



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Lukas Jönsson

Den som tiger samtycker

Straffrättslig granskning kring behovet av en samtyckeslag vid sexualbrott

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Elsa Trolle Önnerfors

Termin: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Metod och teori	5
1.4 Forskningsläge	6
1.5 Avgränsningar	6
2 GÄLLANDE RÄTT	7
2.1 Lagtexten	7
2.2 Rekvisit för våldtäkt	8
2.2.1 Misshandel, våld eller hot om brottslig gärning	8
2.2.2 Samlag eller annan sexuell handling	9
2.2.3 Otillbörligt utnyttjande av någon i särskilt utsatt situation	10
2.3 Egna reflektioner	11
3 DEN SVENSKA UTVECKLINGEN	13
3.1 2005 års sexualbrottsreform	13
3.1.1 Propositionen	13
3.1.2 Kommittén	14
3.2 2013 års sexualbrottsreform	15
3.2.1 Propositionen	16
3.2.2 2008 års sexualbrottsutredning	17
3.3 Egna reflektioner	19

4	BULGARIENDOMEN	21
4.1	Bakgrund	21
4.2	Europadomstolens bedömning	22
4.3	Domens betydelse för Sverige	24
4.3.1	Tolkning i förarbeten	24
4.3.2	Tolkning i doktrin	26
4.4	Egna reflektioner	30
5	ÅSIKTER I DOKTRIN	33
5.1	Fokus på offret	33
5.2	Rättssäkerhet	35
5.3	Fler fällande domar?	37
5.4	Tänkbar utformning	37
5.5	Övriga vinster med samtycke som bas	38
5.6	Egna reflektioner	39
6	ANALYS	41
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	43
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	45

Summary

The topic of this paper is a critical review of the need and necessity of consent laws in sexual legislation. The issue of a legislation based on consent is a frequent subject in the media, the legal literature and in public debate. Instead of focusing on consent, the existing system is centered on coercion to determine whether a rape occurred or not. This essay seeks to answer whether or not there is a need for a consent model in Swedish law and provide the arguments for and against such a regulation which can be found in the legislative history and doctrine. The essay also attempts to answer if Sweden meets its international obligations under the ECHR with the current legislation. All sections of the essay concludes with a critical reflection of the reviewed topic.

Initially the essay gives an overview of the rape statute and then continues with the various elements that constitute rape. This is followed by a review of the Swedish legal developments in the area, starting with the bill of 2005. Thereafter the Bulgaria-case and its possible impact on Swedish law is explained in detail with the views which have been expressed in both doctrine and legislative history regarding the judgment. The concluding section provides different perspectives on a consent law in the doctrine.

The essay concludes with an analysis where my reflections on the need for consent legislation in Swedish law are presented. The main argument for consent legislation is that it reinforces the image of a person's right to one's own sexuality. The core argument against a law based on consent is that such a legislation must be clearly outlined and that its potential benefits therefore are reduced. My overall assessment is that Sweden should adopt an additional consent clause to today's rape legislation in order to create a more comprehensive provision, but to still maintain coercive requirement as a base.

Sammanfattning

Ämnet för denna uppsats är en kritisk granskning av behovet samt nödvändigheten av en samtyckeslagstiftning i sexuallagstiftningen. Ämnet är konstant aktuellt i både media, den juridiska litteraturen samt i samhällsdebatten. Den gällande ordningen fokuserar istället för samtycket på tvång för att avgöra huruvida en våldtäkt begåtts eller ej. Uppsatsen har haft till syfte att besvara nödvändigheten av en samtyckesmodell i svensk rätt, argumenten för och emot en sådan i förarbeten och doktrin samt att besvara om Sverige i dagsläget uppfyller sina internationella åtaganden enligt EKMR med dagens lagstiftning. Samtliga avsnitt i uppsatsen avslutas med en kritisk granskning.

Uppsatsen ger inledningsvis en översiktlig genomgång av våldtäktsparagrafens grundläggande konstruktion för att därefter gå på djupet i de olika rekvisiten som konstituerar våldtäkt. Därefter följer en genomgång av den svenska rättsutvecklingen på området, med start i 2005 års lagförslag. Den så kallade Bulgariendomen och dess eventuella konsekvenser för svensk rätt redogörs för i detalj tillsammans med synpunkter som har förts fram i doktrin och förarbeten gällande domen. Det avslutande avsnittet berör olika perspektiv på en samtyckeslagstiftning inom doktrinen.

Uppsatsen avslutas med en analys där mina reflektioner rörande behovet av en samtyckeslagstiftning redogörs. De tyngst vägande argumenten för en samtyckeslagstiftning bedöms vara att den stärker bilden av en personlig rätt till den egna sexualiteten. De tyngst vägande argumenten emot en sådan lagstiftning är istället att en sådan tydligt måste avgränsas och att dess möjliga vinster därmed minskar. Min sammantagna bedömning är att Sverige bör anta en kompletterande samtyckesbestämmelse till dagens våldtäktsparagraf för att skapa en mer heltäckande reglering, men fortfarande bibehålla tvångskravet som bas.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (SFS 1962:700)
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
EKMR	Europeiska konventionen för mänskliga rättigheter

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Få saker engagerar och intresserar människor inom straffrätten såsom sexualbrotten. Uppmärksammade friande domar där skuldfrågan verkar mer eller mindre självklar brukar lyftas fram i media, ofta med ett ramaskri från allmänheten med krav på krafttag som följd.

Det har visat sig svårt för den svenska lagstiftningen, och även den västerländska lagstiftningen i stort, att lyckas få anmälda våldtäkter att gå vidare till åtal och fällande dom. En lösning som har lyfts fram är att ersätta den gällande våldtäktslagstiftningen med en samtyckesmodell. Trots ett flertal sexualbrottsutredningar så har en sådan modell inte antagits till dags dato.

Ämnet intresserar mig då det är så oerhört politiskt laddat. Detta medför ju oturligt nog att det ofta kan vara svårt att få en någorlunda objektiv helhetsbild av vad som fungerar inom våldtäktslagstiftningen och vad som inte gör det. Att jag har valt att studera just samtyckesmodellen beror främst på att den debatteras flitigt men även för att den väcker frågor huruvida en rättssäker process verkligen kan garanteras för både misstänkt gärningsman och brottsoffer.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka om det finns ett behov av en samtyckesreglering för våldtäktsbrott inom svensk lagstiftning samt hur en sådan lagstiftning kan utformas. Uppsatsen kan förhoppningsvis även besvara om en sådan lagstiftning kan äventyra rättssäkerheten för den misstänkte gärningsmannen. Med begreppet rättssäkerhet avser jag här

skyddet mot att bli felaktigt åtalad och dömd för brott. För att förverkliga syftet så används följande frågeställningar;

- Hur föreslås det, både inom doktrin och förarbeten, att en samtyckesreglering bör vara utformad?
- Varför har en samtyckesreglering avvisats i de sexualbrottsutredningar som finns och är argumenten för detta hållbara?
- Hur tillgodoses rättssäkerheten i ett system uppbyggt på samtycke?
- Vad kan vinnas på en samtyckesreglering?
- Uppfyller Sverige sina åtaganden enligt EKMR utan en samtyckesbaserad sexuallagstiftning?

1.3 Metod och teori

Jag kommer att använda mig av en traditionell rättsdogmatisk metod. Med detta avser jag att huvuddelen av materialet kommer att utgöra en redogörelse av lagtext, förarbeten och doktrin. Genom att utreda och kritiskt granska dessa så kommer jag förhoppningsvis att kunna dra adekvata slutsatser utifrån på min frågeställning.

Den teori jag har valt är en kritisk granskning. Detta då jag vill försöka skapa en objektiv bild av vilka för- och nackdelar som finns med en samtyckesreglering. Engelsk rätt, som idag har en samtyckesreglering kommer att beröras i uppsatsen genom att vara föremål för diskussion i doktrin och förarbeten. Det är dock viktigt att poängtera att uppsatsen inte är en komparativ studie och därför ges ingen fördjupande inblick i den engelska regleringen. Viss fokus läggs även på rättsutvecklingen genom behandlingen av framförallt två propositioner samt tillhörande utredningar.

För att tillgodose att metoden åtföljs genom uppsatsen så avslutas varje avsnitt med egna kritiska reflektioner av det som redogjorts. Detta delvis för

att läsaren skall kunna följa mina tankegångar hela vägen till slutsatsen, men även för tydligheten skull, då mina reflektioner bryts ner i mindre beståndsdelar redan innan den avslutande analysen.

