



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Eva Bazo

Samtyckesreglering

- en nödvändighet för uppnå ett fullgott skydd för varje människas sexuella integritet?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Nilsén

VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och teori	5
1.5 Forskningsläge	6
1.6 Material	6
1.7 Disposition	7
2 VÅLDTÄKTSBESTÄMMELEN I SVENSK RÄTT	8
2.1 Våldtäkt	8
2.2 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag	9
2.3 Skälen för och emot en samtyckesreglering	10
2.3.1 Fördelar med en samtyckesreglering	10
2.3.2 Nackdelar med en samtyckesreglering	11
2.4 Utredningens bedömning	12
2.5 En skärpt sexualbrottslagstiftning	13
2.5.1 Tvång eller brist på samtycke	13
2.5.2 Ett förstärkt straffrättsligt skydd	14
2.6 Rättsfall	15
2.6.1 Jordbrofallet	15
2.6.2 Stureplansprofilerna	16
3 VÅLDTÄKTSBESTÄMMELEN I ENGELSK RÄTT	17
3.1 Sexual Offences Act 2003	17
3.2 Tillämpningen av Sexual Offences Act 2003	18
4 BULGARIENDOMEN	20

4.1	Domstolens bedömning	20
4.2	Domens innebörd för svensk rätt	21
5	DOKTRIN	22
5.1	Leijonhufvud	22
5.2	Asp	23
5.3	Wersäll och Rapp	24
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	25
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	31

Summary

The basis of the sexual offences legislation is the right of every individual to sexual self-determination and sexual integrity. The issue of whether there is a consent for a sexual act therefore becomes decisive for whether or not the act constitutes a sexual offence. Even if the right of sexual self-determination is the interest that the legislation aims to protect, in order to make a rape criminal the current legislation requires that the offender has used force or a situation of exploitation. It has been questioned whether or not the force-based legislation ought to be replaced with the use of consent. In that case, today's structure of the rape legislation would be replaced with a rule that makes it criminal to perform a sexual act without a person's consent, regardless of any use of force.

A comparison with the English rape law has been made. In the English trial process great emphasis is placed on the victim's behavior and this has been one of the main arguments against introducing a legislation based on consent.

It is a natural point of departure that the Swedish sexual offences legislation should be compatible with Sweden's international obligations in this field. It has been analysed what importance the ruling of the European court in the Bulgarian judgement has concerning the question of how the Swedish sexual offences legislation should be structured. The opinion of the Government was that the judgement did not entail an obligation to structure the legislation relating to sexual offences in a specific way.

The Government who opposed against a legislation based on consent, instead proposed in the latest Sexual Act Bill 2012/13:111 that an extension of the rape legislation should be implemented. The proposal that will enter into force the first of July 2013 imply that the term "helpless state" get replaced with the term "particularly exposed situation". The Government's intention with the extension is to take care of the deficiencies in the today's rape legislation.

The purpose of this thesis has been to investigate why Sweden does not have a rape legislation based on consent instead of a force-based legislation. I have reached the conclusion that it can be questioned if a legislation based on consent will imply an increased protection for every individual's sexual integrity. In light of the Government's proposal to extend the sexual offences legislation, it should be considered sufficient to achieve adequate protection in the field.

Sammanfattning

Varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet är utgångspunkten för den svenska gällande sexualbrottslagstiftningen. Avgörande för om en gärning är sexualbrott eller inte blir därför frågan om det finns ett samtycke till en sexuell handling. Trots att självbestämmanderätten är skyddsintresset krävs det i den nuvarande lagstiftningen att gärningsmannen använt sig av tvång eller utnyttjande för att straffansvar för våldtäkt ska föreligga. Det har ifrågasatts om nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar bör ersättas med ett krav på bristande samtycke. Detta skulle innebära att dagens formulering av våldtäktsbrottet skulle ersättas med en bestämmelse som gör det straffbart att utföra en sexuell handling med någon som inte samtycker därtill – oavsett om tvång eller utnyttjande förekommit.

En jämförelse med den engelska lagstiftningen som har en samtyckesreglering har gjorts. I den engelska rättsprocessen läggs stor fokus på offrets beteende, vilket har varit ett av de främsta argumenten mot att införa en samtyckesreglering i svensk rätt.

En viktig utgångspunkt har dessutom varit att svensk sexualbrottslagstiftning ska vara förenlig med Sveriges internationella åtaganden på området. Det har prövats vilken betydelse Europadomstolens avgörande i den så kallade Bulgariendomen har för frågan hur den svenska sexualbrottslagstiftningen ska utformas. Regeringens bedömning var att avgörandet inte innebär någon skyldighet för Sverige att formulera lagstiftningen beträffande sexualbrott på ett visst sätt.

Regeringen som motsatte sig en samtyckesreglering föreslog istället i den senaste prop. 2012/13:111 att en utvidgning av våldtäktslagstiftningen bör genomföras. Förslaget som träder i kraft den 1 juli 2013 innebär att begreppet ”hjälpplöst tillstånd” ersätts med det vidare begreppet ”särskilt utsatt situation”. Denna utvidgning menade regeringen kommer åtgärda de brister som idag finns i våldtäktslagstiftningen.

Uppsatsens syfte har varit att utreda varför Sverige inte har en våldtäktslagstiftning som baseras på samtycke istället för tvång eller utnyttjande. Min slutsats är att det kan ifrågasättas huruvida en samtyckesreglering skulle komma att innebära ett ökat skydd för varje människas sexuella integritet. Mot bakgrund av regeringens förslag till utvidgning av sexualbrottsområdet borde det anses tillräckligt för att uppnå ett fullgott skydd på området.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheter och de grundläggande friheterna
HovR	Hovrätten
Kap.	Kapitel
Prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TR	Tingsrätten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet är utgångspunkten för den gällande svenska regleringen av sexualbrott. Avgörande blir därför frågan om det finns ett samtycke till en sexuell handling. Trots att självbestämmanderätten är det centrala skyddsintresset i lagstiftningen är det inte samtycke som är det grundläggande brottsrekvisitet. Dagens reglering är istället grundad på medel (tvång) och omständigheter (hjälplost tillstånd).¹

Diskussionen huruvida det rådande kravet på tvång som grund för straffansvar ska ersättas med en samtyckesreglering har varit ett omdebatterat ämne de senaste åren. Det har ifrågasatts om den nuvarande regleringen på ett tillräckligt sätt uppfyller de ändamål som finns bakom sexualbrottslagstiftningen.²

Ett land som har en samtyckesreglering och som det vanligtvis görs jämförelser med för att se vilka konsekvenser en sådan reglering kan medföra, är England. Landet har en samtyckesreglering som inte sällan innebär att stor fokus läggs på offrets beteende. Detta anförs ofta som ett skäl mot att en sådan reglering bör införas i Sverige.

För att förstärka skyddet på sexualbrottslagstiftningen presenterade regeringen i prop. 2012/13:111 *En skärpt sexuallagstiftning*, ett förslag om ändring av våldtäktslagstiftningen, som innebär att begreppet ”hjälplost tillstånd” ersätts med ”särskilt utsatt situation”.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda varför Sverige inte har en våldtäktslagstiftning som bygger på samtycke istället för medel och omständigheter. Utöver detta, är syftet att åstadkomma klarhet om vad en samtyckesreglering på sexualbrottsområdet skulle innebära.

För att uppnå syftet med denna uppsats är min huvudsakliga frågeställning om det är nödvändigt att införa en samtyckesreglering i svensk lag för att ge ett fullgott skydd

¹ SOU 2010:71, s. 17.

² SOU 2010:71, s. 206.

för varje människas sexuella integritet. Följande frågeställningar har varit till hjälp för att besvara huvudfrågan:

- Vad innebär en samtyckesreglering och vilka är fördelarna respektive nackdelarna med en sådan reglering?
- Vad innebär den nya ändringen i sexualbrottslagstiftningen där begreppet ”hjälplost tillstånd” ersätts med begreppet ”särskilt utsatt situation”?
- Hur ser våldtäktslagstiftningen ut i England?
- Lever Sverige upp till de krav som Europadomstolen uppställer på straffbarhet av sexuella handlingar mot någons vilja?

