

This is an electronic reprint of the original article. This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

Om sex, samtycke och mänskliga rättigheter

Pirjatanniemi, Elina

Published in:
Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland

Published: 01/01/2021

Document Version
Final published version

Document License
Publisher rights policy

[Link to publication](#)

Please cite the original version:
Pirjatanniemi, E. (2021). Om sex, samtycke och mänskliga rättigheter. *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 308-332. <https://urn.fi/URN:NBN:fi-fe202201189085>

General rights

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.

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.

Professor Elina Pirjatanniemi, Åbo Akademi

Om sex, samtycke och mänskliga rättigheter*

Sammanfattning

De grundläggande fri- och rättigheterna samt de mänskliga rättigheterna påverkar den finländska straffrätten genom att ställa krav på dess begränsning och utvidgning. Den senare har lett till en oro för straffrättens inflation, särskilt beträffande sexualbrott. Den här artikeln granskar de finländska kriminaliseringsdiskussionerna kring våldtäkt och köp av sexuella tjänster från 1997 fram till justitieministeriets reformförslag 2020. Artikeln visar att den finländska straffrätten har uppvisat motstånd mot kriminaliseringstryck och att den nationella prövningsmarginalen har utnyttjats i största möjliga utsträckning. Ett rättighetstänkande har dock blivit mera framträdande även inom kriminaliseringsdiskussioner. Rättighetstänkandet har bidragit till en mera analytisk och kontextuell diskussion, ett ytterligare fokus på offers rättigheter, samt även sexualbrottsreform.

1 Inledning

Det straffrättsliga systemets relation till grundläggande fri- och rättigheter samt mänskliga rättigheter kan karaktäriseras som ett tvåvägsförhållande.¹ Rättigheterna sätter för det första gränser för kriminaliseringar och uppställer kriterier för såväl straffprocessen som påföljdssystemet. Samtidigt utgör kriminaliseringarna, straffprocessen och påföljdssystemet en central mekanism för att garantera att skyddet av rättigheterna är effektivt även mot sådana kränkningar som orsakas av privata aktörer.²

* Artikeln har skrivits inom ramen för projektet Specialskyddets många ansikten: En granskning av utsatthetens roll i mänskliga rättigheter och straffrätt (ROVU) som finansieras av Finlands Akademi, projektnummer 338351.

¹ I enlighet med vedertagen kutym hänvisas det i artikeln till grundläggande fri- och rättigheter eller grundrättigheter då avsikten är att diskutera de nationella rättigheterna som skyddas i grundlagen. Med begreppet mänskliga rättigheter avses de rättigheter som ingår i internationella traktater. Uttrycket rättigheter omfattar de bägge kategorierna.

² Allmänt om straffrättens förhållande till rättigheter, se särskilt Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 157–160; Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Werner Söderström Lakitieto Oy 2001, s. 305–346 och Ari-Matti Nuutila, *Rikoslain yleinen osa*. Kauppakaari Oy 1997, s. 35–79.

Rättigheternas begränsande funktion har inte föranlett särskilt stora bekymmer för den nordiska humana och rationella kriminalpolitiken,³ men däremot har det varit något svårare att acceptera att de grundläggande fri- och rättigheterna samt de mänskliga rättigheterna ibland kan förutsätta att helt nya kriminaliseringar införs eller att gamla straffbestämmelser skärps. Det har varnats för att ett alltför starkt fokus på rättigheter till och med kan leda till en inflation av straffrätten som i sin tur riskerar att resultera i en mer offensiv straffrätt.⁴ Denna oro gäller bägge former av rättigheter, men mänskliga rättigheters koppling till internationellt överenskomna standarder innebär en ytterligare prövning för det nationella straffrättssystemet.

Syftet med den här framställningen är att analysera den ovannämnda kriminalpolitiska utmaningen ur ett finländskt perspektiv. Artikelns koncentrerar sig på kriminaliseringarna, även om det givetvis är möjligt att närma sig problematiken utgående från de andra aspekterna i det straffrättsliga systemet. För att kunna fånga upp och konkretisera relevanta utvecklingstrender kommer analysen att utgå från den finländska sexualbrottslagstiftningen. Den har varit föremål för många reformer under de senaste årtiondena och ofta har reformtrycket haft en koppling till mänskliga rättigheter. Sexualbrottslagstiftningen har också nämnts som ett typiskt exempel på en avvikelser från den nordiska rationella och humana kriminalpolitiken.⁵

Artikelns kommer att koncentrera sig på frågan om huruvida de grundläggande fri- och rättigheterna samt de mänskliga rättigheterna har påverkat den finländska strafflagstiftarens manöverutrymme och vilka slutsatser man kan dra av detta i ljuset av den nordiska rationella och humana kriminopolitiska traditionen. Särskild vikt kommer att fästas vid sådana kriminaliseringar som härstammar från, eller som kan motiveras med, antingen internationella människorättskonventioner eller deras tolkningspraxis. Därtill kommer artikeln att studera hur frågan om samtycke, vilken är central i sexuella relationer, har hanterats i den kriminalpolitiska diskussionen och vilken roll rättigheter har haft i argumentationen.

Eftersom sexualbrotten och de andra närliggande kriminaliseringarna, såsom människohandel och vissa brott mot allmän ordning, utgör en alltför omfattande

³ Den nordiska kriminalpolitiken kännetecknas ofta som rationell och human, i motsats till en mer offensiv kriminalpolitik med starka repressiva inslag. Se t.ex. Raimo Lahti, *Straffrätten på 2020-talet – från Cesare Beccarias Om brott och straff (1764) till en allt mer internationell och europeisk straffrätt*. NTfK 3/2015, s. 262–275, 266–268 och Johan Boucht, *Nordisk kriminalpolitik: Finns den längre, och i så fall, vart är den på väg?* JFT 2/2020, s. 215–247, 216–223.

⁴ Se t.ex. Kimmo Nuotio, *Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa*, s. 137–164 i verket Pekka Lämsineva – Veli-Pekka Viljanen (toim.), *Perusoikeuspuheenvuoroja*. Turun yliopisto 1998, s. 158–162. Om offensiva straffrättens faror, se Nils Jareborg, *Scraps of Penal Theory*. Justus Förlag 2002, s. 89–106.

⁵ Tapio Lappi-Seppälä och Michael Tonry, *Crime, Criminal Justice, and Criminology in the Nordic Countries*. *Crime and Justice* 40(1) 2011, s. 1–32, 27.

helhet för att i detalj diskuteras här, har jag valt att koncentrera mig dels på brottsrekvisitet våldtäkt, dels på de kriminaliseringar som avser att stävja skadliga former av sexhandel. Som en ytterligare avgränsning tilläggs att analysen riktar sig till de synpunkter om kriminaliseringar som har framförts i samband med lagstiftningsprocessen. Kriminaliseringar som avser att skydda barn mot sexuella övergrepp har huvudsakligen lämnats utanför analysen, eftersom de har särdrag som skiljer dem från brott mot vuxna.

Forskningsmaterialet består av regeringspropositioner, riksdagens utskottsutlåtanden och utskottsbetänkanden, justitieministeriets aktuella utredningar samt relevant juridisk litteratur. Materialet omfattar alla väsentliga regeringspropositioner och till dem anknutna utskottsutlåtanden från 1997 till 2020. Analysen startar därmed från den sexualbrottsreform som ligger till grund för nuvarande 20 kap. i strafflagen (39/1889, hädanefter SL) och avslutas med justitieministeriets senaste betänkande med förslag till en totalreform av sexualbrotten.⁶

2 Rättigheter och strafflagstiftarens manöverutrymme

Varningarna om rättighetstänkandets potentiella punitiva element har inte enbart förekommit i den finländska diskussionen, utan de har sin motsvarighet i den internationella diskursen om förhållandet mellan mänskliga rättigheter och straffrätt.⁷ Om blicken riktas mot ett nordiskt kriminalpolitiskt sammanhang förefaller det klart att det inte är särskilt gynnsamt att representera dem som talar för *mer* straffrätt. Den rationella och humana nordiska kriminalpolitiken kännetecknas ju av en restriktiv inställning till straffrättens möjligheter att lösa samhällsproblem, vilket tar sig uttryck i kriminaliseringsprinciperna.⁸ Med detta sagt är det dock uppenbart att straffrätten också kan och bör utnyttjas för att skydda de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna.

Finland blev medlem av Europarådet 1989 och undertecknade då även den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).⁹ Finland hade ratificerat många viktiga människorättskonventioner redan tidigare, men de nationella följderna av Europakonventionen blev mer djupgående. En övernationell domstol som kunde fatta

⁶ Justitieministeriet, Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. JM 9/2020.