1.4 Forskningsläge

Som tidigare nämnts så är våldtäktsbrotten ett ämne som ständigt upprör känslor. En bild som ofta lyfts fram är den av ett Sverige som inte klarar av att på ett effektivt sätt bekämpa våldtäkterna. Sexualbrottslagen har vid ett flertal tillfällen setts över och ändrats. Detta har dock inte lett till att debatten avstannat, varken på den massmediala eller den akademiska arenan. Flitiga debattörer såsom Madeleine Leijonhufvud m.fl. har gjort att det finns ett rikligt material att tillgå. Forskningsläget får därmed ses som gott, utan att för den sakens skull säga att läget är fullkomligt utrett eller att det råder en total konsensus.

1.5 Avgränsningar

Jag har valt att huvudsakligen fokusera min uppsats på våldtäkt och inte olika former av sexuellt utnyttjande. Inte heller våldtäkt av barn kommer att behandlas. Detta främst på grund av platsbrist och för att kunna bibehålla en röd tråd genom uppsatsen.

2 Gällande rätt

2.1 Lagtexten

För att överhuvudtaget kunna redogöra för samtyckeslagstiftning vid sexualbrott så måste man först se hur sexualbrotten definieras enligt vår gällande lagstiftning.

Reglerna gällande sexualbrotten återfinns i 6 kap. BrB. Våldtäkt definieras i 6 kap. 1 § BrB 1 st. enligt följande;

*"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 allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två och högst sex år."*¹

Utifrån det första stycket kan två grundrekvisit utläsas för att våldtäkt skall anses föreligga. Det första som krävs är antingen ett genomfört samlag eller annan sexuell handling. Därutöver så krävs även våld eller hot i någon form. Det är alltså två komponenter som måste vara uppfyllda för straffbarhet.

I det andra stycket av ovanstående paragraf så föreskrivs en alternativ våldtäktsform.

"Detsamma gäller 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, allvarlig rädsla, berusning eller annan

¹ SFS 1962:700.

drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation.”²

Precis som i första stycket så krävs ett genomfört samlag alternativt en sexuell handling. Här krävs dock inte våld eller hot utan det rör sig istället om ett utnyttjande av en person i en särskilt utsatt situation.

2.2 Rekvisit för våldtäkt

Även om rekvisiten för våldtäkt kan utläsas utan någon större svårighet så är innebörden av rekvisiten desto svårare att förstå med hjälp av enbart lagtext. Vilken typ av våld är det exempelvis som avses i 6 kap. 1 § BrB 1 st. och i vilken omfattning? Jag kommer nedan att utveckla begreppen med hjälp av förarbetena till lagrummet.

2.2.1 Misshandel, våld eller hot om brottslig gärning

Ett grundläggande krav för att första stycket i 6 kap 1 § BrB skall kunna vara tillämpligt är att det föreligger en form av tvång som leder till samlag eller sexuell handling som är jämförligt med samlag. Detta tvång kan manifesteras som antingen misshandel, våld eller hot om brottslig gärning.³ Det är alltså ett krav att våldet eller hotet är en grundförutsättning för gärningens genomförande. Det är dock viktigt att poängtera att det inte krävs något motstånd från offret för straffansvar.⁴

² SFS 1962:700.

³ Prop 2004/05:45 s. 134.

⁴ Prop 2004/05:45 s. 135.

Kravet på misshandel är detsamma som i 3 kap 5 § BrB, det vill säga att tillfoga någon kroppsskada, sjukdom eller smärta, eller försätta någon i vanmakt eller liknande tillstånd.⁵

Det krävs dock inte att misshandelsbegreppet är uppfyllt, utan genom tillägget *eller annars med våld* så täcks en mängd andra situationer av bestämmelsen. Det kan röra sig om ett övervinnande av den andre personens kroppsrörelser, till exempel genom att man genom sin kroppstyngd hindrar någon från att röra sig eller sårar på dennes ben. Rekvisitetet är även tänkt att avse lindrigare former av våld såsom att knuffa undan någon eller rycka i personens armar eller kläder.⁶

När det kommer till hot om brottslig gärning så avses såväl som grövre hot gentemot liv eller hälsa, men även lindrigare former av hot. De lindrigare hoten avser antingen person eller egendom. Som exempel ges i propositionen hot om skadegörelse. Hotet behöver inte heller riktas direkt mot offret utan ansvar kan bli aktuellt även om hotet riktas mot annan person. Hoten behöver inte vara uttalade utan det räcker med att situationen i sig är hotfull på grund av gärningsmannens agerande.⁷

2.2.2 Samlag eller annan sexuell handling

Med samlag så avses enbart vaginala samlag. Det finns dock inget krav på varaktighet eller penetration utan det räcker att mannens och kvinnans könsorgan vidrört varandra.⁸

⁵ Prop 2004/05:45 s. 35.

⁶ Prop 2004/05:45 s. 134.

⁷ Prop 2004/05:45 s.134f.

⁸ Prop 2004/05 s. 135.

Utöver samlagsrekvisitet, som knappast är könsneutralt, så kompletteras bestämmelsen av rekvisitet annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag.

Med 2013 års lagändring markerades ytterligare att det är själva kränkningen som är det centrala för att avgöra om handlingen är jämförbar med samlag. Det är alltså inte handlingens tekniska karaktär som skall vara avgörande för bedömningen. Man bör i denna bedömning väga in handlingens varaktighet, om den medfört smärta etc.⁹ Exempel på sådana handlingar är orala och anala samlag samt att föra in finger eller föremål i underliv eller anus.¹⁰

Samlag och sexuell handling har samma betydelse i både första och andra stycket av 6 kap 1 § BrB.¹¹

2.2.3 Otillbörligt utnyttjande av någon i särskilt utsatt situation

För att komplettera våldtäktsbestämmelsen i situationer där varken våld eller hot föreligger så finns i 6 kap 1 § 2 st. BrB reglerna om utnyttjande av offrets särskilt utsatta situation.

Bestämmelsen innehåller en exemplifierande uppräkningslista av olika tillstånd som kan medföra att offret befinner sig i en särskilt utsatt situation. Det bör poängteras att det är just en exemplifierande uppräkningslista och inte en uttömmande. Offret behöver inte heller vara totalt oförmögen att freda sin sexuella integritet utan det räcker att denna förmåga är klart begränsad på grund av den utsatta situationen. Bedömningen av huruvida en utsatt

⁹ Prop 2013/13:111 s. 111.

¹⁰ Prop 2004/05:45 s. 136.

¹¹ Prop 2004/05:45 s. 136.

situation föreligger skall ske på grundval av omständigheter som är hänförliga till både offrets person och yttre förhållanden; man skall med andra ord se situationen i dess helhet.¹²

2.3 Egna reflektioner

Enligt redogörelsen ovan så kan det, åtminstone vid en första anblick, förefalla som att den svenska våldtäktslagstiftningen erbjuder ett långtgående skydd. Våldtäktsbestämmelsen kan ju, åtminstone teoretiskt, nu även straffbelägga sexuella handlingar där inte våld eller hot använts utan där endast situationen i sig eller offrets tillstånd räcker för att straffa gärningsmannen.

Det kan tyckas märkligt att man valt denna ganska omfattande lagstiftningsmetodik istället för en samtyckesbaserad variant. Visserligen kan det vara en styrka med en relativt öppen paragraf, som nu är fallet, där flera olika rekvisit kan tolkas in för en sammanvägd bedömning. Frågan är emellertid om inte just en sådan här typ av svävande bestämmelse, framförallt i brottsmål där domstolen torde ha en mer restriktiv tillämpning på grund av de höga beviskraven, kan få motsatt verkan.

Kritik bör även lyftas mot att lagstiftningen fortfarande inte kan sägas vara helt könsneutral till lydelsen. Även om också andra sexuella handlingar än vaginalt samlag i praktiken omfattas av bestämmelsen, genom rekvisitet annan sexuell handling, så förefaller det ändå märkligt att formuleringen av lagstiftningen inte är helt könsneutral.

Det är intressant att fråga varför man inte har valt en samtyckesbaserad modell i Sverige. Detta har emellertid vid ett flertal tillfällen under 2000-

¹² Prop 2013/13:111 s. 112f.

talet varit uppe för diskussion i lagstiftningsammanhang, vilket kommer att behandlas närmare i kommande avsnitt.

3 Den svenska utvecklingen

Den svenska sexuallagstiftningen har under 2000-talet genomgått två stora förändringar, år 2005 och år 2013. I dessa lagförslag diskuteras en eventuell samtyckesreglering för svensk del utförligt. I detta avsnitt så kommer jag i korthet att redogöra för de överväganden som framfördes gällande en eventuell samtyckesreglering.

