

*Professor Johanna Niemi, Åbo universitet\**

## Frivillighet och sexualbrott: En systematisk analys

### *Sammanfattning*

Det finska justitieministeriets arbetsgrupp presenterade under sommaren 2020 ett förslag till en totalreform av sexualbrotten i strafflagen. Ministeriet hade tidigare systematiskt motsatt sig samtyckeslagen och genomfört ett stort antal delreformer i strafflagens 20 kap. som trädde i kraft år 1999. En förändring i ståndpunkt skedde år 2019 då ministeriet tillsatte en arbetsgrupp för att förbereda en totalreform av sexualbrottslagstiftningen. Enligt arbetsgruppens förslag skulle det grundläggande elementet i våldtäkt vara icke-frivillighet. Förslaget innehåller dock flera paragrafer som ska bibehållas i deras nuvarande form eller bara ändras ytligt. Regleringen av sexualbrott mot barn ska däremot, enligt förslaget, reformeras helt.

Artikeln analyserar begreppen samtycke och icke-frivillighet och välkomnar förslaget som ett uttryck för den nutida uppfattningen av sexualitet, samt som ett litet distanstagande från tidigare heteronormativa antaganden. Syftet med artikeln är att analysera frivillighetsreformens konsekvenser för sexualbrotten. Artikeln diskuterar förhållandet mellan frivillighetskonstruktionen och sexualbrottens centrala element, inklusive sexuellt utnyttjande i beroendeförhållanden och sexualbrott mot barn. Slutsatsen är att förslaget inte systematiskt sett har tagit hänsyn till förhållandet mellan våldtäkt som icke-frivilligt deltagande i sexuellt umgänge och andra delikt i 20 kap. i strafflagen. En konsekvens av detta är att det finns ett vidare behov för en systematisk analys av icke-frivillighetskriteriets betydelse.

### 1 Introduktion: Den långa vägen till sexualbrottsreformen

Riksdagens feministgrupp organiserade ett seminarium om sexualbrottsreformen i januari 2021 med anledning av det förslag som justitieministeriets arbetsgrupp hade framlagt sommaren 2020.<sup>1</sup> Deltagarna var riksdagskvinnor, tjänstepersoner från

---

\* Jag tackar Daniela Alaattinoğlu för ett uppmuntrande och noggrant redaktörsarbete. Artikeln är skriven innan justitieministeriet publicerade sitt utkast till regeringens proposition på ministeriets hemsida 22.10.2021, <<https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM007:00/2019>>. Artikeln utgör dock ett inlägg till diskussionen om samtycke och frivillighet och publiceras därför som sådan.

<sup>1</sup> Justitieministeriet, Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuuudistus. JM 9/2020. Betänkandet innehåller en översättning till svenska av den förslagna lagtexten men inte dess motivering (s. 281 ff.). I denna artikel

justitieministeriet och representanter för medborgarorganisationer, inklusive ett antal kvinnoorganisationer. Alla hade ett genuint intresse för att förbättra skyddet mot sexuella övergrepp och det rådde konsensus om att samtyckeslagen var en bra idé. Jag måste erkänna att jag var rörd. Det var mer än tjugo år sedan jag för första gången deltog i diskussionen om sexualbrotten. Under årens lopp har jag fortsatt att skriva artiklar och utlåtanden om ämnet och många gånger har jag känt mig ytterst ensam som feminist i debatten. Nu var vi flera och vi hördes.

Jag hade aldrig planerat att forska om sexualbrott, utan skulle i stället fokusera på processreglerna anknutna till dem. När jag läste förslaget till den förra totalreformen år 1997,<sup>2</sup> började jag undra hur det är möjligt att skriva en könsneutral regeringsproposition om sexualbrott på några hundra sidor utan att nämna att samhället innefattar såväl män som kvinnor – och att det är oftast de förstnämnda som är tilltalade i sexualbrott och de sistnämnda som är offer. Detta var temat i min första artikel om sexualbrott, *Kvinnor, män eller personer (Naisia, miehiä vai henkilöitä* på finska) som publicerades i den rättsliga tidskriften *Oikeus* år 1998.<sup>3</sup> Artikeln blev dock inte uppmärksammas då, och har inte heller senare blivit det.

Så småningom började något ändras. I början av 2000-talet började justitieministeriet tipsa mig när de kom ut med promemorior om delreformer av sexualbrotten och jag började skriva remissutlåtanden. Justitieministeriets bestämda åsikt var dock att det inte fanns något behov av att utveckla strafflagen kring en samtyckeskonstruktion. Jag var dock av åsikten att samtycke bättre skulle motsvara hur det nutida finländska samhället förstår sexualitet. Jag fortsatte att skriva utlåtanden till justitieministeriet och började distribuera dem till kvinnoorganisationer så tidigt som möjligt, så att de kunde använda mina argument i sina remissutlåtanden. En vändpunkt i diskussionen var 2012 då alla kvinnoorganisationer och en hel del myndigheter uttalade sig till stöd för att våldtäkt borde definieras som brist på samtycke.<sup>4</sup> Istanbulkonventionen<sup>5</sup> hade då nyligen blivit undertecknad och utlåtandena hän-

---

används hänvisningarna "reformförslaget" eller föreslagen SL med avseende på JM 9/2020. För den gällande strafflagen (1889) används hänvisningen SL.

<sup>2</sup> Strafflagens 20 kap. genomgick en totalreform som trädde i kraft 1.1.1999. Se RP 6/1997 rd.

<sup>3</sup> Johanna Niemi-Kiesiläinen, *Naisia, miehiä vai henkilöitä: Seksuaalirikokset ja sukupuoli*. *Oikeus* 27(2) 1998, s. 4–19.

<sup>4</sup> Justitieministeriet, *Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet*. *Lausunnotiivistelmä*. JM 54/2012, s. 40 ff.

<sup>5</sup> Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och våld i hemmet (s.k. Istanbulkonventionen). Konventionen godkändes 11.6.2011 och Finland ratificerade den 11.6.2015.

visade också till andra internationella instrument, till exempel FN:s kvinnokonvention.<sup>6</sup>

Kvinnorganisationerna hade därigenom en gemensam och tydlig åsikt om samtycke. Den politiska viljan att förändra rättsläget saknades däremot. Justitieministeriet och justitieministern uttalade sig så sent som 2018 med utlåtandet att ”samtycke är ett begrepp som är realitetsfrämmande.”<sup>7</sup>

På grund av internationella rättsliga utvecklingar har justitieministeriet varit tvunget att ändra lagstiftningen så många gånger under årens lopp att ingen av paragraferna i 20 kap. i strafflagen har i dag samma ordalydelse som 1999 när kapitlet trädde i kraft. Till exempel Lanzarotekonventionen om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp ledde till reformer av de delar av lagen som gällde barn.<sup>8</sup> Ett annat exempel är en reform från 2014 som med hänvisning till Istanbulkonventionen och andra länders lagstiftning ledde till att sexualbrott lyder under allmänt åtal och att det infördes ett nytt brott, sexuellt antastande (SL 20 kap. 5 a §) i strafflagen.<sup>9</sup>

Ändå har riksdagens lagutskott varit ambivalent om större reformbehov. Å ena sidan tyckte utskottet år 2014 att lagstiftningen hade blivit komplicerad och osystematisk:

En allmän iakttagelse är att de täta, upprepade ändringarna av strafflagen, som utgör en helhet, är ett problem och medför betydande svårigheter för lagskipningen exempelvis när det gäller bestämmelserna om strafflagens utsträckning i tid. Strävan borde vara att genomföra bredare reformer.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor 1979 innehåller inte någon explicit bestämmelse om samtycke eller våld mot kvinnor, men Cedaw-kommittén har i sina allmänna rekommendationer tolkat våld mot kvinnor, inklusive sexuellt våld, som diskriminering mot kvinnor. Se General Recommendation 19 (1992) Violence against women, samt General Recommendation 35 (2017) Gender-based violence against women, updating recommendation 19.

