



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Robin Stensson

Överensstämmer den svenska våldtäktslagstiftningen med Europakonventionen?

- En kritisk analys av det svenska förhållnings sättet till Europadomstolens dom på sexualbrottsområdet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson
Termin: HT 2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Metod	5
1.4 Material och forskningsläge	6
1.5 Avgränsning	6
1.6 Disposition	7
2 RÄTTSLÄGET	8
2.1 Svensk rätt	8
2.2 Samtycke i gällande svensk rätt	10
2.3 Allmänt om beviskravet för sexualbrott i svensk rätt	11
2.4 EKMR och svensk rätt	11
2.5 Vilken skyldighet har Sverige att följa domar från Europadomstolen?	12
3 BULGARIENDOMEN	13
3.1 Domen	13
3.2 Tolknings av domen	14
4 HUR MENAR FÖRARBETEN OCH DOKTRIN ATT SVENSK LAGSTIFTNING ÖVERENSSTÄMMER MED BULGARIENDOMENS STANDARD?	19
4.1 2013 års proposition	19
4.2 2008 års sexualbrottsutredning	20
4.3 2005 års proposition	22
4.4 Täcker dagens reglering alla fall av våldtäkt?	23
5 SLUTSATS OCH ANALYS	25
5.1 Stadgar Bulgariendomen en skyldighet att lagstifta med samtycke?	25
5.2 Lever Sverige upp till Bulgariendomens minimistandard?	27
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	33

Summary

The current Swedish rape law is based on either force or improper use of a “*particularly vulnerable situation*”. The concept of force includes violence and threat, with levels which are fairly easy to achieve, whilst “*particularly vulnerable situation*” is exemplified in the law. Since the European Court of Human Rights pronounced the judgment against Bulgaria, requiring the criminalisation of any non-consensual sexual act, it has been discussed what effect this will have in regard to Sweden. Thus the question of issue of this thesis; whether the Swedish legislation conforms to ECHR or not?

After review of as well legislative history as doctrine it can be emphasized that the Government in two government bills have come to the conclusion that there is no requirement to change the legislation in a particular manner, and that the Swedish law is in conformity with the requirements of the European Court. This is supported by Asp who deems that it is neither in the task of the Court to state such obligations nor is it possible to derive any such obligation from the judgment. Critics, such as Leijonhufvud, deem that because of the judgment, Sweden has an obligation to base the law on consent. This is also in some extent supported by the Swedish Government Official Report from year 2010 which proposed the passing of a subsidiary paragraph based on consent. This way there would be no doubt that the requirements were achieved and it would cover situations deemed beyond the reach of the applicable law.

Conclusively this thesis holds that there is no requirement for states to criminalise in a certain manner, though at the same time there are potentially situations which are not covered by the Swedish legislation that would be covered with a law based on consent. However such inconformity would unlikely be something Sweden would be convicted for in the European Court. Nevertheless the Swedish legislator should change the rape legislation voluntarily.

Sammanfattning

Den gällande svenska våldtäktsregleringen baseras antingen på tvång eller på otillbörligt utnyttjande vid en särskilt utsatt situation. I begreppet tvång ligger såväl våld som hot, vilka båda enligt den svenska regleringen är lågt ställda krav. ”Särskilt utsatt situation” å andra sidan ser bland annat till vissa exemplifierade situationer. I och med att Europadomstolen avkunnade Bulgariendomen, vilken uttalar att alla sexuella handlingar som begås utan samtycke ska vara kriminaliserade och lagföras, har det diskuterats vad denna innebär för svenskt vidkommande. Därav denna uppsats frågeställning om den svenska lagstiftningen överensstämmer med EKMR.