1.3 Avgränsningar

På grund av uppsatsens omfattning har fokus lagts på våldtäktsbrottet i 6 kap. 1 § BrB och Sexual Offences Act 2003 avseende den engelska våldtäktslagstiftningen. Därmed ska andra sexualbrott inte behandlas.

Av utrymmesskäl har en komparativ studie gjorts endast av den engelska rätten som har en samtyckesbaserad reglering. Anledningen till valet av engelsk rätt är på grund av att den engelska våldtäktslagstiftningen som bygger på samtycke har använts i ett stort antal svenska utredningar, bland annat i SOU 2010:71. Detta för att klarlägga vilka påföljder en samtyckesbaserad reglering kan få.

Vidare behandlas inte beviskrav och andra bevisfrågor i någon större utsträckning, trots att dessa frågor kan ha stor betydelse när det kommer till en samtyckesbaserad reglering.

1.4 Metod och teori

För att besvara mina frågeställningar har jag använt mig av den rättsvetenskapliga metoden som innefattar rättskälleläran och juridisk metod.³ Denna metod används för att tolka och analysera rättskällor som förarbeten, lag, rättspraxis och doktrin.

Vidare har jag använt mig av ett komparativ perspektiv där jag valt att jämföra med engelsk rätt. Det väsentliga med komparativ rätt är att komparera olika rättssystem för att fastställa likheter och skillnader.⁴ Syftet till denna komparativa

³ Sandgren, s. 39.

⁴ Bogdan, s. 5.

studie har varit att undersöka hur den svenska våldtäktslagstiftningen ser ut och tillämpas i praktiken jämfört med den engelska som har en samtyckesreglering.

Eftersom England har en samtyckesreglerad lagstiftning till skillnad från Sverige är det främst de olikheter som finns mellan de olika rättssystemen som behandlas. Detta för att belysa vilka följder en samtyckesbaserad reglering kan få. Därmed kommer inte denna uppsats baseras på en heltäckande komparativ studie utan syftar enbart till att belysa relevanta aspekter för samtyckesregleringen.

1.5 Forskningsläge

Beträffande tidigare forskning som har presenterats på detta område har straffrättsprofessorn Madeleine Leijonhufvud på Miljöpartiets uppdrag genomfört en genomgripande undersökning av rättsläget och belyst behovet av en förstärkt våldtäktslagstiftning. Den reglering som Leijonhufvud föreslår innebär att våldtäktsbestämmelsen i 6 kap. 1 § BrB ersätts med en ny bestämmelse. Denna kriminaliserar att genomföra en sexuell handling med någon som inte frivilligt deltar i gärningen. Därmed uppställs inget krav på våld, hot eller hjälplöst tillstånd för att handlingen ska vara straffbar. Avgörande blir således om handlingen har riktats mot någon som *inte frivilligt deltagit i den*.⁵

Straffrättsprofessorn Petter Asp är av en annan åsikt. I sin bok *Sex och samtycke* där begreppet samtycke står i centrum, utreds begreppet och dess förhållande till bland annat tvång och utnyttjande. Enligt Asp är det en självklarhet att icke-samtycke är ett grundläggande element vad gäller sexualbrott. Däremot anser han inte att införandet av en samtyckesreglering är nödvändig.⁶

1.6 Material

Avseende materialet till denna uppsats används både svenskt och engelskt material. Beträffande det svenska materialet utgörs det av både källor och litteratur i form av förarbeten och doktrin. Den grundläggande källan jag inriktat mig på är den statliga utredningen, SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*. Utredningen i fråga diskuterar de frågor som ska behandlas i denna

⁵ Leijonhufvud, s. 9.

⁶ Asp, s. 11-15.

uppsats. Jag kommer även att använda mig av den senaste prop. 2012/13:111 för att redogöra för den nya ändringen i sexualbrottslagstiftningen.

Beträffande den svenska litteraturen är det centrala för min uppsats Madeleine Leijonhufvuds utredning kring samtycke. Även litteratur som både förespråkar en samtyckesreglering och motsätter sig en sådan behandlas. Utöver detta presenteras samtyckeslagstiftningen i engelsk rätt. Material som används för att redovisa den engelska rätten är bland annat förarbetena till Sexual Offences Act 2003.

1.7 Disposition

Kapitel två, som är uppsatsens inledande del, börjar med en redogörelse av dagens reglering av våldtäktsbestämmelsen i svensk rätt. Därefter redogörs för den senaste utredningen SOU 2010:71. Kapitlet inleds med en kort bakgrund och en beskrivning av vad en samtyckesreglering kan innebära och dess fördelar respektive nackdelar. Dessutom granskas den senaste prop. 2012/13:111 där regeringen föreslår förändringar av sexualbrottslagstiftningen. Kapitlet avslutas med en redovisning av relevanta rättsfall.

Våldtäktsbestämmelsen i engelsk rätt kommer att behandlas i kapitel tre med utgångspunkt från den engelska sexualbrottslagstiftningen Sexual Offences Act 2003. I kapitel fyra utreds den omtalade Bulgariendomen och dess påverkan på svensk rätt. I nästkommande kapitel introduceras relevant doktrin som behandlar begreppet samtycke och dess innebörd i en tänkbar samtyckesreglering.

Avslutningsvis redovisas analyser och slutsatser, där undersökningen kommenteras och frågeställningar besvaras. Dessutom görs en sammanfattning av resultatet och slutsatser av dessa presenteras.

2 Våldtäktsbestämmelsen i svensk rätt

2.1 Våldtäkt

Våldtäktsbestämmelsen i svensk rätt finns reglerad i 6 kap. 1 § BrB. Enligt första stycket döms för våldtäkt:

Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag.⁷

Det krävs alltså användande av tvång för att kunna dömas för våldtäkt enligt första stycket. Med våld avses bland annat att betvinga någons kroppsliga rörelser, exempelvis genom att sära på benen. Att med sin egen kroppstyngd hindra offrets förmåga att röra sig bedöms också som våld. Även lättare form av våldsanvändning såsom att rycka eller slita i en annan individs arm eller kläder, knuffa undan eller hålla fast någon, faller in under paragrafen. Avseende kravet på hot innefattar det både hot mot person och till egendom. Att tvinga någon till samlag genom verbala hot om att förstöra personens lägenhet, eller genom att slå sönder personens egendom är exempel på hot till egendom. Våldet eller hotet ska ha utgjort en förutsättning för handlingens utförande. För straffansvar krävs vidare inte att offret gjort något fysiskt motstånd.⁸

Med samlag avses enbart vaginala samlag. Endast vidrörande av könsdelar är tillräckligt för att samlag ska föreligga. Något krav på fullbordat samlag finns inte. Vad gäller sexuell handling som är jämförlig med samlag räknas handlingar såsom orala och anala samlag samt att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv.⁹

I våldtäktsparagrafens andra stycke föreskrivs ansvar för:

Den som med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.¹⁰

⁷ SFS 1962:700.

⁸ Prop. 2004/05:45, s. 134 f.

⁹ Prop. 2004/05:45, s. 135.

¹⁰ SFS 1962:700.

Således krävs för straffansvar att offret befinner sig i ett hjälplöst tillstånd. Vad som avses med ett hjälplöst tillstånd är att offret inte kan värja sig eller saknar förmåga att kontrollera sitt handlande. Detta omfattar inte endast situationer då offret rent fysiskt är hindrad att skydda sig, utan även sådana fall då offret på grund av förhållandena som råder, psykiskt uppfattar det som omöjligt att skydda sig.¹¹

Utöver de fall av hjälplöst tillstånd som nämns i lagtexten har andra situationer av hjälplöst tillstånd framställts genom praxis. Även fall då en person saknar hämningar på grund av berusning eller narkotikapåverkan kan utgöra ett hjälplöst tillstånd. En förutsättning är dock att det har varit fråga om en så atypisk påverkan att personen inte kan ställas till svars för sina gärningar. Att någon befinner sig i ett hjälplöst tillstånd ska avgöras utifrån en samlad bedömning av alla omständigheter som förekommit. För straffansvar krävs dessutom ett otillbörligt utnyttjande av det hjälplösa tillståndet. Med det menas att den sexuella handlingen ska utgöra ett angrepp på en individs sexuella integritet. Denna prövning ska göras utifrån en objektiv bedömning.¹²

2.2 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

Utredningen i SOU 2010:71 *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag* fick i uppdrag av regeringen att bland annat utreda och ta ställning till om det nuvarande kravet på tvång som grund för straffansvar för våldtäkt bör ersättas med ett krav på bristande samtycke.

