Lagen, objektiviteten — och verkligheten

Av professor MADELEINE LEIJONHUFVUD

Ett anförande av artikelförfattaren vid Objektivitetsseminariet, arrangerat av Brottsoffermyndigheten, Domstolsverket, Riksåklagaren och Sveriges advokatsamfund den 26 april 2004. Efterord i augusti 2004.

I inledningen av det många år långa arbetet på att skapa en fungerande lagreglering av barnpornografi hölls en hearing i Justitiedepartementet. Dåvarande RÅ Torsten Jonsson berättade där att han hade varit mycket avvisande till tanken att man skulle kriminalisera innehav av barnpornografiskt material — av hänsyn till yttrandefriheten och principerna bakom den svenska regleringen av den.

— Men nu har jag ändrat uppfattning. Jag har nämligen tagit del av de beslagtagna bilderna i Huddinge- och Norrköpingshärvorna. Det är för mig uppenbart att man måste slå mot marknaden för sådana bilder och därmed övergreppen bakom dem.

För detta uttalande blev RÅ under den fortsatta debatten beskylld för att vara känslomässigt berörd. Hans Gunnar Axberger publicerade ett sarkastiskt aktstycke i tidskriften Moderna Tider, vari RÅ beskrevs som känslosam och oprofessionell. Dåvarande JO Gunnel Norell fick också en släng av sleven — när hon instämde med RÅ var hon ”gråtmild”. Själv fick jag epitetet ”nyfrälst”.

Kan man vara medkännande och objektiv, frågas det i inbjudan till detta seminarium. Jag undrar om någon egentligen vill svara nej på den frågan. Vi kan förhoppningsvis vara empatiska, i meningen att kunna leva oss in i hur en annan människa upplever något, utan att falla ur vår yrkesroll t.ex. som domare i ett allvarligt brottmål.

Men det finns en rädsla hos jurister att uttrycka känslor. I samtal med det justitieråd som var ordförande i Barnpornografiutredningen noterade jag vid ett tillfälle att det ingenstans i det flera hundra sidor tjocka betänkandet fanns någon *värdering* av hantering av barnpornografiskt material. Det diskuterades som en verksamhet vilken som helst, som om frågan om den skulle förbjudas eller ej var uteslutande lagteknisk. Hon blev uppenbart förvånad över mitt påpekande och svarade att detta väl inte var märkvärdigare än att hennes dotter, som är läkare, inte gråter medan hon opererar.

Jag vill — hur märkligt det än kan låta — seriöst ta upp frågan *om jurister bör veta något om verkligheten.* Är det så att den som har sett något svårt — som t.ex. beslagtagna bilder av grova sexuella övergrepp på

barn — blir ur stånd att fungera objektivt som jurist? Bör en jurist ”medvetet hålla sig i okunnighet” — för att med oförstört, öppet sinne kunna ta ställning ”objektivt”?

För mig är detta en absurd tanke. Om vi inte vet vad det handlar om — hur ska vi då kunna förstå och bedöma? Jurister måste i själva verket vara väl bevandrade i livets alla sidor — inte minst de mörka och svåra, som man som privatperson vill slippa se. Att blunda för verkligheten är faktiskt ett större fel än att vara ohövlig eller respektlös mot en tilltalad, en målsägande eller ett vittne. Därmed inte sagt att juristen — inte ens domaren — måste kunna allt själv. Man han eller hon måste försöka sätta sig in i förhållanden av olika slag, och förstå när det krävs expertkunskaper för att en juridisk fråga ska få en riktig behandling.

Mål om *relationer mellan man och kvinna* eller om *föräldrar och barn* skulle kunna tyckas vara mindre krävande i det här hänseendet — vi har alla erfarenheter av sådana relationer — medan de flesta jurister inte är särskilt väl insatta i frågor om internationell affärsverksamhet och komplicerade transaktioner med värdepapper. Men personliga relationer berör oss på ett särskilt sätt, vi skyr de svåra sidorna av sådana därför att vi berörs av detta som personer — innanför våra juristskal. Ett förhållningssätt är då att ta avstånd — hålla distans och undvika att se — och förstå.

