



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hanna Håkanson

Svensk våldtäktslagstiftning och mänskliga rättigheter

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Elsa Trolle Önnefors

Termin: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och avgränsning	5
1.3 Frågeställningar	6
1.4 Forskningsläge	6
1.5 Metod och material	7
1.6 Uppsatsens disposition	8
2 SVENSK VÅLDTÄKTLAGSTIFTNING	9
2.1 Gällande rätt	9
2.2 Internationella åtaganden	13
2.2.1 FN	13
2.2.2 EKMR	14
2.3 Nordisk rätt	16
3 PRAXIS	19
3.1 M.C mot Bulgarien	19
3.1.1 Fallets praktiska betydelse	21
4 ANALYS OCH SLUTSATSER	27
5 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32
Offentligt tryck	32
Litteratur och artiklar	32
Elektroniska källor	33
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Summary

A disturbingly low numbers of rapes lead to a conviction. The estimated numbers of unknown cases are feared to be high. Rape is a crime that violates ECHR, and every person whose human rights are violated shall, according to Article 13 ECHR, have access to an efficient means of legal redress. Sweden has received international critique because of the low numbers of solved rape cases and it has been questioned if the Swedish legal system really lives up to the human rights on this matter.

Another question concerning human rights is whether the Swedish sexual criminal code actually criminalizes all of the cases that are unrecognisable with the ECHR. In the case of *M.C v. Bulgaria* the European Court has ruled that the convention states are obligated to criminalize and penalise any kind of sexual act that are performed against an individual without its consent. The Swedish rape law is however constructed with prerequisite of threat and force and not with required consent. 2008 års sexualbrottsutredning (the sexual offence investigation of 2008) suggested that a crime of lacking consent subsidized to the rape crime should be implemented, but the parliament and the government decided to keep the earlier phrasing. The advocator of this construction by many others means that the Court already practices a need for consent, and that it is not a consequence of *M.C v. Bulgaria* that such a construction has to be implemented. The opposers, who want to implement a need for consent, claim that it is followed by the sentence of the European Court that such a construction is required.

An analysis has been made of the national law and the international obligations Sweden is bound to follow. To put the current Swedish legislation in perspective, a historical cutback and a comparison with the rest of the Nordic countries has been made.

Sammanfattning

Oroande få våldtäkter leder idag till en fällande dom. Mörkertalet befaras dessutom vara stort. Våldtäkt i sig är ett brott som utgör en kränkning av EKMR, och varje person vars mänskliga rättigheter kränks skall, enligt Artikel 13 EKMR, ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Sverige har fått emotta internationell kritik för den låga uppklärningsprocenten vad gäller våldtäktsmål och det har ifrågasatts om det svenska rättsväsendet verkligen lever upp till de mänskliga rättigheterna i detta avseende.

En annan fråga gällande mänskliga rättigheter är huruvida den svenska sexualbrottslagstiftningen verkligen kriminaliserar alla de handlingar som är oförenliga med EKMR. I fallet M.C mot Bulgarien har Europadomstolen fastslagit att konventionsstaterna är skyldiga att kriminalisera och bestraffa varje form av sexuell handling som vidtas mot en individ utan dennes samtycke. Den svenska våldtäktsbestämmelsen är dock konstruerad med rekvisit om hot och tvång och inte med krav på samtycke. 2008 års sexualbrottsutredning föreslog att ett samtyckeskrav subsidiärt till våldtäktsbrottet skulle införas, men riksdagen och regeringen valde att behålla tidigare lydelse. Förespråkarna för denna konstruktion menar bland annat att domstolarna i praktiken redan tillämpar ett samtyckeskrav och det inte heller följer av M.C mot Bulgarien att ett sådant krav måste införas. Kritikerna, som vill införa ett samtyckeskrav, hävdar att det följer av Europadomstolens dom att ett sådant krav är nödvändigt.

En analys har gjorts av den nationella rätten samt av de internationella åtaganden Sverige förbundit sig att följa. För att sätta den gällande svenska lagstiftningen i perspektiv har en historisk återblick samt en jämförelse med övriga Norden gjorts.

Förkortningar

BRÅ	Brottsförebyggande rådet
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women
DEVAW	Declaration on the Elimination of Violence against Women
ECHR	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
Kap	Kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTU	Nationella trygghetsundersökningen
SOU	Statens offentliga utredningar
St	Stycke
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Att ha möjlighet att känna sig trygg i sin vardag är en viktig komponent i att kunna forma sitt liv efter eget huvud. Alla säkerhetsåtgärder en individ vidtar av rädsla kringskär hennes liv. Kvinnor får i tidig ålder lära sig att inte ta genvägar genom parken när det är mörkt, att inte klä sig för utmanande och att inte följa med främmande män hem eller tacka ja till erbjuden skjuts. Allt detta för att skydda sig mot våldtäkt- ett av de mer kränkande brotten det går att utsättas för. Men vad ger den svenska lagen för skydd mot våldtäkt i praktiken?

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna Artikel 3 stadgar att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Sverige har även ratificerat FN:s deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor (DEVAW) från 1993 där det fastslås att våld mot kvinnor utgör ett brott mot de mänskliga rättigheterna. Att utsättas för våldtäkt innebär alltså en kränkning av de mänskliga rättigheterna, och enligt Artikel 13 EKMR skall var och en vars mänskliga rättigheter kränks ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet.

Trots det polisanmälades år 2012 över 6 300 våldtäkter i Sverige. Bland de vuxna offren var 96 % kvinnor, och bland förövarna var 98 % män. Nationella Trygghetsundersökningen visar att enbart 23 % av alla sexualbrott polisanmäls,¹ vilket gör våldtäkt till ett utbrett problem samtidigt som det är ett av de brott som har lägst anmälningsbenägenhet. År 2007 åtalades enbart 449 personer (mindre än 13 % av de totala anmälningarna) för våldtäkt, och enbart 216 dömdes i tingsrätt (mindre än 1 % av antalet

¹ Brottsförebyggande rådet. Våldtäkt och sexualbrott. <http://www.bra.se/bra/brott-->

åtalade). Enligt förre Riksåklagaren ogillas sexualbrott i större utsträckning än andra brott.² Att ca 99 % av alla våldtäktsmän går fria rimmar illa med stadganden om effektiva rättsmedel för upprätthållandet av mänskliga rättigheter.

1.2 Syfte och avgränsning

Den här uppsatsen handlar i huvudsak om den svenska lagstiftningen som är tänkt att skydda mot våldtäkt. Hur ser den ut, och lever den verkligen upp till de krav Sverige förbundit sig att uppfylla enligt internationella åtaganden såsom ratificerandet av den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna?

Min ambition är att sätta svensk våldtäktslagstiftning i ljuset av internationella åtaganden om mänskliga rättigheter och belysa dess styrkor och svagheter. Frågan jag ställer mig är om den svenska våldtäktslagstiftningen verkligen utgör ett fullgott skydd för de grundläggande mänskliga rättigheterna, och om inte, vilka komponenter som saknas. Något som debatterats mycket både i den juridiska doktrinen och i den allmänna samhällsdebatten är om det är nödvändigt att konstruera våldtäktslagstiftningen med ett samtyckeskrav, det vill säga att rekvisiten för våldtäkt inte ska vara våld och tvång utan enbart bristande samtycke, för att den skall vara förenlig med de mänskliga rättigheterna eller om syftet uppfylls bäst utan en sådan konstruktion. Frågan om samtycke utgör därför en stor del av uppsatsens omfång.

Uppsatsen kommer även göra en kortare utblick till de övriga nordiska länderna, som till stor del delar rättstradition med Sverige, för en jämförelse och en diskussion kring hur frågan lösts där.

² Wersäll, Fredrik och Johansson, Lisbeth. Räkna inte med ökning av dömda våldtäktsmän. *Dagens Nyheter*. 2007-10-18. <http://www.dn.se/debatt/rakna-inte-med-okning-av-domda-valdtaktsman/> (hämtad: 2014-01-01)

Våldtäkt är ett brott som inte bara drabbar vuxna, utan även barn. I statistik från BRÅ går att läsa att under 2012 anmäldes 2 880 våldtäkter mot barn upp till 17 år vilket är en ansenlig del av det totala antalet anmälda våldtäkter.³ Det är också intressant att notera att enligt FN:s konvention om barnets rättigheter (Artikel 1) är varje människa under 18 år att betrakta som ett barn, vilket inte helt korrelerar med Brottsbalkens 6 kap 4 § om att våldtäkt mot barn bara kan begås mot barn som är under 15 år. Denna uppsats kommer dock enbart fokusera på brott mot vuxna över 18 år, då det delvis är annan lagstiftning som ligger till grund för kriminaliseringen av övergreppet och att uppsatsens omfång därför blir för stort.