<sup>7</sup> Suomen Kuvalehti: Suostumuksen puute raiskauksen tunnusmerkistöön myös Suomessa? Oikeusministeri: malli on ”elämälle vieras” 8.2.2018, <<https://suomenkuvalehti.fi/jutut/kotimaa/suostumuksen-puute-raiskauksen-tunnusmerkistoon-myos-suomessa-oikeusministeri-malli-elamalle-vieras/>>, senast besökt 24.8.2021. Uttrycket kan spåras till justitieministeriets utredning, se Justitieministeriet, Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet. Arviomuistio, JM 25/2012, s. 64. Även om slutsatsen i utredningen var att samtycke inte är att rekommendera, får läsaren en känsla av att motiven egentligen talar för en samtyckesreform, åtminstone i ljuset av dagens diskussioner.

<sup>8</sup> Ändringslag 540/2011; RP 282/2010 rd.

<sup>9</sup> Ändringslag 509/2014; RP 216/2013 rd.

<sup>10</sup> LaUB 4/2014 rd, s. 3.

I samma betänkande uttryckte utskottet sin ovilja att igen revidera sexualbrotten:

Å andra sidan kan det konstateras att 20 kap. efter den föreliggande ändringen har blivit ändrad på alla punkter och att det inte finns några stora ändringsbehov inom synhåll.<sup>11</sup>

Anmärkningsvärt är att lagutskottet betraktade reformbehovet som en teknisk, inte en politisk, fråga.

Justitieminister Antti Häkkinen, en ambitiös ung högerpolitiker från Samlingspartiet, som tidigare hade anslutit sig till den ”realitetsfrämmande doktrinen”, ändrade kursen strax före riksdagsvalet våren 2019. Han tillsatte då en arbetsgrupp för att bereda en totalreform av sexualbrottslagstiftningen.<sup>12</sup> Efter valet introducerade den nya koalitionsregeringen med den socialdemokratiska premiärministern Antti Rinne, senare Sanna Marin, en samtyckeslag i sitt regeringsprogram.<sup>13</sup>

Arbetsgruppens betänkande kom ut efter en intensiv beredning sommaren 2020<sup>14</sup> och innehåll två – åtminstone för mig – överraskande förslag. Det kanske mindre överraskande av dem var att Finland skulle följa Sverige,<sup>15</sup> men jag upplevde steget mot icke-frivillighet som våldtäktsbrottets grundelement som både radikalt och modigt. Jag hade förväntat mig en samtyckeskonstruktion. Den andra överraskningen var en totalreform av regleringen av sexualbrott mot barn.

I vissa andra hänseenden var det inte fråga om en totalreform: till exempel reglerna om koppleri, sexköp och – kanske mera relevant i sammanhanget – kriterierna för grov våldtäkt ändrades nästan inte alls. Istanbulkonventionen (2011) som utgår från att sexuella gärningar utan en annans samtycke ska vara kriminaliserade nämns i promemorian,<sup>16</sup> men konventionen beaktas inte systematiskt.

---

<sup>11</sup> LaUB 4/2014 rd, s. 3.

<sup>12</sup> Genom beslut VN/1984/2019, 11.4.2019. Riksdagsvaldagen var 14.4.2019.

<sup>13</sup> Se Regeringsprogrammet för statsminister Sanna Marins regering, Ett inkluderande och kunnigt Finland – ett socialt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart samhälle. Statsrådets publikationer 2019:32, avsnitt 3.3.1 Den trygga rättsstaten Finland, Mål 4.

<sup>14</sup> JM 9/2020.

<sup>15</sup> Den svenska brottsbalken ändrades år 2018 så att samlag med en icke-frivilligt deltagande person utgör våldtäkt. Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §. I Finland har Minni Leskinen diskuterat den svenska reformen och dess betydelse för Finland. Se Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus: Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Lakimies 3–4/2020a, s. 373–399.

<sup>16</sup> Artikel 36 i Istanbulkonventionen. Inom folkrätten kan Europadomstolens dom i målet M.C. mot Bulgarien 2013 ses som vändpunkt där domstolen ansåg att även om den nationella lagen utgår från våld och tvång, ska lagen tolkas så att sexuellt umgänge mot en annans samtycke är kriminellt.

Betänkandet diskuterar till exempel inte de omständigheter som enligt konventionen borde göra ett brott grovt.<sup>17</sup>

Även om skyddet mot sexuellt våld är ett politiskt ändamål, är sexualbrottskapitlet en del av strafflagen och därför bundet av straffrättens allmänna läror och straffrättslig teori. Straffrättsprofessorn (emerita) Terttu Utriainens inlägg vid det ovannämnda riksdagsseminariet gjorde ett stort intryck på mig. Hon redogjorde för de straffrättsteoretiska utgångspunkterna för en totalreform samt hur teorin borde genomlysas i reformarbetet. Enligt reformförslaget 2020 ska alltså brist på frivillighet vara det grundläggande elementet i våldtäkt. Detta är en paradigmatisksk ändring i sexualbrottslagstiftningen som borde genomsyra hela regleringen. Professor Utriainen ifrågasatte dock att detta faktiskt är fallet.

Jag analyserar i denna artikel de konsekvenser som frivillighetsreformen innebär och hur konsekvent frivillighetsrekvisitet har beaktats genom justitieministeriets promemoria och lagstiftningsförslag (9/2020). Min diskussion bygger på det arbete som flera forskare, såsom Helena Jokila, Minni Leskinen, Minna Kimpimäki och Terttu Utriainen, har gjort gällande sexualbrottens grundläggande frågor.

## 2 Samtycke eller frivillighet?

Som feminist har jag i årtal förespråkat samtycke som grundläggande element i våldtäkt. Diskussionen i de europeiska länderna har rört sig runt frågan om huruvida det grundläggande elementet för våldtäkt borde vara våld och tvång eller samtycke.<sup>18</sup> Det är kanske värt att notera att man inte behöver identifiera sig som feminist för att förespråka samtyckeslagen. Diskussionen har varit mångsidig,<sup>19</sup> och även feminister har kritiserat samtycke.<sup>20</sup> En del feminister har exempelvis argumenterat för att begreppet samtycke är förankrat i traditionella, heteronormativa<sup>21</sup> könsroller om

---

<sup>17</sup> Artikel 46 i Istanbulkonventionen innehåller en utförlig lista över sådana element.

<sup>18</sup> Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? *Lakimies* 5/2017, 789–812. I Sverige har man diskuterat samtyckeslagen intensivt i två decennier. Se Madeleine Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*. Norstedts juridik 2008; Petter Asp, *Sex & samtycke*. Iustus 2010.

<sup>19</sup> Se t.ex. Clare McGlynn – Vanessa E Munro (eds), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*. Routledge 2010.

<sup>20</sup> Kati Nieminen, Mitä raiskauksen määritelmä kertoo oikeuskulttuuristamme. Dan Frände et al. (toim.) *Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio* 2019, s. 390–407, 397.