Efter genomgång av såväl förarbeten som doktrin kan framhållas att regeringen i två propositioner har kommit fram till att det varken finns ett krav på att ändra lagstiftningen på något sätt eller att den svenska modellen inte skulle ligga i linje med Europadomstolens krav. Detta styrks av författare så som Asp, som menar att det inte ligger i domstolens uppdrag att ange sådana förpliktelser eller att det ens går att utläsa ur domen en skyldighet att lagstifta på ett visst sätt. Kritiker så som Leijonhufvud menar att Sverige på grund av domen måste ändra lagstiftningen så att den baseras på samtycke. Stöd för detta finns även i den SOU från år 2010 som menade på att en subsidiär bestämmelse baserad på samtycke bör införas. På så sätt skulle det inte råda något tvivel om att kraven uppfylls, samt att de situationer utredningen menade inte täcks av den gällande rätten skulle kunna täckas av en samtyckesreglering.

Sammanfattningsvis kommer denna uppsats fram till att något krav att lagstifta på ett visst sätt inte finns, samtidigt som att den regleringsmodell vi har idag potentiellt inte täcker alla de situationer som hade kunnat täckas om man lagstiftade med ett samtyckesrekvisit. Att detta skulle vara något Sverige döms för i Europadomstolen verkar dock osannolikt utan den svenska lagstiftaren bör självmant ändra sexualbrottsregleringen.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:600)
EKMR	Europakonventionen för mänskliga rättigheter
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Våldtäkt är enligt mig ett av de värre brotten som, dessvärre, förekommer i vårt samhälle. Det är allmänt känt att mörkertalen gällande förekomsten är stora och att offer får stor uppmärksamhet under hela rättsprocessen. Det lyfts ofta fram åsikter i media om att den svenska sexualbrottslagstiftningen är otillräcklig och att det måste införas en samtyckesreglering.¹ Det var detta ”*måste*” som fängade mitt intresse för ämnet.

Den svenska våldtäktsregleringen bygger enligt 6 kap. 1 § BrB på tvång eller utnyttjande av en ”*särskilt utsatt situation*”. Sverige har även ratificerat EKMR vilken sedan år 1994 är inkorporerad i svensk lag.² Då Europadomstolen år 2003 avkunnade dom i ett mål rörande sexualbrott³ kom denna dom att utgöra ett centralt element i diskussionen kring samtyckesreglering, vilket kommer belysas mer nedan. Frågan om att reformera den svenska sexualbrottslagstiftningen har sedan dess behandlats i två propositioner från år 2005⁴ respektive 2013⁵, vilka båda har lett till bibehållandet av ovan nämnda regleringsmodell.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna kandidatuppsats är att utreda om Sverige uppfyller sina förpliktelser gentemot såväl det egna folket som inför EKMR genom att fortsatt basera våldtäktsregleringen på tvång och ”*särskilt utsatt situation*”. Syftet är alltså att utreda och undersöka om det från internationellt håll finns krav på att den svenska lagstiftningen ska utformas på ett visst sätt. Vidare

¹ Se exempelvis: Massi Fritz 2014.

² Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³ M.C. v. Bulgaria.

⁴ Prop. 2004/05:45.

⁵ Prop. 2012/13:111.

syftar uppsatsen till att belysa hur den svenska lagstiftningen ser ut för sexualbrott och att utvärdera denna utifrån ett objektiva och kritiska perspektiv med EKMR som grund.

För att uppfylla mitt syfte har jag utgått från följande huvudfrågeställning:

- Överensstämmer den svenska våldtäktsregleringen med Europakonventionen?

För att besvara huvudfrågeställningen kommer även följande underfrågeställningar att behöva utredas och besvaras:

- Uppställer Bulgariendomen⁶ något krav på staterna att utforma sin lagstiftning på ett specifikt sätt?
- Hur bör Bulgariendomen tolkas för svenskt vidkommande?

Andra viktiga delar att belysa är hur den svenska lagstiftaren har resonerat under de olika lagstiftningsprocesserna, särskilt då gällande en ovan nämnda eventuella skyldigheten, samt hur framtida resonemang rörande en ändring kan komma att föras.