⁷ Se t.ex. Natalie Sedacca, The 'turn' to Criminal Justice in Human Rights Law: An Analysis in the Context of the 2016 Columbian Peace Agreement. *Human Rights Law Review* 19(2) 2019, s. 315–345, 315–316.

⁸ Boucht 2020, s. 219; Melander 2008, s. 90–94.

⁹ FördrS 63/1999.

rättsligt bindande beslut förstärkte rättigheternas roll i den juridiska argumentationen såväl inom lagstiftningsprocessen som i domstolarna. Finlands medlemskap i Europeiska unionen har ytterligare befäst dessa utvecklingstrender.¹⁰ Den samtidigt pågående finländska grundrättighetsreformen tog kraftigt intryck av Europa-konventionen och både de internationella och nationella processerna ledde till en tydlig konstitutionalisering av rättsordningen¹¹ och däribland också straffrätten. Ett kännetecknande drag för den finländska straffrättsliga teoribildningen har sedan dess varit en aktiv strävan efter koherens mellan straffrättens konstitutionalisering och internationalisering samt de traditionella nordiska kriminaliseringsprinciperna.¹²

Utvecklingen har inneburit att den traditionella läran om godtagbara skyddsintressen i rätt stor omfattning har förenats med straffrättens uppgift att skydda de grundläggande och mänskliga rättigheterna. Grunden för kriminaliseringar måste med andra ord vara försvarbar i ljuset av dessa.¹³ I lagstiftningsprocessen betraktas kriminaliseringar som inskränkningar i rättigheter, vilket betyder att kriminaliseringar ska uppfylla de kriterier som grundlagsutskottet har uppställt för inskränkningar av de grundläggande fri- och rättigheterna.¹⁴ Det här betyder att ett vägande samhällsligt behov av kriminaliseringar bör kunna påvisas. Ett beslut om kriminaliseringar måste också föregå en noggrann avvägning av om det är nödvändigt att ty sig till en kriminalisering för att skydda det bakomliggande rättsobjektet. Detta krav på proportionalitet innebär att lagstiftaren i samband med kriminaliseringar även bör avgöra om samma syfte kunde nås på något annat sätt som skulle innebära ett lindrigare ingrepp i de grundläggande fri- och rättigheterna.¹⁵

Grundlagsutskottet har utarbetat närmare riktlinjer för förhållandet mellan kriminaliseringar och rättigheter, och det betydelsefulla utlåtandet i detta hänseende har faktiskt gällt även sexualbrott. Grundlagsutskottets utlåtande om förslaget att revidera stadgandena om brott mot rättskipning, myndigheter och allmän ordning samt sexualbrott från 1997 var det första utlåtandet efter grundrättighetsreformen där

¹⁰ Se Tuomas Ojanen – Janne Salminen, Finland: European Integration and International Human Rights Treaties as Sources of Domestic Constitutional Change and Dynamism, s. 359–404 i verket Anneli Albi – Samo Bardutzky (eds), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*. Springer Nature 2019, s. 362–363.

¹¹ Se närmare Juha Lavapuro, Uusi perustuslakikontrolli. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2010, s. 9–29.

¹² Se härom särskilt Melander 2008, s. 16–54.

¹³ Grundlagsutskottens utlåtande GrUU 23/1997 rd – Regeringens proposition med förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättskipning, myndigheter och allmän ordning samt om sexualbrott, s. 2.

¹⁴ Se grundlagsutskottets betänkande nr 25 om regeringens proposition med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna, GrUB 25/1994 rd, s. 5–6.

¹⁵ GrUU 23/1997 rd, s. 2.

utskottet dryftade kriminaliseringarnas förhållande till grundläggande fri- och rättigheter och mänskliga rättigheter. Grundlagsutskottet konstaterade inledningsvis att lagstiftaren har ett stort spelrum vid kriminaliseringar, även om såväl grundlagen som internationella förpliktelser medför vissa begränsningar. Grundlagsutskottet poängterade också att det allmänna har en skyldighet att se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna respekteras även i förhållandena mellan privatpersoner. Grundlagsutskottet uttryckte i detta sammanhang också sin allmänna syn på ett sådant tvåvägsförhållande:

För lagstiftaren innebär alltså bestämmelserna om de grundläggande fri- och rättigheterna när det gäller strafflagar dels kringskurna befogenheter, dels verksamhetsförpliktelser. När enskilda kriminaliseringar bedöms från författningsrättslig synpunkt måste bägge slagen av konsekvenser beaktas.¹⁶

Såsom konstaterades redan tidigare, har rättigheternas begränsande funktion inte varit svår att kombinera med den nordiska återhållsamma kriminalpolitiska traditionen. Det ska också tilläggas att generellt sett finns det fortfarande konsensus beträffande den defensiva straffrättspolitikens positiva roll i det finländska samhället. Men det finns sprickor i samförståndet och särskilt våldet mot kvinnor har medfört kritik mot den nordiska traditionen. Missnöjet har fått styrka av de internationella förpliktelserna gällande mänskliga rättigheter och man kan med fog hävda att detta internationella tryck har tvingat det finländska straffrättssystemet att i viss mån ändra riktning när det gäller sådana brottsrekvisit som är relevanta i fråga om våld mot kvinnor.¹⁷ Mot den här bakgrunden är det intressant att mer i detalj analysera hur detta tryck har hanterats i lagstiftningsprocessen.

3 Våldtäkt

3.1 De första stegen mot genuin självbestämmanderätt: 1998 års lag och finjusteringen 2011

Den finländska strafflagen reviderades så gott som i sin helhet i början av 1990-talet. Som ett led i den här totalreformen förnyades även sexualbrottsstadgandena (L 563/1998). Den bärande idén var att flytta fokus från sedlighet till sexuell själv-

¹⁶ GrUU 23/1997 rd, s. 2–3.

¹⁷ Elina Pirjatanniemi, Haastavatkan ihmisoikeudet Suomen kriminaalipolitiikan? Oikeus 2/2011, s. 154–174, 159–164. Se även Fanny Pihlström, Kriminalisering av sexuella trakasserier – i gränsområdet mellan folkrättsliga plikter och kriminaliseringsprinciper. JFT 2/2018, s. 95–122, 114.

bestämmanderätt. Därtill var avsikten att förbättra det straffrättsliga skyddet för barn. Ett huvuddrag i reformen var likaledes att sexualbrottsstadgandena inte längre skulle vara bundna till sexuell inriktning.¹⁸ Reformen innebar att den tidigare i viss mån moralistiska uppfattningen om sexualbrottslighet ersattes av en liberal syn med betoning på frihet.¹⁹ Utgångspunkten för reformen var att ”var och en har rätt att själv bestämma om sitt sexuella beteende, förutsatt att han inte kränker någon annans sexuella integritet. Dessutom behövs stadganden som skyddar barn mot sexuellt utnyttjande.”²⁰

Våldtäkt innebär att någon tvingar en annan person till samlag. Före den ovannämnda reformen hade tvångsmetoderna varit våld eller hot som innebär en trängande fara. Kraven på det motstånd som offret skulle visa var höga och förutsatte att offret utsatte sig själv för fara. I regeringspropositionen resoneras kring dessa krav och konstateras att i framtiden ska det räcka ”att offret klart visar att hon eller han motsätter sig samlag.”²¹ Grundformen av våldtäkt i förslaget byggde trots allt på en konstruktion där tvingandet innebar våld eller hot om våld. Våldet eller hot om detta skulle vara så allvarligt att det bryter offrets vilja.²²

Den andra formen av våldtäkt utgick från en situation där gärningsmannen har försatt offret i ett medvetslöst tillstånd, i ett tillstånd av rädsla eller i annat sådant tillstånd där offret inte kan försvara sig och gärningsmannen utnyttjar denna försvarslöshet till att ha sexuellt umgänge med offret. I detta fall hade frågan om samtycket ingen relevans, utan förslaget utgick från att offret inte behövde motsätta sig samlaget alls.²³ Det intressanta i sammanhanget är förslagets stadgande gällande tvingande till samlag (tidigare SL 21 kap. 3 §). Denna så kallade lindrigare form av våldtäkt innehöll en brottsbeskrivning enligt vilken ett tvingande till samlag utan sådant hot som avses i våldtäktsstadgandets grundform skulle också vara kriminaliserat. Det är dock väsentligt att notera att även här användes ordet hot, och

¹⁸ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättsskipning, myndigheter och allmän ordning samt om sexualbrott, RP 6/1997 rd, s. 160.