1.3 Frågeställningar

Lever svensk våldtäktslagstiftning upp till kraven om skydd för mänskliga rättigheter? Är övergrepp kriminaliserade i tillräckligt hög utsträckning, och är den låga upplärningsprocenten förenlig med Artikel 13 EKMR?

1.4 Forskningsläge

Frågan om våldtäkt och mänskliga rättigheter har inte jättestort utrymme i Sverige idag. Visst material finns dock att tillgå. Madeleine Leijonhufvud har för Miljöpartiet de grönas räkning författat *Samtyckesutredningen* (2008) med argument för och förslag på varför en samtyckesreglering är nödvändig för att svensk rätt skall nå upp till kraven enligt EKMR. Även Petter Asp m.fl. har flitigt debatterat frågan i doktrin, där han intar motsatt åsikt mot vad Leijonhufvud gör. Förenligheten med EKMR och andra konventioner var även en utgångspunkt i 2008 års sexualbrottsutredning likväl som föremål för diskussion i den allmänna samhälleliga debatten. Under 2008 lanserade den svenska sektionen av Amnesty International rapporten *Fallet Nedlagt*, som berör våldtäkt och mänskliga rättigheter i de

³ BRÅ, våldtäkt och sexualbrott

nordiska länderna. Rapporten har varit till stort stöd under arbetet med att jämföra de nordiska länderna med varandra. Bortsett från frågan om samtyckesreglering finns det dock ur en svensk kontext väldigt lite skrivet om förenligheten med EKMR, detta går i viss mån att hitta i internationell litteratur. Tack vare den svenska offentlighetsprincipen finns dock mycket material att tillgå i form av domar, utredningar, förarbeten, propositioner, rapporter och liknande. Det är därför fullt möjligt att skaffa sig en god bild över frågans omfattning även från en svensk horisont. Frågan huruvida den låga uppklaringsfrekvensen i våldtäktsmål är förenlig med Artikel 13 EKMR eller ej är dock mindre utforskad och mängden tillgängligt material är därför mycket mindre omfattande. Troligtvis beror detta på att frågan aldrig prövats i domstol utan enbart belysts i rapporter från olika FN-organ. Någon svensk doktrin på området har inte stått att finna.

1.5 Metod och material

Denna uppsats angriper främst frågeställningarna ur ett kritiskt perspektiv. Ambitionen är att beskriva den gällande rätten inom området men också att ge en kort förklaring på varifrån den kommer. Under en lång tid genom historien har kvinnan setts som mannens egendom. Till exempel kriminaliserades inte våldtäkt inom äktenskapet förrän 1965. Varken normer eller lagstiftning uppstår ur ett vacuum, och för att förstå det gällande rättsläget är en historik återblick av yttersta vikt. Jag kommer även att göra en komparativ utblick till de nordiska länderna och belysa skillnader och likheter mellan de olika rättssystemen.

Det material jag använt består till stor del av lagtext, rättsfall och offentligt tryck. Särskilt den offentliga utredning vid namn SOU 2010:71 som föreslog regeringen att införa en samtyckesreglering samt propositioner och annat material kring denna har varit till stor nytta. Jag har även använt mig av en rapport från Amnesty international, svenska sektionen, vid namn *Fallet nedlagt- våldtäkt och mänskliga rättigheter i de nordiska länderna*

från 2008. Även Madeleine Leijonhufvuds ”skuggutredning” *Samtyckesutredningen* har varit behjälplig. Jag har även använt mig av olika FN-rapporter där det framförts kritik mot hur våldtäktsmål utreds i Sverige, artiklar av andra författare rörande samtycke, våldtäkt och mänskliga rättigheter samt aktuell statistik och siffror från Brottsförebyggande rådet (BRÅ). BRÅ är den myndighet som ansvarar för den officiella rättsstatistiken, och deras statistik anses vara den mest tillförlitliga.

1.6 Uppsatsens disposition

Utgångspunkten vid disponeringen av arbetet har varit att lägga den huvudsakliga tyngdpunkten vid den svenska lagen och hur väl den korrelerar med de folkrättsliga konventioner och deklARATIONER Sverige har valt att ansluta sig till. Inledningsvis har jag valt att ge en översikt över den nationella rättens innehåll för att ge läsaren en bättre bild av utgångsläget. Under detta avsnitt har jag även redovisat statistik från BRÅ över antal begångna våldtäkter och uppklärningsfrekvensen i Sverige idag. Jag har därefter även gjort en genomgång av relevanta bestämmelser i internationell rätt för att göra det lätt att hänga med i den senare jämförelsen och analysen. Därefter följer ett avsnitt där jag jämför den svenska rätten med delar av den nordiska, för att sätta de svenska bestämmelserna i ett bättre sammanhang genom att se på hur frågan lösts på andra ställen. I efterföljande avsnitt har jag beskrivit det rättsfall från Europadomstolen som ligger till grund för mycket av den kritik som riktas mot den svenska lagstiftningen som sådan. Jag har också gått igenom vad avgörandet fått för betydelse för svensk del. Avslutningsvis rundar jag av med ett kapitel där jag samlar upp vad jag sagt tillsammans med mina egna analyser och slutsatser.

2 Svensk våldtäktslagstiftning

2.1 Gällande rätt

Våldtäkt har varit mer eller mindre kriminaliserat i Sverige sedan mitten på 1200-talet då Birger Jarl instiftade kvinnofridslagen, som bland annat förbjöd våldtäkt. Syftet med lagen var dock inte att skydda kvinnans kropp och integritet, utan betraktades snarare som ett sedlighetsbrott och ett skydd för den allmänna samhällsmoralen. 1965 blev Sverige ett av de första länderna i världen som förbjöd våldtäkt inom äktenskapet då Brottsbalken (1962:700) ersatte 1864 års strafflag. 1984 gjordes våldtäktsbestämmelserna könsneutrala och sexualbrotten slutade betraktas som sedlighetsbrott och började istället betraktas som brott mot en persons sexuella integritet och självbestämmande.⁴ Fram till 1998 kunde enbart regelrätta samlag utgöra en våldtäkt. Kvinnovaldscommissionen ansåg dock att detta inte var förenligt med skyddet för kvinnans sexuella integritet i fokus varpå det kom att ändras till att även omfatta andra handlingar jämförbara med samlag, till exempel att föra in fingrar eller föremål i offrets underliv eller anus.⁵ Fram till 1965 fanns ett sorts samtyckesrekvisit i våldtäktslagstiftningen, men det tillämpades mest för att undvika att så kallat icke ärbara kvinnor skulle kunna skyddas av lagen. Detta rekvisit behölls inte när Brottsbalken infördes. 1998 års Sexualbrottskommitté tillsattes med direktiv att pröva om hot- och våldsrekvisiten skulle ersättas med ett samtyckesrekvisit. Kommitténs slutsats blev att så icke skulle ske och 2005 års sexualbrottslag⁶ implementerades därför utan att ett samtyckeskrav infördes.⁷

I gällande lagstiftning behandlas sexualbrott i 6 kapitlet Brottsbalken. Våldtäkt är kriminaliserat i 6 kap 1 §:

⁴ Amnesty International svenska sektionen: *Fallet nedlagt- våldtäkt och mänskliga rättigheter i de nordiska länderna*. 2008. S.16f.

⁵ SOU:1995:60 Kvinnofrid. S. 275f.

⁶ Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

⁷ Leijonhufvud, Madeleine: *Samtyckesutredningen*. Thomsons förlag. 2008 s.24ff.

”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 år och högst sex år.

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

Är ett brott som avses i första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år.

Är brott som avses i första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som grovt, döms för sexuellt tvång till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas, om våldet eller hotet varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgräpat sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.”

Våldtäkt är även precis som övriga sexualbrott kriminaliserade på försöksstadiet, vilket framgår av 6 kap 15§ Brottsbalken.