Självklart måste vi orka med också de här situationerna. Vi behöver inse detta, och vi behöver få en viss träning i det redan under utbildningstiden. Faktum är att det numera, enligt examensbilagan till Högskoleförordningen, för jur. kand-examen krävs inte bara insikter i civilrätt, straffrätt, processrätt osv. utan också att man har

”— förvärvat kännedom om sådana samhälls- och familjeförhållanden som påverkar kvinnors och mäns livsbetingelser, och
— förvärvat kunskaper om hur fysiskt och psykiskt våld påverkar män och kvinnor.”

Det pågår för närvarande vid Högskoleverket en undersökning av hur man lever upp till detta i juristutbildningarna runt om i landet. Jag befarar att det blir ett rejält underbetyg.

För oss som läste juridik för mer eller mindre länge sedan fanns ju inga sådana inslag i utbildningen. Därför är det här ett mycket viktigt seminarium. Både vi och dagens juris studerande behöver mer kunskap. Ett gott råd är att läsa Katarina Wennstams bok ”Flickan och skulden”. Där följer hon ett antal av kvinnorna i senare års uppmärksammade sexualbrottmål och ser hur deras liv påverkats av det inträffade, inte bara händelsen utan i lika hög grad den rättsliga processen. Litteratur är en bra metod att förstå — den får våra högra hjärnhalvor att vara med. Vi jurister har alltför mycket träning i att bara använda den vänstra, den logiska men ack så begränsade när det gäller

att se helheter och förstå människor. Ny forskning visar faktiskt att valet av utbildning och yrkesinriktning påverkar utvecklingen av hjärnan så att det går att se med modern röntgenteknik, och som exempel i den vetenskapliga artikeln nämns just juristers hjärnor. Det är förhoppningsvis positivt att viss typ av hjärnkapacitet utvecklas. Problemet är om andra områden inte gör det.

Som straffrättare funderar jag naturligt nog på hur *rättreglernas utformning* påverkar rättsprocessens utformning, de olika juristkategoriernas agerande och situationen för målsägande och för gärningsmän. Det är ju till sist lagens olika rekvisit som bestämmer vad som tas upp under rättsprocessen och också, i betydande mån, hur det tas upp.

Det var sådana reflexioner som fick oss i den s.k. Kvinnovåldskommissionen att utforma det *kvinnofridsbrott*, som efter mycken vånda — och starkt motstånd från Justitiedepartementet men lika starkt stöd i Socialdepartementet — blev ett något annorlunda men dock fridskränkningsbrott. Om varje misshandelstillfälle är ett brott kommer rättsprocessen att handla om att precisera till datum och art — precisera en verklighet som för kvinnan utgör ett flytande tillstånd av hot, fruktan, smärta, skamkänslor, oro för barnen, hopp om förändring, besvikelse, rädsla och hopplöshet. För mannen förvisso också en period — utan självinsikt, i en frustration vars utlopp han varken kan eller vill kontrollera — men som han i efterhand helst vill se som enstaka förlöpningar utan inbördes samband.

Kan juridiken hantera den verkligheten? Remissutfallet tydde inte på det. Juristinstanserna avstyrkte, det blir för svårt, för oprecist, medan instanser med kunskap om denna verklighet (Kyrkan, hjälporganisationer, sjukvården, socialtjänsten) sa ja, självklart, varför är det inte redan på det viset? När ett fall nådde Högsta domstolen blev resultatet (NJA 1999 s. 102) en parodi på prejudikatbildning, med en rad dissenser i olika riktningar, en generande uppvisning i verklighetsfrämmande begreppsjuridik.

När en verklighet utmanar en traditionell rättsapparat är motståndet ofta märkligt starkt. Visst är det vår uppgift att peka på svårigheter, och inte minst att bevaka *rättssäkerhetsaspekten*. Men när vi inte ens bejakar verkligheten, trots att den finns där runt om och är så uppenbar för alla andra — då riskerar vi faktiskt att allvarligt skada respekten för rättssystemet och dess aktörer.

Idag står *lagregleringen av sexualbrott* på dagordningen. En lagrådsremiss har utlovats mycket länge. Den ska skärpa bedömningen av brott mot barn och mot personer i hjälplöst tillstånd. Men det lär inte bli någon mera radikal förändring, inget som verkligen ändrar utformningen av rättsprocessen.