¹⁹ Se Johanna Niemi-Kiesiläinen, Naiskauppa, paritus ja seksin osto. Lakimies 3/2004, s. 451–465, 452–453.

²⁰ RP 6/1997 rd, s. 160.

²¹ RP 6/1997 rd, s. 171.

²² RP 6/1997 rd, s. 171. Se även Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? Lakimies 6/2017, s. 789–812, 803–804.

²³ RP 6/1997 rd, s. 172.

ett så pass reellt hot ”att det enligt allmän livserfarenhet är ägnat att få offret att ge med sig.”²⁴

Såsom redan nämnts i det föregående avsnittet, presenterade grundlagsutskottet de allmänna riktlinjerna angående förhållandet mellan kriminaliseringar och grundläggande fri- och rättigheter samt mänskliga rättigheter i sitt utlåtande om regeringspropositionen 1997.²⁵ De nya förslagen om våldtäkt ledde inte till särskilda författningsrättsliga kommentarer. I lagutskottets betänkande fördes en diskussion om våldtäktsbrottets gradering i tre former: våldtäkt, grov våldtäkt och tvingande till samlag. Lösningen hade kritiserats med hänvisning till att en våldtäkt alltid är ett så allvarligt brott att det är begreppsvidrigt att tala om en lindrigare form av brottet. Lagutskottets majoritet ansåg dock att förslaget är motiverat, dels för att även andra allvarliga brottstyper har en liknande gradering, dels för att lösningen förväntades leda till en mer enhetlig rättspraxis. Lagutskottet betonade även behovet att täppa till alla eventuella kryphål för att bättre kunna skydda den sexuella självbestämmanderätten.²⁶

Enligt 1998 års lag dömdes den som förorsakar någons försvarslöshet, och därefter har samlag med denne för våldtäkt, medan den som enbart utnyttjar ett sådant tillstånd dömdes för sexuellt utnyttjande. Tanken hade förmodligen varit att det förstnämnda är mer klandervärt, även om differentieringen inte förklaras desto mer i förarbetena till lagen. Utgående från sexuell självbestämmanderätt finns det dock inte någon orsak att göra en sådan skillnad mellan dessa handlingar.²⁷ Ur offrets synvinkel kan kränkningen av den sexuella självbestämmanderätten vara lika allvarlig oberoende av varför hon eller han har försatts i ett försvarslöst tillstånd.²⁸ I och med L 495/2011 ändrades 20 kap. i strafflagen så att den som genom att utnyttja någon annans försvarslöshet, som denne inte själv har orsakat, har samlag med honom eller henne, ska dömas våldtäkt.

Sammanfattningsvis kan här konstateras att i och med dessa förändringar av våldtäktsrekvisitet hade den sexuella självbestämmanderätten definitivt vunnit gehör, men samtyckets roll var fortfarande något diffus. Det ter sig självklart att samlag utan någons samtycke inte är möjligt om utgångspunkten är sexuell självbestämmanderätt.

²⁴ RP 6/1997 rd, s. 174.

²⁵ GrUU 23/1997 rd.

²⁶ LaUB 3/1998 rd, s. 19–20.

²⁷ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av kap. 20 i strafflagen, RP 283/2010 rd, s. 6–7.

²⁸ LaUB 37/2010 rd, s. 2.

Samtidigt har det verkat vara svårt för den finländska strafflagstiftaren att hantera samtyckets roll i fråga om våldtäkt. Det är den diskussionen som vi nu övergår till.

3.2 Samtycke börjar bryta mark

Justitieministeriet publicerade 2012 en bedömningspromemoria om behoven att ändra våldtäktsrekvisit.²⁹ I promemorian konstaterades det, genom hänvisningar till rättsvetenskaplig litteratur, att avsaknaden av samtycke är av relevans när man analyserar huruvida våldtäktens brottsbeskrivning har uppfyllts.³⁰ Efter en analys av den internationella utvecklingen sammanfattades läget enligt följande: våldtäkt bör ses som ett brott som sker utan offrets samtycke. Slutsatsen stärktes även av sexualbrottslagstiftningens nationella utgångspunkt som är sexuell självbestämmanderätt. Enligt promemorian kunde man dock inte av dessa synpunkter dra någon definitiv slutsats om hur själva våldtäktsrekvisitet ska formuleras, utan staten har prövningsmarginal i detta hänseende.³¹ Promemorian kom till den slutsatsen att avsaknaden av samtycke inte ska ingå i våldtäktsrekvisitet. Samma slutsats presenterades i regeringens proposition RP 216/2013 rd som ledde till flera betydelsefulla ändringar i sexualbrottslagstiftningen.³² I samband med reformen blev tvingande till samlag en del av våldtäktsrekvisitet och tillämpningsområdet för den så kallade lindrigare formen av våldtäkt inskränktes. Straffskalorna skärptes och en ny kriminalisering av sexuellt antastande infördes.

I detta skede var det uppenbart att våldtäktsregleringen befann sig i ett brytningsskede. Lagutskottet konstaterade detta helt öppet: ”Den internationella utvecklingen och jämförande rättsstudier visar att det skett sådana förskjutningar i definitionen av sexualbrott som erbjuder lämpliga modeller för en revidering av bestämmelserna.”³³ Lagutskottet noterade även att alternativet till den modell som regeringspropositionen presenterade skulle vara ett rekvisit som formuleras utgående från samtycke. Lagutskottet valde dock att inte frångå den nuvarande modellen.³⁴

Det intressanta här är dock grundlagsutskottets utlåtande, i vilket brottsrekvisitet för våldtäkt diskuterades separat. Först redogjorde utskottet för den internationella

²⁹ Justitieministeriet, Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet. JM 25/2012.

³⁰ JM 25/2012, s. 27.

³¹ JM 25/2012, s. 62.

³² Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 20 kap. i strafflagen, RP 216/2013 rd.

³³ LaUB 4/2014 rd, s. 3.

³⁴ LaUB 4/2114 rd, s. 3.

utvecklingen och noterade att ”Europeiska människorättsdomstolen slog 2003 fast att man vid tolkningen av våldtäktsrekvisitet i de europeiska länderna har övergått från att betona inslag av våld och offrets fysiska motstånd till att betrakta avsaknaden av samtycke som det centrala elementet.”³⁵ Grundlagsutskottet poängterade att Europeiska människorättsdomstolen i fallet *M.C. mot Bulgarien*³⁶ underströk att artiklarna 3 och 8 i Europakonventionen innebär en förpliktelse för medlemsstaterna att införa effektiva straffrättsliga bestämmelser för att kriminalisera handlingar som skett utan samtycke också i sådana fall där brottsoffret inte har gjort fysiskt motstånd. Därtill betonade grundlagsutskottet att artikel 36 i Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och våld i hemmet (Istanbulkonventionen)³⁷ definierar våldtäkt med utgångspunkt i samtyckesprincipen. Grundlagsutskottet hänvisade också till flera rekommendationer som Finland och andra länder fått av Förenta nationernas olika konventionskommittéer.³⁸ Slutligen konstaterade grundlagsutskottet följande:

[E]tt skrivsätt som bygger på avsaknaden av samtycke skulle understryka våldtäktens karaktär av kränkning av den sexuella självbestämmanderätten och de mänskliga rättigheterna. Utskottet anser att det i samband med den fortsatta beredningen av översynen av strafflagens 20 kap. finns anledning att bedöma utsikterna att förnya våldtäktsrekvisitet i denna riktning.³⁹

Vilka var då de motargument som i regeringspropositionen framfördes mot samtyckesreglering? De kan klassificeras i fem kategorier: 1) argument gällande staters prövningsmarginal, 2) argument som baserar sig på den inom rättsvetenskapen formulerade samtyckesläran, 3) bevisteoretiska argument, 4) argument som hänförs till rekvisitets skrivsätt och 5) argument som betonar offrets ställning.⁴⁰

Diskussionen om de internationella förpliktelseernas karaktär har i Finland fokuserat främst på relevansen av det ovannämnda fallet *M.C. mot Bulgarien* och på Istanbulkonventionens krav. Den underliggande, mer principiella frågan, är i vilken

³⁵ GrUU 6/2014 rd, s. 4.

³⁶ *MC mot Bulgarien*, Europeiska människorättsdomstolens dom 4.12.2003.

³⁷ Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och våld i hemmet (Istanbulkonventionen), FördrS 52–53/2015. Finland undertecknade konventionen som en av de första staterna 2011. Regeringspropositionen om konventionen överlämnades till riksdagen hösten 2014 och konventionen trädde i kraft 1.8.2015.

³⁸ GrUU 6/2014 rd, s. 4.

³⁹ GrUU 6/2014 rd, s. 5.