En förutsättning i dagens lagstiftning är att varje individs rätt till sexuellt självbestämmande och sexuell integritet skyddas. Ett giltigt samtycke till en sexuell handling blir därför avgörande för om ett ömsesidigt sexuellt umgänge föreligger eller om handlingen är ett sexualbrott. En helt annan fråga är däremot om begreppet samtycke uttryckligen ska finnas i lagen som ett brottsrekvisit eller om lagen istället ska bygga på omständigheter som negerar ett samtycke - det vill säga att förekomsten av vissa omständigheter medför att ett samtycke blir ogiltigt.¹³

Begreppet samtycke har ingen klar definition, utan tolkningen av begreppet beror på vilken innebörd man väljer att ge det. Vidare är en förutsättning att inte alla

¹¹ Prop. 2004/05:45, s. 137 f.

¹² Prop. 2004/05:45, s. 138.

¹³ SOU 2010:71, s. 204.

situationer där en person godtagit handlingen ska innefattas i samtyckesbegreppet. Exempelvis ska inte samtycken som lämnats under tvång vara giltiga. Följaktligen är det de omständigheter under vilka ett samtycke har getts som ska vara det avgörande för prövningen.¹⁴

Det finns två olika sätt som en samtyckesreglering kan utformas på. Det ena sättet är en reglering som fullständigt ersätter dagens reglering grundad på medel och omständigheter – en så kallad ”ren” samtyckesreglering. En samtyckesreglering kan också utgöra ett tillägg till dagens reglering, vilket innebär att den nuvarande regleringen behålls, men ett subsidiärt brott grundat på bristande samtycke införs.¹⁵

2.3 Skälen för och emot en samtyckesreglering

2.3.1 Fördelar med en samtyckesreglering

Utredningen anförde att ett införande av en samtyckesreglerad lagstiftning kan medföra naturlig utveckling av den straffrättsliga synen på sexualbrott. Med en sådan reglering flyttas utgångspunkten på den bristande frivilligheten. Kritik som riktades mot dagens bestämmelse var att en kvinna är tillgänglig såvida hon inte gör fysiskt motstånd. Genom ett införande av en samtyckesreglering kommer det krävas ett uttryckligt godkännande¹⁶ innan en kvinna eller man anses vara tillgänglig.¹⁷

En vanligt förekommande situation som kan uppstå hos offer som utsätts för våldtäkt är att de reagerar med passivitet för att komma undan ett övergrepp med minsta möjliga skada. Ett passivt agerande kan medföra en risk för att dagens kriminalisering baserad på hot, våld och utnyttjande av hjälplöst tillstånd inte täcker alla straffbara situationer som kan uppstå. Ett införande av en samtyckesreglering skulle följaktligen täcka de luckor som finns i rådande lagstiftning och därmed ytterligare förstärka skyddet för den sexuella självbestämmanderätten och sexuella integriteten. En samtyckesreglering skulle även medföra att de krav på straffbarhet som uppställdes i Bulgariendomen¹⁸ mer säkert blir tillgodosedda än om nuvarande reglering kvarhålls.¹⁹

¹⁴ SOU 2010:71, s. 205. Se även Asp s. 83 f.

¹⁵ SOU 2010:71, s. 206.

¹⁶ Det som vi med allmänt språkbruk uppfattar som ett ”ja”.

¹⁷ SOU 2010:71, s. 207.

¹⁸ Mer om Bulgariendomen i kapitel 4.

¹⁹ SOU 2010:71, s. 208.

Enligt utredningen kunde det även tänkas att en samtyckesreglering får en normerande verkan. Vilket skulle utgöra ett grundläggande budskap från samhällets sida att det inte är tillåtet att utföra en sexuell handling mot någons vilja. Budskapet ansågs vara viktigt eftersom de mest förekommande våldtäkterna inte är angrepp utomhus utan inträffar inomhus i någons bostad. Det är inte heller ovanligt att övergrepp sker mellan personer som är bekanta med varandra och ofta personer som är påverkade av alkohol. Vidare är det inte vanligt att övergreppen ger upphov till skador. I det fall skador uppstår är det ofta av lindrigare art.²⁰

Till följd av en samtyckesreglering kommer en viktig fråga under brottsutredningen vara om det påstådda offret gett sitt samtycke eller inte. Enligt de undersökningar som utredningen gjort visar hovrättspraxis att detta är en central fråga redan idag. I mer än hälften av de avgöranden som utredningen granskat, förekom en samtyckesinvändning från den åtalade personen. Utredningen hade dock som argument att med en samtyckesbaserad lagstiftning kan fokus växla från målsägandens agerande till den talades. Vilket i sin tur kommer innebära att det centrala i processen blir hur den tilltalade försäkrade sig om att samtycke från det påstådda offret förelåg.²¹

2.3.2 Nackdelar med en samtyckesreglering

Ett av de argument som framfördes av utredningen och talade mot en samtyckesreglering var att det även kan medföra en risk för ett ökat fokus på brottsoffret i processen. En jämförelse med England där offrets beteende ofta blir den grundläggande frågan i processen, talade också mot en samtyckesreglering. Redan med dagens bestämmelse blir offrets handlande många gånger en central fråga i processen. Därför konstaterades det att oavsett vilken utformning en våldtäktslagstiftning har kommer målsägandens beteende vara betydelsefullt i processen. Trots detta menade utredningen att om en samtyckesreglering införs finns det en risk att det i den praktiska processen läggs större fokus på offrets beteende än vad det redan görs idag.²²

Ett annat skäl mot en samtyckesreglering som framfördes av utredningen är den svårigheten att definiera vad samtycke är och att skilja giltiga samtycken från ogiltiga. En definition av begreppet och ett särskiljande från de godtagbara och de icke

²⁰ SOU 2010:71, s. 209.

²¹ SOU 2010:71, s. 209.

²² SOU 2010:71, s. 211 f.

godtagbara samtyckena krävs för att lagen ska uppnå rättssäkerhet och förutsebarhet. Utredningen ansåg att en ”ren” samtyckesreglering utan några som helst förklaringar på vad det innebär kan tänkas bli en alltför generell lagstiftning och svår att tillämpa i praktiken. Det framhölls även att det i vissa rättsordningar bland annat i England angetts vissa förhållanden som negerar ett samtycke. Således bedömde utredningen att oavsett vilken utformning lagstiftningen har kommer utredningen i praktiken vara lika svår att hantera. Ytterligare ett skäl mot en samtyckesreglering har varit att det kan uppkomma frågor kring vilken form ett samtycke ska ha för att vara giltigt respektive ogiltigt. Det som framförallt gör det svårt för denna bedömning är det faktum att frågan om samtycke sällsynt förekommer mellan personer som ska ha sex med varandra. Utredningen ifrågasätter därför om lagstiftningen ska konstrueras på en situation som sällsynt inträffar i praktiken. Frågan är även om ett samtycke uttryckligen ska visas eller om det ska vara tillräckligt med ett tyst samtycke. Det väsentliga för denna frågeställning blir därför om ett samtycke ska betraktas som en gärning eller en inställning.²³

Enligt utredningen kunde det också tänkas att en samtyckesreglering kan skapa orimliga förväntningar på fler fällande domar. Dock drog utredningen slutsatsen att jämfört med nuvarande lagstiftning skulle en samtyckesreglering medföra att antalet anmälningar på området ökade. Anledningen till fler anmälningar skulle enligt utredningen vara att dagens våldtäktslagstiftning endast omfattar de allvarligaste sexuella kränkningarna, medan en samtyckesbaserad reglering skulle omfatta alla sexuella gärningar som skett mot någon vilja.²⁴

2.4 Utredningens bedömning

Mycket av det som talade för en samtyckesreglering är dels vetskapen om hur offer för sexualbrott reagerar på sexuella övergrepp och dels det faktum att tvång i form av våld eller hot inte alls har den avgörande betydelsen som det hade förr. Detta kunde enligt utredningen tala för att lagen bör baseras på en bristande frivillighet istället för medel och omständigheter. Trots dessa skäl och de fördelar och nackdelar som tidigare redovisats, kom utredningen i SOU 2010:71 fram till att en ren samtyckesreglering inte bör införas i svensk rätt. Det avgörande som talade mot ett införande av en sådan

²³ SOU 2010:71, s. 213.