3.1 2005 års sexualbrottsreform

Att ersätta våld och hot som det huvudsakliga rekvisitet för våldtäkt med bristande samtycke är något som har behandlats vid arbetet med 2005 års sexuallagstiftning. Både regeringen och kommittén kom fram till att en sådan utveckling inte var lämplig.¹³

3.1.1 Propositionen

Propositionen pekar framförallt på ett skäl till att inte införa en bestämmelse som fokuserar på bristande samtycke. Eftersom ett sådant samtycke även skulle kunna vara ett tyst inre samtycke, så skulle en logisk följd bli att en tänkbar gärningsman anför att ett sådant förelåg för att vidmakthålla sin oskuld. Därmed så finns en risk att det blir ytterligare fokus på brottsoffrets agerande, brottsoffrets och gärningsmannens tidigare förhållande etc. Detta var ett av regeringens starkaste skäl till att inte införa en bestämmelse som baseras på bristande samtycke.¹⁴

Utöver detta så anför regeringen att man har gjort en sammanvägning av de olika skälen som förts fram av kommittén för och emot en sådan reglering,

¹³ Prop 2004/05:45 s 36f.

¹⁴ Prop 2004/05:45 s 37f.

utan att närmare redovisa hur denna sammanvägning gått till, och finner att det saknas skäl att införa en reglering baserat på bristande samtycke.¹⁵

3.1.2 Kommittén

Kommittén är, trots att de når samma slutsats, mer utförlig än regeringen och listar för- och nackdelar med en samtyckesreglering.

De fördelar kommittén ser med en förändring är bland annat att en sådan ligger i linje med utvecklingen av sexualbrotten, där nu fokus ligger mer på kränkningen som sexualhandlingen medför än själva handlingen i sig. Vissa specifika problem med kravet på tvång, framförallt när det gäller situationer då offret inte vågar göra motstånd utan förhåller sig passiv, lyfts fram som exempel som är svåra att lagföra med tvångsrekvisitet.¹⁶

Kommittén betonar även att en lagstiftning baserad på samtycke skulle kunna få vissa positiva normerande effekter, detta genom den moralbindande verkan som lagstiftning kan få.¹⁷

De möjliga nackdelar som kommittén lyfter fram med en lagstiftning baserat på samtycke är bland annat att en sådan förändring medför en risk för att man istället för en utveckling på sexualbrottsområdet får en tillbakagång. Kommittén utvecklar detta genom att betona att klädsel, offrets beteende samt eventuella förhållande med gärningsmannen skall sakna betydelse för bedömningen om våldtäkt föreligger. Om istället fokus hamnar på det bristande samtycket så menar kommittén att det finns en risk att sådana faktorer helt plötsligt blir relevanta. Det är inte heller möjligt att med processuella regler motverka en sådan utveckling enligt kommittén.¹⁸

¹⁵ Prop 2004/05:45 s 38.

¹⁶ SOU 2001:14 s. 124f.

¹⁷ SOU 2001:14 s. 125ff.

¹⁸ SOU 2001:14 s. 127ff.

Kommittén redogör därefter för ett flertal andra möjliga nackdelar, t.ex. att ett bristande samtycke kan medföra tillämpningssvårigheter. Detta då just själva samtycket kan anses svårdefinierbart i en mängd situationer, bland annat då parterna är berusade eller då det inte har utväxlats några ord innan den sexuella handlingen.¹⁹ Det finns även andra möjliga nackdelar, såsom att en samtyckesreglering är svårförenlig med 6 kap. BrB systematik samt att det saknas en samtyckesreglering i övriga Norden vilket innebär att en förändring kan verka mot en gemensam rättstradition.²⁰

Kommittén lyfter även fram England, som har samtyckesreglering, som ett negativt exempel. Det pekas på att fokus i engelska våldtäktsmål riktar in sig mycket på offret, vad hon har haft på sig och tidigare sexuella erfarenheter. Kommittén menar även att England har minst lika stora problem som Sverige avseende låg andel åtal i våldtäktsmål.²¹

3.2 2013 års sexualbrottsreform

Med 2013 års lagändring hade regeringen som avsikt att skärpa sexuallagstiftningen för att ytterligare förstärka skyddet för den sexuella integriteten. Man utvidgade våldtäktsbestämmelsen genom att ersätta begreppet hjälplöst tillstånd med särskilt utsatt situation.²² Trots detta så valde man återigen att inte införa någon samtyckesbestämmelse.

¹⁹ SOU 2001:14 s. 129f.

²⁰ SOU 2001:14 s. 131ff.

²¹ SOU 2001:14 s. 135ff.

²² Prop 2012/13:111 s. 1.

3.2.1 Propositionen

2013 års proposition är på många sätt snarlik 2004 års motsvarighet. Likt sin föregångare så behandlas konsekvenserna av den så kallade Bulgariendomen²³ (en dom som jag kommer att återkomma till nedan). Det rör sig dock om en ny utredning och framförallt så tydliggörs det från regeringens sida vilka överväganden som har gjorts för och emot en samtyckesreglering.

Regeringen framhåller inledningsvis att det finns vissa positiva effekter med en lagstiftning som baseras på samtycke. Bland annat ses, som i föregående proposition, de tänkbara normerande effekterna som önskvärda. En sådan lagstiftning skulle därutöver kunna agera som ett stöd för en person som, under starka påtryckningar, mer eller mindre tvingas till en sexuell handling som denne egentligen inte önskar. En potentiell ökad anmälningsbenägenhet tas även upp som ett argument för införandet av en samtyckeslagstiftning.²⁴

Ett av de viktigaste argumenten mot en samtyckesreglering är återigen att det föreligger en risk för att offrets agerande hamnar i fokus. Denna analys stöds även av utvecklingen i Storbritannien. Trots att flera av remissinstanserna poängterar att offrets handlande redan idag skärskådas så anser regeringen att man inte kan anta en lagstiftning som riskerar att lägga ytterligare vikt vid offrets agerande.²⁵

För att kunna ta ställning till om en samtyckesreglering var önskvärd eller inte så fick dock 2008 års sexualbrottsutredning i uppgift att utforma en tänkbar lagstiftning baserat på bristande samtycke. Regeringen pekar på att utredningen har haft svårt att definiera samtycke. För att klart kunna

²³ Prop 2012/13:111 s. 19.

²⁴ Prop 2012/13:111 s. 22.

²⁵ Prop 2012/13:111 s. 22.

definiera ett bristande samtycke så krävs det negerande faktorer. Dessa negerande faktorer är exempelvis att våld används, det vill säga något som tyder på att ett samtycke inte föreligger. Regeringen menar att dessa faktorer är minst lika svårutredda med en samtyckeslagstiftning som när man har hot eller våld som brottsrekvisit.²⁶

Regeringen pekar även på andra tillämpningssvårigheter när negerande omständigheter inte finns men där likväl, på grund av andra faktorer, ett otillräckligt eller bristande samtycke bör leda till straffbarhet. Ett av problemen är då att man ofta inte uttalar ett samtycke innan det sexuella umgänget, utan domstolen måste då värdera personernas agerande för att avgöra om ett giltigt samtycke förelåg. Genom detta så skapas en svår situation för rättstillämpningen då gränsen mellan det straffria och det straffbara området blir otydligt. Man fruktar med andra ord att en samtyckesreglering skulle leda till att det kriminaliserade området blir alltför vidsträckt. Även svårigheter i bevishänseende avseende uppsåt och att brott objektivt sett begåtts tas upp som en nackdel med samtyckesregleringen. Regeringen anser slutligen inte att fördelarna med en reglering grundat på bristande samtycke klart uppväger nackdelarna.²⁷

3.2.2 2008 års sexualbrottsutredning

2008 års sexualbrottsutredning ställer likt sin föregångare upp de för- och nackdelar som finns med en samtyckesreglering. Den gör dock en viktig skillnad. Inledningsvis diskuteras en så kallad ren samtyckeslagstiftning, det vill säga att man helt ersätter det nuvarande kravet på hot och tvång med bristande samtycke. Men därutöver så redogörs även för samtycke som ett komplement till den nuvarande regleringen, det vill säga att våldtäktsbestämmelsen kvarstår i sin nuvarande form men att ett nytt brott

²⁶ Prop 2012/13:111 s. 23.