<sup>21</sup> Begreppet heteronormativitet är utvecklad i feministisk forskning och genusteori och hänvisar till att samhället är organiserat runt en modell som har två kön. Det innebär att man generellt sett och juridiskt endast erkänner två kön, men också att både juridiska och informella praktiker, såsom äktenskap, arbets-

sexualitet som utgår från att mannen är den aktiva sexuella parten. Kvinnan, i egenskap av den passiva parten, kan enligt detta synsätt endast reagera på mannens initiativ, antingen genom att samtycka eller neka.<sup>22</sup> Ulrika Anderssons avhandling är ett gott exempel på en avhandling som har analyserat denna konstruktion i svensk hovrättspraxis.<sup>23</sup> Även Linnea Wegerstads avhandling om sexuellt ofredande kom till den slutsats att brottet definieras i enlighet med den tilltalades avsikter och syften.<sup>24</sup>

Med denna manlig-aktiv/kvinnlig-passiv struktur hänvisar samtyckeskonstruktionen alltså till en heteronormativ uppfattning om sexualitet. Det är inte bara fråga om vad som anses som manligt/kvinnligt, utan även om ett beteendemönster byggt på denna tudelning. Det finska ordet *suostumus* (samtycke) understryker offrets reaktivitet ännu mera än det svenska. Medan det svenska ordet samtycke hänvisar till två eller flera människor som tycker lika, betyder det finska ordet enligt en ordagrann översättning ”medgivande”, alltså ett rent reaktivt ställningstagande. Detta har noterats även i det finländska lagförslaget i förhållande till det engelska ordet *consent*.<sup>25</sup>

I Finland har Helena Jokila fäst uppmärksamhet vid sexualbrottens heteronormativa konstruktion<sup>26</sup> och föreslagit att våldtäkt skulle utformas så, att sex utan aktivt samtycke (*affirmative consent*) borde vara den grundläggande definitionen av våldtäkt. Hon hänvisade till den kanadensiska definitionen som använder uttrycket *voluntary agreement* och som ofta antogs som den mest feministiska våldtäktsdefinitionen – före den svenska reformen år 2018 som har aktualiserat temat frivillighet även i Finland.<sup>27</sup>

---

marknaden, socialt umgänge och sexualitet, utgår från en heteronorm. Se i synnerhet Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Routledge 2006.

<sup>22</sup> Lori B. Girshick, *Woman-to-Woman Sexual Violence: Does She Call It Rape?* Northeastern University Press 2002.

<sup>23</sup> Ulrika Andersson, *Hans (ord) eller hennes? En konsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*. Bokbox 2004.

<sup>24</sup> Linnea Wegerstad, *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*. Lunds universitet 2015.

<sup>25</sup> I promemorian JM 9/2020, s. 112 konstateras följande (på finska):

Vaikka ”suostumus” lienee luontevin yhden sanan käännös englanninkielisestä raiskaussääntelyyn liittyvästä termistä ”consent”, se ei merkitykseltään aivan vastaa tätä termiä. Termi ”consent” kuvaa paremmin molemminpuolista tahtoa tai toiminnan vastavuoroisuutta kuin termi ”suostumus”.

<sup>26</sup> Se Helena Jokila, *Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedot konstruktioit*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010, s. 39.

<sup>27</sup> Till exempel Susan Caringella skissar en modell enligt vilken svaranden måste påvisa frivilligt deltagande om det är fråga om för parterna otypiska former av sex. Susan Caringella, *Addressing Rape Reform in Law and Practice*. Columbia University Press 2009, s. 246.

Mot denna diskussion är det välkommet och modigt att den finska arbetsgruppen 2020 föreslog att det grundläggande elementet i våldtäkt ska vara brist på frivillighet. Det finska reformförslaget betonar ömsesidighet i sexuellt beteende genom att konstatera att ”vanligt godtagbart sexuellt umgänge är ömsesidig aktivitet som sker i samförstånd och i vilket båda parter deltar av sin fria vilja.”<sup>28</sup> I denna definition konstruerar man parterna som aktiva (aktivitet, deltar) och villiga att uttrycka sin åsikt (ömsesidig) och kunniga att förstå en annan parts åsikt (samförstånd). Det är fråga om ett ideal som motsvarar det nutida samhällets normativa bild av vad sexualitet borde vara. Också formuleringen ”icke-frivilligt deltagande” motsvarar denna utgångspunkt.

### 3 Heteronormens konsekvenser i lagen

Även om icke-frivillighet kan ses som ett steg bort från heteronormativitet i jämförelse med samtyckeskonstruktionen, skyntas heteronormen i flera ställen i reformförslaget. Den heteronormativa konstruktionen har praktiska konsekvenser i hur olika sexualbrott definieras i lagtexten. Den heteronormativa konstruktionen av våldtäkt kommer tydligast till uttryck i det att våldtäkt definieras i den gällande lagen som penetrativt samlag (SL 20 kap. 10 § 1 mom.). Denna tradition fortsätter i reformförslaget 2020 som dock utvidgar begreppet samlag så att det omfattar vissa andra närliggande gärningar:

Med samlag avses i denna lag inträngande med könsorgan i en annans kropp eller sexuellt inträngande i en annans könsorgan eller anus, tagande av en annans könsorgan i sin kropp eller beröring av en annans könsorgan eller anus med könsorgan eller mun.<sup>29</sup>

Även om brottet våldtäkt blev könsneutralt enligt lagtexten 1999, påverkar heteronormen diskussionen så att män som offer för våldtäkt lätt förbises<sup>30</sup> och detsamma gäller för andra än heterosexuella parter.<sup>31</sup> Med manliga offer för sexual-

<sup>28</sup> På finska: ”[...] mitä tavanomainen hyväksyttävä seksuaalinen kanssakäyminen on: yhteisymmärryksessä tapahtuvaa vastavuoroista toimintaa, johon molemmat osallistuvat tahdostaan.” JM 9/2020, s. 114. Fritt översatt av mig. Alla översättningar i denna artikel är mina, om inte annat anges.

<sup>29</sup> Det föreslagna SL 20 kap. 23 § 1 mom., JM 9/2020, s. 292.

<sup>30</sup> Se Päivi Honkatukia, Uhrin rikosprosessissa: haavoittuvuus, palvelut ja kohtelu. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2011, s. 42.

<sup>31</sup> Girshcik 2002; Taylor Brown – Jody Herman, Intimate Partner Violence and Sexual Abuse among LGBT People: A Review of Existing Research. The Williams Institute 2015, s. 1–31.

brott hänvisas vanligtvis till unga pojkar som offer för vuxna kvinnor som gärningspersoner, vilket är möjligt och även förekommande. Däremot förbises det lätt att när män är offer för våldtäkt kan det även vara så att gärningspersonen eller -personerna är homo- eller heterosexuella män.<sup>32</sup>

En annan grupp som lätt förbises är homosexuella, bisexuella, trans-, queer- och intersexpersoner (HBTQI) som offer för sexualbrott.<sup>33</sup> Det finns åtskilliga studier som visar att, liksom i alla andra samhällsgrupper, förekommer sexuellt våld även inom HBTQI-grupper.<sup>34</sup> Det går utanför denna texts avgränsning att diskutera möjliga olikheter och likheter i sexuellt beteende bland majoriteter och minoriteter i avseendet sexuell läggning, könsidentitet och könsrädarg.<sup>35</sup> Det är däremot inte så långsökt att förmoda att heteronormativa antaganden om roller, sexuellt beteende och samtycke kan leda till att sexuellt våld är svårare att upptäcka bland minoriteter. Det är svårt för vem som helst att anmäla sexualbrott, och förståeligt nog är tröskeln ännu högre om offret möts med heteronormativa förväntningar som hen inte passar in i. Även därför är ett brottsrekvisit som inte reproducerar heteronormativa könsroller och som utgår från frivillighet att föredra.

