



LUND UNIVERSITY

Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke?

Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018

Wegerstad, Linnea

Published in:

Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland

2021

Document Version:

Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Wegerstad, L. (2021). Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, (4-5), 353–372.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Universitetslektor Linnea Wegerstad, Lunds universitet

Är det straffbart att ta av kondomen utan samtycke? Rättsläget efter den svenska våldtäktsreformen 2018*

Sammanfattning

I olika sammanhang har det uppmärksammats att personer utan samtycke tar av kondomen under sexuellt umgänge. I den här artikeln analyseras i vilken utsträckning beteendet är kriminaliserat enligt den svenska våldtäktslagstiftningen, som bygger på icke-frivillighet som gränsdragande rekvisit. Enligt förarbetena kan vilseledande i fråga om preventivmedel inte medföra att ett deltagande inte är frivilligt. Artikeln visar dock att penetration utan kondom kan förstås som en annan sexuell handling än vad parterna kommit överens om. På så sätt kan kondomsvek likställas med de så kallade överrumpningsfallen som nu omfattas av våldtäkt. Min analys av kondomsvek är ett exempel på att lagtextens definition av våldtäkt inte är helt enkel tolka. Ett skäl för det är att den utsattes beteende, vilja och uttryck utgör gränsen för det straffvärda beteendet. En jämförelse görs med brottet sexuellt ofredande, vars utformning snarare sätter främst huruvida gärningspersonens beteende är klandervärd. I artikeln dras även översiktliga paralleller till den diskussion som förs i Finland om hur sexualbrottslagstiftningen kan reformeras.

1 Inledning

När en ny definition av våldtäkt infördes i Sverige 2018 framhölls att lagen skulle sända budskapet att ”sex ska vara frivilligt”.¹ Budskapet bär en skenbar klarhet – det är självklart att sex ska vara frivilligt – men vad utmärker ett icke-frivilligt deltagande? Ett exempel är frågan om ett samlag kan anses frivilligt när parterna kommit överens om att kondom ska användas, men den ena tar av kondomen i smyg.²

* Jag vill tacka Daniela Alaattinoğlu som uppmärksammade mig på hur frågan har hanterats i den finska reformen, hjälpte till med översättning och gav värdefulla synpunkter på tidigare utkast.

¹ Regeringskansliet, En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet 20.3.2018, publicerat på <www.regeringen.se/pressmeddelanden/2018/03/en-ny-sexualbrottslagstiftning-byggd-pa-frivillighet/>, senast besökt 21.5.2021.

² För fler exempel på att samtycke i sexuella situationer inte är helt oproblematiskt, se Lena Gunnarsson, Samtyckesdynamiker: sex, våldtäkt och gråzonen däremellan. Studentlitteratur 2020; Charlotta Holmström – Lars Plantin – Eva Elmerstig, Complexities of sexual consent: young people’s reasoning in a Swedish context. *Psychology & Sexuality* 11(4) 2020, s. 342–357; Folkhälsomyndigheten, Rapport den

Jag har i ett annat sammanhang hävdat att förarbetena till den nya våldtäktsbestämmelsen beskriver vad som är *frivilligt sex*, men fokuserar inte i tillräcklig detalj på vilka beteenden som är *brottsliga*.³ Enligt Brottsförebyggande rådets (Brå) utvärdering av domstolspraxis efter reformen finns viss osäkerhet kring vilka beteenden som ska ses som signaler på frivillighet.⁴ I en analys av domar om oaktsam våldtäkt pekar Lisa Wallin m.fl. på att frivillighetsrekvisitet öppnar upp för inkonsekvens i rättsliga bedömningar.⁵ Synpunkter har också framförts kring själva utformningen av våldtäktsbestämmelsen.⁶ Reformen har möjligen betonat straffrättens expressiva funktion – att skicka ett budskap – på bekostnad av en tydlig lagstiftning.

Det råder nödvändigtvis inte någon motsättning mellan det sexualpolitiska budskapet – att sex ska vara frivilligt – och behovet av förutsebar och tillämpningsbar lagstiftning. Snarare samverkar de. Om meningen är att sända budskapet om att sex ska vara frivilligt, måste detta budskap också ha en tydlig innebörd för oss alla.⁷ Förtroendet för lagstiftare och rättstillämpare riskeras om budskapet – för att vi ska förstå det – kräver detaljerade förklaringar av jurister, om rättstillämpningen framstår som godtycklig och lagen alltför präglad av fall-till-fall-bedömningar. En kriminalisering ska beskriva klandervärda beteenden och frågan om ett beteende är straffrättsligt klandervärt eller ej är både en politisk och empirisk fråga. Med det sistnämnda menar jag att kriminalisering bör grunda sig i empirisk kunskap om vad människor upplever som övergrepp och vilka följder sexuellt våld leder till. Forskning om sexuellt våld bör därför vara helt central i diskussioner om kriminali-

5 Juni 2019: Sexuell kommunikation, samtycke och hälsa. En enkätstudie om hur personer kommunicerar i sexuella situationer och vilka konsekvenser detta kan få.

³ Linnea Wegerstad, *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*. *German Law Journal* 22(5) 2021, s. 734–752.

⁴ Brottsförebyggande rådet (Brå), Rapport 2020:6 Den nya samtyckeslagen i praktiken, s. 45, 50. Frågan om vilka beteenden som ska förstås som uttryck för frivillighet har också aktualiserats i en hovrättsdom som riksåklagaren överklagade till Högsta domstolen (HD). HD beviljade inte prövningstillstånd: Hovrätten för Västra Sveriges dom den 17 november 2020 i mål B 2279-20, Riksåklagarens överklagande-skrift 2020-12-15 (AMR-8753-20), HD:s beslut 2021-05-05 i mål nr B 6632-20.

⁵ Lisa Wallin – Sara Uhnoo – Åsa Wettergren – Moa Bladini, *Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements*. *Nordic Journal of Criminology* 22(1) 2021, s. 3–22, 18.

⁶ Petter Asp, *Brottsbalk (1962:700) 6 kap. 1 §, Lexino 2019-08-19, JUNO: Norstedts Juridik*, 2019, 2.2.1; Suzanne Wennberg, *Befogad kritik av det nya våldtäktsbrottet? Juridisk tidskrift 2/2018*, s. 298–304, 302–03.

⁷ Wendy Larcombe för en utförlig diskussion om varför detta är viktigt ur ett brottspreventivt perspektiv, se Wendy Larcombe, *Limits of the Criminal Law for Preventing Sexual Violence*, i verket Nicola Henry – Anastasia Powell (eds), *Preventing Sexual Violence: Interdisciplinary Approaches to Overcoming a Rape Culture*. Palgrave Macmillan UK 2014.

seringens gränser.⁸ Frågan är politisk inte bara i den meningen att den lagstiftande makten beslutar om vilka beteenden som ska bestraffas, utan att sexuellt våld på ett intrikat sätt är kopplat till jämställdhet mellan kvinnor och män och i vidare mening till strukturer kring sexualitet, kön och makt.⁹

De senaste åren har det uppmärksammats att personer med penis i smyg och utan samtycke tar av kondomen eller inte sätter på kondomen under sexuellt umgänge med andra personer. Begrepp som ”stealthing” eller ”non-consensual condom removal”¹⁰ och, på svenska, ”kondombedrägeri”¹¹ har använts för att beskriva beteendet. Kondomsvek – min benämning – har i olika sammanhang kommit att beskrivas som sexuellt våld.¹² Det finns därför ett behov av att reda ut om beteendet är kriminaliserat enligt rådande svensk sexualbrottslagstiftning. I det följande ger jag först en översiktlig beskrivning av den svenska våldtäktsbestämmelsen efter reformen 2018. Därefter beskriver jag forskning om problemet och hur kondomsvek rättsligt kan konceptualiseras.¹³ Den därpå följande analysen är uppdelad i tre avsnitt: kondomsvek som vilseledande, kondomsvek som en ny sexuell handling och kondomsvek som sexuellt ofredande. I artikelns avslutande delar gör jag en koppling till finsk sexualbrottsreglering och återkommer till artikelns utgångspunkter.