1.3 Metod

Denna uppsats utgår från den rättsdogmatiska metoden. Således kommer utgångspunkten vara den svenska rättskällevärdelsen vilken i stor grad kommer bestå av användandet av allmänt accepterade rättskällor så som lagtext, men även förarbeten, praxis och doktrin.⁷ Då uppsatsen rör överensstämmandet med EKMR kommer även praxis från Europadomstolen tas med och behandlas. De olika rättskällorna kommer framställas objektiva men enbart i relevanta delar, för att sedan med doktrin till hjälp nyanseras och tolkas i ett vidare perspektiv.

⁶ M.C v. Bulgaria.

⁷ Juridisk metodlära 2013, s. 21.

Utgångspunkten kommer således vara att utreda Europadomstolens påverkan på den svenska lagstiftningen och att använda dess domar för att ur ett kritiskt perspektiv diskutera och analysera det svenska rättsläget.

1.4 Material och forskningsläge

De centrala delarna av materialet för denna uppsats består av Europadomstolens dom mot Bulgarien 2003 samt de två svenska propositionerna rörande sexualbrott från 2005 respektive 2013 med en tillhörande statlig offentlig utredning. Annat material, som även i stor del speglar forskningsläget på området, är texter och utredningar av Madeleine Leijonhufvud, Petter Asp och Per Ole Träskman. För att exemplifiera att ämnet är omdebatterat kommer artiklar från större nyhetskällor användas. Forskningsläget på området kan sägas vara ganska gott, dock är rättsläget inte helt klart. Ett problem gällande materialet är att ofta när frågan om överensstämmelse med EKMR behandlas inblandas även frågor rörande bevissvårigheter, effektivitet och fokusering på brottsoffret.

Materialet är valt för att det ska vara möjligt att bilda sig en så objektiv bild av problemet som möjligt, då de olika tolkningarna tillsammans ger en relativt nyanserad bild. Litteraturen har valts eftersom dess författare främst består av framstående personer inom sina områden samt att deras publikationer har använts i bland annat de olika förarbetena. Källorna och litteraturen som har använts i denna uppsats är således sådana som generellt används då frågan om samtycke vid våldtäkt behandlas.

1.5 Avgränsning

På grund av uppsatsens ringa omfattning fokuserar uppsatsen på hur lagstiftaren har valt att utforma den svenska lagstiftningen och de prejudikat som därtill följer, men således utesluts underrätternas praxis. Uppsatsen

kommer i huvudsak röra brottet våldtäkt och frågor rörande mindre allvarliga sexualbrott kommer enbart nämnas och sexualbrott mot minderåriga kommer således inte genomgå. Det finns inte heller för uppsatsens omfång utrymme att utreda den intressanta frågan om hur brottsoffer behandlas i rättsprocessen och inte heller är det möjligt att undersöka om det finns trender i vilka typer av brott som går vidare till domstol.

Då fokus och utgångspunkt i denna uppsats är den nuvarande lagstiftningsmodellen behandlas samtyckesreglering så som den alternativa regleringsmodellen, dock kommer inte frågan hur en sådan reglering rent faktiskt kan och bör vara utformad inrymmas i denna uppsats.

1.6 Disposition

Upplägget för denna uppsats är att inleda med en genomgång av det svenska rättsläget idag, såväl lagen som praxis. Därefter kommer Bulgariendomen lyftas fram med tillhörande reglering för att sedan följas av en redogörelse för hur såväl förarbeten som doktrin menar att domen ska tolkas. Vidare efter detta kommer en genomgång göras av hur förarbetena och doktrin menar att den svenska rätten och Europadomstolens krav korrelerar. Slutligen är ambitionen att i analysen och slutsatsen försöka sammanfatta de olika åsikterna för att tillsammans med egna reflektioner försöka besvara min frågeställning.

2 Rättsläget

2.1 Svensk rätt

Det centrala för den svenska sexualbrottslagstiftningen är våldtäktsbestämmelsen, vilken återfinns i 6 kap. BrB. Paragrafens första och andra stycke stadgar vad som utgör våldtäkt medan det tredje och fjärde stycket definierar när brottet är mindre grovt respektive grovt.

”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.