#### 4 Frivillighet eller våld, tvång och hot?

Enligt reformförslaget är det en våldtäkt att ha samlag med en person som inte deltar frivilligt (enligt det föreslagna SL 20 kap. 1 § 1 mom.). I den föreslagna SL 20 kap. 3 § anges att den som utsätter en annan som inte deltar frivilligt för beröring eller annan sexuell handling som väsentligt kränker den sexuella självbestämmanderätten, ska dömas för sexuellt övergrepp. Utgångspunkten är således tydlig: sex med en som inte deltar frivilligt är ett allvarligt brott.

Förslaget kompletterar dock huvudregeln med ytterligare två gärningsbeskrivningar. Reformförslaget för våldtäkt innehåller i andra momentet en modi-

---

<sup>32</sup> Noreen Abdullah-Khan, *Male Rape: The Emergence of a Social and Legal Issue*. Palgrave-Macmillan 2008; Honkatukia 2011.

<sup>33</sup> Europeiska studier, som dock är mindre specifika om vilken typ av sexualiserat våld det är fråga om, visar att sexuella minoriteter ofta är föremål för sådant våld och att gärningspersoner oftast är heterosexuella män. Se European Union Fundamental Rights Agency, *European Union Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Survey. Main Results*. FRA 2014a, s. 63–64; samt European Union Fundamental Rights Agency, *Being Trans in the European Union: Comparative Analysis of EU LGBT Survey Data*. FRA 2014b, s. 55–58.

<sup>34</sup> Brown – Herman 2015, s. 1–31; Girschick 2002; Abdullah-Khan 2008.

<sup>35</sup> Melanie Ann Beres, *Rethinking the Concept of Consent for Anti-sexual Violence Activism and Education*. *Feminism & Psychology* 24(3) 2014, s. 373–389.



fierad upprepning av den gällande våldtäktsparagrafen.<sup>36</sup> Enligt andra momentets första punkt ska den som med våld eller hot tvingar en annan till samlag dömas för våldtäkt. Detta är uppenbart, samlag kan inte vara frivilligt om det åstadkoms genom våld eller hot. Därför finns det anledning att fråga, varför ska man nämna en så självklar tolkning i lagtexten? Enligt förslaget är syftet att göra regleringen tydligare och förenkla lagtillämpningen.<sup>37</sup>

Det är säkert angeläget att ge exempel på icke-frivillighet i lagtexten eller i motiven. Men sådana exempel borde klargöra eventuella betänkligheter, inte upprepa självklarheter. Under reformarbetet gjorde en arbetsgrupp vid Åbo universitet, i vilken jag ingick, en studie om fall av anmälda sexualbrott där polisen eller åklagaren hade lagt ned förundersökningen eller tingsrätten hade förkastat åtalet.<sup>38</sup> Enligt studien finns det i praktiken knepigare tolkningsfrågor. Ofta kunde man se i beskrivningen att den misstänkta hade använt våld men i så pass mild grad eller med så få fysiska spår – hen hade hållit i målsägande, knuffat eller tryckt – att myndigheten i fråga helt förbisett våldet. En upprepning av den nuvarande paragrafen i den nya lagtexten skulle troligtvis inte underlätta tolkningen i sådana fall.

Jag undrar om det möjligtvis är så att arbetsgruppen inte har litat på frivillighetsrekvisitet? De har kanske tänkt att icke-frivillighet inte skulle erkännas i praktiken, och därför har de föreslagit att den gamla definitionen, inklusive dess våldsrekvisit, bibehålls parallellt med den nya lagstiftningen. Denna misstänksamhet kan vara befogad, men den innebär onekligen en risk för att ingenting ändras, utan att gamla tolkningar och tillämpningar fortsätter.<sup>39</sup>

## 5 Sårbarhet och icke-frivillighet

Förslaget innebär att också att det andra rekvisitet i den nuvarande våldtäktsparagrafen som innehåller utnyttjande av sårbarheter ska bibehållas (SL 20 kap. 1 § 2 mom.). Rekvisitet ska dock modifieras märkbart på två sätt.

---

<sup>36</sup> Förslaget sexuellt övergrepp har samma struktur i det föreslagna SL 20 kap. 3 § 2 mom.

<sup>37</sup> JM 9/2020, s. 151–152.

<sup>38</sup> Daniela Alaattinoğlu – Heini Kainulainen – Johanna Niemi, Raiskausrikosten eteneminen rikosprosessissa. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 1/2020; Daniela Alaattinoğlu – Heini Kainulainen – Johanna Niemi, Rape in Finnish Criminal Law and Process – A Discussion on, and Beyond, Consent. *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 8(2) 2020, s. 33–53.

<sup>39</sup> Daniela Alaattinoğlu drar även denna slutsats i Daniela Alaattinoğlu, När en paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällelig debatt. *JFT* 2/2020, s. 275–282, 280.

För det första innehåller förslaget en mera omfattande uppräknning av de tillstånd som kan leda till ansvar för våldtäkt. I tillägg till de nuvarande grunderna medvetlöshet, sjukdom, funktionsnedsättning och rädsla, nämns i förslaget nedsatt medvetandetillstånd, kraftig berusning och det faktum att situationen uppstår plötsligt. Det är i princip välkommet att listan innehåller flera typexempel av icke-frivilliga sexuella situationer. Den nya förteckningen omfattar dock inte alla situationer som är typiska för sexuellt utnyttjande av människor i sårbara lägen. Det är förmodligen inte heller möjligt att konstruera en heltäckande lista. Som exempel på typiska situationer där sårbara människor utnyttjas sexuellt och annars utan frivillighet från deras sida är att de sover, är hemlösa, narkotikaberoende, papperslösa, har ett tillfälligt uppehållstillstånd eller utnyttjas i prostitution och sexhandel.<sup>40</sup> Den nuvarande lagen innehåller tilläggsrekvisitet ”annat hjälplöst tillstånd” som man skulle kunna tolka så att det omfattar olika situationer där det är omöjligt att neka sexuellt umgänge. Detta tillägg ska dock tas bort enligt förslaget. Det sägs däremot i justitieministeriets promemoria att listan inte är uttömmande,<sup>41</sup> men det kan man inte utläsa av den föreslagna lagtexten. Andra sårbarheter skulle således tolkas enligt rekvisitet icke-frivillighet.

En annan ändring och en tydlig förbättring i förslaget är ersättandet av rekvisitet ”inte kan försvara sig eller förmår utforma eller uttrycka sin vilja” med ”inte har möjlighet att utforma eller uttrycka sin vilja”. Spåren av den urgamla förutsättningen att offret måste försvara sig har därigenom slutligen uttraderats.<sup>42</sup> Dessutom har man modifierat rekvisitet som gäller offrets vilja. Meningen är att det gamla rekvisitet som hänvisar till en näst intill total brist på medvetande eller funktion ska ersättas med en nedsatt förmåga till att kunna göra sina önskemål hörda. Formuleringen är ett alternativt sätt att säga att det inte är frivilligt om man inte har möjlighet att vilja.