Sexualbrottskommittén skulle enligt sina direktiv pröva om straffansvaret borde knytas till brist på samtycke istället för till styrkt tvång (våld eller hot). Den tanken avvisades — motiveringen var dels att det fanns en risk för omvänd bevisbörda, dels att kvinnan skulle

utsättas för ännu mer kränkande frågor med en sådan reglering. Remissinstanserna accepterade kommitténs presentation av problemet och godtog dess slutsats.

Men under den långa tid som gått sedan förslaget presenterades har en del hänt. Undersökningar av rättegångar i sexualbrottmål, utförda som examensarbeten vid juridiska fakulteten i Stockholm under professor Christian Diesens ledning, har visat att kvinnor som målsägande i dessa slags mål i mycket stor omfattning får kränkande frågor och att rättens ordförande, trots rättegångsbalkens regler, regelmässigt inte ingriper. Försvarsadvokaterna går ofta i sina frågor långt utöver vad som enligt samfundets egna regler är god advokatsed i behandlingen av en motpart. Att kvinnorna skulle kränkas ännu mer med en annan konstruktion av lagen återstår definitivt att visa.

Det har vidare — och viktigast — kommit en dom i Europadomstolen, M. mot Bulgarien (4 december 2003). Domen innebär i klartext att sexualbrottsregleringar i Europarådsländer inte ska se ut som den svenska gör — och kommer att göra också enligt det aviserade förslaget. Att utföra sexualhandlingar med någon utan att denne samtycker ska vara straffbart. Krävs det att något mer ska styrkas — tvång av något slag, hjälplöst tillstånd e.d. — så uppfyller lagen inte Europarådskonventionen om mänskliga fri- och rättigheter. Avsaknad av motstånd får inte krävas. Det har Europarådsländerna kommit överens om i sin rekommendation 2002/5, konstaterar domstolen, och så ska det vara. Domstolen citerar en engelsk domare:

”Every consent always involves a submission, but it by no means follows that a mere submission involves consent.”

Jugoslavien- och Rwanda-tribunalerna har dessutom för sin del, skriver Europadomstolen, slagit fast att i internationell straffrätt är våldtäktsbrottet konstituerat av brist på samtycke. Krav på styrkt våld/hot får inte uppställas. Detta har direkt relevans för Sverige, som har att anpassa svensk lag så att den täcker alla brott som enligt stadgan för den internationella brottmålsdomstolen utgör brott mot mänskligheten — dvs. bl.a. våldtäkt (rape).

Justitieministern har på direkt fråga meddelat att man inte ska beakta denna dom utan gå till lagrådet med förslaget som det ser ut. Det blir onekligen intressant att se hur det går — om lagrådet och riksdagen godtar detta och i så fall hur länge det dröjer tills någon av ministerns forna advokatkollegor bistår en svensk kvinna när hon stämmer Sverige till Europadomstolen.

Vad gör det då för skillnad om lagen har krav på styrkt tvång eller hjälplöst tillstånd eller om den är utformad så att sexualhandlingar utan samtycke är straffbara. Vad ska rättegången handla om i det ena fallet och i det andra, och vad innebär det för målsägande respektive

gärningsman? Vad innebär objektivitetskravet i det ena och det andra fallet?

Om *tvång* krävs — som det gör för våldtäkt enligt svensk rätt - blir frågan om förekomsten av tvång — idag s.k. råntvång — bevistema. Man kunde förväntat sig att fokus skulle ligga på mannens handlande — hur han inledde och genomförde den sexuella handlingen och om han då använde våld eller hot. Men av någon anledning är det ofta inte så. Det visar de genomgångar av praxis som i olika sammanhang presenterats, nu senast i avhandlingen *Hans (ord) eller hennes?* av *Ulrika Andersson*, som ska försvaras i Lund den 19 maj men som jag redan haft god nytta av när jag förberett mitt inlägg idag.