²⁴ SOU 2010:71, s. 217.

reglering var den tydliga risken att målsägandens handlande blir en central fråga i processen. På så vis skulle frågan huruvida målsäganden genom tvång eller utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd fått sin sexuella integritet kränkt, hamna i bakgrunden. Även om det redan med dagens reglering läggs mycket fokus på offrets handlande, ansåg regeringen att en ändrad lagstiftning skulle förvärra saken.²⁵

Enligt utredningen är begrepp som fri vilja och frivillighet på sexualitetens område ofta svåra att definiera. Därför borde den avgörande bedömningen göras utifrån parternas handlande under gärningstillfället istället för att utgångspunkten i processen läggs på huruvida ett samtycke fanns eller inte. Utredningen anförde vidare att, trots att det centrala i sexualbrottslagstiftningen är den sexuella självbestämmanderätten och sexuella integriteten medför det inte att lagstiftningen nödvändigtvis ska baseras på bristande samtycke.²⁶

Efter att ha övervägt de fördelar och nackdelar som kan följa med en reglering baserad enbart på bristande samtycke, drog utredningen slutsatsen att det inte fanns tillräckliga skäl för att väcka förslag om sådan lagstiftning. Utgångspunkten under utredningen var att om en fullständig, helt ny, reglering införs i svensk rätt krävs det att en sådan framstår som klart bättre än den nuvarande.²⁷

2.5 En skärpt sexualbrottslagstiftning

2.5.1 Tvång eller brist på samtycke

Regeringen fastslog i prop. 2012/13:111 *En skärpt sexualbrottslagstiftning*, att nuvarande krav på tvång i våldtäktslagstiftningen ska gälla även fortsättningsvis. Därmed stämde utredningens bedömning i SOU 2010:71 att inte införa en ren samtyckesreglering på sexualbrottsområdet överens med regeringens. Avgörande för hur en lag bör vara formulerad är den reglering som är mest ändamålsenlig och rättssäker. Således krävdes det enligt regeringen att ett införande av en helt ny regleringsmodell tydligt framstår som bättre än den nuvarande, vilket inte bedömdes vara fallet med en samtyckesreglering.²⁸

²⁵ SOU 2010:71, s. 237.

²⁶ SOU 2010:71, s. 237.

²⁷ SOU 2010:71, s. 238 f.

²⁸ Prop. 2012/13:111, s. 18 f.

Vid en samlad bedömning av de fördelar och nackdelar med en samtyckesreglering, som utredningen redogjort för i SOU 2010:71, delade regeringen uppfattningen att de fördelar som en sådan reglering skulle medföra inte uppvägs av nackdelarna. Precis som utredningen framförde, ansåg regeringen att ett av de viktigaste argumenten som vägde mot ett införande av en samtyckesreglering, var den stora risken för att offrets agerande i samband med gärningen, mer än idag, skulle vara av central betydelse.²⁹

2.5.2 Ett förstärkt straffrättsligt skydd

Istället för ett införande av en samtyckesreglering presenterade regeringen i prop. 2010/13:111 förslag till ändringar i sexualbrottslagstiftningen. Ändringarna hade som utgångspunkt att ytterligare skärpa lagstiftningen och förstärka skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självbestämmanderätten. Förslaget som träder i kraft 1 juli 2013 ska medföra att fler situationer av sexuella övergrepp kriminaliseras som våldtäkt. Detta ska ske genom att tillämpningsområdet för våldtäktsbrottet i 6 kap. 1 § andra stycket BrB utvidgas. Skälet bakom utvidgningen var att åtgärda de brister som påträffats i den nuvarande regleringen. En brist som regeringen fastställde var svårigheten som länge funnits med att tolka och tillämpa begreppet hjälplöst tillstånd. Begreppet har i praktiken fått en snävare tillämpning än vad som varit åsyftat. Följden blev följaktligen att situationer som skulle omfattas av begreppet hamnade utanför tillämpningsområdet.³⁰

För att åtgärda dessa brister och uppnå ett fullgott skydd i sexualbrottslagstiftningen, genomförde regeringen vissa förändringar. Främsta syftet med ändringarna var att även omfatta sexuella övergrepp mot personer som utan att befinna sig i ett hjälplöst tillstånd ändå bedömdes vara i ett särskilt utsatt läge. Vidare ska syftet åstadkommas genom att det nuvarande brottsrekvisitet ”hjelplöst tillstånd” ersätts med det mer omfattande begreppet ”särskild utsatt situation”. I och med detta ska det vara klart att även situationer där målsäganden reagerar med passivitet på ett övergrepp också omfattas av våldtäktsbegreppet.³¹

Det som är utmärkande för en särskilt utsatt situation är när målsäganden har begränsande möjligheter att skydda sin sexuella integritet och undkomma ett

²⁹ Prop. 2012/13:111, s. 22.

³⁰ Prop. 2012/13:111, s. 27.

³¹ Prop. 2012/13:111, s. 1.

övergrepp. Prövningen huruvida ett offer befinner sig i en särskilt utsatt situation kommer göras utifrån en helhetsbedömning av de omständigheter som förekommit. Dessa omständigheter avser såväl offrets handlande som yttre omständigheter. Vidare krävs inte för straffansvar att offret fullständigt saknat förmåga att försvara sig eller kontrollera sitt beteende. Det kan vid en samlad bedömning av situationen finnas flera förhållanden som tillsammans utgör en särskilt utsatt situation. Den föreslagna utvidgningen av våldtäktsbrottet kommer enligt regeringen att åtgärda de brister som finns på området.³²

2.6 Rättsfall

2.6.1 Jordbrofallet

En omdiskuterad dom som har aktualiserat frågan huruvida Sverige bör införa en samtyckesreglering är det så kallade Jordbrofallet.³³ I fallet hade en 15 årig flicka M rymt från ett ungdomshem och träffat tre män MB, DJ och AT. M hade följt med männen till en lägenhet, där sexuella handlingar mellan henne och männen utfördes. Åklagaren väckte åtal mot männen för grov våldtäkt. De tilltalade påstods ha genomfört samlag och sexuella handlingar jämförliga med samlag med flickan, genom att otillbörligt ha utnyttjat att hon befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Enligt åklagaren bestod det hjälplösa tillståndet bland annat i att M hade rymt från ett ungdomshem, hade ont om pengar och var kraftigt påverkad av alkohol. Beträffande MB gjorde åklagaren även gällande att han genom våld betvingat flickan med sin kroppstyngd.

MB dömdes av såväl TR som HovR för våldtäkt enligt 6 kap. 1 § första stycket genom att under övergreppet utövat våld mot M. Däremot friades de övriga männen från våldtäkt av båda instanserna då det i deras fall inte hade förekommit något våld. TR anförde i sina domskäl att situationen för de friade männen hade varit annorlunda om lagstiftningen hade varit baserad på ett krav på samtycke. Både HovR och TR fann vid en samlad bedömning av offrets tillstånd, att hon befann sig i en mycket utsatt situation. Emellertid var det enligt domstolarnas bedömning inte fråga om ett hjälplöst tillstånd i lagens mening. Domstolen nämnde en tidigare dom där lagstiftaren avstått från att utvidga våldtäktsbestämmelsens andra stycke att även omfatta särskilt utsatta situationer.