⁴⁰ Om argumentens trovärdighet, se kritiskt Kimpimäki 2017, s. 808–812.

mån internationella förpliktelser över huvud taget kan förutsätta att ett visst brottsrekvisit får en given formulering.

Här kan man kort konstatera att kriminaliseringsförpliktelser inte är helt ovanliga i internationella konventioner och till exempel inom terrorismbekämpning förekommer det också relativt långtgående krav på formuleringar. Omfattningen av statens förpliktelse beror givetvis på konventionens text. Men klart är att om en stat har undertecknat och ratificerat en konvention är den bindande och ska ”ärligt fullgöras” av staten i fråga.⁴¹ Det bör också noteras att staten inte kan åberopa bestämmelser i sin interna rätt för att rättfärdiga sin underlåtenhet att fullgöra en traktat.⁴² Om konventionen i fråga har något övervakningsorgan är dess ställningstaganden av särskild relevans med tanke på tolkningen av konventionen. Det väsentliga är med andra ord att den nationella tolkningen av en given konventionsbestämmelse inte innebär det sista, avgörande ordet.

Den gemensamma nämnaren för argumenten som hänför sig till den etablerade samtyckesläran, bevisteorin och rekvisitens skrivsätt är deras starka nationella anknytning. Utgångspunkten i Finland har varit att principerna om straffrättsligt relevant samtycke har utvecklats främst inom rättsvetenskapen och samtycke har inte uttryckligen nämnts i brottsrekvisit. I regeringspropositionen från 2013 uttryckte man denna nationella utgångspunkt enligt följande:

Då man bedömer hur de utåt iakttagbara omständigheter som hänför sig till avsaknaden av giltigt samtycke ska beskrivas i lagstiftningen, måste man även beakta de nationella aspekter som hänför sig till straffprocesslagstiftningens skrivsätt. Utgångspunkten är att samma principer ska iaktas vid utformningen av alla straffbestämmelser som gäller brott, även straffbestämmelserna om sexualbrott. Avvikande skrivsätt kan i och för sig användas om man därigenom, t.ex. av skäl som hänför sig till förtydligande av regleringen, kan främja uppnåendet av målen med regleringen eller det annars finns välgrundade skäl att avvika från det allmänt använda skrivsättet.⁴³

I regeringspropositionen konstaterades även att i sådana stater där avsaknaden av samtycke nämns i brottsrekvisitet kompletteras regleringen med bestämmelser om förekomsten av ett giltigt samtycke. Denna typ av bevisrättsliga bestämmelser har

⁴¹ Artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten, FördrS 32–33/1980.

⁴² Artikel 27 i Wienkonventionen om traktaträtten.

⁴³ RP 216/2013 rd, s. 38.

man i Finland vanligen inte utarbetat eftersom de inte passar in i teorin om fri bevisning och till den fria bevisprövning som här tillämpas.⁴⁴

När det gäller offret var man främst orolig för att en samtyckesbaserad reglering ytterligare skulle rikta den rättsprocessuella uppmärksamheten mot offrets uppträdande. Det sexuella umgängets kontext ansågs skapa vidare komplikationer, eftersom man i dessa situationer inte nödvändigtvis uttrycker samtycket bokstavligen. Slutsatsen var rentav att det kan ”anses främmande för det normala livet att basera lagstiftningen på ett uttryckligt samtycke.”⁴⁵

Trots att grundlagsutskottet ansåg att en samtyckesbaserad reglering skulle skydda de mänskliga rättigheterna bättre, godkändes förslaget till denna del i den form som regeringspropositionen hade föreslagit. Därmed var våldtäktsrekvisitets fokus fortfarande på våld, hot av våld eller annat hot. Hotet skulle fortfarande vara sådant att det räcker för att bryta ner den andra personens vilja.⁴⁶

3.3 Samtyckesbaserat våldtäktsrekvisit blir verklighet – vilken roll spelade de mänskliga rättigheterna?

Den totalreform av sexualbrottslagstiftningen som för närvarande pågår är samtyckesbaserad. Enligt statsminister Sanna Marins regeringsprogram genomförs förändringen för våldtäktsdel genom att ett centralt rekvisit för våldtäkt blir samlag med en person som inte deltar frivilligt.⁴⁷ Den arbetsgrupp som har förberett reformen föreslår följande gärningsbeskrivning för våldtäkt:

Den som har samlag med en person som inte deltar frivilligt, ska för våldtäkt dömas till fängelse i minst ett och högst sex år.

För våldtäkt ska också den dömas som

1) genom att begå våld på person får någon att ha samlag med den som brukat våld eller med en tredje person eller som med hot tvingar någon till detta, eller

⁴⁴ RP 216/2013 rd, s. 38.

⁴⁵ RP 216/2013 rd, s. 38.

⁴⁶ RP 216/2013 rd, s. 58. Det kan noteras att alla dessa argument förekom även i justitieministeriets promemoria JM 25/2012.

⁴⁷ Regeringsprogrammet för statsminister Sanna Marins regering. Ett inkluderande och kunnigt Finland – ett socialt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart samhälle. Statsrådets publikationer 2019:32, s. 93.

2) genom att utnyttja att någon på grund av medvetlöshet, nedsatt medvetandestånd, kraftig berusning, sjukdom, funktionsnedsättning, rädsla eller det faktum att situationen uppstår plötsligt inte har möjlighet att utforma eller uttrycka sin vilja, har samlag med honom eller henne.

Försök är straffbart.⁴⁸

Hur den slutgiltiga formuleringen kommer att bli återstår att se. En närmare analys av förslagetets för- och nackdelar ligger utanför den här artikelns fokus, och diskuteras närmare av Johanna Niemi och Terttu Utriainen i detta temanummer.⁴⁹ Det är anmärkningsvärt att arbetsgruppen tyr sig i ganska stor utsträckning till de riktlinjer som internationella mänskliga rättigheter har utstatat.

I människorättskonventioner är det inte vanligt att ha väldigt detaljerade bestämmelser om kriminaliseringar, utan dessa anses höra till statens nationella prövningsmarginal.⁵⁰ Den ovannämnda Istanbulkonventionen utgör ett undantag. I artikel 36.1 i konventionen uppräknas bland annat de uppsåtliga gärningar som inbegriper sexuellt våld, inklusive våldtäkt, och som ska straffbeläggas: a) att sexuellt penetrera en annan persons kropp vaginalt, analt eller oralt med en kroppsdel eller ett föremål utan dennes samtycke; b) att utföra andra handlingar av sexuell karaktär med en person utan dennes samtycke; c) att förmå en annan person att utföra handlingar av sexuell karaktär med en tredje person utan dennes samtycke. I artikel 36.2 konstateras att samtycke ska lämnas av egen fri vilja och bedömas med hänsyn till förhållandena i det enskilda fallet.⁵¹

Istanbulkonventionens expertgrupp (Grevio) publicerade den första rapporten om Finland 2019. I sin rapport konstaterar Grevio att det finländska våldtäktsrekvisitet inte är i enlighet med konventionens krav. Istanbulkonventionens utgångspunkt är enligt Grevio att våldtäkt är ett brott som bygger på avsaknaden av samtycke. Problemet med den finländska formuleringen är, fortsatte Grevio, att den inte tar fasta

⁴⁸ JM 9/2020, s. 284.

⁴⁹ Närmare om den föreslagna formuleringen, se också Daniela Alaattinoğlu, När en paragraf i strafflagen blir föremål för stor samhällsdebatt. JFT 2/2020, s. 275–282, 280 och Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis 6/2020, s. 958–976.

⁵⁰ Se även Pihlström 2018, s. 105 och Kimpimäki 2017, s. 797.