⁸ Jämför Daniela Alaattinoğlu, När en paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällelig debatt. JFT (Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland) 2/2020, s. 275–282, 280. Se även Linda Gröning, Straffrätten i verkligheten eller som verkligheten? Om behovet av en empiriskt orienterad straffrättsvetenskap, i verket Ulrika Andersson – Christoffer Wong – Helén Örnemark Hansen (red.), Festskrift till Per Ole Tråskman. Jure 2011.

⁹ Liz Kelly, Surviving Sexual Violence. Polity Press 1988; Karen Boyle, What’s in a name? Theorising the Inter-relationships of gender and violence. Feminist Theory 20(1) 2019, s. 19–36.

¹⁰ Om terminologi, se Konrad Czechowski – Erin Leigh Courtice – Jonathan Samosh – Jared Davies – Krystelle Shaughnessy, “That’s not what was originally agreed to”: Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample. PLoS ONE 14(7) 2019, s. 1–24, 16–17.

¹¹ Elin Sundin – Emma Moderato – Elena Timofeeva, FATTA: Killar, att ta av kondomen under sex är ett övergrepp. Nyheter24 26.5.2017, <nyheter24.se/debatt/885472-fatta-att-ta-av-kondomen-under-sex-ar-ett-sexuellt-overgrepp-stealthing>, senast besökt 12.6.2021.

¹² Se avsnitt 3.

¹³ I artikeln behandlas endast frågan om huruvida kondomsvek kan utgöra ett sexualbrott enligt 6 kap. brottsbalken. I fall där smittsam sjukdom har överfört kan misshandel (3 kap. 5–6 §§ brottsbalken) eller vållande till kroppsskada eller sjukdom (3 kap. 8 § brottsbalken) aktualiseras. Även i fall där överföring inte har skett kan brottet framkallande av fara för annan komma att tillämpas (3 kap. 9 § brottsbalken).

2 Den svenska regleringen av våldtäkt och sexuellt övergrepp

Före 2018 års reform krävdes för ansvar för våldtäkt att en person använder våld eller hot om brottslig gärning för att tvinga en person till samlag eller jämförlig handling.¹⁴ Våldtäkt omfattade även den som genomför ett samlag eller jämförlig handling genom att otillbörligt utnyttja att den andra personen befinner sig i en särskilt utsatt situation. Även om den utsattes samtycke och viljeuttryck hade betydelse i domstolarnas tillämpning,¹⁵ så krävdes att gärningspersonen använt ett medel utöver den utsattes icke-samtycke. Genom 2018 års reform är utgångspunkten i stället att den som genomför ett samlag eller jämförlig handling med en person som inte deltar frivilligt begår våldtäkt.¹⁶

Tre förutsättningar måste föreligga för att en person ska anses ha gjort sig skyldig till våldtäkt. För det *första*, att personen har genomfört ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Det ska alltså vara fråga om en viss kvalificerad typ av sexuell handling, som huvudsakligen avser olika typer av penetration av slida, anus eller mun med penis, fingrar eller föremål. Om den sexuella handlingen inte kan anses jämförlig med samlag, kan i stället ansvar för sexuellt övergrepp enligt 6 kap. 2 § brottsbalken, komma i fråga.

För det *andra* förutsätter straffansvar att handlingen har genomförts med en person som inte deltar frivilligt. Enligt 6 kap. 1 § första stycket andra meningen ska det vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Vidare anges i paragrafen att en person aldrig kan anses delta frivilligt om

- 1) deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
- 2) gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller

¹⁴ 6 kap. 1 § brottsbalken (SFS 2013:365).

¹⁵ Ulrika Andersson, Hans (ord) eller hennes? – En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp. Bokbox 2004.

¹⁶ 6 kap. 1 § brottsbalken (SFS 2018:618).

- 3) gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

För det *tredje* krävs att personen har haft uppsåt till samtliga omständigheter eller, i fall av oaktsam våldtäkt enligt 6 kap. 1 a §, varit grovt oaktsam i förhållande till den omständigheten att den andre personen inte deltar frivilligt. Även sexuellt övergrepp enligt 6 kap. 2 § kan begås med oaktsamhet, vilket framgår av 6 kap. 3 § brottsbalken. Jag kommer inte att närmare gå in på frågor om uppsåt och oaktsamhet i artikeln, utan fokuserar på i vilken utsträckning kondomsvek kan anse vara en brottsbeskrivningsenlig handling, dvs. uppfyller kondomsvek de objektiva förutsättningarna för att utgöra våldtäkt eller sexuellt övergrepp.¹⁷

Vad gäller närmare det andra kravet, att den andre inte deltar frivilligt, kan följande påpekas. Bedömningen av icke-frivillighet ska grundas på situationen i sin helhet.¹⁸ Vidare ska frivilligheten föreligga när den sexuella handlingen företas och under hela den sexuella handlingen. Frivillighet föreligger normalt inte i så kallade överrumplingsfall, anføres det i propositionen.¹⁹ Med överrumplingsfall avses att en person vid en läkarundersökning överrumplas med en sexuell handling, eller sexuella handlingar som utförs i folksamlingar under festivaler, konserter och liknande.

Det görs en distinktion mellan å ena sidan den utsattes önskan och å andra sidan den utsattes val, och det är valet som är avgörande för straffansvar.²⁰ Detta motiveras utifrån rätten till självbestämmande – man har rätt att ha sex som man egentligen inte önskar ha – och att en person som har sex med någon som har uttryckt att hen går med på att ha sex ska kunna lita på det.²¹ Distinktionen har beskrivits som ”wanted sex” i motsats till ”consensual sex”,²² eller som ”positive consent” i motsats till ”constrained consent”.²³ En konsekvens är att så kallat tjatsex inte är straffbart.²⁴

¹⁷ Petter Asp – Magnus Ulväng, *Kriminalrättens grunder*. Andra, omarbetade upplagan. Iustus 2013, s. 60.

¹⁸ Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, s. 78.

¹⁹ Prop. 2017/18:177, s. 78–79.

²⁰ Prop. 2017/18:177, s. 33, 78. För kritik av uppdelningen, se Moa Bladini – Wanna Svedberg Andersson, *Swedish rape legislation from use for force to voluntariness – critical reflections from an everyday life perspective*. *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 8(2) 2020, s. 95–125, 121.

²¹ SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, betänkande av 2014 års sexualbrottskommitté, s. 168; Prop. 2017/18:177, s. 33.

²² Robin L. West, *Consensual Sexual Dysphoria: A Challenge for Campus Life*. *Journal of Legal Education* 66/2017, s. 804–821, 806.