³² Prop. 2012/13:111, s. 30 f.

³³ Handens tingsrätts dom 14/7-05, mål B 1186-05, Svea hovrätts dom 26/9-05, mål B 5763-05.

2.6.2 Stureplansprofilerna

Den så kallade Stureplansdomen³⁴ är ännu en mycket omtalad dom som även fått stor uppmärksamhet i media. Fallet ledde till en debatt om den svenska sexualbrottslagstiftningen, i synnerhet om en samtyckesreglering bör införas eller inte.³⁵

I fallet hade en ung kvinna efter ett restaurangbesök följt med två män till en lägenhet och där blivit utsatt för ett sexuellt övergrepp med våldinslag. Kvinnan och de tilltalade männen var sedan tidigare bekanta med varandra. Innan den ifrågavarande händelsen hade målsäganden vid upprepade tillfällen haft sex med visst våldinslag med en av de tilltalade männen. Kvinnan hade vid ett tillfälle även haft sex med båda männen samtidigt.

Våldet under den aktuella händelsen hade bestått av att målsäganden bland annat mottagit flertalet slag i ansiktet, blivit nedtryckt i sängen och fått hår avslitet från huvudet. TR fann det utrett att målsäganden med visst våld tvingats till samlag och handling jämförlig med samlag. Vid en samlad bedömning ansågs det inte vara ställt utom rimligt tvivel att de tilltalade hade uppsåt till gärningen. Domstolen kunde på så vis inte bortse från den omständigheten att det tidigare förekommit sex med vålds- och förnedringsinslag med en av männen. Av detta skäl kunde situationen enligt domstolen inte uppfattas annorlunda denna gång.

HovR bedömde det däremot styrkt att kvinnan hade utsatts för våldtäkt. Genom målsägandens anförda uppgifter var det enligt domstolen bevisat att hon protesterat såväl med ord som att försöka komma loss. Därmed hade hon klargjort för de tilltalade att hon inte accepterade den sexuella gärningen. Enligt domstolen var det klarlagt att de tilltalade insett att de sexuella handlingarna inte varit frivilliga från målsägandens sida och fann således att männen haft uppsåt till de utförda gärningarna.

³⁴ Stockholms tingsrätts dom 4/5- 07, mål B 7409- 07, Svea hovrätts dom 16/10- 07 mål B 3806- 07.

³⁵ Leijonhufvud, Svenska Dagbladet, 9/9 2007.

3 Våldtäktsbestämmelsen i engelsk rätt

3.1 Sexual Offences Act 2003

England är ett av världens länder som har en samtyckesreglering. Den engelska sexualbrottslagstiftningen reformerades genom Sexual Offences Act 2003. Innan 2003 års reform var sexualbrottslagstiftningen ålderdomlig, osammanhängande och diskriminerande.³⁶ Genom 2003 års lag förtydligades regleringen av våldtäktsbestämmelsen. Den tidigare lagen hade bristande samtycke som grund för straffansvar. Dock var detta inte stadfäst i lag utan domstolen fick i sin prövning utgå från tidigare praxis som behandlat frågan. Den grundläggande förändringen i Sexual Offences Act 2003 var att bristande samtycke som grund för straffbarhet blev lagfäst.³⁷

Våldtäktsbrottet finns reglerad i första paragrafen av Sexual Offences Act 2003 och är begränsat till att omfatta en mans penetration av en annan persons vagina, anus eller mun med sin penis. För våldtäkt krävs även att målsäganden inte har samtyckt till den sexuella handlingen och att den tilltalade haft rimliga skäl att förstå detta. Den generella bestämmelsen för vad som avses som ett giltigt samtycke finns i paragraf 74 som stadgar att ”... *a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*”.³⁸

Ett samtycke behöver nödvändigtvis inte vara verbalt, men båda parter måste förstå att samtycke har lämnats. Ett nej måste alltid accepteras. Syftet är enligt lagstiftaren inte att det ska krävas ett skriftligt medgivande så fort det är frågan om en sexuell handling, utan syftet är att klargöra för allmänheten att en sexuell handling bara kan genomföras med båda parter samtycke. Frågan huruvida målsäganden har samtyckt eller inte till den sexuella gärningen ska således vara avgörande för om ett sexuellt brott har begåtts. Enligt förarbetena är det nödvändigt att lagen är så tydlig som möjligt beträffande vad begreppet samtycke innebär. Det måste för en domstol vara ställt utom rimligt tvivel om målsäganden har samtyckt eller inte. Detta för att tillförsäkra rättssäkerhet och förhindra oskyldigt dömda.³⁹

³⁶ Home Office, s. 9.

³⁷ SOU 2010:71, s. 143.

³⁸ Sexual Offences Act 2003.

³⁹ Home Office, s. 16.

För att närmare förstå när ett giltigt samtycke anses föreligga har lagstiftaren i lagens paragraf 75 angett vissa omständigheter för när ett givet samtycke ska presumeras vara ogiltigt. Dessa omständigheter kan bland annat vara förekomst av våld och hot, sömn, medvetlöshet, psykiskt funktionshinder och ofrivillig berusning hos målsäganden. Det krävs vidare att åklagaren kan bevisa att det är ställt utom rimligt tvivel att något av dessa förhållanden har inträffat. Därefter är det upp till den tilltalade att motbevisa att målsäganden under den aktuella gärningen faktiskt gett sitt samtycke. Om så sker måste åklagaren för att styrka åtalet istället bevisa att ett bristande samtycke förelåg enligt den generella bestämmelsen i paragraf 74.⁴⁰

3.2 Tillämpningen av Sexual Offences Act 2003

I engelsk rätt är det en jury som i mål om åtal för våldtäkt eller andra allvarliga sexualbrott avgör om sexualhandlingen har genomförts utan giltigt samtycke. Juryn ska pröva om den tilltalade hade en rimlig anledning att tro att motparten samtyckte.⁴¹

Andrew Ashworth, professor vid Oxford University, menar att begreppet samtycke inte är tillräckligt definierat i lagen. Eftersom det inte finns några klara riktlinjer hur begreppet samtycke ska tillämpas i rättsprocessen, ger det domstolarna möjlighet till olika tolkningar. Detta medför att äldre stereotypa föreställningar hos vissa jurymedlemmar påverkar bedömningen i målet. Det har även hävdats att trots de förändringar som gjorts i 2003 års lag kommer antalet fällande domar inte öka, så länge beslut som domstolar fattar kan påverkas av myter och stereotypa föreställningar om kvinnors beteende.⁴²

Gällande den engelska lagens utformning är det positiva åsikter som framförts från framstående forskare kring våldtäktsområdet. Enligt forskarna utgör inte lagen något problem gällande kvinnors rättstrygghet, utan problemet ligger i hur lagen tillämpas i praktiken. Det anses inte vara tillräckligt att skyddet för målsäganden förstärks. Forsvararna lyckas fortfarande göra offrets beteende före, under och efter den påstådda händelsen till en central fråga under hela brottmålsprocessen. Med hänvisning till den tilltalades rättigheter godkänns frågor om kvinnans tidigare

⁴⁰ Home Office, s. 16.

⁴¹ SOU 2010:71, s. 146.