Jag anser att dessa två ändringar är tydliga förbättringar i förhållande till den andra punkten i den föreslagna SL 20 kap. 1 §. Men hela den föregående diskussionen utgår från att det måste finnas en *orsak* till offrets passivitet. Därför är även den

---

<sup>40</sup> Ett exempel på en längre lista över sårbarheter finns i den förklarande promemorian till Istanbulkonventionen, se Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Council of Europe Publications 2011, punkt 87:

[...] vulnerable by particular circumstances include: pregnant women and women with young children, persons with disabilities, including those with mental or cognitive impairments, persons living in rural or remote areas, substance abusers, prostitutes, persons of national or ethnic minority background, migrants – including undocumented migrants and refugees, gay men, lesbian women, bi-sexual and transgender persons as well as HIV-positive persons, homeless persons, children and the elderly.

<sup>41</sup> JM 9/2020, s. 152.

<sup>42</sup> Se Daniela Alaattinoğlus inledning till detta temanummer.

förbättrade versionen problematisk. Den kan nämligen tolkas så att passivitet utan en orsak som nämns i listan betyder frivillighet. I den internationella diskussionen har man hänvisat till ”tvingande omständigheter” som antingen en alternativ gärningsbeskrivning eller en tolkning av bristande samtycke.<sup>43</sup> Enligt Alaattinoğlu, Kainulainen och Niemis (2020) tidigare nämnda studie av nedlagda fall av anmälda sexualbrott var den sårbara situationen i praktiken ofta en kombination av flera faktorer, såsom berusning, ung ålder, någon grad av funktionsnedsättning, överraskning, kanske även mild fysiskt våld.<sup>44</sup> Ibland hade en ung kvinna även sagt i klarspråk att hon inte ville ha sex, men den andra personen genomförde samlaget ändå.<sup>45</sup> Om ingendera av faktorerna är tillräcklig för att den föreslagna SL 20 kap. 1 § 2 mom. 2 punkten (sårbarhet) ska kunna tillämpas, ska fallet tolkas enligt rekvisitet icke-frivillighet. Detta är komplicerat och onödigt i teorin och man kan undra om tolkningsprocessen i praktiken kommer att fungera. Det är möjligt att ett erkännande av olika former av sårbarhet i lagtexten underlättar, och breddar, tolkningen av rekvisitet icke-frivillighet, men det är likväl möjligt att tillämpningen förblir densamma som i dag.

## 6 Passivitet som frivillighet?

Den möjligtvis teoretiskt svåraste och i praktiken mest kontroversiella frågan om samtycke och frivillighet gäller passivitet. Många kvinnor som har blivit utsatta för sexuellt våld uttrycker sin upplevelse som ”paralyserande”. Å andra sidan är det vanliga försvaret i våldtäktsmål att svaranden uppfattade målsägandens passivitet som samtycke eller frivillighet.<sup>46</sup>

Reformpromemorian diskuterar konkludenta sexuella situationer, vilka även kan innefatta situationer när en part är passiv, och avvisar ett krav på explicit samtycke som grundelement i våldtäkt, eftersom ett sådant krav ”skulle kunna utvidga

---

<sup>43</sup> Se t.ex. UN Women, Handbook for Legislation on Violence against Women. UN Publications 2010; Helena Jokila – Johanna Niemi, Rape Law and Coercive Circumstances, s. 120–136 i verket Marie B Heinskou – May-Len Skilbrei – Kari Stefansen (eds), Rape in the Nordic Countries. Routledge 2019.

<sup>44</sup> Se Alaattinoğlu – Kainulainen – Niemi 2020. Det framkommer i en studie av Kimpimäki att det också finns fällande domar i liknande situationer där målsäganden varit ett barn. Minna Kimpimäki, Sukupuoliyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei? Lakimies 6/2018, 677–697.

<sup>45</sup> Se även Jokila – Niemi 2019.

<sup>46</sup> Om diskussionen i Tyskland och Sverige efter samtyckesreformen, se Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2020b, s. 958–976.

kriminaliseringen till konkludenta situationer.”<sup>47</sup> Det här är kärnfrågan när vi övergår från tvång, hot och hjälplöshet till samtycke och frivillighet: Hur kommunicerar man frivillighet eller samtycke? Kan passivitet tolkas som samtycke eller frivillighet? Enligt kommitténs resonemang skulle samtycke ge ett bredare utrymme för att tolka passivitet som frivilligt deltagande i sexuellt umgänge än frivillighet. Detta är väl inte vad feministerna har eftersträvat när de har förespråkat samtycke?

Frågor om frivillighet och samtycke är i grund och botten filosofiska<sup>48</sup> men de har betydliga, konkreta konsekvenser. När det finns bristande bevisning gällande parternas frivillighet, måste myndigheterna ofta tolka omständigheterna.<sup>49</sup>

En typsituation som kom upp i vår ovannämnda studie om fall där förundersökningen hade lagts ned eller åtalet förkastats var ett fall där en vuxen kvinna, som varit väldigt berusad (polisen hade inte ordnat kemiska prov för knockoutdroger) gjorde en polisanmälan för våldtäkt. Hon hade medicinsk bevisning för samlag, kanske även några skador i underlivet, men kunde inte ge en koherent beskrivning av händelserna. Gärningsmännen, å andra sidan, (det kunde vara flera gärningsmän eller en gärningsman och hans vän som vittne) vittnade om samtycke och att det var kvinnan som varit initiativtagare. Hur ska man tolka sådana situationer i ljuset av det föreslagna frivillighetsrekvisitet?<sup>50</sup> Läsaren får väl stanna upp och reflektera över situationen.

Många feminister har hävdats att man borde beakta de maktförhållanden under vilka ett frivilligt deltagande inte är möjligt.<sup>51</sup> Diskussionen om maktutövande är inte lätt, men den borde genomsyra reformdiskussionen. Fri vilja är ett begrepp som har en anknytning till liberal teori, och begreppet samtycke skiljer sig inte nämnvärt från det. De är begrepp som kan fungera väl för vuxna, självständiga kvinnor, men mindre

<sup>47</sup> På finska: ”myös nimenomaisen suostumuksen vaatiminen voisi laventaa kriminalisointia konkludenttisiin tilanteisiin”. JM 9/2020, s. 113.

<sup>48</sup> Minni Leskinen, Towards a New Ethics of Sexual Selfdetermination: Finnish Rape Law through the Speculum of Feminist Philosophy. No Foundations 17/2019, s. 78–105.

<sup>49</sup> Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, *M.C. v. Bulgaria*. App. No. 39272/98 (4.12.2003), punkt 161: ”context sensitive assessment of the evidence”. Istanbulkonventionens förklarande rapport anger även att samtycket som krävs är ”freely given consent in the context of the surrounding circumstances”. Council of Europe 2011, punkt 193.

<sup>50</sup> Alaattinoglu – Kainulainen – Niemi 2020, se särskilt s. 114–116.

<sup>51</sup> Se Michael Buchhandler-Raphael, The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power. Michigan Journal of Gender & Law 18(1) 2011, s. 147–228, 199. Diskussionen härleds från krigsribunalerna ICTY och ICTR som ansåg att under tvingande omständigheter var begrepp som samtycke och frivilligt deltagande inte direkt relevanta på samma sätt som under icke-tvingande omständigheter. Se Catharine MacKinnon, Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. Columbia Journal of Transnational Law 44(3) 2006, s. 940–958; Jokila – Niemi 2019.

väl när det är fråga om människor som redan från början befinner sig i en svag eller sårbar situation och har svårt att uttrycka sig. Därför är utvidgningen i den föreslagna SL 20 kap. 1 § 2 mom. 2 punkten viktig, men den kan ändå vara vilseledande när det gäller tolkning av frivillighetsrekvisitet.