²³ Janet Halley, *Currents: Feminist Key Concepts and Controversies*. *The Move to Affirmative Consent*. *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 42(1) 2016, s. 257–279, 265.

²⁴ Prop. 2017/18:177, s. 33.

Frivilligheten tar alltså sikte på det faktiska deltagandet och inte personens inre inställning, vilket innebär att bedömningen ska göras utifrån personens agerande eller uttryck.²⁵ En annan central distinktion är den mellan å ena sidan målsägandens val och å andra sidan på vilket sätt detta val har, eller inte har, kommit till uttryck (det performativa samtycket).²⁶ Här har regeringen uttalat att den som utsätts för en sexuell handling inte har något ansvar för att säga nej, inte heller för att tydligt visa sin vilja till sexuellt umgänge.²⁷ Men, som framgår av lagtexten, det ska särskilt beaktas om frivilligheten har kommit till uttryck på något sätt.

Vad gäller frågan om hur den utsattes passivitet ska bedömas, är utgångspunkten att den som deltar frivilligt i en sexuell handling ger uttryck för sin vilja att delta på något sätt.²⁸ Det innebär att avsaknaden av sådana uttryck normalt ska förstås som att deltagandet inte är frivilligt. Men, anges det i propositionen, i undantagsfall kan ett tyst samtycke till sexuell samvaro vara tillräckligt, dvs. innebära att deltagandet är frivilligt. Däremot, om ”saken kommer under rättslig prövning och frivilligheten förnekas av målsäganden, får dock krävas att det finns något som tyder på att samtycke föreligger.”²⁹ Petter Asp menar att lagtextens anvisning – att det särskilt ska beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt – bör förstås som en generell tolkningsanvisning med innebörden att viss restriktivitet ska gälla när det handlar om att bedöma frivillighetsrekvisitet i strid med vad som kommit till uttryck.³⁰ Man bör alltså vara restriktiv med att finna att frivillighet föreligger i fall när den inte kommit till uttryck, och vice versa, restriktiv med att finna att frivillighet inte föreligger i fall när den kommit till uttryck.

Man kan förstå våldtäktsbestämmelsens utformning utifrån en indelning i fyra situationer.³¹ För det första, fall där något val att delta inte alls har kommit till uttryck. Den här situationen kan i sin tur dels omfatta fall där frivillighet inte föreligger, dels fall där frivillighet ändå ska anses föreligga. För det andra, fall där personen har valt att delta, men där detta val inte kan anses frivilligt. Även den här situationen kan delas in i två: dels fall som omfattas av någon av punkterna 1–3 vilket innebär att valet att delta aldrig kan anses som frivilligt, dels fall som inte omfattas av punkterna

²⁵ Prop. 2017/18:177, s. 79–80.

²⁶ Prop. 2017/18:177, s. 33.

²⁷ Prop. 2017/18:177, s. 32.

²⁸ Prop. 2017/18:177, s. 80.

²⁹ Prop. 2017/18:177, s. 80.

³⁰ Asp 2019, 2.2.2.

³¹ Asp 2019, 2.2.1.

1–3, men där valet att delta ändå inte kan anses som frivilligt (eftersom det enligt propositionen finns ett visst utrymme att beakta huruvida frivillighet föreligger utöver punkterna 1–3).

3 Kondomsvek som ett samhällsligt och rättsligt problem

Kondomsvek associeras ofta med det internationellt uppmärksammade fallet där förundersökning inleddes mot Wikileaks-grundaren Julian Assange avseende våldtäkt och sexuellt ofredande.³² Då förundersökningen lades ner kom misstankarna om Assanges kondomhantering aldrig att prövas av domstol, men i andra sammanhang uppstod diskussion om i vilken utsträckning detta beteende kan utgöra sexualbrott.³³ Relaterat till diskussionen tog journalisten Johanna Koljonen år 2010 upp en händelse av kondomsvek som en utgångspunkt för att problematisera kommunikation i sexuella situationer.³⁴ Koljonens twitterinlägg #prataomdet och den efterföljande krönikan i Dagens Nyheter fick stort genomslag och ledde till en diskussion om gråzoner i sexuella sammanhang.³⁵ Tio år senare och med anledning av sexualbrottskommitténs förslag till en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning skrev organisationen Fatta, som varit pådrivande i att en samtyckesreform skulle genomföras, en debattartikel som riktade uppmärksamhet mot att kondomsvek inte skulle omfattas av kommitténs förslag.³⁶ Helt nyligen har Anna Ardins bok ”I skuggan av Assange: Mitt vittnesmål” väckt frågan om kondomsvek bör utgöra ett sexualbrott.³⁷ Beteendet har också skildrats som ett våldtäktsproblem i den hyllade fiktiva serien ”I

³² Åklagarmyndigheten, Kronologi i Assangeärendet, <www.aklagare.se/nyheter-press/for-media/assangearendet/kronologi/>, senast besökt 16.8.2021.

³³ Märten Schultz, Våldtäkt är ingen gummiparagraf. Neo 2/2011.

³⁴ Gustav Almestad – Annika Beijbom, #prataomdet: berättelser från gråzonen. Kalla kulor förlag 2012.

³⁵ Lena Gunnarsson, “Excuse Me, But Are You Raping Me Now?": Discourse and Experience in (the Grey Areas of) Sexual Violence. NORA – Nordic Journal of Feminist and Gender Research 26(1) 2018, s. 4–18; Lena Karlsson, Towards a Language of Sexual Gray Zones: Feminist Collective Knowledge Building Through Autobiographical Multimedia Storytelling. Feminist Media Studies 19(2) 2019, s. 210–224. Krönikan publicerades i Dagens Nyheter (DN) i december 2010. Johanna Koljonen, Dags att prata om det. DN Kultur 18.12.2010, <www.dn.se/kultur-noje/kulturdebatt/dags-att-prata-om-det/>, senast besökt 26.8.2021.

³⁶ Sundin – Moderato – Timofeeva 2017.

³⁷ Anna Ardin, I skuggan av Assange: mitt vittnesmål. Bazar Förlag (e-bok) 2021, avsnitt 1 mars 2011. Anna-Klara Bratt et al., DN Debatt: ”Assange-fallet är nedlagt men gråzonen består”. Dagens Nyheter 2021-01-20.

may destroy you”.³⁸ Kort sagt, kondomsvek är ett beteende som på olika sätt har uppmärksammats de senaste decennierna.

I ett rättsvetenskapligt sammanhang har en artikel av Alexandra Brodsky fått stort genomslag.³⁹ Artikeln bygger på intervjuer med personer som utsatts för kondomsvek och framställningar i internetforum av personer som utsatt andra för kondomsvek. Det har påpekats att artikeln fick stor medial och politisk uppmärksamhet trots att det empiriska materialet är tunt.⁴⁰ En stor del av Brodskys artikel utgörs dock av frågan om hur kondomsvek bör conceptualiseras rättsligt, vilket jag återkommer till nedan. Ashley Thomson har beskrivit responsen på artikeln som moralpanik, ”the stealthing panic” och att det i kölvattnet av Brodskys artikel förekom grundlösa påståenden om hur utbrett problemet är.⁴¹ Sedan dess har det dock genomförts studier som söker kartlägga prevalens och attityder till kondomsvek.⁴² De studier som har publicerats internationellt framhåller att ämnet är utforskat.⁴³

I en australiensisk studie tillfrågades personer som besökt en mottagning för sexuell hälsa om de blivit utsatta för kondomsvek; en tredjedel av kvinnorna (346 deltagare, 32 procent) och en femtedel i gruppen män som har sex med män (MSM, 168 deltagare, 19 procent) uppgav att de någon gång blivit utsatta.⁴⁴ I en kanadensisk studie riktad till universitetsstudenter uppgav lite mer än hälften (334 deltagare, 56 procent) att de någon gång haft penetrerande sex med en man och då använt kondom.⁴⁵ Av dessa uppgav nästan en femtedel (62 deltagare, 19 procent) att de hade

³⁸ Michaela Coel, *I may destroy you*. BBC One och HBO 2020.