⁴² Ashworth, s. 353.

sexualliv. Som grund för att ställa dessa frågor kan försvararen hävda att det anses relevant för bedömningen av målsägandens tillförlitlighet. Vidare kan försvaret fortsätta med att påstå att kvinnan får skylla sig själv för att ha handlat som hon gjort eller varit förförisk. Detta kan i sin tur resultera i ”rimligt tvivel” i juryns bedömning av mannens uppsåt.⁴³

Det har bland annat uttalats av en jurymedlem att det faktum att en kvinna under en fest följde med en man upp till ett rum kan ha medfört att den tilltalade rimligen kunde tro att målsäganden samtyckt till den sexuella handlingen. En annan har anfört att det faktum att kvinnan druckit och flörtat med den tilltalade under en hel kväll kan rimligen uppfattas som ett samtycke till sex. Dessa sätt att resonera kan ge uttryck för att kvinnor som dricker eller flörtar med män, eller tar steget för att påbörja ett sexuellt närmande, inte kan klaga när män tar detta handlande som en vilja att ha sex. Det förekommer även situationer där offret förblir passiv och inte uttryckligen visar att hon inte vill ha sex med den tilltalade. I dessa fall finns det jurymedlemmar som hävdar att kvinnors passivitet kan vara tillräcklig för att stödja den tilltalades påstådda rimliga tro att samtycke har getts.⁴⁴

⁴³ SOU 2010:71 s. 147. Se även Leijonhufvud s. 57.

⁴⁴ Finch & Munro, s. 318 f.

4 Bulgariendomen

4.1 Domstolens bedömning

I målet hade en ung kvinna som påstod sig ha utsatts för våldtäkt i Bulgarien väckt talan i Europadomstolen. Domstolen slog fast i domen att varje medlemsstat har enligt artikel 3 och 8 i EKMR en positiv skyldighet att införa en lagstiftning, som effektivt bestraffar våldtäkt och tillämpa lagstiftningen genom effektiva brottsutredningar och lagföringar. Domstolen anförde att det tidigare i flera länders lagstiftning, i samband med våldtäktsmål, krävdes bevis för att gärningsmannen använt fysiskt våld och att offret gjort fysiskt motstånd. Dock konstaterade domstolen att det i många europeiska länders lagstiftning inte längre krävs att offret gjort fysiskt motstånd. Det är enligt domstolen det bristande samtycket som är det avgörande rekvisitet vid prövningen av våldtäktsbrott. Att i alla lägen kräva bevis för att våld har förekommit eller att offret gjort fysiskt motstånd, riskerar enligt domstolen att lämna vissa typer av våldtäkter ostraffade och på så vis äventyra skyddet för varje individs självbestämmanderätt.⁴⁵

Europadomstolen fastslog en allmän regel, enligt vilken konventionsstaterna måste i överensstämmelse med den standard och de trender som förekommer inom sexualbrottsområdet, bestraffa och effektivt lagföra alla sexuella handlingar som genomförts utan samtycke, även om offret inte gjort något fysiskt motstånd.⁴⁶

Domstolen bedömde vidare i sin prövning av det aktuella fallet, att det enligt den bulgariska våldtäktslagstiftningen inte fanns något krav på fysiskt motstånd från offrets sida. Inte heller skilde sig lagstiftningen avsevärt från andra länders lagstiftning. Det väsentliga var således inte hur lagen hade formulerats, utan hur den hade tillämpats och vilken avgörande betydelse rekvisit så som tvång och hot hade tillmätts vid prövningen.⁴⁷

⁴⁵ M.C. v. Bulgaria, p. 153-159.

⁴⁶ M.C. v. Bulgaria, p. 166.

⁴⁷ M.C. v. Bulgaria, p. 169-184.

4.2 Domens innebörd för svensk rätt

Bulgariendomens betydelse för den svenska sexualbrottslagstiftningen diskuterades redan i samband med 2005 års sexualbrottsreform. Den dåvarande regeringens slutsats var att bevarande av hot och våld för straffansvar för våldtäkt inte stred mot Europadomstolens krav på bestraffning av varje sexuell handling som skett utan samtycke. Trots regeringens bedömning av frågan i samband med reformen, har debatten kring tolkningen av Bulgariendomen fortsatt. Diskussionen har ofta kommit på tal i samband med uppmärksammade domar på sexualbrottsområdet. Därvid har kritikerna med åberopande av Bulgariendomen påstått att Sverige måste införa en samtyckesreglerad lagstiftning för att inte strida mot Europakonventionens krav.⁴⁸

På grund av den fortsatta diskussionen undersökte utredningen i samband med SOU 2010:71 återigen frågan om vilka skyldigheter som följer av Bulgariendomen. För att avgöra huruvida Sverige måste formulera sin lagstiftning på ett visst sätt för att leva upp till Europadomstolens krav, måste det enligt både utredningen och regeringen först och främst konstateras vilken roll Europadomstolen har. Regeringen anförde att domstolens uppdrag är att bedöma om lagstiftningen i konventionsstaterna och tillämpningen av den inte strider mot kraven som uppställs. Genom avgöranden klargör domstolen konventionsstaternas olika fri- och rättigheter och fastställer en minimistandard för dessa. Staterna ges i sin tur handlingsutrymme att med utgångspunkt i det egna landets kultur och rättstradition formulera lagstiftningen. Regeringen menade att krav på att staterna ska konstruera sin lagstiftning på ett visst sätt för att leva upp till konventionens krav inte ligger i Europadomstolens uppgift. Vidare anförde regeringen att Europadomstolen i samband med Bulgariendomen inte bedömde att den bulgariska lagstiftningen som sådan medförde en kränkning av konventionen.⁴⁹

⁴⁸ Prop. 2012/13:111, s. 19.

⁴⁹ Prop. 2012/13:111, s. 20.

5 Doktrin

5.1 Leijonhufvud

Madeleine Leijonhufvud, professor emerita vid Stockholms universitet är en av de främsta förespråkarna för ett införande av en samtyckesreglering. Leijonhufvud har på Miljöpartiets uppdrag genomfört en genomgripande undersökning över dagens konstruktion av våldtäktsbrottet och särskilt prövat om kravet på våld, hot och otillbörligt utnyttjande av personens hjälplösa tillstånd bör ersättas med en samtyckesreglering.⁵⁰

Leijonhufvud framförde att Sverige måste införa en samtyckesbaserad reglering för att leva upp till de krav som EKMR uppställer om att varje sexuell handling som genomförts med en person som inte samtycker därtill är straffbar. Således har Sverige inget annat val än att ändra sin reglering för att inte bryta mot de gällande internationella åtaganden. Beträffande en reglering där begreppet ”hjämlöst tillstånd” ersätts med ”särskilt utsatt situation” skulle enligt Leijonhufvuds mening vara ett steg i rätt riktning och täcka en tydlig brist i lagen. Dock anför Leijonhufvud att en sådan reglering inte är tillräcklig för att ge den sexuella integriteten ett fullgott skydd och dessutom leva upp till Sveriges internationella förpliktelser. Även handlingar som utförs mot någon som inte befinner sig i ett hjälplöst tillstånd, men som likväl inte samtycker till den sexuella handlingen måste inbegripas i straffansvaret.⁵¹

Leijonhufvud föreslår att dagens utformning av våldtäktsbrottet ska ersättas med en bestämmelse som gör det straffbart att utföra en sexuell handling med någon som inte frivilligt deltar i den. Något krav på våld, hot eller hjälplöst tillstånd för straffbarhet uppställs inte. Avgörande för om ett brott har begåtts blir istället om gärningen har utförts med en person som inte frivilligt deltagit i den.⁵²

Utformningen av den föreslagna bestämmelsen kommer inte innefatta begreppet bristande samtycke, utan bristande frivilligt deltagande. Därmed begränsas straffansvaret till situationer där den som gärningen riktas mot faktiskt inte ville vara med om den sexuella handlingen. Leijonhufvud framför att den föreslagna regleringen medför att lagstiftningen ”*anpassas till den allmänna uppfattningen att frivillighet är*

⁵⁰ Leijonhufvud, s. 9.

⁵¹ Leijonhufvud, s. 87.