²⁷ Prop 2012/13:111 s. 23f.

där kvalificerade sexuella kränkningar baserat på bristande samtycke ingår.²⁸

Vissa av de motiveringar som finns för ett införande av en ren samtyckeslagstiftning återfinns i propositionen men också i sexualbrottskommitténs arbete. Detta gäller huvudsakligen att en samtyckesreglering kan ses som en naturlig utveckling av sexuallagstiftningen och dess normerande effekter.²⁹ Andra positiva effekter som utredningen lyfter fram är att fokus till viss del kan flyttas över till hur den misstänkte agerat i själva gärningsögonblicket avseende att säkra ett giltigt samtycke.³⁰

När det gäller nackdelarna med en samtyckesreglering så känns även här ett flertal argument igen sedan tidigare. Det gäller främst ett ökat fokus på den målsägande i processen, de svårigheter som finns att definiera ett samtycke m.m.³¹ Utredningen pekar även på att det kan skapas en orimlig förväntan på ett större antal fällande domar med en samtyckesreglering, någon som utredningen inte tror blir fallet. Det förutses även att antalet anmälningar troligtvis ökar då antalet potentiella gärningar som kan konstituera våldtäkt växer. Därutöver så pekar utredningen även på en ökad risk för sexualmoralism. Med detta så avses att sexualiteten är mångfacetterad; någon kan ju ha samtyckt till en sexuell handling som inte är att betrakta som överensstämmande med normerna i samhället. I en eventuell brottmålsprocess så finns det då en risk för att samtycke inte anses föreligga, då det framstår som orimligt utifrån de rådande sexualnormerna.³²

²⁸ SOU 2010:71 s. 204ff.

²⁹ SOU 2010:71 s. 207ff.

³⁰ SOU 2010:71 s. 209.

³¹ SOU 2010:71 s. 211ff.

³² SOU 2010:71 s. 216f.

Utredningen kom i slutändan fram till att en ren samtyckesreglering inte borde införas. Utredningen förordade däremot det andra alternativet, ett komplement med en ny samtyckesbaserad bestämmelse som då skulle kallats sexuellt övergrepp.³³ En sådan slutsats kom dock inte att stödjas av regeringen.³⁴ Anledningen var att förslaget ansågs medföra en alltför öppen och allmän bestämmelse. De situationer som en sådan bestämmelse skulle motverka, nämligen passivitetsfall och överrumplingsfall, ansåg regeringen redan omfattades av deras nya förslag till utvidgning av våldtäktsbrottet.³⁵

3.3 Egna reflektioner

Det jag huvudsakligen tar med mig efter att ha läst motiveringarna i förarbetena är att de är väldigt lika men samtidigt fundamentalt olika. 2004 års proposition har likt sin efterföljare som huvudargument mot en samtyckesbaserad lagstiftning att en sådan medför en risk att orimlig fokus hamnar på brottsoffret i processen. Däremot så erbjuder den senare propositionen en helt annan inblick i vilka överväganden som legat till grund för avvisandet av en samtyckesbestämmelse. Att sådana motiveringar i mångt och mycket saknas i dess föregångare måste ses som en allvarlig brist och gör det svårt att kritiskt granska underlaget.

Inledningsvis så måste det dock poängteras att huvudargumentet, risken för en orimlig fokusering på brottsoffret, förefaller något märkligt. Givetvis så är det beaktningsvärt att brottsoffret skall skyddas från att bli brottmålsprocessens medelpunkt, dock faller argumentet i viss mån platt till marken om nuvarande lagstiftning inte klarar av att på ett effektivt vis beivra våldtäktsbrotten. Även om vi tar regeringens tes för sann, att nuvarande reglering har mindre fokus på brottsoffret än en

³³ SOU 2010:71 s. 232f.

³⁴ Prop 2012/13:111 s. 31.

³⁵ Prop. 2012/13:111 s. 32f.

samtyckesbaserad variant, så är det nog minst lika plågsamt för ett våldtäktsoffer att se förövaren gå fri.

Ett enligt mig mycket starkt argument som framförs mot en reglering baserat på samtycke är dock svårigheterna att avgränsa det straffbara området. Detta kan ju potentiellt skapa stora rättssäkerhetsproblem, framförallt i de situationer där negerande omständigheter saknas. Precis som 2008 års sexualbrottsutredning poängterar så finns det ju även ett problem för rättssäkerheten med eventuell sexualmoralism. Vilka förutsättningar har egentligen en tilltalad, som har utfört en sexuell handling som ligger långt från samhällsnormen, att freda sig från en anklagelse om bristande samtycke?

4 Bulgariendomen

Den så kallade Bulgariendomen, eller M.C. v Bulgaria, är ett avgörande av Europadomstolen. Domen har medfört betydande diskussion inom doktrinen huruvida Sverige uppfyller sina internationella åtaganden och frågan behandlades i både 2004 och 2013 års sexualbrottsutredningar.

4.1 Bakgrund

Målet rör en bulgarisk flicka som anmäler en våldtäkt utav två män. Hon var vid tiden då våldtäkten ägde rum 14 år och 10 månader gammal.³⁶

Flickan skulle ut och dansa med vänner då hon träffade tre äldre män som hon kände vagt. De erbjöd att ta med henne ut och dansa på en klubb i en annan stad. Detta gick hon med på under förutsättning att hon skulle vara hemma i tid. Efter att de hade dansat på klubben så föreslår en av männen att de skall stanna till med bilen vid en reservoar och bada. Trots flickans protester så åker männen likväl med bilen till reservoaren. Medan männen går iväg så sitter flickan kvar i bilen. En av männen kommer tillbaka före sina kamrater och börjar i bilen göra närmanden gentemot flickan. Trots flickans protester så håller han fast hennes händer och genomför samlag med henne. Flickan berättade att hon försökt putta bort mannen utan resultat, hon hade inte vågat göra ytterligare motstånd. Enligt den tilltalade så hade samlaget skett med flickans fulla samtycke.³⁷

Efter att de andra männen återvänt så åker de vidare till en restaurang och ett bageri innan de slutligen stannar vid en av männen släktingars hus. Mannen som tidigare våldtagit flickan lämnar då platsen med bilen. Flickan kände

³⁶ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 9-10.

³⁷ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 11-19.

sig i behov av skydd och följer därför med en av männen, som inte var delaktig i den tidigare våldtäkten, in i huset. Där förgriper sig dock mannen på henne och tvingar henne att ha sex med honom. Flickan berättar att hon bönfällit mannen att sluta men inte orkat göra fysiskt motstånd. Även den andra mannen hävdade att samlaget hade skett med flickans samtycke.³⁸

I den efterföljande utredningen så ansågs det inte bevisat att flickan inte samtyckt till de båda samlagen. Det ansågs inte heller bevisat att männen använt hot eller våld. Åtalet lades därför ned. Flickan uttömde därefter samtliga inhemska rättsmedel med samma utgång.³⁹

Flickan vände då sin klagan till Europadomstolen, hon hävdade att hennes rättigheter enligt artikel 3, 8, 13 och 14 EKMR hade blivit kränkta.^{40 41} Enligt hennes mening så uppfyllde inte Bulgarien sin positiva skyldighet att på ett effektivt vis tillgodose sina medborgares rättigheter enligt konventionen. Detta då skydd vid våldtäkt och sexuella övergrepp genom åtal enbart inträffade då brottsoffret gjort fysiskt motstånd.⁴²

4.2 Europadomstolens bedömning

Domstolen konstaterar att målet skall undersökas med utgångspunkt i artikel 3 och 8. De fastslår att medlemsstaterna genom dessa artiklar har en positiv skyldighet att ha en effektiv lagstiftning som bestraffar våldtäkt och att applicera denna lagstiftning effektivt under brottsutredningar och åtal.⁴³

³⁸ M.C. v Bulgarien, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 22-31.

³⁹ M.C. v Bulgarien, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 44-71.

⁴⁰ M.C. v Bulgarien, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 3.

⁴¹ Artikel 3 behandlar skyddet mot tortyr, Artikel 8 respekten för privatliv, Artikel 13 rätt till ett effektivt rättsmedel och Artikel 14 förbud mot diskriminering.

⁴² M.C. v Bulgarien, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 109.

⁴³ M.C. v Bulgarien, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 148-153.

Domstolen går därefter vidare och uttalar att stater har en vid möjlighet att utforma sin sexuallagstiftning så som de finner lämpligt. Denna rättighet begränsas dock ytterst av de konventionsåtaganden som föreskrivs av EKMR. Domstolen konstaterar även att kraven på fysiskt motstånd från ett våldtäktsoffer numera inte återfinns i något av de europeiska ländernas lagstiftning. Även om det fortfarande, framförallt i de kontinentala staterna, finns ett formellt krav på tvång i lagstiftningen så är det i dessa länders praxis snarare brist på samtycke som är det avgörande elementet i våldtäktsmål.⁴⁴ Därför så drar domstolen följande slutsats:

*"In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim."*⁴⁵

Domstolen går därefter vidare och prövar om Bulgarien uppfyller sina positiva skyldigheter enligt konventionen utan att pröva den faktiska skuldfrågan i målet. Det konstateras att bulgarisk lag inte uppställer något krav på motstånd från våldtäktsoffret och att lagen inte skiljer sig nämnvärt från andra länders regleringar. Det väsentliga är dock enligt domstolen det värde man lägger i kravet på tvång, i ett flertal länder så räcker det med att gärningsmannen fortsätter trots att offret sagt nej eller att han håller fast densamme för att kravet på tvång skall vara uppfyllt. Bulgarien kunde inte heller uppvisa övertygande praxis som visade att fall där det inte förekommit fysiskt våld från gärningsmannen eller motstånd från offret hade lett till åtal.⁴⁶ Domstolen uttalar även följande angående när det saknas tydliga bevis för att en våldtäkt ägt rum:

⁴⁴ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 154-165.