⁵¹ Arbetsgruppen som beredde ratificeringen av Istanbulkonventionen ansåg att Finlands lagstiftning uppfyllde kriterierna som anges i artikel 36 i konventionen, se Naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaansaattamista valmistelleen työryhmän mietintö, Ulkoasiainministeriö 28.3.2013, s. 65. Många medlemmar i arbetsgruppen anförde dock att analysen av de nationella verkningarna inte hade gjorts ordentligt, se bilagorna till betänkandet.

på hur kvinnor upplever sexuellt våld: ”it does not fully capture the realities of women experiencing sexual violence and how they respond to threat (i.e. flight, fight, freeze, flop or befriend).”⁵² Grevio rekommenderade därmed kraftigt att det finländska våldtäktsrekvisitetet i framtiden skulle formuleras utgående från samtycke.⁵³

I motiveringarna till den nya sexualreformen förs det en relativt detaljerad diskussion om i vilken mån de internationella förpliktelseerna förutsätter att en viss rekvisitmodell tas i bruk.⁵⁴ Resonemanget är förstäligt, men samtidigt ska vi komma ihåg att mellanstatliga traktater ytterst sällan är formulerade så att det ur deras text skulle kunna härledas en direkt uppmaning att formulera den nationella lagen exakt på ett visst sätt. I fråga om internationella konventioner är det därmed inte särskilt fruktbart att enbart fokusera på ord eller uttryck. Människorättskonventionernas inneboende syfte är ju att erbjuda möjligast effektivt skydd för de rättigheter som konventionerna gäller.⁵⁵ Därtill är det viktigt att rättigheterna skyddas utan direkt eller indirekt diskriminering. Den relevanta frågan som den nationella straffrättslagstiftaren ska dryfta är alltså huruvida de föreslagna nationella rekvisiten på ett effektivt sätt skyddar de rättigheter som konventionen innehåller och i vilken mån dessa är i linje med diskrimineringsförbudet.

Dessa är frågor som sällan kan utläsas ur konventionens text, utan de fastslås i konventionsorganens efterföljande tolkningspraxis. I fråga om Istanbulkonventionen är det därför väsentligt att lägga särskild vikt vid Grevios synpunkter som i fråga om våldtäkt inte lämnar mycket utrymme för tolkning. I detta sammanhang bör det förstås noteras att Grevio eller de konventionsorgan som övervakar implementeringen av FN:s människorättskonventioner inte är domstolar, men även deras tolkningspraxis kan under vissa förutsättningar utgöra sådan efterföljande praxis som bör tas som utgångspunkt för tolkningen av traktaterna.⁵⁶

⁵² GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Finland, Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO), GREVIO/Inf(2019)9, para. 165.

⁵³ GREVIO/Inf(2019)9, para. 169. Grevios rekommendation nämns i motiveringarna till den nya sexualbrottsreformen. Se JM 9/2020, s. 14.

⁵⁴ JM 9/2020, s. 58–68.

⁵⁵ Se även Kimpimäki 2017, s. 797.

⁵⁶ Argumentet bygger på ett antagande att konventionsorganens praxis kan utgöra sådan efterföljande praxis vid tillämpningen av traktaten som i enlighet med artikel 31.3 b i Wienkonventionen om traktaträtten ska tas som utgångspunkt vid tolkningen av traktaten. Se närmare Martin Scheinin, Characteristics of Human Rights Norms, s. 19–37 i verket Catarina Krause – Martin Scheinin (eds), International Protection of Human Rights: A Textbook. Åbo Akademi University, Institute for Human Rights 2012, s. 21.

Frågan om betydelsen av efterföljande tolkningspraxis har accentuerats särskilt i Europeiska människorättsdomstolen. De ofta citerade utgångspunkterna för dess tolkning är att konventionen ska tolkas dynamiskt⁵⁷ och att skyddet av rättigheterna ska vara konkret och praktiskt, inte enbart teoretiskt och illusoriskt.⁵⁸ Den sistnämnda principen ligger också som grund för staternas positiva skyldigheter som i sin tur kan innebära straffrättsliga reaktioner. När det gäller gärningar som våldtäkt är det självklart att de bör kriminaliseras för att staten kan anses uppfylla sina förpliktelser gällande skyddet av den sexuella självbestämmanderätten.⁵⁹ Såsom redan tidigare har konstaterats har Europeiska människorättsdomstolen i sin rättspraxis dessutom bekräftat att våldtäkt är ett brott som uttryckligen bygger på avsaknaden av samtycke.⁶⁰

Domstolen har givetvis inte i detalj bestämt hur brottsrekvisitet bör se ut, men den principiella utgångspunkten när det gäller våldtäkt är klar, liksom det faktum att Finland noggrant bör följa upp hur Europeiska människorättsdomstolen tolkar konventionen. De fördragsslutande parterna har i enlighet med artikel 46.1 i Europakonventionen förbundit sig att rätta sig efter domstolens slutgiltiga dom i varje mål där de är parter. Om en dom gäller någon annan fördragsslutande part finns det skäl att notera att domstolen i vilket fall som helst är behörig i fråga om tolkningen och tillämpningen av konventionen (artikel 32).⁶¹

Sammanfattningsvis kan här konstateras att i ljuset av de mänskliga rättigheterna förefaller det klart att ett samtyckesbaserat våldtäktsrekvisit skyddar den sexuella självbestämmanderätten bättre än den nuvarande formuleringen.⁶² Ett samtyckesbaserat rekvisit, hur det än slutligen formuleras, strider mot det traditionella finländska sättet att skriva straffbestämmelser och kan även avvika från de etablerade uppfattningarna om den fria bevisningen. Men i en jämförelse med de rättigheter som kriminaliseringen ämnar skydda är dessa synpunkter mindre värda.

Ett samtyckesbaserat våldtäktsrekvisit innebär en väsentlig förändring i sättet att conceptualisera våldtäkt. Såsom Minni Leskinen har konstaterat: det blir synligt att sexuellt våld inte hänvisar till det våld som har använts för att kunna begå gärningen,

⁵⁷ *Tyres mot Storbritannien*, Europeiska människorättsdomstolens dom 25.4.1978, punkt 31.

⁵⁸ *Airey mot Irland*, Europeiska människorättsdomstolens dom, 9.10.1979, punkt 24.

⁵⁹ Se även Kimpimäki 2017, s. 797.

⁶⁰ Se *M.C. mot Bulgarien*, Europeiska människorättsdomstolens dom 4.12.2003, punkterna 178–183; se även Europeiska människorättsdomstolens domar i målen *M.G.C. mot Rumänien*, 15.3.2016, punkt 59, *I.C. mot Rumänien* 24.5.2016, punkt 52 och *E.B. mot Rumänien*, 19.3.2019, punkt 56.

⁶¹ Frågan har diskuterats flitigt också i Sverige, se sammanfattningen av den svenska debatten i Petter Asp, *M.C. v. Bulgaria – A Swedish Perspective*. *Scandinavian Studies in Law* 1999–2000, s. 192–211.

⁶² Se även JM 9/2020, s. 66–67.

utan själva gärningen, kränkningen av den sexuella självbestämmanderätten, utgör redan i sig själv våld.⁶³

4 Köp av sex

4.1 Kriminalisering av köp av sex av personer som är i en utsatt position

Kriminaliseringar av sexualbrott skyddar den sexuella självbestämmanderätten. I dess väsen är det var och ens rätt att själv bestämma när, hur och med vem man idkar sex med. Frågor om sexualitet hör till de mest intima i våra liv och därmed är det väsentligt att besluten i fråga om det sexuella fattas av var och en av fri vilja. Våldtäkt och köp av sexuella tjänster accentuerar med andra ord båda frågor om samtycke, även om brotten till sin natur skiljer sig från varandra gällande klandervärdhet.

I samband med sexualbrottsreformen 1997 diskuterades även prostitution och dess straffbarhet. Enligt regeringspropositionen är de prostituerade sexuella självbestämmanderätt i praktiken begränsad och prostitutionen ansågs också problematisk med tanke på den förvrängda attityd till framför allt kvinnlig sexualitet som prostitutionen kan leda till. Kriminalisering av köp och försäljning av sexuella tjänster⁶⁴ mellan vuxna personer ansågs dock problematiskt på många punkter. I förslaget konstaterades även att om en prostituerad kan arbeta på ett sätt som inte föranleder problem för honom eller henne, är det närmast omgivningen som störs av verksamheten.⁶⁵

Förslaget innehöll emellertid en ny kriminalisering enligt vilken köp av sexuella tjänster av minderåriga blev straffbelagt. Som motivering till förslaget framfördes för det första att en ung person inte kan förutsättas känna ett lika stort ansvar för avgöranden som påverkar hans eller hennes framtid. Därtill konstaterades att den typiska konstellationen i dessa fall är att köparen är ”en mognare person i en starkare samhällelig ställning.”⁶⁶ Den ensidiga kriminaliseringen – köpet är straffbart, medan försäljningen inte är det – ansågs i viss mån problematisk, men lösningen motiverades med köparens större ansvar. Köparen förutsattes även ha en uppfattning

⁶³ Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? – Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. Lakimies 3–4/2020 s. 373–399, 381.

⁶⁴ Köp av sexuella tjänster är en problematisk term eftersom den ger en ensidig bild av prostitutionens verklighet. Se närmare Johanna Niemi, What We Talk About When We Talk About Buying Sex. Violence and Women 16(2) 2010, s. 159–172, s. 163–165. Eftersom artikelns fokus ligger på hur lagstiftaren har hanterat sexualbrott har jag ändå valt att utnyttja den terminologi som lagstiftaren har använt.