⁵² Leijonhufvud, s. 92.

ett nödvändigt element för att sexuella handlingar ska anses tillåtna⁵³”. Därmed kommer fokus vid den rättsliga processen att läggas på den tilltalades handlande vid själva gärningsögonblicket och inte som idag på målsägandens. Det kommer vidare bli nödvändigt att klargöra om och i så fall hur den tilltalade gjorde för att få bekräftat att ett samtycke förelåg.⁵⁴

5.2 Asp

Petter Asp, professor i straffrätt vid Stockholms universitet har i sin bok *Sex och samtycke* analyserat begreppet samtycke och dess förhållande till bland annat tvång och utnyttjande. Asp menar att utgångspunkten för det som ska definieras som ett sexuellt övergrepp är sex med någon som inte samtycker till det. Därför bör samtycket tillmätas avgörande betydelse. Detta innebär dock inte att lagstiftningen nödvändigtvis bör baseras på bristande samtycke.⁵⁵

Den fortgående diskussionen huruvida en samtyckesreglering bör införas eller inte har fokuserat på helt fel fråga, menar Asp. Det centrala för debatten bör inte vara om Sverige ska ha en samtyckesbaserad lagstiftning eller behålla nuvarande reglering, utan vad som ska accepteras som ett rättsligt särskiljande samtycke. Det går enligt Asp inte att diskutera om en samtyckesreglering ska införas eller inte, utan att närmare förstå innebörden av en sådan reglering. Asp anför att begreppet samtycke är ett normativt begrepp utan någon närmare innebörd. Endast en hänvisning till samtycke är därför inte tillräckligt för att förstå vad ett särskiljande samtycke innebär. Det krävs en definition av begreppet för att kunna klargöra om vad som är respektive inte är tillåtet. Någon grundläggande skillnad mellan en samtyckesreglering eller en reglering baserad på medel och omständigheter finns inte enligt Asp. Han menar istället att den nuvarande regleringen är ett uttryck för vad vi inte accepterar som ett särskiljande samtycke till sex. Alltså godtas inte som ett särskiljande samtycke situationer där ett ”ja” har tvingats fram genom hot eller våld, eller som annars lämnas av en person som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd. Således kan det enligt Asp tänkas att dessa medel och omständigheter utgör en formulering av vad samtyckesbegreppet kan komma att innebära.⁵⁶

⁵³ Leijonhufvud, s. 11.

⁵⁴ Leijonhufvud, s. 11-13.

⁵⁵ Asp, s. 196.

⁵⁶ Asp, s. 205 f.

5.3 Wersäll och Rapp

Riksåklagare Fredrik Wersäll och kammaråklagare Kajsa Rapp har diskuterat kring våldtäktsbrottets utformning i svensk rätt. Wersäll och Rapp menar att trots det genomgripande utredningsarbetet som bedrivits på området kan det noteras att den sexuella självbestämmanderätten inte är alldeles fulltäckande. De anför vidare att det finns två situationer som oftast hamnar utanför det straffrättsliga området. Den ena situationen kan anses utgöra fall när en sexuell gärning utförts mot en persons vilja, men där varken våld, hot eller tvång förekommit. Den andra situationen är när någon utnyttjar en annan individs särskilt utsatta situation utan att det är fråga om ett hjälplöst tillstånd i straffbestämmelsens mening. Således menar Wersäll och Rapp att en samtyckesreglering skulle teoretiskt täcka den förstnämnda situationen och även flertalen av den senare.⁵⁷

En våldtäktsbestämmelse grundat på samtycke skulle enligt Wersäll och Rapp ligga i linje med och vara ett förtydligande av den självklara utgångspunkten för sexualbrottslagstiftningen – det sexuella självbestämmandet. Därmed skulle det ännu tydligare fastslås att det är det är bristande samtycket som ska ha avgörande betydelse för lagstiftningen på sexualbrottens område. Wersäll och Rapp anför dock att det finns en tydlig risk att en samtyckesreglering endast skenbart skulle ge ett större straffrättsligt skydd än dagens lagstiftning. Dessutom ansåg de att dagens låga andel anmälda brott som leder till åtal skulle sjunka ytterligare. Avseende Bulgariendomen och huruvida Europadomstolens tolkning av EKMR är sådan att Sverige måste införa bristande samtycke som rekvisit för våldtäkt, håller Wersäll och Rapp med regeringens bedömning att Sverige lever upp till konventionens krav.⁵⁸

⁵⁷ Wersäll och Rapp i FS Leijonhufvud, s. 437.

⁵⁸ Wersäll och Rapp i FS Leijonhufvud, s. 438-440.

6 Analys och slutsatser

En samtyckesreglering innebär att den nuvarande utformningen av våldtäktslagstiftningen ersätts med en reglering som endast baseras på ett bristande samtycke och där krav på tvång och utnyttjande för straffansvar inte finns. Skäl som framförts för en samtyckesbaserad lagstiftning är att det skulle förstärka skyddet för den sexuella självbestämmanderätten och därmed vara en naturlig förutsättning för utvecklingen av den straffrättsliga synen på sexualbrott. En samtyckesreglering kan vidare få en normerande verkan och utgöra ett grundläggande budskap från samhällets sida att en sexuell handling mot någons vilja inte är tillåten. Det främsta skälet som framförts mot en samtyckesreglering är att det finns en risk att fokus i processen mer än vad det redan görs idag, riktas på målsägandens beteende. En jämförelse med den engelska våldtäktslagstiftningen som har en samtyckesreglering och där fokus oftast läggs på offret talar ännu mer mot en sådan reglering.

I den engelska lagstiftningen är frågan om ett samtycke har getts av målsäganden det centrala för om våldtäkt har begåtts. Vidare krävs det att gärningsmannen haft rimliga skäl att inse detta. För att ytterligare förstå vad som menas med ett samtycke finns det dels en generell bestämmelse om vad som avses med ett samtycke, dels en bestämmelse enligt vilken ett givet samtycke anses vara ogiltigt. Det kan bland annat handla om situationer där det förekommer våld, hot eller ofrivillig berusning hos målsäganden. Här går det att se att den engelska lagstiftningen har omständigheter som talar om när samtycke inte föreligger medan den svenska regleringen har som utgångspunkt att samtycke inte föreligger och istället har medel och omständigheter som brottsrekvisit. Frågan är sålunda hur stor skillnad det egentligen blir i praktiken vilken regleringsmodell man väljer att tillämpa eller om det över huvud taget finns någon skillnad. Asp anför att någon grundläggande skillnad mellan en samtyckesreglering och en reglering baserad på tvång och utnyttjande inte finns. Istället för en samtyckesreglering är den nuvarande regleringen ett uttryck för vad som inte accepteras som ett samtycke. Asp menar att om ett samtycke i dagens reglering har tvingats fram genom hot, våld eller utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd, utgör det ett icke-giltigt samtycke. Således kan slutsatsen dras att oavsett om vi har en samtyckesreglering kommer medel och omständigheter utgöra en formulering av samtyckesbegreppet.

Det kan även påpekas att bedömningen av själva skuldfrågan i den engelska brottmålsprocessen görs av en jury. Juryn ska avgöra om det i ett våldtäktsmål föreligger ett samtycke och om gärningsmannen rimligen har kunnat förstå detta. Klara riktlinjer för hur begreppet samtycke ska tolkas finns inte i den engelska lagstiftningen, vilket ofta kan resultera i att äldre stereotypa föreställningar hos vissa jurymedlemmar påverkar bedömningen i våldtäktmålen. Detta innebär att det många gånger inte går att bedöma om mannens uppsåt till den sexuella handlingen är ställt utom rimligt tvivel. Jag anser att det utifrån den engelska rätten och dess erfarenheter av en samtyckesbaserad lagstiftning inte utan vidare kan konstateras att en sådan lagstiftning i svensk rätt hade fått samma effekter. Problemet i den engelska samtyckesregleringen verkar ligga i tillämpningen och tolkningen av begreppet samtycke. Huruvida begreppet behöver tolkas på samma sätt i Sverige går inte att svara på eftersom vi här pratar om två skilda rättssystem, skilda traditioner och kulturer. Därför går det enligt min mening inte att avgöra om Sverige ska införa en samtyckesreglering genom en jämförelse med den engelska rätten. Vidare är det svårt att avgöra huruvida en samtyckesreglering som den ser ut i England är mer ändamålsenlig än den reglering som råder i Sverige. Däremot kan en slutsats dras att även om Sverige och England har utformat våldtäktsbestämmelsen på olika sätt, där man i det ena fallet baserat regleringen på medel och omständigheter och i det andra på bristande samtycke, leder det ändå till samma tillämpningsproblem i praktiken. Det vill säga att det är svårt att få fler fällande domar, eftersom det i många fall läggs större fokus på brottsoffrets agerande än på den tilltalades.