³⁹ Alexandra Brodsky, *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*. *Columbia Journal of Gender and Law* 32(2) 2017, s. 183–210.

⁴⁰ Ashley Thomson, *The Stealthing Panic: Gendered Neoliberalism in Online Media*. *Australian Humanities Review* 64/2019, s. 24–46.

⁴¹ Thomson 2019.

⁴² Den första studien som undersökt hur vanligt beteendet är, vem som är mest utsatt och konsekvenser för dem som utsatts för det uppges vara Rosie L. Latimer – Lenka A. Vodstrel – Christopher K. Fairley – Vincent J. Cornelisse – Eric P. F. Chow – Tim R. H. Read – Catriona S. Bradshaw, *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*. *PLOS ONE* 13(12) 2018, s. 2. Vid sökningar i LUBSearch och Google Scholar har jag inte funnit studier som utförts i Sverige eller Finland.

⁴³ Allira Boadle – Catherine Gierer – Simone Buzwell, *Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal: Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions*. *Violence Against Women* 27(10) 2021, s. 1696–1715, 1697; Marwa Ahmad – Benjamin Becerra – Dyanna Hernandez – Paulchris Okpala – Amber Olney – Monideepa Becerra, *“You Do It without Their Knowledge.” Assessing Knowledge and Perception of Stealthing among College Students*. *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17(10) 2020; Czechowski et al. 2019, s. 21; Latimer et al. 2018, s. 2.

⁴⁴ Av 1084 kvinnor och 872 MSM, Latimer et al. 2018, s. 7.

⁴⁵ Czechowski et al. 2019, s. 10.

utsatts för kondomborttagning utan samtycke eller utan att de kände till det.⁴⁶ En annan studie rekryterade unga kvinnor via sociala media och internetforum, med huvudsakligen australiensiska respondenter.⁴⁷ Nästan en tiondel (34 deltagare, 9 procent) uppgav att de hade upplevt att en partner avsiktligt tog av kondomen under samlag utan deras vetskap eller samtycke.⁴⁸ Sammantaget ger studierna stöd för att beteendet inte är helt ovanligt.

Av de deltagare som hade utsatts för kondomsvek i den kanadensiska studien uppgav en majoritet att de stördes mycket av detta (67 procent), knappt en tredjedel att de stördes lite (29 procent), medan endast 3 procent uppgav att de inte stördes alls. Frågan om det bör få konsekvenser för den som utför kondomsvek ställdes till samtliga deltagare i studien, dvs. inte bara till dem som uppgett att de hade utsatts för kondomsvek. 85 procent uppgav att det borde bli konsekvenser för den som utför kondomsvek.⁴⁹ I den australiensiska studien uppgav mer än hälften av deltagarna att de upplevt emotionell stress till följd av kondomsvek, men endast 1 procent hade anmält händelsen till polis.⁵⁰ Deltagarna svarade också på frågan om de betraktade kondomsvek som ett sexuellt övergrepp. Bland kvinnorna som hade utsatts för kondomsvek uppgav 62 procent att de ansåg beteendet utgöra ett sexuellt övergrepp, medan andelen var högre bland kvinnor som inte utsatts för kondomsvek (85 procent).⁵¹ Motsvarande siffror för MSM var 61 procent respektive 84 procent. I en enkätstudie fick amerikanska collegestudenter ta ställning till i vilken utsträckning de höll med eller inte höll med påståendet "Removal of condom without approval of sexual partner should be considered sexual assault".⁵² 84 procent svarade "strongly agree/agree" (männen 82 procent och kvinnorna 85 procent).

Kondomsvek har problematiserats som en fråga om dess betydelse för folkhälsan, sexualupplysning och motstånd mot att använda kondom i allmänhet.⁵³ Problemet

⁴⁶ Czechowski et al. 2019, s. 10. Av de 62 deltagare som redovisade utsatthet var 58 cis-kvinnor, 2 cis-män och 2 transpersoner eller icke-binära.

⁴⁷ Boadle et al. 2021.

⁴⁸ Boadle et al. 2021, s. 1703. Ett skäl till att den sistnämnda studien uppvisar lägre andel utsatta än de två övriga kan vara att deltagare som aldrig använt kondom inte exkluderades från studien, se s. 1709.

⁴⁹ Czechowski et al. 2019, s. 13–14. Bland de som svarade ja var det hälften som bara svarade ja, medan 6 procent svarade "not legal or too severe", 4 procent "if partner wants or pursues", 11 procent "if there are outcomes (e.g., STI, pregnancy)" och 14 procent svarade "it's a form of sexual violence".

⁵⁰ Kvinnor 56 procent, MSM 52 procent, Latimer et al. 2018, s. 11, 7.

⁵¹ Latimer et al. 2018, s. 11.

⁵² Ahmad et al. 2020, s. 6.

⁵³ Ahmad et al. 2020, s. 2; Latimer et al. 2018, s. 11–13.

med kondomsvek har också relaterats till det vidare fenomenet ”birth control sabotage” och som en fråga om mäns våld mot kvinnor.⁵⁴ Studierna förhåller sig också till frågan om kriminalisering och/eller annan rättslig reglering.⁵⁵

Brodsky menar att det finns två sätt att rättsligt argumentera för att kondom-borttagning gör ett samtycke till fortsatt samlag ogiltigt.⁵⁶ Det ena är att den som utsätts har samtyckt till att beröras av en kondom, inte av huden på penis. Penetration utan kondom är således en annan sexuell handling än penetration med kondom, och samtycke till en viss sexuell handling innebär inte att samtycke också föreligger till andra sexuella handlingar. Det andra sättet varpå kondomborttagning gör samtycke till fortsatt samlag ogiltigt är att sex utan kondom medför en annan risk än vad sex med kondom medför.⁵⁷ Utgångspunkten för detta argument är att den som samtycker gör en riskbedömning, och att sex utan kondom innebär högre risk för könssjukdomar och graviditet. Därför kan samtycke till sex med kondom inte omfatta samtycke till den mer riskfyllda aktiviteten sex utan kondom. Det riskbaserade argumentet har rättsligt formulerats som våldtäkt genom vilseledande. Som jag visar nedan är det också så kondomsvek har begripliggjorts i förarbetena till den svenska våldtäkts-regleringen.

Brodsky identifierar flera problem med det riskbaserade argumentet, bland andra att det kan leda till krav på fullständig reproduktiv transparens.⁵⁸ Detta kan också leda till krav på transparens kring sexuellt överförbara sjukdomar och att den som inte berättar om sådana sjukdomar bestraffas. I vidare mening framhåller Brodsky att om vilseledande utgör grund för våldtäkt kan det leda till att föreställningar om skillnader mellan grupper av människor får genomslag i rätten – till exempel att vilseledande om etnicitet, religion eller kön grundar våldtäkt.⁵⁹ Även om det skulle gå att skilja ut klandervärt vilseledande, anser Brodsky att kondomsvek rättsligt bör grunda sig på det förstnämnda argumentet, dvs. att sex utan kondom är en annan sexuell handling än sex utan kondom.⁶⁰

⁵⁴ Czechowski et al. 2019, s. 2; Boadle et al. 2021, s. 1697.