⁴⁵ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 166.

⁴⁶ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 167-174.

"The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent." ⁴⁷

Domstolen konstaterar slutligen därefter att Bulgarien inte uppfyllde sina positiva skyldigheter enligt konventionens artikel 3 och 8.⁴⁸

4.3 Domens betydelse för Sverige

Bulgariendomen skulle komma att få effekter på både det svenska lagstiftningsarbetet och diskussionen inom doktrinen. Jag kommer nedan gå igenom några av huvuddragen i de båda.

4.3.1 Tolkning i förarbeten

I samband med 2005 års lagändring så kom Bulgariendomen endast att behandlas sporadiskt. Regeringen fann inte att domen i sig medförde ett krav på Sverige att ändra sin lagstiftning till en samtyckesbaserad variant. Lagrådet framhöll i sitt remissvar att det fanns anledning att lägga större vikt vid domen än vad regeringen gjort i lagrådsremissen, detta då det ansågs föreligga en viss risk att svensk lagstiftning inte uppfyllde våra åtaganden enligt EKMR. Regeringen delade dock inte denna uppfattning utan menade att domen snarare konstaterade att många europeiska länder har ett krav på hot eller våld i sin våldtäktslagstiftning. Det är istället den praktiska tillämpningen av lagstiftningen som måste bedömas. I denna

⁴⁷ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 181.

⁴⁸ M.C. v Bulgaria, 4 december 2003, ansökningsnummer 39272/98 avsnitt 185-187.

tillämpning så ansåg regeringen att det inte får finnas krav på motstånd från offret, något som regeringen menade inte förelåg i svensk rätt. Då även kravet på våld var väldigt uttunnat så ansågs svensk rätt uppfylla de krav som Bulgariendomen satte upp.⁴⁹

Både 2008 års sexualbrottsreform samt 2013 års proposition kom att behandla Bulgariendomen mer ingående än dess föregångare.

Regeringen fastslog inledningsvis i 2013 års proposition att Bulgariendomens konsekvenser för svensk rätt hade övervägts redan under arbetet med 2005 års sexualbrottsreform. Trots detta hade debatten fortsatt kring domen. Regeringen valde därför att undersöka vilka förpliktelser som domen medförde för svensk del.⁵⁰

Regeringen ansåg, likt vid föregående behandling av frågan, att något krav på införande av en samtyckesreglering inte följde av domen. Istället ansågs domen sätta en minimistandard där det förelåg ett krav på varje medlemsstat att bestraffa sexuella handlingar som genomförts utan samtycke, även om offret inte gjort fysiskt motstånd. För att motivera detta så pekade regeringen delvis på domstolens roll. Domstolen ansågs inte ha för vana att kräva av stater att utforma sin lagstiftning på ett visst vis, detta fick staterna sköta själva, istället så prövade man enbart om lagstiftningen var konventionsenlig. Regeringen ansåg inte heller att några andra av Sveriges internationella åtaganden ställde ett krav på en sexuallagstiftning baserad på samtycke.⁵¹ Regeringen menade att genom de förändringar som genomfördes med 2013 års sexualbrottsreform så kunde det inte föreligga någon tvekan om att Sverige nu uppfyllde de krav som Europadomstolen uppsatte med Bulgariendomen.⁵²

⁴⁹ Prop. 2004/05:45, s. 39ff.

⁵⁰ Prop. 2012/13:111 s. 19f.

⁵¹ Prop. 2012/13:111 s. 20f.

⁵² Prop. 2012/13:111 s. 31.

2008 års sexualbrottsutredning hade liknande argument som regeringen. Bulgariendomen ansågs inte innebära ett krav på införandet av en samtyckesreglering i svensk rätt. Inte heller ansågs en sådan skyldighet föreligga på grund av våra andra internationella åtaganden. Utredningen pekade däremot på att Bulgariendomen ställde upp ett krav på att vår materiella straffrätt täckte varje sexuell handling som skett utan samtycke. Detta ansåg utredningen vara ett argument för att faktiskt införa en samtyckesreglering. Med en sådan utformning på sexuallagstiftningen så skulle man lättare uppfylla de krav som Bulgariendomen uppställde. Däremot så ansågs det fortfarande möjligt att uppnå kraven inom ramen för den gällande regleringen med dess tvångsrekvisit.⁵³

4.3.2 Tolkning i doktrin

Som tidigare nämnts så har konsekvenserna av Bulgariendomen varit omdebatterade inom doktrinen.

Den förra ledamoten av Europadomstolen Elisabeth Palm har genomfört en analys av konsekvenserna för svensk del av domen. Palm konstaterar inledningsvis att domstolens domar endast binder de länder som är parter i målet. Trots detta så arbetar en del länder aktivt med att ändra sin lagstiftning för att den skall stämma överens med domstolens domar.⁵⁴ Palm går därefter igenom vad Bulgariendomen innebär och når följande slutsats:

”Det står helt klart att Europadomstolens praxis på detta område nu innebär att det är bristande samtycke som är avgörande för om våldtäkt föreligger. Även om det förekommit att domstolen har ändrat sin praxis i vissa fall framstår det som helt osannolikt att

⁵³ SOU 2010:71, s. 204.

⁵⁴ Palm, ”Europadomstolens dom i målet M.C. mot Bulgarien”. I: Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen lagskydd för den sexuella integriteten*, Stockholm 2008, s. 121f.

domstolen efter denna noggranna genomgång av nationella och internationella regler skulle ändra sin praxis om det kommer ett nytt mål mot ett annat land inför domstolen där bristande samtycke till en sexuell handling inte har bedömts som det som konstituerar brottet våldtäkt.”⁵⁵

Med stöd av Palms yttrande så har professor emerita i straffrätt Madeleine Leijonhufvud gått till stark attack mot regeringens tolkning av domen i 2005 års proposition. Leijonhufvud pekar på att regeringen, enligt hennes mening, gjort en för snäv tolkning av de positiva skyldigheter som Bulgariendomen medför. Enligt Leijonhufvud så måste Sverige ha en lag som innebär att bristande samtycke konstituerar ett sexualbrott.⁵⁶ Leijonhufvud avslutar därefter med följande angående vilka lagändringar som måste följa med hänsyn till domen:

”I det här avseendet kan inte råda någon tvekan. En sexuell handling mot någon som inte frivilligt deltar är ett brott mot den personliga integriteten enligt Europakonventionen, och Sverige måste erbjuda sina medborgare ett fullgott lagskydd mot sådana handlingar”⁵⁷

Denna slutsats delas inte av professor i straffrätt Per Ole Träskman. Träskman menar att ett flertal argument kan anföras mot Leijonhufvuds slutsats att den svenska sexuallagstiftningen (innan 2013 års lagändring) står i strid med Europakonventionen. Träskman hänvisar bland annat till att ett flertal internationella bestämmelser ställer upp ett tvångskrav för att konstituera våldtäkt. Ytterligare ett argument som anföras är att

⁵⁵ Palm, a.a. I: *Samtyckesutredningen lagskydd för den sexuella integriteten*, Stockholm 2008, s. 123-124.

⁵⁶ Leijonhufvud, *Samtyckesutredningen lagskydd för den sexuella integriteten*, Stockholm 2008, s. 72f.

⁵⁷ Leijonhufvud, a.a.s. 73.

Europadomstolens dom, och svensk lagstiftnings eventuella förenlighet med de krav som denna uppställer, måste bedömas utifrån samtliga sexualbrottsbestämmelser. Med andra ord så måste inte handlingen rubriceras som våldtäkt för att tillgodose kraven i domen utan det räcker med exv. sexuellt utnyttjande.⁵⁸

Träskman får medhåll av riksåklagare Fredrik Wersäll och kammaråklagare Kajsa Rapp. De menar inte att Bulgariendomen medför något krav på en förändring av svensk rätt utan att Sverige redan uppfyller de positiva skyldigheter som redovisas i domen. Som stöd för denna åsikt så hänvisar de till att Bulgariendomen måste läsas i sitt sammanhang och att det var de stora bristerna i den bulgariska rättstillämpningen som ledde till den fällande domen. Enligt Wersäll och Rapps mening så föreligger inte dessa brister i Sverige då kravet på tvång är uttunnat och sexuallagstiftningen innehåller skydd för vissa särskilt utsatta grupper.⁵⁹

Inte heller professor i straffrätt Petter Asp ställer sig bakom Leijonhufvuds eller Palms slutsatser angående Bulgariendomens betydelse för det svenska rättsväsendet.