Slutsatsen om förhållandet mellan det första och andra momentet i den föreslagna våldtäktsparagrafen (SL 20 kap. 1 §) är att arbetsgruppen har velat behålla den nuvarande paragrafen, utan dess uppenbara orimligheter, och lagt till frivillighet för att uppfylla Istanbulkonventionens och politikernas krav. Man har inte vågat lita på brist på frivillighet som utgångspunkt för utvärdering av olika situationer, utan hellre litat på den gamla regleringen med våld och hjälplöshet. Detta är ett problem för tillämpningen av andra momentet med förteckningen över sårbarheter som inte innehåller ett allmänt sårbarhetskriterium.<sup>52</sup>

## 7 Sexuellt utnyttjande i ett beroendeförhållanden

När grundelementet i våldtäkt är brist på frivillighet måste man analysera vad detta innebär i förhållande till situationer där frivillighet eller förmågan att ge samtycke är begränsad av strukturella eller individuella skäl. Terttu Utriainen, i sitt tidigare nämnda föredrag för riksdagens feministgrupp, framhävde särskilt att frivillighet systematiskt och konsekvent måste genomsyra lagstiftningsarbetet även när det gäller situationer där frivilligheten är begränsad.

Kärnfrågorna gäller då vilken grad av strukturell hierarki eller individuellt beroendeförhållande som gör det omöjligt att samtycka eller delta frivilligt i en sexuell handling. Sådana situationer regleras nu i SL 20 kap. 5 § som sexuell utnyttjande av personer som är 16 år och äldre, och enligt förslaget ska paragrafen ingå i den nya lagen i stort sett i oförändrad form.<sup>53</sup> Systematiskt och teoretiskt sett ändras regleringen dock grundligt. Enligt förslaget ska nämligen våldtäkt och sexuell övergrepp vara primära brottsbestämmelser i förhållande till den föreslagna bestämmelsen SL 20 kap. 5 § om sexuell utnyttjande. Den föreslagna SL 20 kap. 5 § ska alltså endast tillämpas om icke-frivilligheten inte uppfyller kraven enligt de föreslagna SL 20 kap. 1 § eller 20 kap. 3 §. Detta är en logisk slutsats av frivillighets-elementet; när ett icke-frivilligt samlag eller en sexuell handling är en våldtäkt, gäller

---

<sup>52</sup> Istanbulkonventionens definition av sexualbrott bygger helt på samtycke (artikel 36). Sårbarhet borde vara ett element som gör brottet mera allvarligt enligt artikel 46.

<sup>53</sup> Även motiveringen är på många ställen likadan som i den tidigare totalreformen år 1997. Se JM 9/2020, s. 165 ff. jfr RP 6/1997 rd, s. 178.

detta även i förhållande till personer som står i beroendeförhållande till gärningspersonen.

Frågan som följer av detta resonemang är dock vilken betydelse särskilda regler om sexuellt utnyttjande i beroendeförhållanden har i förhållande till de andra sexualbrotten. Därför är det angeläget att titta närmare på vilka situationer som karakteriseras som sexuellt utnyttjande i den finska lagen, både den gällande och den föreslagna.

Både den nuvarande och den föreslagna regleringen SL 20 kap. 5 § innehåller två olika huvudkategorier av beroendeförhållanden: unga som är över skyddsåldern (16 år) men inte vuxna (under 18 år) och vuxna personer som är i en särskild vårdrelation. I bägge fall består rekvisitet i lagtexten och i förslaget av beroendeförhållandet plus utnyttjande av den överordnade ställningen. Beroendeförhållandet kan bero på hierarkin eller på den underordnade partens personliga och individuella egenskaper och förhållanden.

När det gäller 16- och 17-åringar beskrivs beroendeförhållandet så att offret är ”i en skola, inrättning eller fritidsverksamhet under gärningsmannens bestämmanderätt, övervakning eller jämförbart underordnat förhållande” (en hierarki) eller så att offret har ”en svagare förmåga än gärningsmannen” att besluta om sex på grund av omognad och åldersskillnaden (individuella omständigheter).<sup>54</sup> Bestämmelsen ska inte tillämpas när det är fråga om ett ”likvärdigt utgångsläge” eller en ”likvärdig situation”.<sup>55</sup> Frågan som följer är dock hur den beskrivna situationen kan vara likvärdig?

När det gäller vuxna i vårdrelationer finns det, för det första, en kombination av hierarkiska institutionella (sjukhus eller annan inrättning) och individuella faktorer (sjukdom, funktionsnedsättning, väsentligt nedsatt förmåga att utforma sin vilja) som beaktas i lagstiftningen.<sup>56</sup> Lagen innefattar även andra vårdrelationer, där offret inte befinner sig på en institution, men befinner sig i en synnerligen beroende ställning till gärningspersonen (en hierarki), vilket också kan bero på vårdarens psykosociala maktposition (individuella omständigheter).<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> SL 20 kap. 5 § 1 mom. 1 och 2 punkten. Den föreslagna SL 20 kap. 5 § 1 mom. 1 och 2 punkten. Det kan nämnas här att 2 punkten (omognad och åldersskillnad) infogades i lagen under riksdagsbehandlingen. Lagutskottet resonerade runt omognad och övertalning och grovt utnyttjande av omognad, men nämnde inte att punktens bakgrund var den tidigare högre skyddsåldern (18) för homosexuella förhållanden. LaUB 3/1998 rd, s. 22.

<sup>55</sup> JM 9/2020, s. 167.

<sup>56</sup> Föreslagen SL 20 kap. 5 § 1 mom. 3 punkten.

<sup>57</sup> Föreslagen SL 20 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten.

Det är klart att sexuella relationer i alla de situationer som beskrivs i lagen strider mot professionella etiska standarder.<sup>58</sup> Det råder ingen tvekan om att en person som befinner sig i ett vård- och beroendeförhållande i förhållande till gärningspersonen har en begränsad möjlighet att frivilligt delta i sexuellt umgänge, och graden av möjlighet till frivilligt deltagande kan variera mycket. Det är givetvis även möjligt att en läkare och en patient förälskar sig och inleder ett sexuellt förhållande utan att det förekommer utnyttjande i relationen.<sup>59</sup> Den etiska regleringen behöver inte vara likadan som den straffrättsliga.<sup>60</sup> Detta har man iakttagit i formuleringen av SL 20 kap. 5 § så att straffansvaret kräver *utnyttjande* av ställning.

Formuleringen ger upphov till olika frågor när det gäller hierarkiska förhållanden jämfört med mera individuella egenskaper. De hierarkiska förhållandena som beskrivs i paragrafen, alltså skola, sjukhus, institutionalisering för barn eller vuxna, samt fritidsverksamhet för unga och sjukhus, väcker frågan om inte dessa förhållanden *i sig* ger anledning att misstänka bristande frivillighet? Infogandet av ytterligare förutsättningar för straffansvar (utnyttjande av ställning, bestämmanderätt över offret, nedsatt förmåga eller liknande) indikerar även här att man i lagförarbetena inte har litat på att frivillighet skulle utgöra en tillräcklig tolkningsgrund.