⁵⁵ Ahmad et al. 2020, s. 8; Boadle et al. 2021, s. 1697; Brodsky 2016; Czechowski et al. 2019, s. 18–20; Latimer et al. 2018, s. 13.

⁵⁶ Brodsky 2016, s. 190. Czechowski et al. benämner dessa ”the literal approach” respektive ”risk-based approach”; på frågan om varför kondomsvek är klandervärt gav två tredjedelar av respondenterna stöd åt det förstnämnda, 2019, s. 19.

⁵⁷ Brodsky 2016, s. 191.

⁵⁸ Brodsky 2016, s. 193.

⁵⁹ Brodsky 2016, s. 194–195.

⁶⁰ Brodsky 2016, s. 195.

Jag utgår från följande scenario. A och B ska ha penetrerande samlag i slida eller anus. B har uttryckt att hen vill att A använder kondom. B ser att A sätter på kondom, eller får hur som helst den uppfattningen. A har dock aldrig satt på någon kondom och genomför penetrerande samlag, alternativt har tagit av kondomen utan att B märker detta och fortsätter att ha penetrerande samlag. B upptäcker i samband med händelsen eller vid senare tillfälle att A aldrig satt på någon kondom, eller att A har tagit av kondomen.

Frågan är om A:s beteende kan utgöra våldtäkt enligt svensk lag. Det finns två ingångar till att besvara den frågan, som båda handlar om när ett särskiljande samtycke – eller frivillighet – föreligger.⁶¹ Den ena utreder om A:s vilseledande i fråga om kondomanvändningen är ett sådant vilseledande som gör att B:s samtycke inte är rättsligt godtagbart (avsnitt 4). Den andra ingången är att A:s penetration utan kondom är en annan sexuell handling än den föregående penetrationen med kondom (avsnitt 5).

4 Kondomsvek som vilseledande

I förarbetena till sexualbrottsreformen behandlas vilseledande kring användning av preventivmedel i relation till vilka omständigheter som kan göra att icke-frivillighet föreligger.⁶² Vad gäller just våldtäkt genom vilseledande skiljer sig Sexualbrottskommitténs lagförslag från den lagtext som senare trädde i kraft. Kommittén föreslog nämligen att lagtexten explicit, i en fjärde punkt, skulle omfatta fall där en person har vilselett målsäganden i fråga om vilken fysisk person som hen genomför en sexuell handling med.⁶³ I propositionen däremot togs den fjärde punkten bort och enligt regeringen ska kvalificerade fall av vilseledande i fråga om gärningsmannens identitet i stället kunna bedömas som utnyttjande av en särskilt utsatt situation enligt 6 kap. 1 § brottsbalken första stycket andra punkten.⁶⁴

I betänkandet nämns kondomsvek som exempel. Det anges att den som upptäcker att kondom inte används då kan välja att avbryta samlaget och "[u]nder sådana förhållanden föreligger inte längre något uttryck för frivillighet och den sexuella

⁶¹ Petter Asp, *Sex & samtycke*. Iustus 2010, s. 103.

⁶² SOU 2016:60, s. 215-20; Prop. 2017/18:177, s. 30–31, 42–43, 79. I SOU 2016:60, s. 168 refereras även ett kanadensiskt rättsfall om temat.

⁶³ SOU 2016:60, s. 73. Ett uttryckt val att delta i en sexuell handling är inte frivilligt om "gärningsmannen har vilselett personen att delta genom att utge sig för att vara någon som denne personligen känner, eller genom att utnyttja personens villfarelse i det avseendet".

⁶⁴ Prop. 2017/18:177, s. 42.

handlingen måste upphöra för att brott inte ska begås”.⁶⁵ Den beskrivna situationen träffar inte fall där personen tar av kondomen i smyg, då det är först när den som utsätts för handlingen reagerar och den andre personen fortsätter att genomföra samlaget, som handlandet blir straffrättsligt klandervärt. Det kan påpekas att detta gäller oavsett om kondom är ett villkor för samlaget eller inte, eftersom frivillighet ska föreligga under hela tiden som den sexuella handlingen pågår. Vad gäller situationen att det först i efterhand upptäcks att preventivmedel inte har använts anförs kommittén att det vore en alltför långtgående konsekvens att aktualisera straffansvar.⁶⁶ Kondomsvek nämns inte i detta sammanhang, utan här tas i stället exemplet upp med att samlag har villkorats med att en kvinna använder p-piller. Kommittén motiverar sin slutsats utifrån att skyddsintresset för sexualbrott är den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten, och att det är den sexuella handlingen som valet att delta frivilligt i avser. Den sexuella handlingen är, enligt kommittén, ”densamma oavsett om preventivmedel har använts eller inte”.⁶⁷ Argumentationen kring vilka typer av vilseledande som bör vara klandervärda fokuserar på den fysiska handlingen. Det straffbelagda området begränsas till vilseledande kring gärningspersonens identitet, att den fysiska kroppen inte stämmer överens med den kropp som målsäganden tror sig ha sex med.⁶⁸

I propositionen anges vilseledande kring preventivmedelsanvändning som ett argument mot att använda begreppet ”samtycke” i lagtexten.⁶⁹ Samtycke som ansvarsbefriande grund enligt 24 kap. 7 § brottsbalken innebär att villfarelse rörande någon omständighet av betydelse medför att samtycket blir utan verkan. Det vill säga, ett sådant samtycke kan inte anses rättsligt giltigt om en person lämnar felaktiga uppgifter om huruvida preventivmedel ska användas. Sådana fall av vilseledande bör inte grunda ansvar för sexualbrott, enligt regeringen.⁷⁰ I författningskommentaren anges vidare: ”Att någon lurats att delta i sexuell samvaro genom osanna påståenden om till exempel kändisskap, ålder, sysselsättning eller huruvida preventivmedel ska användas gör inte att deltagandet ska anses ofrivilligt. Det ska inte heller anses som

⁶⁵ SOU 2016:60, s. 219.

⁶⁶ SOU 2016:60, s. 219.

⁶⁷ SOU 2016:60, s. 220.

⁶⁸ Det bör, anför kommittén, krävas för att ett straffbart vilseledande ska föreligga ”att den vilseledde har en klar uppfattning om vilken konkret person, dvs. kropp, som personen genomför den sexuella handlingen med, men att den föreställningen visar sig felaktig av skäl som gärningsmannen kan lastas för”. SOU 2016:60, s. 218.

⁶⁹ Prop. 2017/18:177, s. 30.