De senaste förändringarna i 6 kapitlet Brottsbalken trädde i kraft under 2013. Regeringen tillsatte 2008 en utredning med uppdrag att utvärdera 2005 års sexualbrottsreform, samt bland annat utreda och ta ställning till hur begreppet hjälplöst tillstånd fungerat i praktiken samt huruvida kravet på tvång som grund för straffansvar vid våldtäkt bör ersättas med ett samtyckeskrav.⁸ Utredningen antog namnet 2008 års sexualbrottsutredning och överlämnade sitt betänkande till regeringen under 2010.⁹ I stort konstaterade utredningen att 2005 års sexualbrottsreform hade uppfyllt sitt syfte, men identifierade ett antal brister: för det första ansåg utredningen att begreppet ”hjälpöst tillstånd” inte täckte upp alla straffvärda handlingar där gärningsmannen utnyttjat offrets situation. För det andra påpekade utredningen att vissa situationer då tvång eller utnyttjade ej förekommit enbart var kriminaliserat som sexuellt utnyttjande, trots att den sexuella handlingen genomförts mot offrets vilja. Till exempel kan detta vara fallet när offret reagerar med total passivitet och inte försöker freda sig. För det

⁸ Dir. 2008:94 Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform, m.m.

⁹ SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen- utvärdering och reformförslag

tredje ansåg utredningen att det finns brister vad gäller så kallade sexuella bedrägerier, vilket ligger utanför ramen för denna uppsats.

Vad gäller frågan om samtyckeskrav påpekade 2008 års sexualbrottsutredning att det med en sådan bestämmelse kan uppstå frågor i rättstillämpningen om hur ett samtycke skall manifesteras. Frågan om samtycke är något som i praktiken sällan förs på tal i de situationer en samtyckesreglering är tänkt att vara applicerbar på varför en sådan bestämmelse kan bli svår att tillämpa.¹⁰ Utredningen landade dock i att ett rent samtyckeskrav inte bör införas, men att ett nytt brott, sexuellt övergrepp, skall införas i en ny 3§ i 6 kap Brottsbalken. Bestämmelsen skall vara samtyckesbaserad och syfta till att kriminalisera gärningen att genomföra en sexuell handling med en person utan dennes tillåtelse. Bestämmelsen skall vara subsidiär till bestämmelserna om våldtäkt och sexuellt tvång och ha en straffskala med fängelse i högst fyra år¹¹ (samma som för mindre grov våldtäkt). De huvudsakliga skälen som utredningen anförde var att en samtyckesbaserad bestämmelse innehar en normerande verkan och utgör en naturlig fortsättning av den straffrättsliga synen på sexualbrott. En sådan bestämmelse skulle även för offret kunna leda till ett bättre bemötande av samhället och rättsapparaten och att fokus i rättsprocessen även hamnar på den misstänktes agerande.¹²

Regeringen delade dock inte utredningens mening och föreslog riksdagen en skärpt sexualbrottslagstiftning utan den av utredningen föreslagna brottsrubriceringen sexuellt övergrepp.¹³ Skälet till detta var främst att regeringen inte ansåg att den föreslagna bestämmelsen lever upp till kravet på förutsebarhet och tydlighet som ställs på straffrättslig lagstiftning. Regeringen menade också att den föreslagna bestämmelsen var allt för öppen, och riskerade att leda till bevis- och tolkningsproblem.¹⁴ I propositionen föreslog regeringen dock att våldtäktsrekvisitet *hjälpplöst*

¹⁰ SOU 2010:71 s.212ff.

¹¹ SOU 2010:71 s.232f.

¹² SOU 2010:71 s.223

¹³ Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning, s.31ff.

¹⁴ Prop. 2012/13:111 s. 32ff.

tillstånd ersätts med *särskilt utsatt situation* vilket anses vara ett vidare begrepp som enligt regeringen utgör en rimligare avgränsning. Dessutom föreslog regeringen att den exemplifierande uppräkningsen i lagtexten kompletteras med *allvarlig rädsla*.¹⁵ Regeringen ansåg därmed att utvidgningen av våldtäktsbegreppet var tillräcklig för att tillgodose kraven som ställs enligt EKMR.¹⁶ Riksdagen biföll ändringarna¹⁷ som trädde i kraft 1 juli 2013.¹⁸

Ett antal av remissinstanserna var dock positiva till utredningens förslag om en samtyckesbaserad bestämmelse. I sitt remissvar till SOU 2010:71 skriver Brottsförebyggande rådet (BRÅ):

”Ett grundläggande syfte med att kriminalisera ett visst beteende är att påverka människor på ett sådant sätt att de inte begår brott. Kriminaliseringen ska ha en allmänpreventiv verkan genom avskräckning, moralbildning och moralförstärkning. Det är ett viktigt budskap från samhället att det inte är tillåtet att ha sex med en person som inte samtyckt till det. Mot denna bakgrund ser Brå positivt på utredningens förslag att införa en ny, samtyckesbaserad bestämmelse och delar utredningens bedömning att det är ett nödvändigt steg för att vi till fullo ska kunna leva upp till våra internationella åtaganden. [...]”¹⁹

Myndigheten ställer sig därmed positiv till att införa en samtyckesbaserad bestämmelse i svensk rätt och hänvisar till en sådan bestämmelses normerande verkan. En annan remissinstans som ställde sig positiv till samtyckeskravet var Barnombudsmannen, som dock avstyrkte utredningens förslag om en kompletterande samtyckesbestämmelse och förordade istället en ren samtyckeslagstiftning. Barnombudsmannen anförde att graden av den sexuella kränkningen inte beror på våld eller hot, utan att den sexuella kränkningen kan vara lika allvarlig om offret inte utsätts för våld eller förhåller sig passiv. Barnombudsmannen ansåg också i sitt remissvar att en samtyckesreglering tydligt markerar rätten till kroppslig integritet och

¹⁵ Prop. 2012/13:111 s. 30-31

¹⁶ Prop. 2012/13:111 s. 33

¹⁷ Rskr. 2012/13:234.

¹⁸ SFS 2013:365 Lag om ändring i brottsbalken

¹⁹ Brottsförebyggande rådet. Remissyttrande över betänkandet Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag (SOU 2010:71). 2011.

<http://www.bra.se/download/18.cba82f7130f475a2f1800030805/1312>

982834589/sexualbrottslagstiftningen_utvardering_och_reformforstag_sou2010_71.pdf (hämtad: 2013-12-29)

sexuell självbestämmanderätt, och kan fungera som ett stöd för den som vill avvisa ovälkomna sexuella handlingar.²⁰

Under 2012 anmäldes 6 324 våldtäkter till polis och myndigheter. 1 380 (21 %) av dessa ledde till åtal²¹ och 171 (12 %) av åtalen slutade med lagföring, det vill säga fällande domslut i tingsrätt, godkänt strafföreläggande eller åtalsunderlåtelse.²² Våldtäkt är dock ett brott med ett förmodat väldigt stort mörkertal. Nationella Trygghetsundersökningen 2012 uppskattar att det förmodade antalet våldtäkter i befolkningen under 2011 uppgick till 29 000.²³ Undersökningen varnar dock för att mörkertalet kan vara ännu högre än vad som anges, då händelser där någon utsätts för sexuella övergrepp i hemmet inte alltid kommer fram i den typen av frågeundersökningar.²⁴ Stämmer det att det förmodade antalet våldtäkter är 29 000 och att enbart 171 lagförs innebär det att mer än 99 % av alla faktiska gärningsmän aldrig döms (att använda siffror från olika år blir givetvis missvisande, men kan ändå ge en ungefärlig bild).

2.2 Internationella åtaganden

2.2.1 FN

Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW) antogs av FN:s generalförsamling 1979 och trädde i kraft 1981. Sverige ratificerade konventionen 1980 och är således part. I konventionens första artikel definieras diskriminering som varje distinktion, åtskillnad eller restriktion som baseras på kön som har till syfte eller följd att begränsa eller omöjliggöra erkännandet, utövandet eller åtnjutandet av kvinnors mänskliga

²⁰ Barnombudsmannen. Remissvar Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag, (SOU 2010:71) (dnr Ju2010/8127/L5). 2011. remissvar/2011/3/sexualbrottslagstiftningen--utvardering-och-reformforslag-sou-201071-dnr-ju2010812715/ (hämtad: 2013-12-30)

²¹ BRÅ: Kriminalstatistik 2012. Rapport 2013:18 s.109

²² BRÅ: Kriminalstatistik 2012 s 176

²³ BRÅ: NTU 2012- om utsatthet, trygghet och förtroende, Rapport 2013:1, BRÅ, s.53

²⁴ BRÅ: NTU 2012, s.53

rättigheter och grundläggande friheter. Genom att ratificera konventionen har Sverige förbundit sig att vidta de åtgärder som behövs för att avskaffa all diskriminering enligt den definitionen. I Artikel 15 framgår även att staterna är skyldiga att garantera män och kvinnor likhet inför lagen.

