bedömningen av om en handling är sexuell.⁹⁴

⁹³ Se HD:s formulering att en "sådan kontrollerande handling från hans sida var hon inte alls inställd på", NJA 2024 s. 106 p. 22.

⁹⁴ Med ett sådan ökat fokus på kränkningen av den sexuella integriteten som kommer till uttryck i de två HD-avgöranden som diskuterats här är det än mer klart att betrakta de tre bestämmelserna våldtäkt, sexuellt övergrepp och sexuellt ofredande på en och samma linje. Domskälsvis

5.3 ... men allt är inte frid och fröjd i rättssäkerhetens land

Tidigare i den här texten noterade jag att lagtexten i bestämmelsen om våldtäkt är mångordig och detaljerad och att rekvisitet 'frivillighet' hanteras både brett och specifikt i denna lagtext. Att lagtexten i vissa delar är detaljerad är inte nödvändigtvis en dålig sak. Tvärtom får den delvis höga konkretionsnivån anses innebära fördelar sett till legalitetsprincipen; det är lättare att avgöra om visst agerande faller innanför eller utanför bestämmelsens tillämpningsområde om bestämmelsens ordalydelse är precis och uttömmande. Samtidigt lämnar lagtextens breda uttryck 'frivillighet' mycket öppet och upp till domstolen att bestämma. Liknande är situationen med rekvisitet 'sexuell handling'. Nog kan HD:s tolkning av de centrala rekvisiten i de avgöranden som diskuteras här kritiserats för att den varit (alltför) extensiv till den tilltalades nackdel. Med en allmänspråklig förståelse av uttrycken är det kanske inte självklart att de åtalade gärningarna ska omfattas av respektive bestämmelse. Avgörande för HD verkar ha varit *att* det relevanta skyddsintresset för respektive bestämmelse är den sexuella integriteten och *att* gärningarna var sådana att de (typiskt sett) kränkte den sexuella integriteten i respektive fall som prövades. Ett alternativ hade här varit att ta fasta på den mer konkreta vägledning, ofta genom exempel, som anges i förarbetena. Så blev inte fallet. En sådan mer legalistisk tolkning med större följsamhet mot förarbetena fick nu stå tillbaka för en mer generell eller abstrakt tolkning av vad bestämmelserna ska skydda.⁹⁵ Det valet kan kritiserats utifrån förutsebarhetshänsyn.

Samtidigt: den typ av kontextualisering som HD gjorde i de två avgöranden som diskuteras här är sannolikt svårare med kasuistiskt utformad lagstiftning. Kanske är det inte längre hållbart att föreskriva straffrättsligt ansvar medelst en vägg av detaljerad text som stipulerar när den sexuella integriteten kränks. Kanske vore det istället lämpligare med en mer koncis och syntetisk lagtext där skillnad i rubricering och straffvärde görs utifrån hur kvalificerad kränkningen av den sexuella integriteten är – snarare än hur kvalificerad (med hänsyn till kränkningen) den sexuella handlingen är. Ett sådant synsätt kan skönjas i den rättsutveckling som redan för tio år sedan skedde beträffande övergrepp som begås online.⁹⁶

ger HD också uttryck för en stratifiering av sexualbrotten våldtäkt, sexuellt övergrepp och sexuellt ofredande, se NJA 2024 s. 194 p. 7, 12 och 15.

⁹⁵ Mycket kan sägas i den komplexa och svårlösta frågan om lagtolkning. Det här är dock inte sammanhanget för en sådan diskussion.

⁹⁶ Se NJA 2015 s. 501 och NJA 2018 s. 1103 p. 15. Lagstiftaren har inte ansett det nödvändigt att i lagtexten uttryckligen ange att även övergrepp som begås på distans (exempelvis online) omfattas av bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt övergrepp, se prop. 2017/18:177 s. 43–45. Inte heller har det ansetts nödvändigt att reglera övergrepp som sker på distans i en särskild bestämmelse, se prop. 2021/22:231 s. 25. Däremot har det kriminaliserade området utökats något genom införandet av rekvisiten "tåla" respektive "företa" i 6 kap. 1 §, på så sätt

Utöver den mer generellt beskrivna problematiken finns en särskild utmaning i fråga om lagtextens formulering i bestämmelsen om sexuellt övergrepp. I samband med 2005 års sexualbrottsreform, när det nuvarande uttrycket 'sexuell handling' infördes i brottsbalkens sjätte kapitel, kom kritik från flera remissinstanser om att uttrycket var för vagt, obestämt eller oklart och att ett uttryck vars innehåll kunde fastställas på ett mer precist sätt skulle ha varit att föredra.⁹⁷ När det gäller bestämmelsen om sexuellt övergrepp är det handlingsverbet (genomför) i kombination med 'sexuell handling' som *rättsligt* definierar gärningen – och den definitionen blir bred.⁹⁸ En sexuell handling kan nämligen se ut på många olika sätt.⁹⁹ Jämförelse kan göras med bestämmelsen om våldtäkt där handlingsverbet kombineras med 'vaginalt, oralt eller analt samlag'. Här finns det inte lika många tänkbara varianter.¹⁰⁰