⁷⁰ Prop. 2017/18:177, s. 31, 43.

ett ofrivilligt deltagande om en person med könsöverskridande identitet underlåter att informera en sexualpartner om detta innan en sexuell handling genomförs.⁷¹

Förarbetenas motivering kan jämföras med Brodskys argument mot att grunda en kriminalisering av kondomsvek utifrån riskargumentet, nämligen att sinsemellan mycket olika typer av omständigheter – kändisskap, ålder, sysselsättning, kön och preventivmedel – förstås som våldtäkt genom vilseledande och som i någon mening likvärdiga.⁷² Det hade möjligen varit önskvärt med utförligare argumentation kring vilka risker eller skador de olika vilseledandefallen innebär för att urskilja omständigheter som skulle kunna vara mer klandervärda än andra att vilseleda om. Exempelvis, medan kändisskap, sysselsättning och ålder kan uppfattas som relativt harmlösa, kan vilseledande om preventivmedel och sexuellt överförbara sjukdomar leda till risker eller faktiska skador för den som vilseleds. Vid en eventuell kriminalisering av det sistnämnda måste dock beaktas att detta kan ha negativa effekter på det förebyggande smittskyddsarbetet, liksom risken för stigmatisering av hivsmittade personer. Vad gäller könsöverskridande identitet är det svårt att motivera varför sådan information skulle vara väsentlig utan att hamna i rent transfobiska resonemang.

Frågan om kondomsvek är straffbart som våldtäkt enligt svensk rätt måste besvaras nekande, om vi endast ser till de förarbetsuttalanden som har gjorts kring vilseledande. Svaret blir dock mer komplext om vi ställer frågan huruvida det finns utrymme att i gällande rätt tolka penetration utan kondom som en annan sexuell handling än penetration med kondom.

5 Kondomsvek som en ny sexuell handling

Om vi betraktar kondomsvek som en fråga om att A har vilselett B avseende användandet av kondom, har jag konstaterat att detta vilseledande inte gör B:s deltagande icke-frivilligt. Denna förståelse av kondomsvek bygger på uppfattningen att samlag med kondom i princip är samma sorts handling som sex med kondom. Om vi i stället utgår från att sex utan kondom är en annan sexuell handling än sex med kondom, uppstår frågan om frånvaron av uttryck för frivillighet från B:s sida kan innebära att deltagandet inte kan anses frivilligt.⁷³ Eftersom det då handlar om en annan sexuell handling i förhållande till den handling som frivilligheten har uttryckts

⁷¹ Prop. 2017/18:177, s. 79.

⁷² Kommittén behandlar dock de olika vilseledandefallen var för sig och något mera utförligt.

⁷³ En förutsättning för straffansvar måste vara att A tar av kondomen medvetet, dvs. att det är ett kontrollerat handlande som har följden att samlag genomförs utan kondom. En kondom som spricker av en olyckshändelse kan inte betraktas som en ny sexuell handling som A har kontroll över.

till, bör det vara så att den uttryckta frivilligheten att delta i samlag med kondom inte omfattar samlag utan kondom. Detta kan tyckas helt givet utifrån att vi utgår från att det är fråga om en ny sexuell handling. Dock är det inte så självklart eftersom en uttryckt frivillighet till en viss sexuell handling skulle kunna anses som uttryckt frivillighet även till en ny sexuell handling. Frågan är inte begränsad till situationer av kondomsvek, utan rör frågan om vilket handlande, signaler eller beteende som ska anses ge uttryck för frivillighet.⁷⁴ Till exempel, B deltar frivilligt i att hängla med A. Omfattar den frivilligheten också att A utför penetrerande sex med B? Eller, B deltar frivilligt i att utföra oralsex på A. Omfattar den frivilligheten också att A sprutar sperma i ansiktet på B?

I reformprocessen diskuterades frågan huruvida valet att delta i den sexuella handlingen måste komma till uttryck för att frivillighet ska anses föreligga. Sexualbrottskommittén föreslog att ett sådant krav skulle anges i lagtexten.⁷⁵ Utan att gå in på detaljer i lagstiftningsprocessen blev resultatet att denna mening togs bort och ersattes med att det vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte särskilt ska beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt.⁷⁶ Detta får viss betydelse för hur vi ska förstå förarbetsuttalandena. I betänkandet anges att valet att delta frivilligt bara avser den sexuella handling som det har uttryckts för.⁷⁷ Det innebär att det inför varje ny sexuell handling som genomförs behövs ett nytt uttryck för att deltagandet fortfarande ska anses frivilligt. Kommittén konstaterar att det kan vara svårt att i efterhand avgöra om ny en sexuell handling har inletts där det saknas ett uttryck för ett frivilligt val att delta, men gav som exempel att det inte kan vara fråga om en ny sexuell handling om en person flyttar handen från partners ena bröst till det andra, men att det inte är samma sexuella handling att övergå från vaginalt samlag till anal samlag.⁷⁸

I propositionen adresserades inte frågan hur en ny sexuell handling ska förstås i förhållande till tidigare sexuellt umgänge på annat sätt än som ett argument mot att införa kommitténs förslag att frivilligheten ska komma till uttryck. Det anges att en konsekvens av kommitténs förslag är att det inför varje ny sexuell handling behövs ett nytt uttryck för att deltagandet fortfarande ska anses frivilligt.⁷⁹ Det uppstår,

⁷⁴ Jämför fotnot 4 samt Brodsky 2016, s. 191.

⁷⁵ SOU 2016:60, s. 73.

⁷⁶ För beskrivning av lagstiftningsprocessen, se Wennberg 2018, s. 299–301.

⁷⁷ SOU 2016:60, s. 199.

⁷⁸ SOU 2016:60, s. 200.

⁷⁹ Prop. 2017/18:177, s. 32.

menar regeringen med hänvisning till vissa av remissinstansernas yttranden, svårigheter beträffande vilka krav som ska ställas på det uttryck för frivillighet som måste ges vid övergång mellan olika sexuella handlingar och hur man definierar en ny sexuell handling. I min mening kan de svårigheter som regeringen pekar ut inte anses lösta genom den utformning som lagtexten fick.

Asp menar att det skulle vara verklighetsfrämmande att utgå ifrån att det vid ett pågående sexuellt umgänge krävs ett nytt samtycke i förväg vid varje enskild handling som i sig skulle kunna betecknas som sexuell handling.⁸⁰ I stället bör samtycke kunna lämnas successivt och genom reaktioner på nya initiativ sedan parterna inlett sexuellt umgänge. Vidare anger Asp:

Inom ramen för ett påbörjat sexuellt umgänge måste det alltså kunna vara tillåtet med vad som kan betecknas som en ny sexuell handling utan annat uttryck för frivillighet än det som ligger i det tidigare sexuella umgänget. Klart är emellertid att det måste finnas gränser för vad som kan godtas beträffande ”nya” sexuella handlingar utan föregående samtycke [...]. Ytterst måste det bli en fråga för domstolarna att avgöra var gränserna går. Vid bedömningen bör hänsyn rimligen tas bl. a. till vad den ”nya” sexuella handlingen avser. Det är antagligen ofrånkomligt att hänsyn också tas till parternas relation, t. ex. hur väl de känner varandra och varandras sexuella beteende.⁸¹

Hur bör då rättsväsendets aktörer resonera? Ett sätt är att ta ledning av hur det kvalificerade rekvisitet i våldtäktsbestämmelsen (samlag eller jämförlig handling) definieras. En handling som i sig uppfyller en sådan kvalificerad sexuell handling som definieras i våldtäktsbestämmelsen bör, i linje med kommitténs resonemang, utgöra en ny handling i förhållande till den föregående på det sättet att den som frivilligt deltar i vaginalt samlag inte kan anses frivilligt delta i analt samlag. Ett sådant resonemang är dock svårare vad gäller rekvisitet sexuell handling i brottet sexuellt övergrepp, ett rekvisit som omfattar många olika typer av handlingar. Ett annat sätt att argumentera – om än tveksamt på domstolsnivå med hänsyn till legalitetsprincipen – är utifrån de empiriska studier som finns och som ger uttryck för att kondomsvek upplevs som ett sexuellt övergrepp. I linje med att lagstiftningen ska ge ett heltäckande skydd för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten,⁸² kan det framhållas att kondomsvek innebär en sådan kränkning av den sexuella integriteten att ett samlag med kondom inte ska ses som uttryck för

⁸⁰ Asp 2019, 2.2.3.