Förutsatt att frivillighet tas på allvar i regleringen av sexualbrott, kan man då ställa sig frågorna om huruvida och varför SL 20 kap. 5 § över huvud taget borde existera som ett separat delikt? Den uppenbara risken är igen att den föreslagna SL 20 kap. 5 § urvattnar frivillighet som rekvisit och att personer som befinner sig i en skola, ett sjukhus eller en annan institution och således befinner sig i beroendeställning endast skyddas via regleringen om sexuellt utnyttjande, inte exempelvis paragraferna om våldtäkt eller sexuellt övergrepp. Ytterst relevant är även att sexuellt utnyttjande har en lägre straffskala än våldtäkt och många andra sexualbrott.

Frågan blir ännu besynnerligare när man beaktar att våldtäkt och sexuella övergrepp är grova brott när de begås mot en person som har fyllt 16 men inte 18 år (den föreslagna SL 20 kap. 2 § 1 mom. 4 punkten och 20 kap. 4 § 1 mom. 4 punkten). Alltså ofrivilligt sex med en 16- eller 17-åring är ett grovt brott, men om hen står i

---

<sup>58</sup> Även helt frivilliga förhållanden, som inte har straffrättsliga aspekter, kan vara problematiska från etiska och professionella perspektiv i institutionella situationer. En vårdare, läkare, instruktör eller andra professionella aktörer bör behålla en professionell attityd i förhållande till patienter eller klienter, vilket ett nära förhållande kan störa. Dessutom måste ett professionellt arbete också utifrån sett se ut som sådant.

<sup>59</sup> Jag vet dock inte om det finns konkreta riktlinjer om hur arbetsledningen bör handla i en sådan situation. Till exempel hälsovårdens etiska riktlinjer rör sig på en mera abstrakt nivå. Sosiaali- ja terveystieteiden perusta. Etene-julkaisu 32/2011. Flyktingförläggningar brukade ha mycket stränga regler om förhållandena mellan asylsökanden och personalen. Vasa hovrätt har dock ansett att en uppsägning på grund av ett förhållande är orimligt. VHR 15.10.2018 S 18/731.

<sup>60</sup> JM 9/2020, s. 171.

beroendeförhållande till gärningspersonen och det sexuella umgänget anses frivilligt, är det ett lindrigare brott. Det är möjligt att systematisera detta med följande exempel-fall där en (vuxen) person har

Fall 1: sex med en frivillig 16–17-årig men inget beroendeförhållande → inget brott

Fall 2: sex med en frivillig 16–17-årig som är i beroendeförhållande → inget brott

Fall 3: sex med en frivillig 16–17-årig som är i beroendeförhållande + utnyttjande av detta förhållande → sexuellt utnyttjande

Fall 4: sex med en icke-frivillig 16–17-årig oavsett förhållande → grov våldtäkt.<sup>61</sup>

Det är inte helt lätt att formulera tydliga riktlinjer till alla lärare, tränare, arbetsgivare och ungdomar som berörs av regleringen. Regleringen och dess motivering konstruerar två olika situationer där tydliga hierarkier råder. I den ena är det frågan om ojämlikhet och övertalning, och i den andra jämlikhet (situationerna 2 och 3 ovan). I bägge situationer beskrivs det sexuella umgänget som frivilligt. Även om man antar att sex kan vara frivilligt under sådana hierarkiska förhållanden, är det svårt att se hur skillnaden ska göras i praktiken. Som en följd av detta är det möjligt att framtida rättegångar fokuserar på det unga offrets frivilliga beteende, i stället för att fokusera på gärningspersonens sexuella maktutövning.

## 8 Frivillighet i förhållande till barn

Hur man än reglerar våldtäkt och andra allvarliga sexuella kränkningar, finns det ett särskilt behov av att skydda barn mot sexuella kränkningar. Skyddet innebär att det finns en särskild skyddsålder i lagstiftningen som betyder att ett barn under denna ålder inte kan ge ett giltigt samtycke till samlag eller annan handling med ett en väsentligt sexuell innebörd. Denna åldersrelaterade skyddsgräns varierar nationellt, i Europa är den mellan 14 och 17 år.<sup>62</sup> Det finska förslaget innebär dock en helt

<sup>61</sup> En våldtäkt mot en person som är under 18 år gammal betraktas som grov enligt SL 20 kap. 2 §.

<sup>62</sup> European Union Fundamental Rights Agency, Mapping Minimum Age Requirements Concerning the Rights of the Child in the EU. FRA 2017. Det finns dock, precis som i Finland, undantagsregler för jämnåriga ungdomar.



annorlunda reglering. Enligt reformförslaget ska sexualbrott mot barn helt skiljas från regleringen och bedömningen av sexualbrott mot vuxna.<sup>63</sup>

Sexualbrott mot barn ska i huvudsak skiljas från sexualbrott mot vuxna [...] Isärhållande skulle göra regleringen tydligare. Dessutom skulle regleringen gällande barn bli tydligare eftersom man endast skulle använda ett brottstadgande när det gäller ett enda brott.<sup>64</sup>

Enligt den nuvarande regleringen är det möjligt att en och samma gärning straffas samtidigt som sexuellt utnyttjande av barn (SL 20 kap. 6 §) och som våldtäkt (SL 20 kap. 1 §) enligt principen om brottskonkurrens. Detta ska alltså inte vara möjligt i framtiden enligt förslaget.

Isärhållandet gäller dock endast brottsrubriceringen. Innehållsmässigt hänvisar de föreslagna regleringarna för sexualbrott mot barn till våldtäktsdefinitionen med dess innehåll icke-frivillighet, våld och utnyttjande av sårbarheter.<sup>65</sup>

Justitieministeriets förslag innehåller en avgörande ändring av åldersgränserna. Skyddsåldern på 16 år ska bibehållas, men den gäller endast om det finns en väsentlig skillnad i åldern och mognaden mellan parterna.<sup>66</sup> Skillnader i ålder och mognad har betydelse också när brottets allvarlighetsgrad ska bedömas. Dessutom ska den nya skyddsåldern 12 år förbjuda allt sexuellt umgänge med barn under 12.<sup>67</sup>

När det gäller ungdomar som är 12, 13, 14 och 15 år gamla ska man alltså först kontrollera om det finns en väsentlig skillnad i ålder och mognad. Om en sådan skillnad saknas, övergår bedömningen till rekvisiten icke-frivillighet, våld och sårbarheter enligt gärningsbeskrivningarna för våldtäkt eller sexuellt övergrepp.

Även om promemorians motiv betonar tydlighet, anser jag att denna dubbelreglering med våldtäkt/sexuellt övergrepp plus relativ åldersgräns är ganska komplicerad. Dessutom diskuterar promemorian hur man ska tolka frivillighet när det gäller ungdomar, vilket enligt arbetsgruppen skiljer sig från tolkningen gällande

---

<sup>63</sup> JM 9/2020, s. 10, 74, 121.

<sup>64</sup> JM 9/2020, s. 91.

<sup>65</sup> Föreslagen SL 20 kap. 12 § våldtäkt mot barn med hänvisning till våldtäkt, 20 kap. 15 § sexuellt övergrepp mot barn med hänvisning till sexuellt övergrepp. Skillnader i ålder och mognad har betydelse också när brottets allvarlighetsgrad ska bedömas.

<sup>66</sup> JM 9/2020, s. 100.