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.”⁸

Enligt första stycket krävs alltså att någon genom våld eller hot om brottslig handling har tvingat någon till samlag eller till att företa eller tåla en sexuell handling. Vad gäller kravet på våld är det inte högt ställt, utan innefattar allt från att betvinga någons kropps rörelser, så som att sära på någons ben, till att utnyttja sin kroppsstorlek för att hindra offrets kropps rörelser. Andra former av lindrigare våldsanvändning som även inkluderas är så som att rycka eller slita i personens arm eller kläder eller att knuffa undan eller hålla fast någon. Kravet på hot menar man bör vara ställt på samma sätt som i 4 kap. 4 § BrB, alltså hot om brottslig gärning.⁹ Hot om att avslöja exempelvis otrohet torde alltså inte leda till en våldtäktssituation.¹⁰

⁸ 6 kap. 1 § 1-2 st. BrB.

⁹ Prop. 2004/05:45 s. 134.

¹⁰ Prop. 2004/05:45 s. 45.

Utgångspunkten vid bedömning av våldtäkt är samlag, vilket avser vaginalt samlag, där fullbordandet torde ske redan vid beröring mellan mannens och kvinnans könsdelar.¹¹ Exempel på andra handlingar än just samlag som innefattas är bland annat orala och anala samlag samt att föra in föremål, fingrar eller en knytnäve i en kvinnas underliv, likaså att föra in föremål eller fingrar i anus. Gällande oralt samlag täcks såväl hetero- som homosexuella sådana. Vad gäller handlingar där gärningspersonen onanerar på offret eller förmår offret att onanera åt gärningspersonen anses de flesta av dessa fall inte vara jämförliga med samlag ur ett kränkningshänseende. Det är dock viktigt att poängtera att det viktiga i hänseendet inte är själva sexualhandlingens tekniska karaktär utan den kränkning som den sexuella handlingen innebär. Denna bedömning görs objektivt om handlingen typiskt sett är lika allvarlig som påtvingat samlag. Sådant som påverkar kränkingsbedömningen är handlingens varaktighet, om den har varit förenad med smärta, sår eller kroppsskada men också om den i övrigt har varit förödmjukande eller förnedrande. Våldtäktsbestämmelsen ska dock enligt regeringen vara reserverad för de mest allvarliga kränkningarna.¹²

Paragrafens andra stycke stadgar att om en sexuell handling företas genom att otillbörligt utnyttja en person som befinner sig i en särskilt utsatt situation, utgör det brottet våldtäkt. Vad som är ”*särskilt utsatt situation*” exemplifieras i stycket. Enligt förarbetena är det karaktäristiska för en sådan situation att offret har klart begränsade möjligheter att skydda sin sexuella integritet och att undgå ett övergrepp, men det krävs alltså inte att offret helt saknar förmåga att göra så. Vidare menar förarbetena att bedömningen ska grundas på situationen i dess helhet, och att omständigheterna kan vara hänförliga såväl till offrets person som yttre omständigheter. Flera faktorer kan samspela för att skapa en utsatt situation, så som att sömndruckenhet och berusning tillsammans leder till begränsade möjligheter att undkomma ett sexuellt övergrepp.¹³ Andra exempel förutom de som uppräknas i stycket

¹¹ Prop. 2004/05:45 s. 135.

¹² Prop. 2012/13:111 s. 111-112.

¹³ Prop. 2012/13:111 s. 112.

som likväl torde täckas är fall av kvalificerade vilseledande, överrumpningsfall och de så kallade ”frozen fright”-fallen, alltså att offret reagerar med passivitet vid den hotfulla situationen.¹⁴

När det gäller vad otillbörligt utnyttjande innebär sägs i förarbetena att straffansvar inte träffar situationer när någons sexuella integritet inte kan sägas ha angripits. Bedömningen av andra stycket sker objektivt och det kan sägas föreligga ett krav på orsakssamband mellan offrets tillstånd och dess deltagande.¹⁵