Asp kommenterar inledningsvis att Palms kraftfulla uttalande om att samtycke nu är det avgörande rekviritet för våldtäkt, som redovisats i citat ovan, inte är så självklart som det låter. Asp motiverar företrädesvis detta med att Europadomstolen inte dömde ut den bulgariska lagstiftningen i sig. Asp menar istället att Bulgariendomen varken medför ett krav på förändring av den svenska sexuallagstiftningen eller att den avgör hur en reformerad sådan bör utformas.⁶⁰

⁵⁸ Träskman, ”Har det gått mus i kvinnofriden”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 332f.

⁵⁹ Wersäll & Rapp, ”Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt” I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 438.

⁶⁰ Asp, ”M.C. v. Bulgaria – a Swedish perspective”. I: Asp, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010, s. 228f.

Asp försvarar sin ståndpunkt genom att peka på Europadomstolens och konventionens roll. Han menar att dess domar, även när de föreskriver positiva skyldigheter, är negativa i sin karaktär. Med detta så avses att domarna inte uttrycker hur ett problem skall lösas av en stat, de föreskriver enbart icke-acceptabla sätt att genomföra det på. Med andra ord så sätts en form av minimistandard.⁶¹

Asp tittar därefter på hur domstolen tillämpade konventionen i Bulgariendomen. Han poängterar att domstolen redogjorde för den bulgariska lagstiftningen, som inte är uppbyggd enligt en samtyckesmodell, och tittade därefter i detalj hur lagen tillämpades i praktiken. Enligt Asp så skulle inte domstolen gått vidare och tittat i detalj på hur domstolar samt myndigheter tillämpade lagen om avsaknaden av en samtyckeslag i sig var konventionsstridig.⁶²

Asp redogör därutöver för att det är just tillämpningen av lagstiftningen, inte lagstiftningen i sig, som är centralt för att avgöra om en stat lever upp till sina konventionsåtaganden. Som stöd för detta anger Asp bland annat att domstolen explicit uttalar att den tittar på lagen i sig och dess tillämpning, att domstolen noggrant undersökte hur bulgariska myndigheter hade agerat samt tillämpat lagen och dessutom att domstolen poängterade att medlemsstaterna hade en stor skönsmargin, eller *margin of appreciation*, vid utformningen av sin egen lagstiftning. Endast de yttre gränserna av denna frihet att utforma lagstiftningen sätts av konventionen, inte utformandet i sig.⁶³

Asp anser även att det finns ytterligare faktorer som stödjer hans slutsatser. I korthet så utgörs dessa faktorer av mängden skepnader som en lagstiftning

⁶¹ Asp, a.a. I: Asp, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010, s. 230f.

⁶² Asp, a.a. I: Asp, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010, s. 232f.

⁶³ Asp, a.a. I: Asp, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010, s. 233ff.

kan anta och svårigheten att definiera samtycke. När det kommer till den förstnämnda så pekar Asp på det faktum att sexuella gärningar som konstituerar brott kan klassificeras på olika vis i olika rättssystem. Därmed så måste vi för att avgöra om svensk lagstiftning uppfyller den minimistandard som föreskrivs i Bulgarienmålet titta på hela 6 kap BrB och inte enbart 6 kap 1 § BrB där rekvisiten för våldtäkt föreskrivs.⁶⁴

När det kommer till den andra faktorn, att definiera att samtycket är bristfälligt och att våldtäkt därmed föreligger, så krävs det negerande faktorer såsom exv. tvång. Som exempel tar Asp den engelska lagstiftningen, som är uppbyggd enligt en samtyckesmodell, men som likväl har tvång som en presumtionsfaktor för att avgöra bristande samtycke. Enligt Asp så är ett samtycke inte bärare av ett värde i sig. Vi måste därav definiera vad som utgör ett samtycke på något vis. Genom ovanstående resonemang så måste vi alltså titta på vad lagstiftningen i praktiken genererar för resultat och inte enbart dess utformning.⁶⁵

4.4 Egna reflektioner

Med Bulgariendomen så försattes Sverige i en något obekväm sits. Man var mitt uppe i reformeringen av den då gällande sexuallagstiftningen, sexualbrottskommitténs arbete var redan avslutat och nu skulle ett lagförslag formuleras. Mycket riktigt så saknas i mångt och mycket, åtminstone ur min synvinkel, en hållbar argumentation i 2005 års proposition gällande Bulgariendomen. Regeringen borde kanske ha lyssnat på lagrådet, som i den här frågan poängterade att man borde fästa större vikt vid domen.

Debatten blev desto hätskare inom doktrinen som vi har sett ovan. Samtliga inlägg härrör sig dock från tiden innan 2013 års lagändring vilket kan vara

⁶⁴ Asp, a.a. I: Asp, *Sex och samtycke*, s. 237f.

⁶⁵ Asp, a.a. I: Asp, *Sex och samtycke*, s. 238ff.

värt att poängtera. Leijonhufvud och Palm för fram en, åtminstone i viss mån, befogad kritik. För trots den kanske något extensiva tolkningen av domens följder, och med det avser jag att den medför ett definitivt reformeringskrav, så var ju frågan bristfälligt utredd i propositionen.

Jag måste likväl ge de skribenter som kommit till den svenska lagstiftningen försvar i viss mån rätt. Man bör nog inte gå så långt som att hävda att det förelåg ett krav på en samtyckesreglering i svensk rätt till följd av domen. Frågan är dock om det verkligen är detta som Leijonhufvud och Palm påstår?

Enligt min uppfattning så har deras meningsmotståndare på ett övertygande vis argumenterat för att problemet inte ligger i lagstiftningen som sådan, det är inte detta som Bulgariendomen tar sikte på. Men vad händer om vår befintliga lagstiftning inte kan beivra sexuella kränkningar som sker utan samtycke? Om vi tänker oss en situation där ett våldtäktsoffer har utsatts för en sexuell handling utan att ha tvingats till det, eller befunnit sig i en utsatt situation men likväl inte samtyckt. Frågan är om den situationen är straffbar i Sverige idag? Troligtvis inte. Då hamnar vi ju i ett läge som, åtminstone i teorin, kan bedömas som konventionsstridig. Denna fråga lämnas enligt mitt tycke oemotsagd.

Så har vi då en konventionsstridig lagstiftning idag? Frågan har inte ställts på sin spets, men däremot är ju rättsläget definitivt bättre med 2013 års reglering än 2005 års dito. Detta framförallt med tanke på att begreppet särskilt utsatt situation har utvidgats. Däremot får man ställa sig något frågande till varför man från regeringens sida inte följde 2008 års sexualbrottsutredningsförslag med ett samtyckesbaserat komplement till våldtäktsparagrafen, då i form av sexuellt utnyttjande.⁶⁶ En sådan konstruktion hade troligtvis tillgodosett kraven i Bulgariendomen. Som Asp

⁶⁶ Jfr avsnitt 3.2.2 ovan angående förslaget om en samtyckesbaserad reglering som komplement till våldtäktsbestämmelsen

och Träskman påpekar är det snarare att sexuella handlingar utan samtycke i praktiken är straffbara, inte att de rubriceras som våldtäkt, som är det centrala.

5 Åsikter i doktrin

I denna del så kommer jag att redogöra för några av de åsikter som förts fram i doktrinen vid diskussionen om de för- och nackdelar som finns med en samtyckesreglering. Framställningen är indelad i problemområden, eller mer specifikt, områden där användningen av en samtyckesreglering antingen kan lösa typiska svårigheter som dagens sexuallagstiftning brottas med samt eventuella brister en samtyckesreglering kan ge upphov till.

5.1 Fokus på offret

En av de huvudsakliga synpunkterna som förts fram mot en samtyckesreglering under reformarbetet av sexuallagstiftningen är som bekant att det kan medföra en ökad fokus på brottsoffrets agerande. Grunden för denna slutsats var framförallt den engelska lagutformningen och dess tillämpning.⁶⁷

Leijonhufvud menar dock att denna argumentation inte är hållbar. Enligt henne så är fokus i svensk lagstiftning redan förlagd på brottsoffret, något som en samtyckesmodell snarare skulle kunna motverka. Detta genom att gärningsmannen tvingas lämna en tänkbar förklaring till varför densamme ansåg att samtycke förelåg.⁶⁸

Leijonhufvud får i denna fråga medhåll av Wersäll och Rapp. De menar likt Leijonhufvud att en större fokusering på brottsoffret inte är möjlig än vad som redan är fallet. De menar att det förvisso är ofrånkomligt att frågor ställs till ett brottsoffer som är av intresse för att bedöma trovärdigheten, men att frågor i syfte att utmåla offret som lättsinnig eller utmanande inte

⁶⁷ Jfr avsnitt 3 ovan.