CEDAW är en övergripande konvention om diskriminering, och redan 1993 antogs FN:s deklaration om avskaffandet av allt våld mot kvinnor (DEVAW). Deklarationen definierar i första artikeln våld mot kvinnor som all sorts könsbaserat våld eller hot om våld som resulterar eller kan resultera i fysisk, sexuell eller psykisk skada eller lidande hos kvinnor, oavsett om det sker i det offentliga eller i hemmet. I tredje artikeln betonas att kvinnor har rätt till ett jämställt utövande av och skydd för sina mänskliga rättigheter. Exempel på vad det innebär finns uppräknat i artikeln, bland annat innebär det rätten att inte utsättas för tortyr eller annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.

Sverige har fått kritik både av FN:s särskilda rapportör om våld mot kvinnor, Yakin Ertürk, och av CEDAW-kommittén för att så få av de rapporterade våldsbrotten mot kvinnor leder till åtal och dom. FN-rapportören menade att det finns en skillnad mellan hur lagarna fungerar i teorin och praktiken, och uttryckte oro över detta.²⁵

2.2.2 EKMR

Det mest grundläggande dokumentet om mänskliga rättigheter är Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Konventionen har inkorporerats i svensk rätt genom *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*. Konventionen undertecknades för första gången 1950, och tillkom alltså i en tid när det fanns lite förståelse för kvinnors rättigheter, och som en följd av

²⁵ Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk, Mission to Sweden, 2007, s. 15 ff.

tidsandan är den är inte främst skriven med kvinnors intresse i fokus. På senare år har dock tolkningar gjorts som gör att konventionen även kan sägas skydda våldtäktsoffer.²⁶

För att hävda att våldtäkt strider mot de mänskliga rättigheterna hänvisar man vanligtvis till konventionens tortyrförbud:

”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning” (Artikel 3)

Bland annat CEDAW argumenterar för att våldtäkt per se skall vara likställt med tortyr, baserat på den uppkomna skadans natur och allvarlighet.²⁷

EKMR stadgar också rätten till domstolsprövning:

”Var och en, vars i denna konvention angivna fri- och rättigheter kränkts, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet” (Artikel 13)

Samtliga fri- och rättigheter som berörs i konventionen skall tillfalla alla människor, det följer uttryckligen av konventionens diskrimineringsförbud:

”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt” (Artikel 14).

I doktrin hävdas ibland att eftersom våldtäkt är ett brott som i oproportionerligt hög utsträckning drabbar kvinnor, bör Artikel 14 alltid aktualiseras i våldtäktsmål då sexuellt våld per se utgör diskriminering på grund av kön. Att enbart betrakta våldtäkt som ett brott mot tortyrförbudet är alltså inte tillräckligt då kvinnor drabbas av våldtäkt enbart på grund av att de är kvinnor. Detta har dock aldrig prövats i praktiken.²⁸

²⁶ Lonondo, Patricia: *Defining rape under the convention on Human rights*. I C McGlynn (red), V.E Munro (red). *Rethinking rape law*. Routledge. 2010 s.110

²⁷ Lonondo, s.110

²⁸ Lonondo, s.110 s.118 f.

Även artikel 8 är i detta sammanhang aktuell. Artikeln stadgar att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2.3 Nordisk rätt

De nordiska länderna har en lång tradition av samarbete kring olika lagstiftningsprojekt. Till exempel har det samarbetet lett fram till liknande lagar inom köp- och avtalsrätten i de olika nordiska länderna.²⁹ Idag grundar sig samarbetet på Helsingforsavtalet och har till syfte att främja den rättsuppfattning som råder mellan de nordiska folken och utveckla det samarbete som finns mellan länderna.³⁰ Det enda som nämns i Helsingforsavtalet om brott är vad som framgår av avtalets femte artikel, att parterna bör eftersträva enhetliga bestämmelser om brott och brottspåföljder. Det är alltså inte där främsta fokus för ländernas samarbete ligger, och vad gäller våldtäkt och sexualbrott finns idag inget samarbete alls. Norden har trots det ändå en till stor del likartad rättsuppfattning, vilket troligen är förklaringen till att sexualbrottslagstiftningen ser ungefär likadan ut i hela Norden. Några viktiga skillnader finns dock som är värda att belysa i detta sammanhang:

Till exempel skiljer sig definitionen av våldtäkt och sexuella övergrepp åt. I Finland klassas ett brott som sexuellt övergrepp och inte som våldtäkt om offret inte kan freda sig på grund av sömn, självvullad berusning, medvetlöshet eller sjukdom. I Sverige, Danmark och Norge klassas samma gärning som våldtäkt. I den danska brottsbalken finns våldtäktsbestämmelsen insorterad under sedlighetsbrotten, istället för som i den svenska brottsbalken under sexualbrott. I dansk rätt kan gärningsmannen erhålla straffflintring eller straffeftergift om förövaren efter

²⁹ Nordiska rådet. Om lagstiftningssamarbetet. <http://www.norden.org/sv/om-samarbetet/samarbetsomraden/raettssamarbetet/om-lagstiftningssamarbetet> (hämtad: 2013-12-19)

³⁰ Nordiska rådet. Helsingforsavtalet. <http://www.norden.org/sv/om-samarbetet/avtal/nordiska-avtal/grundavtal/helsingforsavtalet> (hämtad: 2013-12-19)

att brottet har ägt rum ingår äktenskap med offret. Det är en modell som inte återfinns i något annat nordiskt land. I Finland faller inte våldtäkt under allmänt åtal utan är ett angivelsebrott, vilket innebär att offret kan hindra åklagaren för att väcka åtal även i fall där bevisläget är gott. I samtliga nordiska länder bygger dock våldtäktslagstiftningen på rekvisit om hot eller tvång. I den norska Straffeloven kompletteras våldtäktsbrottet med en samtyckesbestämmelse:

”Den som foretar seksuell handling med noen som ikke har samtykket til det, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år.” (§ 200 Straffeloven)

Denna konstruktion finns inte i något annat av de nordiska länderna. I den isländska rätten finns däremot inkorporerat ett förtydligande om att ”våld” innebär ”... *the deprivation of independence by means of confinement, drugs or other comparable means*” (article 194).³¹ I Norge finns även brottsrubriceringen grov oaktasam våldtäkt (192 § 2 st. Straffeloven). Rubriceringen är subsidiär till våldtäktsbrottet och innebär att om förövaren på grund av grov oaktasamhet inte inser att offret inte samtyckt till den sexuella handlingen kan denne ändå ställas inför rätta trots att uppsåt saknats. Rubriceringen används dock mycket sällan i praktiken.³²

Dessa skillnader är relevanta dels för att de belyser skillnader mellan olika länder i samma rättsfamilj, men de är också viktiga att känna till för att förstå anmälningsstatistik och uppskattande av mörkertal i de olika länderna. I Finland uppskattas mörkertalet till mellan 2 och 10 % och i Danmark 27 %. I Norge och på Island har inga uppskattningar gjorts.³³ I Sverige räknar BRÅ med att enbart 23 % anmäls.³⁴ Det finns också, som redovisats, skillnader mellan länder för vilka typer av övergrepp som rubriceras som våldtäkt *vis-á-vis* sexuellt övergrepp, vilket gör att statistik för antal våldtäkter inte är fullt jämförbar. En handling som utgör våldtäkt i

³¹ SOU 2010:71 s.140

³² Amnesty, s 63f.