2.2 Samtycke i gällande svensk rätt

Tumbafallet¹⁶ gäller tillämpning av äldre rätt, där huvudfrågan var om målsäganden befunnit sig i en utsatt situation. Sammanfattningsvis var det i målet fastställt att målsäganden hade druckit alkohol under kvällen, och att det på eftermiddagen dagen efter fortfarande gick att uppmäta viss alkoholmängd. Domstolen menade att det inte enbart på grund av detta gick att dra några närmare slutsatser om arten och graden av hennes berusning kvällen innan, och någon annan utredning för att styrka att hennes beteende berott på ett hjälplöst tillstånd förorsakat av alkohol eller droger hade inte heller presenterats. När så domstolen hade redogjort för detta anförde den:

”Bristen på samtycke är grundläggande när fråga om våldtäkt eller sexuellt tvång prövas och det våld, hot eller tvång som förekommit kan sägas tjäna som bevis på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt.”¹⁷

På detta följde domstolens redogörelse för Bulgariendomen och Europadomstolens slutsats att domen innebär att staterna ska straffbelägga och lagföra alla sexuella handlingar som sker utan samtycke.¹⁸

¹⁴ Prop. 2012/13:111 s.112-113.

¹⁵ Prop. 2012/13:111 s. 113.

¹⁶ NJA 2004 s. 231.

¹⁷ NJA 2004 s. 231, at s. 244.

¹⁸ NJA 2004 s. 231, at s. 244.

2.3 Allmänt om beviskravet för sexualbrott i svensk rätt

Högsta domstolen har uttalat i bland annat NJA 2009 s. 447 I att det för fällande dom i sexualbrott, krävs att det genom den utredning som finns i målet är ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade är skyldig. Alltså samma beviskrav som i vanliga brottmål. Domstolen framhöll att det i våldtäktsmål ofta saknas såväl vittnesmål som teknisk bevisning, men att detta i sig inte hindrar att bevisningen alltjämt befinns tillräckligt stark för en fällande dom.¹⁹

”En allt igenom trovärdig utsaga från målsäganden kan i förening med vad som i övriga har framkommit i målet – t.ex. om målsägandens beteende efter händelsen – vara tillräcklig för en fällande dom.”²⁰

Domstolen framhöll vidare att ett rimligt krav är att målsägandens uppgifter och berättelse har kontrollerats under förundersökningen, åtminstone i de delar det är möjligt.²¹

2.4 EKMR och svensk rätt

Enligt 2 kap. 19 § RF får svensk lag eller föreskrift inte meddelas i strid med EKMR. Redan i konventionens artikel 1 uttrycks att parterna ska garantera var och en som befinner sig inom deras jurisdiktion de fri- och rättigheter som anges i konventionen. Vidare är de enligt artikel 19 Europadomstolens uppgift att säkerställa att förpliktelseerna fullgörs, dock är det enbart parterna i målet som är skyldiga att följa denna dom enligt artikel 46.

¹⁹ NJA 2009 s. 447 I, at s. 456.

²⁰ NJA 2009 s. 447 I, at s. 456.

²¹ NJA 2009 s. 447 I, at s. 456.

De artiklar som Europadomstolen menar är aktuella när det kommer till sexualbrott är såväl artikel 3 om förbudet mot tortyr, som artikel 8 om rätten till skydd för privat- och familjelivet. Hur dessa aktualiseras redogörs mer för nedan.

2.5 Vilken skyldighet har Sverige att följa domar från Europadomstolen?

Som nämnts ovan får inte lagar och föreskrifter meddelas i strid med EKMR enligt 2 kap. 19 § RF. Europadomstolens roll för svenskt vidkommande har diskuterats i de båda propositionerna. Regeringen sammanfattar dock på ett bra sätt denna roll i propositionen från 2013 och utöver rollen även det handlingsutrymme staterna ges att utforma lagstiftning, alltså ”*margin of appreciation*”.