⁸¹ Asp 2019, 2.2.3.

⁸² Prop. 2017/18:177, s. 22–23.

frivilligt deltagande i samlag utan kondom. Ett tredje sätt är att utgå från förarbetsuttalandena som anger att vilseledande i fråga om preventivmedel inte gör att ett deltagande ska anses icke-frivilligt. Ändamålet med dessa uttalanden kan anses vara att kondomsvek inte ska vara kriminaliserat och därmed ska ett frivilligt deltagande i samlag med kondom tolkas som uttryck för frivilligt deltagande i samlag utan kondom.

Även om det sistnämnda alternativet har fog för sig, så bör det också beaktas att frågan om sex utan kondom bör förstås som en annan sexuell handling än sex med kondom inte direkt behandlas i förarbetena. Om vi utgår från att frivilligt deltagande i samlag med kondom inte ger uttryck för att B också frivilligt deltar i samlag utan kondom, hur skulle bedömningen bli då? Eftersom B inte vet om att samlag genomförs utan kondom i den stund som handlingen genomförs, har B inte kunnat göra något uttryckligt val i situationen. Om än konstlat, så skulle vi skulle kunna tolka B:s handlande som att B förhåller sig passiv. Det finns ett begränsat utrymme att tolka passivitet som uttryck för frivillighet och bedömningen av om deltagandet har varit frivilligt eller inte ska grundas på situationen i dess helhet.⁸³ Om parterna kommit överens före samlaget om att använda kondom, eller om B har sagt att ett villkor för samlaget är kondom användning, måste passiviteten förstås som ett uttryck för att hen inte deltar frivilligt. Detta blir dock en långsökt tolkning. Jag menar att vi snarare bör förstå kondomsvek som en situation där B inte har kunnat uttrycka något val att delta och att A:s beteende kan liknas vid de så kallade överrumplingsfallen som nämns i förarbetena som exempel på när frivillighet inte kan anses föreligga.⁸⁴ Men de exempel som nämns tar sikte på situationer där det inte förekommit någon tidigare sexuell kontakt mellan parterna, även om fysisk kontakt kan ha förekommit (läkarundersökning). Det talar mot att kondomsvek utgör ett sådant överrumplingsfall som lagstiftaren avsåg skulle omfattas av våldtäktsbestämmelsen.

6 Kondomsvek som sexuellt ofredande

Enligt 6 kap. 10 § andra stycket brottsbalken ska den som genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet, dömas för sexuellt ofredande till böter eller fängelse i högst två år.⁸⁵ Brottsrubriceringen omfattar många olika typer av beteenden, exempelvis verbala sexuella

⁸³ Se avsnitt 2 och NJA 2019 s. 668, punkt 15.

⁸⁴ Prop. 2017/18:177, s. 79.

⁸⁵ SFS (2005:90).

trakasserier, integritetskränkande fotografering och beröringar som inte kan anses vara så ingripande att de ska bedömas som sexuell handling.⁸⁶ Brottet tar sikte på kränkningar av en persons sexuella integritet som inte är straffbara enligt andra tidigare bestämmelser i 6 kap. brottsbalken.⁸⁷ Men sexuellt ofredande har också före 2018 års reform tillämpats vid brott som innefattar sådana sexuella handlingar som skulle kunna utgöra våldtäkt, men där något medel (såsom våld, tvång eller utnyttjande av särskilt utsatt situation) inte har använts.⁸⁸

En viktig skillnad mellan å ena sidan våldtäkt och sexuellt övergrepp och å andra sidan sexuellt ofredande, är att sexuellt ofredande innehåller ett abstrakt farerekvisit: gärningen ska vara ägnad att kränka personens sexuella integritet. Det innebär att det är tillräckligt att handlingen typiskt sett är sådan att offrets sexuella integritet kränks och det behövs inte i det enskilda fallet bevisas att integriteten verkligen har kränkts.⁸⁹ Vad är då ägnat att kränka en persons sexuella integritet? I förarbetena anges att en bedömning ska göras utifrån samtliga omständigheter, att det kan vara av betydelse mot vem den företas, samt att vad som är en kränkning av den sexuella integriteten kan växla med tids- och miljöförhållanden.⁹⁰ Sexuellt ofredande kan begås även mot den som först senare upptäcker handlandet, såsom i fallet med hemlig kondomborttagning.⁹¹ De studier som genomförts avseende hur personer upplever kondomsvek som jag presenterade i avsnitt 3, ger stöd för att det skulle kunna anses utgöra en kränkning av den sexuella integriteten att ta bort kondomen i hemlighet.

Frånvaro av samtycke eller frivillighet är inte en explicit förutsättning för straffansvar. Dock, i bedömningen av om handlingen kan utgöra sexuellt ofredande ska hänsyn tas till om den som utsätts ”frivilligt deltagit i sexuellt närmande mellan parterna”.⁹² I ett tidigare arbete har jag visat att målsägandens viljeuttryck ges betydelse i underrättspraxis i vissa fall.⁹³ Jag har beskrivit det som att straffansvar är beroende av antaganden om vad som är normalt och acceptabelt beteende. I vissa fall

⁸⁶ Se NJA 2016 s. 129 respektive NJA 2017 s. 393. För exempel, se Ulrika Andersson and Linnéa Wegerstad, Det kriminaliserade området för sexuellt ofredande – kroppslig och abstrakt integritet. Juridisk tidskrift 3/2018; Linnea Wegerstad, Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande. Mediatryck 2015.

⁸⁷ Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning, s. 149.

⁸⁸ SOU 2016:60, s. 537–541.

⁸⁹ Prop. 2004/05:45, s. 149.

⁹⁰ Prop. 2004/05:45, s. 149–150.

⁹¹ NJA 2017 s. 393, punkt 27.

⁹² Prop. 2004/05:45, s. 90. Se även NJA 1996 s. 418.

⁹³ Wegerstad 2015, s. 269–272, 275.

behöver den som utsätts för handlingen inte uttrycka sin (mot)vilja eftersom det är underförstått att man inte betar sig på det här sättet. Handlingen känns igen som en sådan som inte är acceptabel, såsom främlingens antastande på bussen, eller arbetskollegans tafsande, men i andra fall är utgångspunkten den motsatta – den som utsätts måste tydliggöra sin motvilja. I fallet med kondomsvek skulle man å ena sidan kunna argumentera att eftersom parterna har inlett ett sexuellt umgänge, så är det inte en kränkning av den sexuella integriteten att den ena parten handlar i strid med vad som överenskommits. Å andra sidan, och i likhet med den analys jag har gjort i avsnitt 5, kan man förstå det som att den som tar bort kondomen och i hemlighet fortsätter penetrationen gör något som den andra personen inte samtyckt till och handlingen är därmed ägnad att kränka personens sexuella integritet.