³³ Amnesty, s 65

³⁴ Brottsförebyggande rådet. Våldtäkt och sexualbrott.

ett nordiskt land kan utgöra sexuellt övergrepp i ett annat, varpå statistiken ofrånkomligen kommer se annorlunda ut.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) gör regelbundet sammanställningar över antal våldtäkter som polisanmäls på nationell nivå och hur detta varierar över tid. Definitionen de använder sig av är sexuellt umgänge utan giltigt samtycke. Enligt senaste sammanställningen var antalet våldtäkter i de nordiska länderna per 100 000 invånare följande:³⁵

- Finland: 15,2 (2010)
- Norge: 19,2 (2010)
- Danmark: 6,4 (2009)
- Island: 24,7 (2009)
- Sverige: 63,5 (2010)

UNODC varnar dock för att använda statistiken för att göra jämförelser rakt av mellan olika länder. Som ovan nämnt ser våldtäktsbegreppet olika ut i de olika länderna vilket påverkar statistiken, det är också känt att våldtäkt är ett brott med stort mörkertal vilket gör det svårt att dra några egentliga slutsatser. Sveriges i sammanhanget extremt höga siffror kan till exempel i viss mån förklaras av att väldigt många handlingar rubriceras som våldtäkt.³⁶

³⁵ UNODC. Total sexual violence at the national level, number of police-recorded offences. www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/CTS12_Sexual_violence.xls (hämtad 2014-01-05)

³⁶ UNODC. Total sexual violence at the national level, number of police-recorded offences.

3 Praxis

De flesta avgöranden vad gäller våldtäkt och mänskliga rättigheter har fällt inom International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Jugoslavientribunalen) och International Criminal Tribunal for Rwanda (Rwandatribunalen) men de fallen rör enbart våldtäkt som ett medel i krig. FN:s generalförsamling har förvisso fastslagit att våldtäkt och annat sexualiserat våld i krigssituationer kan utgöra krigsbrott, brott mot mänskligheten och en konstituerande handling för folkmord³⁷ men detta är inte fullt jämförbart med våldtäkt och sexuellt våld i fredstid.

Den svenska lagstiftningens förenlighet med de mänskliga rättigheterna har aldrig formellt prövats, däremot har Europadomstolen i ett avgörande från 2004, M.C mot Bulgarien, prövat den bulgariska lagstiftningen som likt den svenska bygger på hot och tvång och inte på samtycke. Rättsfallet har blivit väl refererat både i svenska utredningar (exempelvis 2005 och 2008 års sexualbrottsutredningar), i nationella domar (exempelvis NJA 2004 s.231) såväl som i den allmänna debatten. Frågan om den svenska rättsordningen lever upp till EKMR tar sig ofta utgångspunkt i detta rättsfall varför jag här valt att analysera det närmare.

3.1 M.C mot Bulgarien

I fallet prövades frågan vilka skyldigheter konventionsstaterna har att skydda sina medborgare mot våldtäkt. Omständigheterna var sådana M.C hade samtyckt till att följa med tre män (A, P och V.A) till ett nöjesställe i en annan stad i. På vägen hem föreslog A att de skulle stanna och bada. M.C stannade i bilen och de tre männen gick ner till vattnet. P kom tillbaka och satte sig i sätet bredvid henne. P gjorde närmanden som M.C avvisade, men han fortsatte och tvingade henne till samlag. M.C hade inte kraft att göra särskilt starkt motstånd eller skrika. I sitt vittnesmål säger M.C att hon

³⁷ United nation security council, S/res/1820 (2008)

mådde mycket dåligt och att hon grät. P vittnar om att M.C samtyckt till samlag och att hon varit aktiv. Efteråt lämnade P bilen och gick tillbaka till A och V.A. Kort därefter återvände alla till bilen och de körde iväg.

Åsikterna går isär om hur resten av kvällen fortlöpte, men ostridigt är att de fortsatte till en grannstad där V.A:s släktingar ägde ett hus. A, V.A och M.C stannade där och P körde iväg. M.C följde med A och V.A in i ett rum. Efter en stund gick V.A därifrån och A våldtog henne. M.C grät och bad honom sluta. A menar att samlaget skett frivilligt. Tio dagar efter våldtäkterna gör M.C:s mamma en polisanmälan. P och A anhölls samma dag men släpptes efter förhör. Efter fyra månader öppnades en utredning men ingenting gjordes under det följande året. Efter det lades utredningen ner med motiveringen att det inte var ställt utom rimligt tvivel att det förekommit hot och våld. Det hade inte heller visats att M.C gjort motstånd eller försökt få hjälp. M.C begärde överprövning men fick avslag i två instanser.

M.C väckte talan mot Bulgarien inför Europadomstolen och gjorde gällande att det bulgariska rättssystemet inte gav tillräckligt effektivt skydd mot våldtäkt och andra sexuella övergrepp. Detta eftersom åtal endast kom ifråga då offret gjort aktivt motstånd. Som grund för sin talan åberopade hon förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling i Artikel 3 EKMR och rätten till respekt för privatliv i Artikel 8 EKMR.

I sin dom hänvisade domstolen till en rekommendation Europarådets ministerkommitté utfärdad som åtgärd för att bekämpa våld mot kvinnor. I 35§ i tillägget till rekommendationen står att staterna bland annat ska

”penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance” och ”penalise any abuse of the position of a perpetrator, and in particular of an adult vis-à-vis a child.”³⁸

Domstolen konstaterade också att medlemsstaterna enligt Artikel 3 och 8 EKMR har en skyldighet att införa en lagstiftning som effektivt bestraffar

³⁸ The protection of women against violence, Recommendation R(2002)5, Europarådets ministerkommitté.

våldtäkt. Denna lagstiftning måste tillämpas på ett effektivt sätt genom brottsutredningar och åtal.³⁹ Domstolen menade också att trenden i Europa gick mot att en gärningsman inte längre skulle vara tvungen att använda fysiskt våld och offret göra fysiskt motstånd för att det skall vara fråga om våldtäkt.⁴⁰ Domstolen ansåg även att utvecklingen i internationell straffrätt går mot att all penetration mot offrets vilja och utan dennes samtycke skall utgöra våldtäkt⁴¹ Domstolen kom därför till slutsatsen att det av konventionsstaterna krävs kriminalisering och lagföring av varje sexuell handling som sker utan samtycke även om offret inte gör aktivt fysiskt motstånd.⁴²

Domstolen konstaterade också att den bulgariska våldtäktslagstiftningen inte innehöll krav på att offret skulle göra fysiskt motstånd och att lagtexten inte skiljde sig i någon större grad från lagstiftningen i andra länder. Avgörande för bedömningen var därför hur de olika rekvisiten hade tolkats. Domstolen var även kritisk mot att brottsutredningen skötts på ett undermåligt sätt och dragit ut på tiden.⁴³ Domstolen menade därför slutligen att en kränkning enligt Artikel 3 och 8 EKMR hade skett då Bulgarien i fallet inte uppfyllt sina förpliktelser vad gäller att upprätta och tillämpa ett rättssystem som effektivt bestraffar all sorts våldtäkt och sexuellt utnyttjande.⁴⁴

3.1.1 Fallets praktiska betydelse

Att Europadomstolen uttrycker att det följer av EKMR att staterna är skyldiga att kriminalisera och lagföra alla sexuella handlingar som sker utan samtycke även om offret inte gör fysiskt motstånd är intressant ur en svensk synvinkel då den svenska våldtäktslagstiftningen inte är samtyckesbaserad utan påminner väldigt mycket om den bulgariska. Domen har därför gett

³⁹ Case of M.C. v. Bulgaria, application no. 39272/98, 4/3- 04. punkt 153

⁴⁰ M.C. mot Bulgarien, punkt 156

⁴¹ M.C. mot Bulgarien, punkt 163

⁴² M.C. mot Bulgarien, punkt 166

⁴³ M.C. mot Bulgarien, punkt 181f.

⁴⁴ Asp, Petter. M.C v. Bulgaria- a swedish perspective. Scandinavian Studies in Law. Volym 54. 2009 s.185

upphov till en omfattande debatt i Sverige om huruvida den svenska lagstiftningen verkligen är förenlig med EKMR.