I scenerna vi nyss såg fick kvinnan frågan om hon skrikit – och hon svarade att hon varit rädd att den lilla dottern skulle höra. Det är ett typiskt sätt att i processen pröva om brottsrekvisitet tvång är uppfyllt. Fokus är på *kvinnans beteende*, inte mannens. Hennes reaktion - eller brist på reaktion - får utgöra bevisning av om mannen utövat våld eller hot. Hennes skador räckte inte som bevisning. Inga frågor tog sikte direkt på själva den med åtalet avsedda gärningen. Hur gick den sexuella akten till, och hur fick hon skadorna i huvud, på armar etc. Jag tror som sagt att detta är högst realistiskt återgivet. Sådana frågor saknas påfallande ofta också i verkliga fall.

Om det är *sexuella handlingar utan samtycke* som kriminaliseras, blir fokus annorlunda då?

Det kan vara intressant att erinra om att strafflagens våldtäktsbestämmelse lydde ”Tager man kvinna med våld och, *emot hennes vilja*, med henne öfvar otukt…” Bristande samtycke var alltså ett eget rekvisit, vid sidan om tvånget; båda skulle vara uppfyllda. Det fanns alltså ett teoretiskt utrymme för att även en tvingad kvinna kunde samtycka, något som onekligen kan ge anledning fundera över den tidens verklighetssyn. Johan Hagströmer, straffrättsprofessor i Uppsala i början på 1900-talet, skrev att ett motstånd från en kvinna inte utesluter att ”hon i grund och botten ej haft något emot att det gått som det gått”. Men, tillstår han, omständigheterna kunde visa att det måste ha skett mot kvinnans vilja:

> ”Om således t.ex. X, som mött kvinnan Y ute på marken, störtat sig öfver henne, tilldelat henne ett slag i hufvudet, så att hon medvetslös segnat ned, och därefter öfvat otukt med henne, fordras ej något särskilt bevis för att otukten öfvats med Y emot hennes vilja, utan eger man antaga att så varit fallet,”

Så långt låter det klokt också för våra moderna öron. Men så tillägger han:

> ”därest intet häntyder på ett motsatt förhållande.”

Något kunde alltså tyda på att kvinnan ville ”övas otukt” *med,* trots att hon var slagen medvetslös! Som sagt, verklighetssynen har avgörande betydelse.

Om bristande samtycke är ett *brottsrekvisit* och därmed *bevistema* måste självfallet bevisbördan härför ligga på åklagaren; den tilltalade ska inte bevisa sin oskuld, han ska inte behöva styrka — vare sig med ett underskrivet papper, som motståndarna till en sådan reglering brukar hävda, eller på annat sätt — att hon samtyckte. Men mannen måste få svara på frågor kring *sitt* handlande och *sina* överväganden: ”Vad fick dig att tro att hon ville detta som du stod i begrepp att göra? Just då, i gärningsögonblicket, och sedan under tiden det pågick? När hon fick blåmärkena på armarna och bulan i bakhuvudet?”

Under sådana omständigheter som klart tyder på avsaknad av samtycke — kvinnan fick skador, kunde inte hålla urin och kanske inte heller avföringen efteråt, det var en hel rad för henne mer eller mindre främmande män, ingen kontakt förekom, inga kondomer användes — måste mannen åläggas en *konkretiseringsbörda.* Han får frågor om hur *hon* reagerade på hans handlande, inför och igenom hela den sexuella akten. Frågade han henne om han skulle använda skydd? Om hon åt P-piller? Är han åtalad *tillsammans med flera män* måste han kunna ange något som tyder på att hon ville att *han* skulle göra det han gjorde med henne. Idag tas ofta inte bevisningen upp individuellt på detta sätt vid den typen av händelser. Kan inget motstånd från kvinnan visas, har hon varit passiv, ja då frias alla männen i klump.

En ändrad lagtext bidrar till att ändra attityder. Det är viktigt. Det krävs att lagen återger en annan verklighetsuppfattning än den som ligger till grund för dagens rättstillämpning. *Helena Sutorius* posthumt, av *Anna Kaldal* färdigställda avhandling *Bevisprövning vid sexualbrott* beskriver dagens svenska sexualbrottsreglering som ett utslag av en syn på sexualitet där kvinnan uppfattas som passiv och sexuellt tillgänglig om hon inte gör aktivt motstånd. Nu ger lagen inte utrymme för att beakta betydelsen av kvinnans bristande aktivitet — den saknar rättslig relevans.