⁶⁵ RP 6/1997 rd, s. 166–167.

⁶⁶ RP 6/1997 rd, s. 183.

om de negativa verkningar som prostitutionen har på den prostituerades liv och ”om de bakomliggande orsakerna till att den minderåriga prostituerat sig.”⁶⁷

Köp och försäljning av sexuella tjänster fortsatte att vara ett tema som lagstiftaren i någon mån ville få bukt med, även om behovet att kriminalisera handlingarna väckte diskussion.⁶⁸ Detta framgår tydligt av regeringspropositionen RP 34/2004 rd om människohandel. Finlands internationella åtaganden förutsatte klart mer omfattande kriminalisering än den gällande lagstiftningen. I regeringspropositionen konstaterades det att ”handeln med människor är reglerad i detalj i de internationella instrument som är förpliktande för Finland”,⁶⁹ vilket i sin tur innebar att behovet av lagstiftningsändringar var stort och lagstiftarens manöverutrymme begränsat.⁷⁰

De internationella förpliktelseerna omfattade dock enbart människohandel. I regeringspropositionen noterades att de internationella förpliktelseerna och rekommendationerna inte åtminstone tills vidare medför någon uttrycklig skyldighet att kriminalisera köpande eller säljande av sexuella tjänster. Samtidigt var man medveten om den internationella diskussionen som lyfte fram förhållandet mellan dessa två fenomen och som alltmer hade fokuserat på möjligheterna att bekämpa människohandel genom att reducera efterfrågan på sexuella tjänster.⁷¹

Regeringspropositionen innehöll också en grundlig analys av prostitutionens effekter i fråga om de grundläggande fri- och rättigheterna samt mänskliga rättigheter. Å ena sidan framfördes det att sexuallivet hör till det mest privata, vilket betyder att det måste finnas särskilt vägande skäl att ingripa i det sexuella. En kriminalisering av köp och försäljning av sex tolkades som en möjlig inskränkning av skyddet för privatlivet, som innefattar bland annat rätten att fritt upprätthålla kontakter med andra människor samt rätten att själv bestämma över sin kropp. Frågan diskuterades även i ljuset av näringsfriheten och rätten till personlig frihet och integritet. Å andra sidan lyftes det fram att köp av sexuella tjänster kan anses kränka

⁶⁷ RP 6/1997 rd, s. 183.

⁶⁸ I den nya ordningslagen (612/2003) som ersatte de kommunala ordningsstadgorna infördes ett förbud att på allmän plats köpa och erbjuda sexuella tjänster mot betalning. I regeringens proposition med förslag till revidering av bestämmelserna för främjande av säkerhet på allmänna platser, RP 20/2002 rd, utgick man från att förbudet gäller enbart köp och försäljning som orsakar störning i omgivningen. Villkoret ströks i utskottsbehandlingen, eftersom både grundlagsutskottet och förvaltningsutskottet ansåg att sådana handlingar alltid är störande och utgångspunkten därmed bör vara ett totalförbud, se GrUU 20/2002 rd, s. 6 och FvUB 28/2002 rd, s. 8. Lagutskottet ansåg att villkoret i sig är motiverat, se LaUU 22/2002 rd, s. 7.

⁶⁹ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av strafflagen och vissa lagar som har samband med den, RP 34/2004 rd, s. 52.

⁷⁰ Se även LaUB 4/2004 rd, s. 3.

⁷¹ RP 34/2004 rd, s. 36.

de prostituerades integritet och sexuella självbestämmanderätt. Som orsak till detta framfördes att de prostituerades samhälleliga status kan anses vara svag och beslutet att prostituera sig sällan är helt frivilligt. De begränsade möjligheterna att i praktiken välja sina kunder sågs också som ett bevis på de prostituerades begränsade sexuella självbestämmanderätt.⁷²

Slutsatsen blev ändå att en kriminalisering av köp av sexuella tjänster skulle skydda individens fysiska och psykiska integritet. Regeringspropositionens utgångspunkt var att människan inte kan utgöra ett föremål för handel. En kriminalisering ansågs också skydda den sexuella självbestämmanderätten som i regel ansågs *de facto* begränsad. Därtill skulle bestämmelsen skydda den sociala jämlikheten eftersom de prostituerade har en svag social status. Kriminaliseringen betraktades även skydda jämställdheten mellan könen, eftersom det i praktiken mestadels är kvinnor som prostituerar sig, medan köparna mestadels är män. Slutligen menades det att köp av sexuella tjänster kränker människovärdet, eftersom människan i en köpsituation betraktas som en handelsvara, vilket i sin tur kan anses kränka människovärdet och integriteten.⁷³

Lagstiftarens vilja var med andra ord klar: köp av sexuella tjänster bör kriminaliseras. I motsats till människohandel, som skulle kriminaliseras genast, föredrog lagstiftaren här en stegvis modell och beslutade att en särskild proposition skulle lämnas till riksdagen följande år. Frågans komplexitet syns i det uttryckta behovet att vänta på erfarenheterna av den nya ordningslagen enligt vilken köp och försäljning av sex på allmänna platser är förbjudet. Likaså var man mån om att få ta del av de erfarenheter som man hade om liknande kriminaliseringar i andra länder, främst i Sverige. Men riktningen var utan vidare klar.⁷⁴

4.2 Försök att utvidga kriminaliseringen

När regeringen följande år presenterade sin proposition för riksdagen om godkännande av tilläggsprotokollen om handel med människor och mot människosmuggling till Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet, föreslog den även en kriminalisering av köp av sexuella tjänster. Motiveringarna var i stor utsträckning desamma som hade framlagts året innan.⁷⁵

⁷² RP 34/2004 rd, s. 52–59.

⁷³ RP 34/2004 rd, s. 57.

⁷⁴ RP 34/2004 rd, s. 59.

⁷⁵ Regeringens proposition till riksdagen om godkännande av tilläggsprotokollen om handel med människor och mot människosmuggling till Förenta Nationernas konvention mot gränsöverskridande

Denna gång var den springande punkten hur omfattande kriminaliseringen sist och slutligen skulle vara. Det internationella trycket för att kriminalisera köp av sexuella tjänster av sådana personer som är offer för koppleri eller misshandel var stort. Finland var bland annat i beredskap av att underteckna Europarådets konvention om bekämpande av människohandel.⁷⁶ Enligt artikel 19 i konventionen skulle en fördragsslutande stat överväga sådana lagstiftningsåtgärder och andra åtgärder som är nödvändiga för att kriminalisera köp av tjänster av en sådan person som utsatts för människohandel.⁷⁷ Regeringens proposition föreslog dock att all slags köp av sexuella tjänster skulle göras straffbart.

I propositionens detaljmotivering ingick intressanta resonemang om samtycke. Inledningsvis konstaterades att i straffrättsligt hänseende innebär det att ”föremålet för brottet ger sitt samtycke till att den gärning som avses i rekvisitet riktas mot hans eller hennes rättssfär. I vissa fall anses samtycke utgöra en grund som eliminerar gärningens rättsstridighet.”⁷⁸ Därefter noterades dock att man inte kan samtycka till alla brott. Samtycke kan enligt gängse uppfattning ges bara till sådana brott som riktar sig mot enskilda intressen. Om kränkningen däremot riktar sig mot allmänna intressen kan man inte utgå från att samtycke eliminerar rättsstridigheten.⁷⁹ När resonemanget tillämpas på köp av sexuella tjänster, ges frågan om samtycke en betydande roll:

Om skyddsobjektet för kriminaliseringen av köp av sexuella tjänster vore enbart den sexuella självbestämmanderätten kunde samtycke av den som erbjuder eller säljer sexuella tjänster ha en betydelse som eliminerar straffbarheten. Kriminaliseringen skall dock på det sätt som anförts i den allmänna motiveringen också skydda allmänna intressen, vilka den som erbjuder eller säljer tjänster inte giltigt

organiserad brottslighet och sättande i kraft av de bestämmelser i tilläggsprotokollen som hör till området för lagstiftningen samt med förslag till lagar om ändring av 20 kap. i strafflagen samt 7 och 16 § i ordningslagen, RP 221/2005 rd, s. 15–22.

⁷⁶ RP 221/2005 rd, s. 13.

⁷⁷ Europarådets konvention om bekämpande av människohandel, FördrS 43–44/2012. Konventionen godkändes av riksdagen 2012. Det föreslogs inga förändringar av strafflagen i samband med detta, se regeringens proposition till riksdagen om godkännande av Europarådets konvention om bekämpande av människohandel med förslag till lag om sättande i kraft av de bestämmelser i konventionen som hör till området för lagstiftningen och lag om ändring av 3 § i lagen om näringsförbud, RP 122/2011 rd.