Ytterligare en sak, på temat kontextualisering, förtjänar att framhållas i domen om sexuellt övergrepp. I prövningen i HD var processens ram begränsad till åtalet för sexuellt övergrepp (alternativt sexuellt ofredande) beträffande den gärning som av åklagaren beskrivits som att den tilltalade placerat sin penis i omedelbar närhet av målsägandens mun när målsäganden, som var naken, sov eller var medvetlös. Den tilltalade hade i underrätterna dömts även för kränkande fotografering för att ha tagit ett fotografi där den nästan helt nakna målsäganden sov eller var medvetlös och den tilltalades penis var placerad i omedelbar anslutning till målsägandens mun – det vill säga, ett fotografi föreställande den gärning som åtalet i HD för sexuellt övergrepp avsåg. Frågan om kränkande fotografering omfattades inte av HD:s prövningstillstånd.¹⁰¹ Någon referens till fotograferingen gjordes heller inte av domstolen i bedömningen av gärningen.¹⁰² Den kontextualisering som går att utläsa direkt ur HD:s prövning (de omständigheter som domstolen explicit angav i domskälen) vilar istället på att målsäganden inte var vid medvetande, att hon var nästan helt naken och att den tilltalade hade sin penis i närheten av målsägandens mun. Samtidigt är foto-

att gärningspersonen och offret inte längre behöver vara närvarande vid samma tidpunkt för att straffansvar ska komma i fråga, se prop. 2021/22:231 s. 22–25 (jfr också NJA 2018 s. 1103).

⁹⁷ Se prop. 2004/05:34 s. 33.

⁹⁸ Liknande problem kan tänkas finnas i fråga om bestämmelsen om sexuellt ofredande och rekvisiten 'genom ord eller handling ofredar'.

⁹⁹ Problemet gäller kanske inte främst avgränsningen av bestämmelsen om sexuellt övergrepp "uppåt" mot våldtäkt, utan snarare avgränsningen "nedåt" mot sexuellt ofredande.

¹⁰⁰ I våldtäktsbestämmelsen används nämligen som ytterligare klassificering substantivet 'samlag' som pekar ut gränser för vad som ska ligga inom det kriminaliserade området. I bestämmelsen om sexuellt övergrepp, å andra sidan, används uttrycket 'sexuell handling' – ensamt – för att rita upp dessa gränser. (Det är i och för sig så att också gärningar jämförbara med samlag också omfattas; avgränsningen är därmed inte absolut.)

¹⁰¹ Jfr NJA 2024 s. 194 p. 6.

¹⁰² Jfr NJA 2024 s. 194 p. 16–18.

graferingen med i HD:s beskrivning av bakgrunden till målet.¹⁰³ Vidare har HD döpt prejudikatet till "Fotografiet". Även om den explicita kontextualisering som HD använder i domskälen är tillräckliga för gärningen ska kvalificeras som en sexuell handling, går det kanske inte att utesluta att även fotografiet har tjänat som en slags implicit kontextualisering i bedömningen av kraven på påtagligt sexuell prägel och kränkning av den sexuella integriteten.

Varför uppehålla sig vid detta? Jo, därför att det kan finnas en risk att en domstol, om än inte domstolen i nu aktuellt fall, använder sig av kringliggande kontext för att etablera att den åtalade gärningen haft en påtagligt sexuell prägel och varit ägnad att kränka målsägandens sexuella integritet – och att den kontext som används inte omfattas av åtalets gärningsbeskrivning. Det kan ju vara så att en domstol i ett snarlikt fall konstaterar att just den omständighet att den tilltalade fotograferade gärningen var en av de saker som *gjorde* att gärningen bedömdes kränka målsägandens sexuella integritet (domstolen gör kanske bedömningen att själva avbildandet hade ett inslag av sexuell objektifiering som typiskt sett är kränkande).¹⁰⁴ Givetvis kan fotografering av en handling vara en central del i att göra att handlingen blir kränkande för den sexuella integriteten – typiskt sett. Den straffrättsligt *materiellt* relevanta omständigheten behöver då upptas i gärningsbeskrivningen för att bli *processuellt* relevant.

Avslutningsvis: det som de ovan diskuterade prejudikaten på sexualbrottens område har gemensamt är ett klart ökat fokus på det vidare sammanhang som den åtalade gärningen företas i vid bestämmande av straffansvar (i frågan om målsäganden deltagit frivilligt respektive om det är fråga om en sexuell handling). Innebär det att HD har bidragit med vägledning i fråga om hur sammanhang ska bedömas i sexualbrottsmål? Ingalunda. Följden med ett ökat fokus på det sammanhang som gärningen företas i är nämligen att de omständigheter som var relevanta eller utslagsgivande – i endera riktning – i ett mål (*ett sammanhang*) inte har omedelbar relevans i ett annat mål (*ett annat sammanhang*). I rättssäkerhetshänseende är det sannolikt att bedöma som ett problem; och det problemet blir så att säga med nödvändighet inbyggt i just den kontextkänslighet som HD förordar.

Marie Kagrell

¹⁰³ Domstolen skriver: "Under kvällen och natten fotograferade [den tilltalade] målsägandens nästan helt nakna kropp när hon sov eller var medvetlös. På ett av fotografierna syns hans penis i omedelbar närhet av målsägandens mun." Se NJA 2024 s. 194 p. 1.

¹⁰⁴ Jfr Andersson, Ulrika & Wegerstad, Linnea, "Sexualbrott – kriminaliserad sexualitet eller sexualiserad kriminalitet?", s. 16–17 för diskussion om internetrelaterade kränkningar såsom våldtäkt, smygfotografering och spridande av bilder – och hur dessa kan förekomma på en och samma skala av sexualiserat våld mot kvinnor.