Petter Asp, Professor i straffrätt vid Stockholms universitet, är en av de främsta förespråkarna för att det omnämnda rättsfallet inte har någon direkt påverkan på svensk rätt. Asp menar att Europadomstolens uppgift inte är att harmonisera lagstiftningen mellan konventionsstaterna, utan enbart klargöra vad som är acceptabelt och icke acceptabelt i enskilda fall. M.C mot Bulgarien skall därför inte läsas som att det enda acceptabla sättet att skydda mänskliga rättigheter på vad gäller våldtäkt är genom att staterna inför en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning. Det finns många sätt att upprätthålla ett fullgott skydd, det domstolen sade var att så inte skedde i det här specifika fallet.⁴⁵ Enligt Asp är det viktigt att notera i domen att domstolen efter det att den konstaterat att den bulgariska lagen inte uttryckligen kräver samtycke går vidare i sin bedömning och undersöker hur lagen har tillämpats i fallet utan att antyda att lagstiftningen i sig kränker EKMR. Domstolen undersöker inte enbart hur lagstiftningen tillämpats i just detta fallet, utan även hur den tillämpas i allmänhet, både av de bulgariska domstolarna och av myndigheterna. Asp menar att om domstolen hade ansett att lagkonstruktionen i sig varit konventionsvidrig så hade de aldrig lagt möda på att gå vidare och undersöka hur domstolar och myndigheter hade tolkat den. Att domstolen lägger stor vikt på hur de bulgariska myndigheterna uttryckt och bettet sig indikerar enligt honom att domstolen gör en helhetsbedömning av omständigheterna i fallet snarare än en bedömning av hur lagtexten är konstruerad.⁴⁶ Med den bakgrunden vänder sig Asp mot tolkningen att Sverige enligt domen skulle vara skyldiga att införa en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning för att leva upp till kraven i EKMR. Asp varnar också för att införa ett samtyckeskrav i den svenska lagstiftningen utan att ha haft en vidare samhällelig diskussion om vad samtycke egentligen innebär. Ett samtycke behöver inte nödvändigtvis vara detsamma som att säga ja – det är möjligt att säga ja men ändå inte ge ett

⁴⁵ Asp, s. 201f.

⁴⁶ Asp, s. 205

juridiskt bindande samtycke, och det är möjligt att vara alldeles tyst men ändå anses ha gett sitt samtycke. Om person A vill ha sex med person B och person B tvekar, kan A argumentera med B tills B ger sitt samtycke. Beroende på argumenten kan samtycket vara juridiskt hållbart eller inte. ”Ha sex med mig annars dödar jag dig” är väsensskilt från ”ha sex med mig, jag älskar dig så mycket” och spännvidden mellan dessa ytterligheter är enorm. Ett rent samtyckeskrav gör däremot inte skillnad mellan dessa om samtyckeskravet inte fylls med innehåll och det definieras vad som är ett godtagbart respektive icke godtagbart samtycke.⁴⁷

En fråga Asp ställer sig är även frågan vem som kan ge ett giltigt samtycke, och i vilka situationer. Är ett samtycke giltigt om den som lämnar det är 14 år? Är ett samtycke giltigt om den som lämnar det är elev till den andra parten som just nu håller på att rätta dennes viktiga tenta?⁴⁸ Utan svaren på dessa frågor menar Asp att samtyckeskravet blir tandlöst och utan verkan. Han menar dock att domstolen i fallet M.C mot Bulgarien sätter upp en hög standard för medlemsländerna om hur sexualbrott ska hanteras, och att domen definitivt har relevans den dagen den svenska lagstiftningen eventuellt ska reformeras. Det är dock hans mening att denna standard inte enbart rör utformningen av lagtext, utan hela det batteri av åtgärder som medlemsstaterna vidtar (eller inte vidtar) för att upprätthålla ett för medborgarna fullgott skydd mot våldtäkt.⁴⁹

I samband med 2005 års sexualbrottsreform debatterades M.C mot Bulgarien flitigt. Regeringen var då av meningen att våld eller hot som grund för straffansvar inte stred mot Europakonventionen. Riksdagens majoritet delade den bedömningen. I 2008 års sexualbrottsutredning togs frågan upp igen, och utredningen gjorde en i viss mån annorlunda bedömning. Utredningen menade att Europadomstolens roll är att klarlägga konventionens olika fri- och rättigheter samt ange en minimistandard för dessa, men att det är viktigt att notera att staterna har ett handlingsutrymme

⁴⁷ Asp, s.207ff.

⁴⁸ Asp, s.207ff.

⁴⁹ Asp, s.211

att utefter egen kultur och tradition utforma den nationella lagstiftningen. Domstolen har ingen tidigare tradition av att diktera exakt hur staterna skall utforma sin lagstiftning. Utredningens bedömning är att det även i just detta fall är tveksamt om domstolen verkligen haft den avsikten. Liksom Asp konstaterade utredningen också att det inte var utformningen av den bulgariska lagstiftningen som sådan som domstolen ansåg kränkte konventionen, utan avgörande för bedömningen var hur lagstiftningen tillämpades och vilket innehåll hot- och tvångsrekvisiten gavs. I den bulgariska nationella utredningen låg stort fokus på huruvida offret gjort fysiskt motstånd, vilket tillsammans med övriga faktorer gjorde att domstolen inte ansåg att Bulgarien levt upp till sina positiva förpliktelser att upprätta och effektivt tillämpa ett rättssystem som bestraffat varje form av våldtäkt och sexuellt utnyttjande.⁵⁰

Här kan nämnas att den svenska lagstiftningen är väldigt lik den bulgariska men att hot- och tvångsrekvisiten tolkats annorlunda i domstol. I NJA 2004 s. 231 slår Högsta Domstolen fast att 6 kap Brottsbalken främst syftar till att skydda den enskildes sexuella integritet och att var och en själv bestämmer om, när var, hur och med vem han eller hon vill ha sexuellt umgänge. Domstolen konstaterar också att kravet på våld i praxis har satts lågt, och ofta likställts med att offret försatts i vanmakt eller liknande. Domstolen fastslår även att bristen på samtycke är grundläggande när fråga om våldtäkt eller sexuellt tvång prövas, och att våld, hot eller tvång endast kan sägas tjäna som bevis på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt.

Våld, hot eller tvång anses alltså inte enligt svensk praxis vara en förutsättning för straffansvar för våldtäkt vilket är en klar skillnad mot hur liknande rekvisit tolkades i M.C mot Bulgarien. På så sätt finns det alltså klara skillnader mellan den svenska och den bulgariska rättsordningen i praktiken, även om de materiella bestämmelserna är i stort sett överensstämmande.

⁵⁰ SOU 2010:71 s.198ff.

Vad gäller M.C mot Bulgariens praktiska betydelse för svenskt vidkommande noterade 2008 års sexualbrottsutredning särskilt det generella uttalande Europadomstolen gjorde angående vad som krävs av konventionsstaterna för att leva upp till Artikel 3 och 8 i konventionen:

”...the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. 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.”⁵¹

Detta uttalande bör enligt utredningen tolkas som att domstolen angett en standard på området. Att uttalandet skall tolkas som att konventionsstaterna är skyldiga att införa ett samtyckesrekvisit anser utredningen dock vara felaktigt. Sammanfattningsvis är det utredningens slutsats det inte följer av varken M.C mot Bulgarien eller andra internationella åtagande att den svenska lagstiftningen måste utformas på ett viss vis för att vara förenlig med EKMR. Utan en samtyckesreglering måste den materiella straffrätten ändå täcka varje sexuell handling som skett utan samtycke för att leva upp till Artikel 3 och 8. Utredningen menar att detta är fullt möjligt, men att det onekligen är ett argument för en samtyckesreglering, då en sådan i utredningens mening hade gjort det enklare att leva upp till den standard Europadomstolen ger uttryck för i M.C mot Bulgarien.⁵²

I sin skuggutredning till 2008 års sexualbrottsutredning, *Samtyckesutredningen*, intar Madeleine Leijonhufvud, professor emerita i straffrätt, en något annorlunda position. Hon menar att domen visserligen bara binder den stat som är part i målet och således inte innebär några direkta förpliktelser för svensk del, men hon tolkar ovan citerade punkt 166 i domen på så vis att domstolen avser att staterna för att inte bryta mot konventionen är skyldiga att införa en lagstiftning som innebär att varje

⁵¹ M.C. mot Bulgarien, punkt 166

⁵² SOU 2010:71 s. 203f.

sexuell handling som inte bygger på samtycke skall vara straffbar.⁵³ Denna tes stödjer hon bland annat på lagrådets yttrande om att uttalandena i domen ger vid handen att Sverige, för att inte bryta mot Europakonventionen, är skyldigt att införa en samtyckesbaserad lagstiftning.⁵⁴