⁶⁸ Leijonhufvud, a.a., s. 57f

bör tillåtas då de saknar betydelse för offrets trovärdighet. Enligt Wersäll och Rapp så bör alltså inte fokus på brottsoffret vara ett bärande skäl mot en samtyckesreglering.⁶⁹

Även docent i straffrätt Ulrika Andersson ger stöd till uppfattningen att det föreligger stort fokus på brottsoffrets agerande i svenska domstolar. Hon har undersökt ett flertal hovrättsdomar och funnit att även om det är ovanligt med frågor om offrets klädsel och dylikt, så ligger likväl fokus på brottsoffrets viljeuttryck. Detta trots att det är förövarens beteende som bör undersökas.⁷⁰

En annan aspekt som framhölls i förarbetena var att det engelska systemet, trots samtyckesreglering, haft minst lika stora svårigheter att åstadkomma fällande domar i våldtäktsmål.⁷¹

Leijonhufvud betonar att anledningen till att det engelska systemet har minst lika dålig statistik som Sverige när det kommer till våldtäktsbrott inte beror på lagstiftningen i sig. Det är istället två andra faktorer, de långa fängelsestraffen och jurysystemet, som håller statistiken nere enligt Leijonhufvud.⁷²

Detta synsätt delas till viss del av professor i straffrätt Christian Diesen som pekar på att juryn består av lekmän och att försvarsadvokaterna i det engelska systemet ofta tillåts att svärta ner offret. Diesen menar att man inte i tillräckligt hög utsträckning har beaktat dessa säregenheter i den engelska rättsprocessen och därmed når en felaktig slutsats.⁷³

⁶⁹ Wersäll & Rapp, a.a. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, s. 439

⁷⁰ Andersson, *Hans våld eller hennes vilja? – en diskussion om den rättsliga prövningen av våldtäkt*, JT 2004/05:1, s. 226f.

⁷¹ Jfr avsnitt 3 ovan.

⁷² Leijonhufvud, a.a. s. 61.

⁷³ Diesen, ”Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie”, I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 63ff

Professor Jennifer Temkin har liknande slutsatser. Hon målar upp en bild av engelska rättsprocesser där brottsoffren får genomgå en förnedrande behandling i syfte att misstänkliggöra dem. Detta attribueras dock inte till själva lagstiftningen i sig, utan snarare att domaren ofta är mer tillåtande i våldtäktsmål samt att brottsoffren i stor utsträckning saknar ombud.⁷⁴

Enligt Temkin och professor i psykologi Barbara Krahe så är det alltså inte lagen som skall tillskrivas ansvaret för det låga antalet fällande domar, det är snarare attityderna i systemet i sig.⁷⁵ Eller som de själva uttrycker det;

“It is often said that the problem in rape cases is simply the lack of evidence, or that it is just one person’s word against another. Our analysis shows that it is not necessarily the lack of evidence but the attitude towards the evidence which matters.”⁷⁶

5.2 Rättssäkerhet

Ett problem som kan tänkas uppstå i samband med ett eventuellt införande av en samtyckeslagstiftning är brister i rättssäkerheten. I förarbetena så poängterades detta, framförallt gällande risken för sexualmoralism och svårigheter att definiera ett samtycke.⁷⁷ Även denna fråga är flitigt omdebatterad inom doktrinen.

Träskman är tveksam till om en samtyckesbaserad reglering kan leva upp till kraven för rättssäkerhet. Detta då samtycket i sig är ett svårdefinierbart begrepp, i detta fall ett väldigt svårhanterligt sådant, då det enligt Träskman inte behöver uttalas. Detta medför att ett giltigt samtycke blir svårt att

⁷⁴ Temkin, *Rape and the legal process*, Oxford 2002, s. 8ff.

⁷⁵ Temkin & Krahe, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Oregon 2008, s. 209ff.

⁷⁶ Temkin & Krahe, *a.a.*, s. 209.

⁷⁷ Jfr avsnitt 3 ovan.

verifiera.⁷⁸ Träskman menar att reglering på sexualbrottsområdet innebär svåra avvägningar mellan rättsskydd och rättssäkerhet. Lagstiftningen får dock inte utformas med lägre beviskrav eller genom att använda presumtioner som kan medföra en omvänd bevisbörda. Detta skulle kunna leda till både en kränkning av den tilltalades mänskliga rättigheter, nämligen rätten till en rättvis rättegång, och materiellt oriktiga domar.⁷⁹

Wersäll och Rapp ser även de en del svårigheter som en samtyckesreglering måste överkomma. De skriver att det måste föreligga en uppsåtstäckning av det bristande samtycket och att åklagaren har den fulla bevisbördan för detta faktum. Däremot så blir det problematiskt om det inte finns någon yttre manifestation av bristande samtycke. Enligt Wersäll och Rapp så finns det nämligen ingen plats för rimlighetsbedömningar från domstolens sida av vad gärningsmannen insett om brottsoffrets vilja, förutsatt att denna inte kommit till yttre uttryck. Detta då det annars föreligger en fara för en typ av bedömning baserad på sexualmoralism genom att man bedömer rimligheten i själva sexualhandlingen.⁸⁰

Leijonhufvud menar även hon att bevisbördan i dess helhet måste ligga på åklagaren. Däremot så menar Leijonhufvud att när ett bristande samtycke väl kunnat bevisas, så är det fullt rimligt att den åtalade åläggs en förklaringsbörda. Den misstänkte måste alltså kunna uppvisa en plausibel förklaring till varför samtycke ansågs föreligga. Enligt Leijonhufvud så föreligger redan en sådan förklaringsbörda i bl.a. misshandelsmål genom 24 kap. 7 § BrB. Inom ramen för sexualbrottsmål så anser dock Leijonhufvud att kraven för ett giltigt samtycke bör vara lägre ställda än när man samtyckt till misshandel. I ett sådant system så ser Leijonhufvud inga risker för rättssäkerheten.⁸¹

⁷⁸ Träskman, a.a. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 333f.

⁷⁹ Träskman, a.a. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 335f.

⁸⁰ Wersäll och Rapp, a.a. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 439f.

⁸¹ Leijonhufvud, a.a.s. 82ff.

5.3 Fler fällande domar?

En viktig fråga för att avgöra om en samtyckeslagstiftning är att föredra är givetvis dess resultat. Är möjligheterna större att nå fällande, men också rättssäkra, domar med en samtyckesreglering så är givetvis detta ett tungt argument för dess införande.

Diesen ställer sig positiv till en samtyckesreglering, då fokus hamnar på att det krävs ett samtycke för sex. Detta menar Diesen kommer leda till bättre utredningar och fler anmälningar. Förvisso förändrar inte en samtyckeslagstiftning bevissvårigheterna i ord mot ord-situationer, men Diesen menar att det i det långa loppet så kan upplärningsfrekvensen öka genom mer fokus på gärningsmannen istället för offret i brottmålsprocessen.⁸²

Asp menar istället att det finns en risk att en samtyckeslagstiftning istället leder till färre fällande domar. Detta då glappet mellan den straffbara våldtäkten och ett icke-straffbelagt samlag minskar. Då föreligger det enligt Asp större möjligheter till invändningar från den misstänkte om alternativhypoteser vilket i sin tur kan leda till färre fällande domar.⁸³

5.4 Tänkbar utformning

Två av författarna som behandlats ovan, Asp och Leijonhufvud, har även gett exempel på hur en tänkbar samtyckeslagstiftning kan utformas.

Leijonhufvud slår i sitt förslag samman 6 kap 1-3 §§ BrB till en paragraf. Centralt i bestämmelsen är begreppet frivillighet, om någon mot sin vilja utför en sexuell handling så kan gärningsmannen straffas. Det rör sig om

⁸² Diesen, a.a., I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 63.