Brottet sexuellt ofredande ger ett ganska stort utrymme för rättstillämparens skönsmässiga bedömningar. Men medan utformningen av våldtäkt och sexuellt övergrepp sätter den utsattes beteende och uttryck i fokus för bedömningen, har utformningen av sexuellt ofredande den fördelen att fokus i första hand är riktat mot huruvida gärningspersonens beteende är straffrättsligt klandervärt. I den bedömningen ligger att beakta rådande normer i samhället och stöd kan tas av forskning om hur människor upplever kondomsvek.

7 Det finska reformarbetet

Det lagförslag som har lämnats i justitieministeriets rapport från 2020 uppmärksammar kondomsvek. I rapporten nämns ”stealthing” tillsammans med analsex som inleds mot en persons vilja under ett samlag som annars inletts i samförstånd.⁹⁴ I rapporten anges att övergrepp som sker under ett samlag som inletts i samförstånd kan variera mycket i grad och natur och frågan om hur sådana handlingar ska bedömas straffrättsligt måste besvaras från fall till fall. Enligt rapporten kan handlingen uppfylla rekvisiten för våldtäkt om den andra personens fria deltagande helt saknas för att delta i det fortsatta samlaget, eller uppfylla rekvisiten för sexuellt övergrepp om gärningspersonen på andra sätt väsentligen kränker en annan persons sexuella självbestämmanderätt. Att kondomsvek faktiskt uppmärksammas som ett potentiellt straffbelagt övergrepp i lagförslaget kan förhoppningsvis, för det fall att det genomförs en reform av sexualbrottslagstiftningen i Finland, leda till ett tydligare ställningstagande i fråga om kondomsvek, i jämförelse med hur frågan har behandlats i svenska förarbeten.

⁹⁴ Justitieministeriet, Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. JM 9/2020, s. 151.

I justitieministeriets lagförslag från 2020 införs en ny grund för när våldtäkt kan föreligga, nämligen att en person utnyttjar att någon på grund av ”det faktum att situationen uppstår plötsligt inte har möjlighet att utforma eller uttrycka sin vilja”.⁹⁵ Denna situation är inte uttryckligen reglerad i den svenska våldtäktslagstiftningen, men som jag tidigare nämnt så anges i förarbetena så kallade överrumplingsfall som exempel på när ett frivilligt deltagande inte föreligger.⁹⁶ Det finska lagförslaget och den svenska våldtäktsregleringen synes ta sikte på samma typfall, nämligen sexuella handlingar som utförs i folksamlingar eller i samband med massage och läkarundersökningar.⁹⁷ Utifrån min argumentation kring den svenska lagstiftningen bör således kondomsvek kunna betraktas som ett överrumplingsfall även enligt det finska lagförslaget.

Mitt påstående att kondomsvek bör kunna omfattas av bestämmelsen om sexuellt ofredande i svensk rätt kan också användas i förhållande till den finska kriminaliseringen *Sexuellt antastande* (Strafflag (39/1889) 20 kap. 5 a §). Bestämmelsen kriminaliserar den ”som genom beröring utsätter en person för en sexuell handling som är ägnad att kränka personens sexuella självbestämmanderätt”. Straffet är böter eller fängelse i högst sex månader. Till skillnad från den svenska bestämmelsen om sexuellt ofredande som har funnits sedan brottsbalken trädde i kraft 1965, är den finska bestämmelsen från 2014. Niemi har analyserat lagstiftningsprocessen och domstolsavgöranden om sexuellt antastande.⁹⁸ Av Niemis analys framgår att den finska bestämmelsen är snävare än den svenska, då den sistnämnda inte är begränsad till fysiska handlingar och således kan tillämpas på många olika typer av beteenden. Den föreslagna finska lagen utvidgar visserligen omfattningen av deliktet för sexuellt antastande något. Gärningsbeskrivningen behåller dock fortfarande en koppling till fysisk beröring, eftersom blottande, bilder eller ord måste vara jämfällbara med beröring.⁹⁹ Denna koppling saknas i den svenska kriminaliseringen.

⁹⁵ JM 9/2020, s. 284.

⁹⁶ Se avsnitt 2.

⁹⁷ Exempelen från det finska lagförslaget har jag hämtat från Daniela Alaattinoğlu – Heini Kainulainen – Johanna Niemi, Rape in Finnish Criminal Law and Process – A Discussion on, and Beyond, Consent. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Policy 8(2) 2020, s. 33–53, 47.

⁹⁸ Johanna Niemi, Excluding Power from a Narrative: Sexual Harassment in a Criminal Law Reform, s. 17–41 i verket Ulrika Andersson – Monika Edgren – Lena Karlsson – Gabriella Nilsson (eds), Rape Narratives in Motion. Palgrave Macmillan 2019.

⁹⁹ Enligt den föreslagna 20 kap. 6 § 1 mom. 2 punkten i strafflagen. Se JM 9/2020, s. 286.

8 Avslutning

Som svar på frågan om kondomsvek är straffbart eller inte i svensk rätt kan man å ena sidan lägga vikt vid de förarbetsuttalanden som talar om att vissa förutsättningar för sexuell umgänge, såsom preventivmedelsanvändning, inte ska ges avgörande betydelse för om frivillighet föreligger eller inte. Då behöver man inte heller ge sig in i den krångliga exercis som jag har gjort i avsnitt 5. Å andra sidan skulle kondomsvек kunna utgöra våldtäkt eller sexuell övergrepp om man rättsligt förstår A:s handlande som att när A tar av kondomen genomför A en ny sexuell handling mot B, som B inte har möjlighet att uttrycka sin vilja till. Denna tolkning måste dock ses mot bakgrund av förarbetena, som ger uttryck för inställningen att kondomsvек inte bör vara kriminaliserat som våldtäkt eller sexuell övergrepp. Min analys har även visat att det inte är helt lätt att tolka den nya lagstiftningen. Det finns lager av osäkerhet som överlämnas till rättstillämpningen att ta ställning till i det enskilda fallet; dels vilka beteenden som utgör en ny sexuell handling, dels i vilken utsträckning uttryckt frivillighet till en viss sexuell handling också innebär frivillighet till en annan sexuell handling. Det kan ifrågasättas om själva utformningen av våldtäkt och sexuell övergrepp – som lägger vikt vid beteendet hos den som utsätts – tydligt ringar in vilka beteenden som är klandervärda. Jag menar att bestämmelsen om sexuell ofredande har en mer lämplig utformning då den fokuserar på gärningar som är ägnade att kränka en persons sexuella integritet, snarare än målsägandens icke-frivilliga deltagande. Att en majoritet i studierna som redovisats uttrycker att kondomsvек utgör ett sexuell övergrepp innebär inte i sig att beteendet bör vara kriminaliserat. Men att problemet uppmärksammats i olika sammanhang påkallar en diskussion kring huruvida det *bör* vara ett brott, särskilt då den svenska lagstiftningen gör anspråk på att bestraffa handlingar som kränker den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten. En sådan diskussion bör ta i beaktande att huruvida människor över huvud taget namnger ett visst beteende som ett övergrepp står i relation till huruvida beteendet anmäls till polis, och i sin tur i relation till om beteendet formuleras som ett kriminaliserat beteende i lagstiftningen.¹⁰⁰ En sådan diskussion skulle gynnas av om det fanns mer empirisk forskning om kondomsvек i en nordisk kontext.

¹⁰⁰ Latimer et al. 2018, s. 13.