Oavsett om domstolen menade att det enda sättet att leva upp till kraven i Europakonventionen är att införa en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning eller inte kvarstår det faktum att konventionen inte binder andra stater än de som är parter i det aktuella målet. I sin utredning citerar Leijonhufvud Elisabeth Palm, tidigare domare i Europadomstolen, som menar att staterna inte har någon skyldighet att anpassa sin nationella lagstiftning efter domarna i Europadomstolen, men att det blir allt vanligare att stater försöker undvika att själva dras inför rätta genom att studera domstolens domar och anpassa sin lagstiftning efter domstolens praxis.⁵⁵ Palm skriver också att det nu står klart att Europadomstolens praxis innebär att det är bristande samtycke som är avgörande för om våldtäkt föreligger, och att det inte är troligt att domstolen skulle ändra den praxisen om det skulle komma ett nytt mål mot ett annat land där bristande samtycke inte utgjort våldtäkt enligt nationell lag. Leijonhufvuds åsikt är därför att Sverige bör införa en samtyckesreglering för att undvika att frågan blir ett fall för Europadomstolen:

”Sverige måste alltså ha en lag som innebär att bristande samtycke konstituerar ett sexualbrott. Om en kvinna, som uppenbart mot sin vilja utsatts för en sexuell handling utan något våld eller hot och utan att vara i lagens mening hjälplös, och därför fått se förövaren gå fri enligt svensk lag, stämmer Sverige till Europadomstolen, kan man räkna med att Sverige blir fällt. Men det borde inte vara en enskild, brottsutsatt persons uppgift att genom ytterligare, för henne starkt traumatiska rättsliga turer se till att svensk lag lever upp till Europakonventionen när saken är så väl klarlagd som här.”⁵⁶

⁵³ Leijonhufvud, 67ff.

⁵⁴ Leijonhufvud, s. 71

⁵⁵ Leijonhufvud, s. 69f.

⁵⁶ Leijonhufvud, 72f.

4 Analys och slutsatser

Våldtäkt är ett brott som till sin natur är väldigt svårt att beivra. I en typsituation finns ingen mer än offret och gärningsmannen närvarande, vilket gör att ord kommer stå mot ord om vad som egentligen skett. Om gärningsmannen dessutom hävdar att offret deltog frivilligt blir stödbevisning i form av till exempel DNA inte mycket värt. Att ett brott är svårt att bevisa innebär dock inte att det inte skall utredas. Som tidigare nämnt följer det av Artikel 3 och 8 EKMR att alla konventionsstater är skyldiga att upprätta och tillämpa ett rättssystem som effektivt bestraffar all sorts våldtäkt och sexuellt utnyttjande. Vad det innebär i praktiken är dock inte helt klart. Frågan är om det svenska rättsväsendet som de facto enbart förmår åtala och döma omkring 1 % av de som gör sig skyldiga till våldtäkt kan sägas utgöra ett rättssystem som effektivt bestraffar våldtäkt? Den kritik som riktats mot Sverige för detta från FN:s särskilda rapportör om våld mot kvinnor och av CEDAW-kommittén antyder att så kanske inte är fallet.

Sverige har via CEDAW, DEVAW och Artikel 14 EKMR förbundet sig till att verka för att avskaffa all diskriminering och allt våld mot kvinnor. Att ett brott som är så könsspecifikt att det till 96 % drabbar kvinnor och till 98 % förövas av män råkar ha en upplärningsprocent på mindre än 1 % är, precis som FN:s särskilda rapportör menar, oroande. Artikel 15 CEDAW stadgar att män och kvinnor ska vara lika inför lagen. Det är tveksamt om Sverige med den statistiken kan sägas leva upp till det. Min mening är att så inte kan vara fallet och att den alarmerande låga upplärningsprocenten i våldtäktsmål bör anses utgöra könsdiskriminering.

Statistiken vad gäller våldtäkter är dock inte mer än kvalificerade gissningar då det faktiska mörkertalet är omöjligt att mäta. Till exempel når BRÅ:s trygghetsundersökning med största sannolikhet inte offer för trafficking och människohandel som finns i Sverige och som kan komma att våldtas flera gånger om dagen under lång tid. De siffror som finns att tillgå visar ändå

tydligt att risken för att faktiskt dömas för våldtäkt är väldigt liten. Min egen tolkning är att det omöjligt kan anses vara ett effektivt rättssystem om 99 % av alla gärningsmän går fria. Uppskattningsvis anmäls enbart 23 % av alla våldtäkter till polisen vilket givetvis försvårar lagföringsarbetet. Det offentliga kan inte gärna ge sig ut och försöka hitta våldtäktsoffer på vinst och förlust, däremot är det viktigt att ställa sig frågan varför inte ens en av fyra väljer att polisanmäla vad de utsatts för. I denna uppsats har jag inte haft ambitionen att svara på den frågan, men skall det svenska rättssystemet till fullo leva upp till de mänskliga rättigheterna är det av yttersta vikt att mörkertalet minskar och att fler övergrepp kan lagföras.

Att införandet av en ren samtyckeslagstiftning skulle öka antalet dömda våldtäktsmän är långt ifrån klarlagt. Dock kan det, som bland annat BRÅ anförde i sitt remissvar till 2008 års sexualbrottsutredning, finnas andra skäl till att kriminalisera sexuella handlingar som utförs utan giltigt samtycke. Även om en lag kan vara svår att tillämpa så kan den ändå ha en normerande verkan. Det kan man bland annat se på förbudet mot barnaga som trädde i kraft i Sverige 1979. När förbudet kom var det långt ifrån alla som ansåg det vara misshandel att slå sina barn i ”uppfostringsyfte”, idag ses det i allmänhet som fullständigt självklart att en förälder inte slår sina barn. På samma sätt förbjöds våldtäkt inom äktenskapet 1965, även om våldtäkter i hemmet mellan parter som vanligtvis samtycker till sexuella handlingar är de allra svåraste att bevisa och beivra.

Legalitetsprincipen, som kommer till uttryck i 1 § 1 kap Brottsbalken och i Artikel 7 EKMR, anger att ingen får straffas för en handling som inte är förbjuden i lag. Den bakomliggande tanken är att det skall vara möjligt för envar att skaffa sig kunskap om lagen och därmed kunna leva efter den. Det skall vara enkelt och förutsägbart att veta vilka handlingar som är och inte är kriminaliserade. Av det följer et contrario att handlingar som inte är förbjudna i lag är tillåtna. Läser man Brottsbalkens 6 kapitel idag går det inte att förstå att sexuella handlingar riktade mot en part som inte samtycker om det inte förekommer hot eller tvång är kriminaliserat. Precis som BRÅ

skriver i sitt remissvar är det därför viktigt att införa en samtyckesreglering, vilket kan få en allmänpreventiv verkan. Barnombudsmannen anför att en sådan kriminalisering även kan fungera som stöd för den som vill avvisa ovälkomna sexuella handlingar, vilket är intressant då det antyder att en samtyckesreglering kan hjälpa ett offer att förstå att det denne varit med om var ett otillåtet övergrepp. Kanske kan det också framförallt minska antalet våldtäkter som faktiskt begås. En allmänpreventiv verkan är i mitt tycke precis lika viktigt som en ökad lagföring. Att gärningsmannen döms leder till upprättelse för offret, men den största vinsten både för individen och för samhället som helhet är om övergreppet inte inträffar alls.

Min mening är därför att 6 kapitlet i Brottsbalken i högre grad än idag bör konstrueras med bristande frivillighet som grund. Högsta domstolen har förvisso uttryckt att kravet på våld är lågt ställt och likställt med att offret satts i vanmakt, samt att frågan om samtycke förelegat är grundläggande i prövningar av våldtäkt eller sexuellt tvång. På så sätt kan man säga att den svenska våldtäktslagstiftningen redan har samtyckesrekvisitet ”inbyggt” utan att det uttryckligen står så i lagtexten. Petter Asp har också en viktig poäng när han ifrågasätter meningen med att införa ett samtyckeskrav utan en diskussion kring vad ett giltigt samtycke egentligen är och hur det kan lämnas. Meningen med en samtyckesreglering är inte att våldtäktsmän ska kunna gå fria för att de innan våldtäkten fullbordats tvingat offret att skriva under ett kontrakt. Det är därför av yttersta vikt att ange under vilka förhållanden ett givet samtycke inte är giltigt. Det är dock inte en orimlig tanke att en samtyckesreglerings normerande effekt skulle kunna ge upphov till att parterna i högre grad försäkras om att samtycke föreligger, eller åtminstone blir mer lyhörda för om ett samtycke *inte* föreligger. Det vore enligt min mening en samhällsvinst i sig.