⁸³ Asp, *Sex & Samtycke*, Uppsala 2010, s. 213.

samma bedömning som straffbestämmelser som innehåller *olovligen*, dvs. personen som utför sexualhandlingen eller den som handlingen riktas mot måste vid gärningsögonblicket delta frivilligt. Samtycke som allmän ansvarsfrihetsgrund, så som det kommer till uttryck i 24 kap 7 § BrB, friar från ansvar. Den enda skillnaden är att svekligt förfarande, exempelvis ett löfte om framtida giftermål, likväl konstituerar ett giltigt samtycke. Det är med andra ord inte brottsligt att lura någon till att genomföra en sexuell handling. Brottet rubriceras sexuellt utnyttjande. Brottet kan även vara grovt då det exempelvis riktas mot någon i beroendeställning. Om våld, hot eller annat tvång använts vid sexuellt utnyttjande, i brottskonkurrens med 3 eller 4 kap BrB, så skall istället brottet kategoriseras som våldtäkt.⁸⁴

Asp lägger i sina två förslag istället stor vikt vid att det normativa innehållet i samtycket definieras. Hans första förslag är att man inledningsvis stadgar att sex utan samtycke är förbjudet och att man därefter stadgar en legaldefinition av vad som anses utgöra sex utan samtycke, t.ex. att brottsoffret tvingas till sexuellt umgänge under hot. Som ett andra alternativ ser Asp att man inför sex utan samtycke som ett komplement till den nuvarande regleringen.⁸⁵

5.5 Övriga vinster med samtycke som bas

En reglering av sexualbrotten baserad på samtycke har inte enbart bedömts på de rent juridiska konsekvenserna. Även de normerande effekterna på samhället, alltså hur vi betraktar sex och våldtäkt, måste värderas.

Enligt Diesen så är det just den normerande effekten som är den viktigaste med en samtyckesreglering. Detta signalerar, enligt Diesen, en rätt till

⁸⁴ Leijonhufvud, a.a.s. 97ff.

⁸⁵ Asp, a.a.s. 211f.

sexuellt självbestämmande då själva samtycket blir centralt.⁸⁶ Diesen ser inte minst en vinst med att attityder kan förändras med en lag baserad på samtycke, främst genom att bryta det som historiskt definierar våldtäkt, nämligen synen att det krävs våld och därmed skada för att konstituera en våldtäkt.⁸⁷

Leijonhufvud är inne på ett liknande spår som Diesen och menar att det krävs en samtyckeslag för att bättre spegla och påverka dagens syn på sexualitet. Leijonhufvud menar att det huvudsakliga syftet med lagstiftning givetvis är att avskräcka medborgare från icke-önskvärda beteenden. Men minst lika viktigt är själva attitydförändringen man vill åstadkomma, att en viss typ av handlingar ses som icke-socialt önskvärda och att individen därmed avstår från dem. Detta menar Leijonhufvud bland annat har skett genom kriminalisering av barnaga och förbud mot att köra onykter. Genom en samtyckeslagstiftning så hoppas Leijonhufvud att man kan uppnå detta, men även skapa en lag som speglar det sexuella självbestämmandet. Detta genom att fokus flyttas från kraven på tvång för våldtäkt till det bristande samtycket. Genom detta så signaleras att individen själv har rätt att välja när man vill ha sex.⁸⁸

5.6 Egna reflektioner

Med ovanstående kortare doktrinavsnitt så vill jag främst visa upp två saker. För det första att det inte på något sätt föreligger en allmän konsensus gällande samtyckesmodellens möjliga konsekvenser, och för det andra att det på ett flertal områden råder en påtaglig diskrepans mellan de slutsatser som förs fram i doktrin och de som förts fram i lagförslagen och dess utredningar.

⁸⁶ Diesen, a.a., I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 63.

⁸⁷ Diesen, a.a., I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Stockholm 2007, s. 70.

⁸⁸ Leijonhufvud, a.a.s. 63ff.

En av de mest påtagliga skillnaderna, och detta är ett av de områdena som det inom berörd doktrin råder störst konsensus, är slutsatsen att en samtyckeslagstiftning skapar större fokus på brottsoffret. Här måste kritik riktas mot lagförslagen och dess utredningar, åtminstone om man håller doktrinen bild för sann. Detta då grundtanken, att fokus på offret i brittiska domstolar beror på landets samtyckeslagstiftning, förefaller vara byggd på felaktiga föreställningar.

När det gäller rättssäkerheten så är bilden mer splittrad. Detta kan förmodligen delvis förklaras med att det inte finns något tänkbart lagstiftningsförslag att utgå ifrån, vilket leder till att konsekvenserna för den tilltalade mer oöverskådliga. På liknande vis blir även de tänkbara normerande effekterna en form av hypoteser.

6 Analys

Föremålet för den här uppsatsen har främst varit att försöka besvara om vi måste införa en samtyckesmodell, men kanske framförallt om vi bör göra det. I ovanstående redogörelse finns en mängd argument både för och emot införandet av en sådan reglering. Vad kan då konstateras?

Inledningsvis vill jag beröra just frågan huruvida det föreligger ett tvång för svensk del att införa en samtyckesbaserad sexuallagstiftning med tanke på Bulgariendomen. Min slutsats är att så inte är fallet. Enligt min mening så finns det inte tillräckligt stöd för att de krav som ställdes upp av Europadomstolen inte kan tillgodoses inom nuvarande reglering, framförallt efter 2013 års lagändring då antalet straffbara situationer där inget tvång använts vidgades.

Ovanstående är dock inte ett argument mot att införa en samtyckeslagstiftning; bara för att tvånget inte finns så hindrar ju inte detta ett införande om fördelarna med en förändring är stora. I vågskålen som talar för samtyckesmodellen så anser jag framförallt att fokus på självbestämmandet och det egna sexuella valet väger särskilt tungt. Inte minst med tanke på de positiva normerande effekter en sådan lagstiftning kan medföra på lång sikt.

Vad är det då som väger emot? Framförallt så är det problemen med rättssäkerheten. Jag håller med Asp om att en samtyckesmodell troligtvis måste beskäras i viss mån genom att samtyckesnegerande faktorer någonstans anges. Annars riskerar vi att det straffbara området blir svåravgränsat vilket hämmar förutsebarheten. Frågan är dock om en sådan modell har så stora skillnader mot dagens reglering att det motiverar en ändring.

Vad jag dock vill poängtera är att om en samtyckesmodell förespråkas så måste samtidigt rättssäkerheten beaktas och de tänkbara konsekvenserna noggrant övervägas. I mitt tycke har förespråkarna inte på ett adekvat sätt gjort detta. Att enbart hänvisa till att åklagaren har bevisbörda och därmed tro att felaktiga domar inte kan bli en realitet vore dumdrigt. Däremot kan troligtvis detta förebyggas genom att tydligt avgränsa det straffbelagda området.

En kritik som framförts i detta arbete är riktat mot några av de motiveringar som återfinns i de lagförslag och utredningar som granskats. Då tänker jag framförallt på den tyngst vägande slutsatsen, att fokus på brottsoffret blir större, som jag inte alls delar. Likt doktrinen så har jag svårt att se några trovärdiga argument för denna konklusion.

Bör då avslutningsvis Sverige införa en samtyckeslag? Jag tror inte att en lag enbart baserad på samtycke är rätt väg att gå. Detta då det inte finns tillräckligt tungt vägande argument för ett sådant paradigmskifte. Precis som ett flertal av författarna inom doktrinen framfört gällande det engelska systemet, så tror jag inte det stora problemet i Sverige är lagstiftningen i sig. Det är snarare en fråga om felaktiga attityder och föreställningar om våldtäkt i samhället i stort. Sådana förändras enligt mitt tycke inte lämpligast med ett så trubbigt instrument som lagstiftning utan istället med utbildning om alla individers lika värde och rätt till sin egen sexualitet. Om väl en sådan attitydförändring kan ske så spelar förhoppningsvis lagens utformning en sekundär roll.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:14 Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

Propositioner

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

Lagtext

SFS 1962:700 Brottsbalk

Litteratur

Andersson, Ulrika: ”Hans våld eller hennes vilja? – en diskussion om den rättsliga prövningen av våldtäkt”. I: JT 2004/05:1, s.222.

Asp, Petter: *Sex och samtycke*, Uppsala 2010

Asp, Petter: ”M.C v. Bulgaria – a Swedish perspective”. I: Asp, Petter, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010

Diesen, Christian: ”Tagande med våld – Några reflektioner inför en europeisk våldtäktsstudie”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, (red: Norée, Annika), Stockholm 2007.

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

Palm, Elisabeth: ”Europadomstolens dom i målet M.C. mot Bulgarien”. I: Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen lagskydd för den sexuella integriteten*, Stockholm 2008

Temkin, Jennifer och Krahe, Barbara: *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Oregon 2008.

Temkin, Jennifer: *Rape and the Legal Process*, 2:a upplagan, Oxford 2002. (E-bok; hämtad 27 december 2013 från <http://www.oxfordscholarship.com/ludwig.lub.lu.se/view/10.1093/acprof:oso/9780198763550.001.0001/acprof-9780198763550>).

Träskman, Per Ole: ”Har det gått mus i kvinnofriden?”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, (red: Norée, Annika), Stockholm 2007.

Wersäll, Fredrik och Rapp, Kajsa: ”Utan samtycke – Om våldtäktsbrottets konstruktion i svensk rätt”. I: *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, (red: Norée, Annika), Stockholm 2007.

Rättsfallsförteckning

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