<sup>67</sup> Barn betyder här barn och ungdomar som är under 16 år, liksom i den nuvarande lagen. Det finns ingen diskussion om skyddsåldern i betänkandet. Enligt artikel 1 i FN:s konvention om barnets rättigheter 1989 (barnkonventionen) är alla som är under 18 år barn. Finland ratificerade konventionen 1991. Detsamma gäller enligt artikel 3 a i Lanzarotekonventionen.

vuxna offer.<sup>68</sup> Rapporten innehåller också instruktioner om hur man ska tolka en ”väsentlig skillnad i ålder”. En väsentlig skillnad skulle vara sex år om barnet är 15, fem år om hen är 14, fyra om 13 och tre om 12.<sup>69</sup> Det är tveksamt om denna typ av lagstiftning i motiven uppfyller straffrättens legalitetsprincip som förutsätter att strafflagens delikt är tydligt definierade.<sup>70</sup> I förhållande till Finlands folkrättsliga förpliktelser, kan man fråga om skyddet uppfyller barnkonventionens och Lanzarote-konventionens krav om särskilt skydd för alla barn under 18 år.<sup>71</sup>

Dessutom rör sig diskussionen på ett ganska allmänt och abstrakt plan, utan konkreta exempel. Man skulle exempelvis kunna förklara hur (bristande) frivillighet ska tolkas i fall där en 15-årig pojke övertalar en 13-årig flicka att sända nakenbilder på sig själv och därefter har sex med flickan, som vet att sådana bilder lätt cirkulerar bland ungdomar. Räknas sådana fall som frivilligt sex? Och är regleringen om åldersskillnaden rimlig i sådana, inte så otänkbara, fall? Man kan variera exemplet med att sätta in olika ålderskonstellationer, såsom 15/20,<sup>72</sup> 14/18, och så vidare.

En motivering till regleringen är att skydda ungdomar mot de olägenheter som en möjlig förundersökning om brott kan åstadkomma för ungdomar som har haft frivilligt sexuellt umgänge.<sup>73</sup> Motiven påminner mig om min studietid, då det ansågs vara viktigt att skydda kvinnor mot våldtäktsrättegångar genom att reglera våldtäkt som ett målsägandebrott.<sup>74</sup> En tillämpning av ett icke-frivillighetskriterium i förhållanden mellan ungdomar kommer troligen inte göra det lättare för socialarbetare och vårdare att veta när man ska anmäla<sup>75</sup> eller för poliser att utreda brott. I den tidigare nämnda studien om nedlagda våldtäktsförundersökningar fanns det flera polisanmälningar om våldtäkter mot minderåriga där förundersökningen lades ner i

---

<sup>68</sup> JM 9/2020, s. 186.

<sup>69</sup> JM 9/2020, s. 188. Den nuvarande regleringen som innebär ett undantag från skyddsåldern kom år 1999 att ersätta en reglering som innebar två skyddsåldrar: 16 för de som är över 16 år gamla och 14 för ungdomar som är 14 och 15 år gamla. Det tycks finnas en tendens att utvidga ”den väsentliga skillnaden” i åldern. Se HD 2020:15 där en 17-åring hade samlag med ett 12-årigt barn. Undantagsregeln tillämpades inte, men gärningsmannen undgick straff.

<sup>70</sup> Sakari Melander, Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja rikosoikeudellinen tulkinta. Defensor Legis 4/2015, s. 644–661.

<sup>71</sup> Lanzarotekonventionen; barnkonventionen, i synnerhet artikel 19.

<sup>72</sup> Som i fallet HD 2021:22.

<sup>73</sup> JM 9/2020, s. 100.

<sup>74</sup> Även i RP 6/1997 rd, s. 163 anförs denna typ av argumentation, också i förhållande till sexualbrott mot barn.

<sup>75</sup> Barnskyddslagen 417/2007, 25 § 3 mom. (1302/1302).

ett tidigt skede.<sup>76</sup> Det kunde vara fråga om en uppenbar icke-frivillighet från offrets (ofta en minderårig flickas) sida där mängden fysiskt våld som använts inte ansågs vara tillräcklig, där någon strafflagsenlig hjälplöshet inte ansågs finnas och den andra parten var i åldern 16–21.

Under min långa erfarenhet av forskning om sexualbrott har jag kommit till den slutsatsen att det finns en grupp av potentiella gärningsmän som är väldigt medvetna om lagstiftade åldersgränser och benägna att använda luckor i dem. Internet och telefonapplikationer har gjort det lättare att få kontakt med, och även potentiellt lura, unga personer att försätta sig i svåra och utsatta situationer av begränsad frivillighet, som i exemplet ovan.<sup>77</sup> Därför finns det ett behov av ett väldigt tydligt budskap om skyddsåldern till potentiella gärningspersoner. En komplicerad reglering är däremot omöjlig att förmedla till allmänheten och väldigt svår att tolka och tillämpa för poliser, åklagare, domstolar och jurister.

Om man väljer det konventionella systemet med en fast skyddsålder, som alla andra nordiska och västländer<sup>78</sup> följer, måste man diskutera vad som är en lämplig ålder. Jag har, i likhet med många andra jurister, tidigare tänkt att 15 år, som är också åldern för straffrättsligt ansvar i Finland, skulle vara den mest logiska. Å andra sidan har jag iakttagit många fall av den typ som jag beskrivit ovan, där den första kontakten mellan den tilltalade och målsäganden varit virtuell. Därför är den nuvarande skyddsåldern på 16 år inte heller orimlig. Men detta är en fråga som politikerna måste besluta om.

## 9 Avslutande kommentarer

Utraiains tidigare nämnda kommentar, att straffrätten är ett teoretiskt område där dess grundläggande principer och systematik är viktiga, var utgångspunkten för denna artikel. Övergången från våld och hot till icke-frivillighet som grundläggande element för våldtäkt är en paradigmatiske ändring som borde genomsyra hela regleringen av sexualbrotten. Den här artikeln har gått igenom de mest centrala bestämmelserna i 20 kap. i strafflagen och i reformförslaget för att granska vad denna paradigmatiske ändring skulle betyda. Slutsatsen är att man inte på ett grundläggande

---

<sup>76</sup> Alaattinoğlu – Kainulainen – Niemi 2020.

<sup>77</sup> Se Elisabeth Fransson – Trond Martinsen – Elisabeth Staksrud, Rape in the age of the internet, s. 189–204 i verket Marie B Heinskou – May-Len Skilbrei – Kari Stefansen (eds), Rape in the Nordic countries. Routledge 2019.

<sup>78</sup> European Union Fundamental Rights Agency 2017.

sätt tänkt igenom vad icke-frivillighet betyder i förhållande till barn eller andra människor som befinner sig i sårbara situationer eller beroendeförhållanden.

Reformförslaget bereddes i relativt snabb takt och därför är det förståeligt att alla aspekter inte har granskats ordentligt. Det finns nu ett politiskt stöd för en samtyckesreform, som i sin tur har fått vänta alltför länge. För att ge mera tid för diskussion och eftertanke, men samtidigt snabbt införa en samtyckesreform, kunde en möjlighet vara att införa icke-frivillighet som grundelement i våldtäkt och skjuta upp en del av de andra reformerna till en senare tidpunkt. Det är också klart att det behövs mer forskning om de teoretiska utgångspunkterna i sexualbrottslagstiftningen och det är glädjande att en ny generation av forskare har visat intresse inom detta område.