Om vi överhuvudtaget ska tala om objektivitet i den rättsliga prövningen av en misstanke om en våldtäkt, måste vi först *bli överens om formuleringen av den faktiska verklighet* som brottsbeskrivningen hänför sig till. Den bild vi idag hävdar, som en förutsättning för personlig integritet, är ömsesidighet — *ett gemensamt handlande med två aktiva parter.* Med den verklighetsuppfattningen följer, att lagen måste dra gränsen mellan straffbart och rättsenligt handlande i sexuella sammanhang där ömsesidigheten upphör.

Det innebär att ett sexuellt övergrepp ska definieras som en sexualhandling mot någon som — när handlingen inleds eller någon gång under det att den pågår — visar att hon inte vill vara med om det som görs mot henne. Men också en sexualhandling mot någon

som är passiv, som blir använd som ett föremål och inte deltar vare sig i ord eller handling.

Att dra gränsen först där motstånd är styrkt förutsätter, om det ska vara ett verkligt skydd för den kroppsliga integriteten, att kroppsstyrka och maktrelationer är jämt fördelade mellan oss människor. Det är därför som Jugoslavien- och Rwanda-tribunalerna klart slagit fast att styrkt tvång inte får vara ansvarsförutsättning. De utnyttjade kvinnorna valde att försöka överleva, och det innebar att de måste underkasta sig övergreppen utan att visa några reaktioner.

Den som vill utföra en sexualhandling med en annan person, oavsett om det handlar om två människor av samma kön eller olika kön, måste *förvissa sig om* att det han gör är vad den andra personen också vill. Enkelt, självklart, skulle människor runt om i dagens Sverige säga. Men för att det ska bli verklighet också i rättssalen måste också vi jurister — med vår nyckelroll för lagstiftning och rättstillämpning — våga stå för den uppfattningen.

Efterord

Sedan anförandet hölls har Högsta domstolen (4 maj 2004, B 4646-03) frikänt männen i det s.k. Tumbafallet. Domen är prejudicerande vad avser bevisvärderingen i sådana fall där kvinnan inte minns och därför inte kan berätta och teknisk bevisning saknas medan mannen/männen lämnar en detaljerad beskrivning. I sådana fall ska, skriver HD, mannens/männens berättelse läggas till grund för bedömningen. Ett straffbud, avsett att skydda bl.a. medvetslösa, blir med denna tillämpning ett praktfullt slag i luften.

Regeringen har också under försommaren remitterat sitt förslag till ny lagtext till lagrådet. Utnyttjande av den som är i hjälplöst tillstånd ska nu rubriceras våldtäkt. Men det spelar inte någon roll vad en gärning kallas i lagen, om den i praktiken inte går att styrka.

Justitieministern höll fast vid sin föresats att lämna Europadomstolens dom obeaktad vid utformningen av lagen. Styrkt våld eller hot ska fortfarande utgöra ett brottsrekvisit för våldtäkt mot vuxna. Att sådana krav slopas vid övergrepp på barn är utmärkt — det föreslog redan Kvinnovåldskommissionen i sitt betänkande år 1995 och det kan alltså bli lag nu, ett decennium senare. Att behålla våld eller hot som krav vid våldtäkt mot vuxna strider mot den tolkning som Europadomstolen nu gjort av människorättskonventionen när det gäller sexuella övergrepp.

Ministern förlitar sig tydligen på att domstolarna skall ”tolka bort” detta brottsrekvisit. Högsta domstolen beskriver i Tumbadomen — uppseendeväckande felaktigt — den svenska regleringen av våldtäkt som om den byggde på bristande samtycke och hävdar att ”det våld, hot eller tvång som förekommit kan sägas tjäna som bevis på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt”. HD försöker framställa ett *brottsrekvisit* som om det vore ett *bevisfaktum*. Men legalitetsprincipen

kräver som bekant att varje rekvisit i lagtexten styrks, objektivt och subjektivt, och landets åklagare och domare har inte mandat att rätta till den konventionsvidriga lagtexten.

Dessa jurister har däremot nu fått ett eget, professionellt skäl att kräva en lag som bygger på bristande samtycke och inget annat. Annars kommer politikerna — helt orättmätigt — att skylla på rättstillämpningen när Sverige fälls i Europadomstolen.