Som det har redovisats tidigare har framstående forskare på området anfört positiva åsikter gällande den engelska lagens utformning. Kritiken har istället lagts på hur lagen tillämpas i praktiken och att för mycket fokus riktas mot offrets beteende. Därför är det enligt min uppfattning och i förening med det tidigare anförda, inte lagens utformning och huruvida Sverige ska införa en samtyckesregelring eller inte som är problemet, utan problemet ligger snarare i hur lagen tillämpas i praktiken.

Ett skäl som ofta framförs för att en samtyckesregelring måste införas i svensk rätt är förekomsten av så kallade passivitetsfall, där det varken förekommer tvång eller utnyttjande av ett hjälplöst tillstånd. Leijonhufvud menar att dagens lagstiftning inte täcker dessa situationer och därför är det nödvändigt att införa en samtyckesregelring. Wersäll och Rapp menar vidare att en samtyckesregelring teoretiskt sätt kommer täcka

dessa situationer men anför samtidigt att det finns en tydlig risk för att en samtyckesreglering endast skenbart skulle ge ett större straffrättsligt skydd än dagens lagstiftning.

Först och främst kan det konstateras att när det gäller användandet av tvång krävs det idag allt mindre våld för att ansvar för sexuella övergrepp på grund av tvång ska aktualiseras. Det skulle därför kunna sägas att det idag knappast finns någon form av våldsanvändning som är otillräcklig för ansvar för våldtäkt. Avseende begreppet hjälplöst tillstånd som har varit svårtillämpat i praktiken och setts som en brist i lagstiftningen som måste åtgärdas, kommer begreppet efter förslag av regeringen ersättas med det vidare begreppet särskilt utsatt situation. Syftet bakom ändringen är att det även ska omfatta sexuella övergrepp mot personer som utan att befinna sig i ett hjälplöst tillstånd ändå befinner sig i ett särskilt utsatt läge. Även situationer där målsäganden reagerar med passivitet på ett övergrepp ska omfattas av det nya begreppet. Min åsikt är således att den kommande ändringen bör vara tillräcklig för att åtgärda de brister som finns i dagens lagstiftning. Det kan bland annat framföras att sådana situationer som rådde i de så kallade Jordbrofallet, där målsäganden inte ansågs befinna sig i ett hjälplöst tillstånd men däremot i en mycket utsatt situation kommer omfattas av det nya begreppet.

Vidare har det ifrågasatts om Sverige lever upp till de krav som Europadomstolen uppställde i Bulgariendomen på straffbarhet av sexuella handlingar mot någons vilja. Den punkt i avgörandet som diskussionen har kretsat runt är punkt 166, enligt vilken varje konventionsstat ska bestraffa och effektivt lagföra alla sexuella handlingar som genomförts utan samtycke, oavsett om våld använts. Leijonhufvud menade att Sverige måste införa en samtyckesbaserad reglering för att uppfylla Europadomstolens krav. Regeringen var däremot av en annan åsikt och anförde att domen måste läsas i sin helhet och att något krav på att staterna måste utforma sin lagstiftning på ett visst sätt för att leva upp till konventionens krav uppställs inte. Wersäll och Rapp var av samma uppfattning och ansåg inte heller att det fanns någon anledning att tolka domen annorlunda. Det handlar här om att konventionsstaterna måste leva upp till de krav som uppställs på dem. Detta behöver emellertid inte nödvändigtvis betyda att lagen måste utformas på ett visst sätt – såvida tillämpningen av lagen sker i enlighet med konventionens krav. Således är min slutsats, mot

bakgrund av regeringens tolkning av domen, att Sverige genom bevarandet av dagens reglering inte strider mot konventionens krav.

Regeringen har även anfört att om den nuvarande regleringen på våldtäktsområdet ska ändras och en helt ny bestämmelse införs, krävs det att den nya regleringen framstår som klart mycket bättre än dagens – vilket inte har kunnat visas med en samtyckesreglering. Som Asp framför är begreppet samtycke ett innehållslöst begrepp utan någon vidare definition. Enligt min uppfattning är det en stor risk att ändra lagstiftningen på det sätt som en samtyckesreglering kan komma att innebära. Att bygga en lag på ett begrepp utan att några klara riktlinjer om vad begreppet innebär och hur det ska tolkas anser jag kan medföra tillämpningsvårigheter i domstolsprocessen. Visserligen finns det brister i dagens reglering som inte med all säkerhet kan garanteras att den kommande lagändringen kommer åtgärda, emellertid innebär inte den nya ändringen en fullkomlig ny lydelse av lagen, utan bara en utvidgning. En utvidgning som enligt min åsikt inte alls i samma utsträckning kommer leda till tolknings och tillämpningssvårigheter som en ren samtyckesreglering kan medföra.

Mot bakgrund av det anförda kan slutsatsen dras att en samtyckesreglering inte nödvändigtvis kommer ge ett ökat skydd på våldtäktslagstiftningen än vad regeringens nya förslag kan komma att ge. Med ett begrepp som särskilt utsatt situation som avses att omfatta situationer där offret befinner sig i ett mycket utsatt läge eller där offret förblir passivt borde det vara tillräckligt för att åtgärda de brister som tidigare redovisats. Sammantaget anser jag att det inte handlar om hur lagen utformas, utan om hur lagen tillämpas i praktiken. Det tidigare begreppet hjälplöst tillstånd hade i praktiken fått en för snäv tillämpning och varit svårtillämpat. Domstolar har varit försiktiga med att tillämpa bestämmelsen och kraven har varit för höga för att en person ska anses befinna sig i ett hjälplöst tillstånd. Därför är det enligt min mening av stor betydelse att det nya begreppet särskilt utsatt situation får den tillämpning i praktiken som det åsyftas att få. Sammanfattningsvis är min slutsats att, ett införande av en samtyckesreglering i svensk rätt inte är nödvändig för att uppnå ett fullgott skydd för varje människas sexuella integritet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

SFS 1962:700 – Brottsbalken

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

Proposition 2004/05:45 – En ny sexualbrottslagstiftning

Proposition 2012/13:111 – En skärpt sexualbrottslagstiftning

England

Home Office, *Protecting the Public*, Cm 5668, november 2002

Sexual Offences Act 2003

Litteratur

Ashworth, Andrew, 2003: *Principles of Criminal Law*, sjätte upplagan, Oxford

Asp, Petter, 2010: *Sex & Samtycke*, Iustus Förlag, Uppsala

Bogdan, Michael, 2013: *Concise Introduction to Comparative Law*, Europa Law Publishing, Lund

Finch, Emily and Munro, Vanessa E., 2006: *Breaking boundaries? Sexual consent in the jury room*, Legal Studies, Volume 26, Issue 3, p. 303-320.

Leijonhufvud, Madeleine, 2008: *Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten*, Thomson Förlag, Stockholm

Sandgren, Claes, 2007: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm

Wersäll, R, Rapp, K, 2007: *Utan samtycke - Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt*, A Norée (red.), C, Sitte- Durling (red.), J, Zila (red.), S, Wennberg (red.), Festschrift till Madeleine Leijonhufvud. Norstedts Juridik, Stockholm

Internetkällor

Leijonhufvud, Madeleine, Krav på samtycke före samlag, Svenska Dagbladet 9/9 2007 (10/5 2013), <http://www.svd.se>

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

M.C. v. Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98

Sverige

Svea hovrätts dom 16/10- 07 mål B 3806-07

Svea hovrätts dom 26/9-05, mål B 5763-05

Handens tingsrätts dom 14/7-05, mål B 1186-05

Stockholms tingsrätts dom 4/5- 07, mål B 7409-07