⁷⁸ RP 221/2005 rd, s. 54.

⁷⁹ RP 221/2005 rd, s. 54.

kan ge sitt samtycke till. Därför är det motiverat att utgå ifrån att ett samtycke av en prostituerad inte eliminerar köpets straffbarhet.⁸⁰

Lagutskottet var i sin tur mer tveksamt och föreslog att kriminaliseringen skulle gälla enbart köp av sexuella tjänster av sådana personer som utsätts för koppleri eller för människohandel. Som motivering till den mer inskränkta synen framfördes bland annat att erfarenheterna från Sverige verkar kontroversiella och att de viktigaste kriterierna för kriminaliseringen var kopplade till allvarlig brottslighet såsom koppleri och människohandel.⁸¹

I samband med de tidigare förslagen om kriminaliseringen av köp av sexuella tjänster hade grundlagsutskottet inte haft några invändningar mot kriminaliseringen i sig. Även i det här fallet utgick grundlagsutskottet från att regeringens lagförslag hörde till lagstiftarens prövningsrätt, men ansåg att lagutskottets alternativa formulering uppfyllde proportionalitetsprincipen bättre. Grundlagsutskottet föredrog en mer begränsad kriminalisering främst utgående från proportionalitetshänsyn:

En så pass omfattande kriminalisering som i sig innebär att man fjärrar sig från de huvudsakliga syftena med de grundläggande rättigheterna är enligt utskottets mening ett problem med tanke på bestämmelsens proportionalitet, inte minst som det handlar om en straffrättslig bestämmelse som gäller ett mycket intimt delområde av privatlivet och som inskränker den enskildes självbestämmanderätt.⁸²

I kommentarerna om den nya lagen framfördes det misstankar om att det inte är möjligt att identifiera vem som är ett offer för koppleri eller människohandel, vilket i sin tur innebär en risk att bestämmelsen blir verkningslös.⁸³ Oron visade sig vara befogad. Högsta domstolens avgörande i ett uppmärksammat fall HD 2012:66 handlade en situation där personen X hade köpt sex av A som var utsatt för koppleri. Den väsentliga frågan var på vilka grunder uppsåtet i X:s handlande skulle bedömas. A var en estnisk ung flicka som bland annat hade verkat väldigt oerfaren och hade dåliga språkkunskaper. Enligt tingsrätten och hovrätten borde X ha förstått att det under dessa omständigheter är övervägande sannolikt att A är utsatt för koppleri. Kärnfrågan var hurdan kunskap X borde ha haft om de i fallet relevanta omständigheterna för att kriterierna för omständighetsuppsåt skulle uppfyllas. Högsta domstolen kom till den slutsatsen att X inte hade gjort sig skyldig till ett uppsåtligt brott

⁸⁰ RP 221/2005 rd, s. 54.

⁸¹ LaUB 10/2006 rd, s. 4.

⁸² GrUU 17/2006 rd, s. 3.

⁸³ Johanna Niemi, De lyckligas Finland: ett partiellt förbud mot sexköp. Oikeus 1/2009, s. 56–59, 58.

och att det inte heller finns någon orsak att behandla sexualbrott på ett annat sätt än andra brott.

Justitieministeriet lät göra en utredning om förbudet mot sexköp 2013. En av dess slutsatser var att det är mycket svårt att döma någon för utnyttjande av en person som är föremål för sexköp.⁸⁴ Enligt utredningen är ett totalförbud mot sexköp det tydligaste och klaraste alternativet för att skydda de utnyttjade personerna. Om det inte finns politisk beredskap för det borde man enligt utredningen vidareutveckla det nuvarande förbudet så att det kompletteras med gärningsformen oaktsamhet.⁸⁵

4.3 Utnyttjande av person som är föremål för sexköp – uppsåtligt eller oaktsamt?

År 2014 överlämnade regeringen sin proposition med förslag till lag om ändring av 20 kap. 8 § i strafflagen till riksdagen.⁸⁶ Regeringen hänvisade till de tillämpningsproblem som det då gällande brottsrekvisitet hade lett till och konstaterade att det viktigaste syftet med bestämmelsen – att skydda den som utsätts för koppleri eller människohandel – inte uppnås på förväntat sätt och därför bör bestämmelsen ses över. Regeringen föreslog att den berörda paragrafen ändras så att gärningen ska vara straffbar också när den begås av oaktsamhet.⁸⁷

Grundlagsutskottet ansåg i sin tur att formuleringen av den föreslagna bestämmelsen inte var särskilt lättillgänglig. Den ansågs avvika från övrig straffrättslig reglering, vilket gjorde bestämmelsen tungläst och svårtolkad. Till detta bidrog också det faktum att straffbarheten skulle bestämmas utifrån de tolkningsbara brottsrekvisiten för två andra brott, koppleri och människohandel. Grundlagsutskottet konstaterade följande:

Det är alltså inte lätt att göra en samlad bedömning av den föreslagna bestämmelsen när den bakomliggande tanken för den straffrättsliga legalitetsprincipen är att man utifrån hur bestämmelsen lyder ska kunna förutse om en verksamhet eller försummelse är straffbar eller inte.⁸⁸

⁸⁴ Justitieministeriet, Seksikaupan kohteen hyväksikäyttö. Seksinostokiellon toimivuuden arviointi. JM 39/2013, s. 102–110.

⁸⁵ JM 39/2013, s. 118–120.

⁸⁶ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 20 kap. 8 § i strafflagen, RP 229/2014 rd.

⁸⁷ RP 229/2014 rd, s. 5–8.

⁸⁸ GrUU 56/2014 rd, s. 2–3.

Ytterligare ansåg grundlagsutskottet att förslaget skulle bättre motsvara proportionalitetskravet och den straffrättsliga legalitetsprincipen, om straffbarheten binds till grov oaktsamhet i stället för oaktsamhet. Grundlagsutskottet framförde därtill också den modellen ”ligger i linje med artikel 19 i Europarådets konvention om bekämpande av människohandel (FördrS 44/2012) och artikel 18.4 i EU:s direktiv om förebyggande och bekämpning av människohandel (2011/36/EU).”⁸⁹

Lagutskottet, å andra sidan, ansåg att grov oaktsamhet som en nedre gräns för tillräknande skulle medföra en risk för att reformens syften inte uppnås och därmed beslutade lagutskottet bifalla regeringens förslag. Lagutskottet var dock av samma åsikt med grundlagsutskottet gällande bestämmelsens otillräglighet och föreslog tekniska ändringar av bestämmelsen.⁹⁰ I enlighet med den slutliga versionen av bestämmelsen döms för utnyttjande av person som är föremål för sexhandel också den som köper sex av någon trots att han eller hon har haft skäl att misstänka att personen är föremål för koppleri eller människohandel.

I det nyaste förslaget till sexualbrottsreform föreslås det inga substansmässiga ändringar av bestämmelsen om utnyttjande av person som är föremål för sexköp.⁹¹ Tanken om totalförbud mot sexköp verkar ha hamnat i bakvattnet. Framtiden får utvisa om och hur uppfattningarna om sexköp ändras med tiden. Sexualbrottslagstiftningens utveckling visar i vilket fall som helst att förändringar i inställningarna inte är omöjliga.

4.4 Köp av sex och samtyckets gränser

Utvecklingen som beskrivits i avsnitt 3 visar hur samtycket, en elementär del av den sexuella självbestämmanderätten, med åren har blivit den avgörande frågan i våldtäktsrekvisitet. I det här avsnittet övergår vi till diskussionen om den roll som grundläggande fri- och rättigheter samt mänskliga rättigheter har spelat när det gäller köp av sex. Våldtäkt och köp av sex är givetvis olika typer av brott. Samtidigt är det intressant att se hur uppfattningarna om samtycke påverkar uppfattningarna om dessa två brott och vilka likheter eller skillnader man kan identifiera i diskussionen.

Det finns knappast många som anser att våldtäkt inte utgör ett allvarligt brott. I fråga om samtycke har oenigheten gällt närmast om och hur avsaknaden av samtycke ska bakas in i brottsrekvisitet och vilka eventuella följder de olika lagstiftnings-

⁸⁹ GrUU 56/2014 rd, s. 4.

⁹⁰ LaUB 38/2014 rd, s. 3. Både lagutskottet och grundlagsutskottet ansåg att det maximala straffet som regeringen hade föreslagit var för högt, därmed ändrades bestämmelsen också i fråga om maximistraffet. LaUB 38/2014 rd, s. 4.