Frågan är dock om den nuvarande lagstiftningen, utan ett samtyckeskrav, är förenlig med Artikel 3 och Artikel 8 EKMR. Madeleine Leijonhufvud har med stöd av Elisabeth Palm tolkat Europadomstolens dom i M.C mot Bulgarien som att varje konventionsstat är skyldig att konstruera sin

nationella våldtäktslagstiftning med ett samtyckesrekvisit för att inte bryta mot EKMR. Petter Asp har däremot tolkat domen som att domstolen menar att det bulgariska rättsväsendet som helhet har misslyckats med att upprätthålla ett fullgott skydd mot våldtäkt, och att det är däri kränkningen av EKMR består. Denna åsikt delas även av 2008 års sexualbrottsutredning. Europadomstolen har förvisso fastslagit att behandla en utredning om våldtäkt så illa som Bulgarien gjorde i det aktuella fallet utgör ett brott mot de mänskliga rättigheterna, men det innebär inte skyddet mot våldtäkt måste utformas likadant överallt. Europadomstolen syftar inte till att harmonisera lagstiftningen mellan konventionsstaterna, utan enbart till att ange en miniminivå. Asp och utredningen menar att det är fullt möjligt att nå över denna miniminivå även utan en samtyckesbaserad lagstiftning - utredningen anser dock att en sådan vore till hjälp. Leijonhufvuds åsikt är att en samtyckesbaserad lagstiftning är ett absolut krav. Själv har jag lite svårt att förstå den hållningen. Att enbart läsa domstolens sista mening i punkt 166 i domen ” [...] *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 [...]*” och av det dra slutsatsen att Sverige måste införa en samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning är enligt min mening att göra det väldigt enkelt för sig. Domen innehåller, precis som Asp anför, väldigt mycket mer än denna punkt och det är svårt att förstå varför domstolen, om nu lagtexten per se var konventionsvidrig, gick vidare med en genomgående utredning av hela det bulgariska rättsväsendet. En rimligare tolkning av domen bör därför vara att den i och för sig kräver att konventionsstaterna skall ha en lagstiftning som kriminaliserar alla sexuella handlingar som vidtas utan samtycke, men att detta kan realiseras på olika sätt - antingen genom en samtyckesbaserad lagstiftning, eller via en lagstiftning som baseras på hot och våld men där frågan om handlingen skedde med samtycke eller ej ändå är central. Hade Bulgarien vid tillfället för våldtäkten haft en samtyckesbaserad lagstiftning och utredningen skötts lika illa ändå hade domstolen gissningsvis kommit fram till samma slutsats - att Bulgarien inte förmådde upprätthålla ett fullgott skydd för våldtäkt.

En annan sak som talar för att en icke samtyckesbaserad lagstiftning i sig själv inte strider mot EKMR är att en lagstiftning som bygger på våld och tvång är väldigt vanligt. I Norden är det enbart Norge som har en sådan paragraf. Visst är det möjligt att nästan hela Norden, och en stor del av övriga Europa också, har en våldtäktslagstiftning som inte når upp till minimikraven enligt EKMR men det är inte särskilt troligt.

Mina slutsatser av detta arbete är alltså att det finns all anledning att ta EKMR i beaktande vid studier av den svenska våldtäktslagstiftningen. Det är alarmerande få våldtäkter som anmäls till polis, och ännu färre gärningsmän blir faktiskt dömda. Om det är förenligt med Artikel 13 EKMR eller ej är svårt att avgöra då frågan aldrig prövats rättsligt. Min åsikt är dock att ett rättsmedel som inte förmår straffa mer än uppskattningsvis 1 % av förövarna inte kan anses vara effektivt, och därmed inte kan anses uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR.

Vad gäller frågan om den svenska våldtäktslagstiftningen strider mot EKMR eller ej är min slutsats att det inte följer av M.C mot Bulgarien att Sverige är skyldiga att införa ett samtyckeskrav. Det följer dock av domen att staterna är skyldiga att effektivt bestraffa alla sexuella handlingar som vidtas mot en individ utan dennes samtycke. Huruvida Sverige gör det idag eller inte är svårt att säga. Den nyligen ikraftträdde lagändringen om att *hjälpplöst tillstånd* i 1 § 2 st. 6 kap Brottsbalken ersätts med *särskilt utsatt situation* kommer troligen göra att fler fall än tidigare träffas av bestämmelsen, vilket minskar behovet av ytterligare en samtyckesbaserad bestämmelse. Min mening är dock att en sådan bestämmelse ändå behövs för att klargöra att en person inte är sexuellt tillgänglig förrän han eller hon själv säger sig vara det. Det kommer alltid finnas fall som inte faller ens under den nya bestämmelsen om särskilt utsatt situation men som ändå utgör ett övergrepp. För de fallen behövs en samtyckesbaserad paragraf enligt norsk modell, precis som 2008 års sexualbrottsutredning föreslog.

5 Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Brottsförebyggande rådet. Kriminalstatistik 2012. Rapport 2013:18

Brottsförebyggande rådet. NTU 2012 - om utsatthet, trygghet och förtroende. Rapport 2013:1

Dir. 2008:94 Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform, m.m

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence

Rskr. 2012/13:234

SFS 2013:365 Lag om ändring i brottsbalken

SOU 1995:60 Kvinnofrid

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen- utvärdering och reformförslag

United Nation Security Council, S/res/1820 (2008)

Litteratur och artiklar

Amnesty International svenska sektionen. Fallet nedlagt- våldtäkt och mänskliga rättigheter i de nordiska länderna. 2008

Asp, Petter. M.C v. Bulgaria- a swedish perspective. Scandinavian Studies in Law. volym 54. 2009

Leijonhufvud, Madeleine. Samtyckesutredningen. Thomson förlag. 2008

Lonondo, Patricia. Defining rape under the convention on Human rights. C McGlynn (red.), V.E Munro (red.) Rethinking Rape Law. Routledge. 2010

Elektroniska källor

Barnombudsmannen. Remissvar Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag, (SOU 2010:71) (dnr Ju2010/8127/L5). 2011.

<http://www.barnombudsmannen.se/vart-arbete/nya-remissvar/2011/3/sexualbrottslagstiftningen--utvardering-och-reformforslag-sou-201071-dnr-ju2010812715/> (hämtad: 2013-12-30)

Brottsförebyggande rådet. Remissyttrande över betänkandet

Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag (SOU 2010:71). 2011. http://www.bra.se/download/18.cba82f7130f475a2f1800030805/1312982834589/sexualbrottslagstiftningen_utvardering_och_reformforslag_sou2010_71.pdf (hämtad: 2013-12-29)

Brottsförebyggande rådet. Våldtäkt och sexualbrott.

<http://www.bra.se/bra/brott--statistik/valdtakt-och-sexualbrott.html> (hämtad: 2013-12-31)

Nordiska rådet. Helsingforsavtalet. <http://www.norden.org/sv/om-samarbetet/avtal/nordiska-avtal/grundavtal/helsingforsavtalet> (hämtad: 2013-12-19)

Nordiska rådet. Om lagstiftningssamarbetet. <http://www.norden.org/sv/om-samarbetet/samarbetsomraaden/raettssamarbetet/om-lagstiftningssamarbetet> (hämtad: 2013-12-19)

UNODC. Total sexual violence at the national level, number of police-recorded offences. www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/CTS12_Sexual_violence.xls (hämtad 2014-01-05)

Wersäll, Fredrik och Johansson, Lisbeth. Räkna inte med ökning av dömda våldtäktsmän. *Dagens Nyheter*. 2007-10-18. <http://www.dn.se/debatt/rakna-inte-med-okning-av-domda-valdtaktsman/> (hämtad: 2014-01-01)

Rättsfallsförteckning

NJA 2004 s. 231

Case of M.C. v. Bulgaria, application no. 39272/98, 4/3- 04