⁹¹ JM 9/2020, s. 182.

lösningarna har med tanke på skyddet av den sexuella självbestämmanderätten. Situationen är en annan när det gäller köp av sex.

Johanna Niemi-Kiesiläinen har åskådliggjort de olika inställningarna till prostitution utgående från fyra olika ideologiska utgångspunkter. Den första av dem är moralistisk, prostitutionen ses som ett fenomen som strider mot den gällande sexualmoralen. I slutet av 1900-talet började en annan, mer liberal eller rentav libertarian, uppfattning vinna gehör. Det tredje alternativet företräds av det svenska totalförbudet av köp av sex: dess bakomliggande idé förankras i en viss tolkning av feminism. Den fjärde modellen betonar behovet av att stävja internationell brottslighet.⁹² Till denna indelning kan även fogas en femte modell: ett människorättsperspektiv, enligt vilket synen på prostitution balanserar mellan två ytterlighetspositioner. Hur mänskliga rättigheter påverkar argumentationen är beroende av vilka rättigheter man ser som de mest avgörande.⁹³

Förslaget från 1997 kan ännu anses representera det kriminalpolitiska synsättet som ser regleringen av sexköp som en del av kampen mot internationell brottslighet. Sedan 2004 års förslag har diskussionen blivit mer rättighetsbaserad. Lagstiftaren har dryftat de olika rättigheter som kan anses vara relevanta, den sexuella självbestämmanderätten och näringsfriheten, och försökt finna en balans mellan de olika positionerna. Slutresultatet är en kompromiss där individens rätt att bestämma över sin kropp tas som utgångspunkt. Med vetskap om att de prostituerade ofta är i en utsatt position försöker man begränsa möjligheterna att utnyttja dem.

Det verkar klart att den finländska lagstiftaren inte accepterar tvingad prostitution. Den springande punkten är återigen frågan om samtycke. Om man betonar individens rätt att välja är det svårt att tala för ett totalförbud av köp av sex. Om man däremot ser prostitutionen som ett fenomen som bottnar i ojämställdhet mellan könen och mellan de resursstarka och utsatta, är det lättare att föredra ett totalförbud.⁹⁴ Den sistnämnda positionen ställer sig kritisk till möjligheten att fritt samtycka till sådant utnyttjande som sexköp innebär. Ju mer man betonar den kontext där sexköp aktualiseras, desto starkare skäl för ett totalförbud får man.⁹⁵ De internationella förpliktelseerna har utan vidare förstärkt den här typen av kontextualisering.

⁹² Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 451–455.

⁹³ Liisa Nieminen, Nais- ja lapsikauppa ihmisoikeusongelmana. Oikeus 2/2005, s. 130–156, 134–135.

⁹⁴ Niemi-Kiesiläinen 2009, s. 59.

⁹⁵ Nieminen 2005, s. 134 och 144–146.

Ur ett människorättsperspektiv är frågan om prostitution emellertid något tudelad och tolkningen av de internationella förpliktelserna återspeglar denna position.⁹⁶ Det är också möjligt att förflytta diskussionen till en mer fundamental nivå och analysera sexköp utgående från respekten för människovärdet. Förflyttningen gör det inte särskilt mycket lättare att definiera gränserna för giltigt samtycke. Det ter sig givetvis klart att människohandel och tvingad prostitution överlag kränker de prostituerades människovärde. En människa blir då blott och bart en handelsvara som kan säljas och köpas. I vilken mån frivillig prostitution också kan anses kränka människovärdet beror på om man betonar de individualistiska utgångspunkterna och självbestämmanderätten eller om fenomenet ses ur ett mer kollektivt perspektiv.⁹⁷ I det sistnämnda fallet är individens samtycke inte det avgörande, utan människovärdet skyddas oberoende av individens vilja.

5 Avslutande diskussion

De grundläggande fri- och rättigheterna samt de mänskliga rättigheterna både begränsar och förutsätter kriminaliseringar. Särskilt den sistnämnda funktionen har föranlett oro och rentav varningar om straffrättens inflation. Den utveckling som den finländska sexualbrottslagstiftningen har genomgått visar påtagligt att de grundläggande fri- och rättigheterna samt de mänskliga rättigheterna har påverkat den finländska strafflagstiftarens manöverutrymme. När det gäller uttryckligen mänskliga rättigheter och internationella influenser, visar analysen dock att det nationella finländska straffrättsbygget har stått stadigt mot tryck. Rättighetstänkandet har inte med lätthet förbigått nationella straffrättssystematiska argument och den nationella prövningsmarginalen har utnyttjats så långt som det bara är möjligt. Den rationella och humana nordiska kriminalpolitiken behöver därmed inte känna sig hotad. Det här syns framför allt i lagstiftarens långsamma uppvaknande i fråga om våldtäktsrekvisitet.

Analysen av lagstiftarens agerande i fråga om våldtäktsrekvisit och köp av sex avslöjar också en inneboende spänning mellan nationell straffrätt och mänskliga rättigheter. När lagstiftaren väljer sina kriminaliseringsalternativ inom ramen för sin prövningsmarginal kan valet leda till en överprioritering av de nationella utgångs-

⁹⁶ Om den internationella diskussionen, se närmare Chi Adanna Mgbako, *The Mainstreaming of Sex Workers' Rights as Human Rights*. *Harvard Journal of Law & Gender* 43(1) 2020, s. 92–136, 110–129. Mgbako argumenterar starkt för dekriminalisering av sexköp. Den motsatta positionen framhävs bland annat av Laura Reanda, *Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action*. *Human Rights Quarterly* 13(2) 1991, s. 202–228.

⁹⁷ Se även Nieminen 2005, s. 147–149.

punkterna, som i värsta fall kan leda till att den skyddsnivå som konventionen uppställer förbises. En överprioritering av människorättskonventionernas tolkningsbara och ibland vaga bestämmelser kan i sin tur leda till problem med tanke på den straffrättsliga legalitetsprincipen och de etablerade kriminaliseringsprinciperna.⁹⁸

Människorättskonventionernas syfte är att ständigt främja de mänskliga rättigheterna. Denna teleologiska och dynamiska utgångspunkt är en utmaning för straffrätten. Med tanke på att den straffrättsliga legalitetsprincipen och rättigheternas begränsande funktion också utgör en del av människorättstänkandet, är det viktigt att vara realistisk i sina förväntningar när det gäller förhållandet mellan mänskliga rättigheter och straffrätt.

Det är ingen överraskning att straffrätten har sina begränsningar när det gäller skyddet av mänskliga rättigheter. Men det oaktat kan man hävda att mänskliga rättigheter har vidgat den finländska straffrättslagstiftarens vyer. Människorättskonventioner och konventionsorganens tolkningspraxis har bidragit till en mer analytisk diskussion och inneburit ett tryck att reformera sexualbrottslagstiftningen i en viss riktning. De internationella influenserna har för det första betonat betydelsen av den kontext där den väsentliga frågan om samtycke diskuteras. Det här har betytt att blicken har riktats, utöver den isolerade gärningen, till händelsernas bredare sammanhang. I fråga om våldtäkt innebär det här att fokuset flyttas från våld och hot av detsamma till avsaknaden av samtycke. När det gäller köp av sex har kontextualiseringen inneburit kriminaliseringar som försöker minimera de exploaterande aspekterna av prostitutionen.

Utöver detta har människorättsargumentationen tydligt lyft fram offrens utsatta position. Även här spelar kontexten en stor roll. I samband med 1997 års reform var en av de bärande principerna sexualbrottslagstiftningens neutralitet. Den sexuella självbestämmanderätten tillhör alla. Den i sig legitima och viktiga utgångspunkten skymde dock det faktum att de flesta offer för sexualbrott – oberoende av brottstyp – är kvinnor. Mänskliga rättigheter har inte ifrågasatt neutralitetstanken i sig, men de har tvingat fram en mer nyanserad bild av sexualbrottsligheten. Detta kommer till uttryck i formuleringssättet för kriminaliseringarna och hur man närmar sig de skyddsintressen som finns bakom dessa kriminaliseringar. I det nya förslaget till våldtäktsrekvisit har man uttryckligen beaktat hur kvinnor reagerar i en våldtäkts-situation. När det gäller köp av sex är situationen mer mångfacetterad, men även här kan man skönja en ökad medvetenhet om offrens position. Detta framkommer av

⁹⁸ Se även Pihlström 2018, s. 105–106 och 119.

diskussionerna om samtyckets relevans i samband med prostitution samt av förändringen som förstärker sexköparens aktsamhetsplikt.