”Europadomstolens uppgift är att pröva om lagstiftningen i konventionsstaterna och tillämpningen av den lever upp till de krav som ställs enligt konventionen. Genom avgörandena klarlägger domstolen konventionens olika fri- och rättigheter och en minimistandard för dessa anges. Samtidigt ges staterna ett handlingsutrymme att utifrån det egna landets kultur och rättstradition utforma lagstiftningen. Att ställa krav på att staterna ska utforma sin lagstiftning på visst sätt för att uppfylla konventionens krav har därför inte varit i enlighet med domstolens tradition.”²²

²² Prop. 2012/13:111 s. 20.

3 Bulgariendomen

3.1 Domen

År 2003 avgjorde Europadomstolen ett mål mot Bulgarien gällande sexualbrott, den så kallade Bulgariendomen.²³ Fallet rörde en flicka under 15 år som menade att hon hade blivit våldtagen av tre män. Då förundersökningen inte fann tillräckliga bevis för att visa att hon hade tvingats till att ha sex lades utredningen ner. Efter att ha uttömt inhemska rättsmedel gick flickan vidare med att väcka talan i Europadomstolen och menade att den bulgariska lagstiftning inte gav ett tillräckligt effektivt skydd mot våldtäkt då det krävdes att offret hade gjort aktivt motstånd. Käranden menade att om omständigheterna i fallet hade beaktats och brottet våldtäkt hade överensstämt med de positiva skyldigheterna enligt artiklarna 3, 8 och 13 EKMR hade en gärningsperson fällts för brottet.²⁴ Den bulgariska lagstiftningen definierade vid den tiden våldtäkt som:

“sexual intercourse with a woman
(1) incapable of defending herself, where she did not consent;
(2) who was compelled by the use of force or threats;
(3) who was brought to a state of helplessness by the perpetrator.”²⁵

Europadomstolen menade, vilket framgår av följande citat, att medlemsstaterna har en positiv skyldighet att stifta straffrättslig lag som effektivt bestraffar våldtäkt och att den används genom effektiv förundersökning och lagföring.

“On that basis, the Court considers that States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and

²³ M.C v. Bulgaria.

²⁴ M.C. v. Bulgaria p.118.

²⁵ M.C. v. Bulgaria p. 74.

to apply them in practice through effective investigation and prosecution.”²⁶

Domstolen konstaterade, efter att ha gått igenom ett antal staters sexualbrottslagstiftning, att det finns en positiv skyldighet att kriminalisera och lagföra alla icke-samtyckta sexuella handlingar. Detta eftersom att en sådan positiv skyldighet låg i linje med samtida standarder och trender i området.²⁷

“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.”²⁸

Domstolen kommer således fram till att Bulgarien har brutit mot sina positiva förpliktelser enligt artikel 3 och artikel 8 EKMR.²⁹ Särskilt beaktandes att utredarna och åklagaren inte hade levt upp till den positiva skyldigheten att etablera och tillämpa ett effektivt straffrättssystem för att bestraffa alla former av våldtäkt och sexuella övergrepp.³⁰

3.2 Tolkningar av domen

Bulgariendomen har gett upphov till många åsikter om vilka skyldigheter som eventuellt följer av denna. Förutom att domens implikationer har diskuterats i såväl propositioner som i statens offentliga utredningar har även en rad framstående straffrättare analyserat domens innerbörd.

Madeleine Leijonhufvud, professor emerita i straffrätt, menar stödd av uttalanden av Elisabeth Palm, f.d. ledamot i Europadomstolen, att det efter

²⁶ M.C. v. Bulgaria p. 153.

²⁷ M.C. v. Bulgaria p. 154-166.

²⁸ M.C. v. Bulgaria p. 166.

²⁹ M.C. v. Bulgaria p. 187.

³⁰ M.C. v. Bulgaria p. 185.

Bulgariendomen är klart att Europadomstolens praxis innebär att bristande samtycke är avgörande för om våldtäkt föreligger. Det konstateras att domstolen förvisso ibland har ändrat sin praxis, men att det i Bulgariendomen har gjorts en grundlig genomgång av olika staters nationella regleringar av sexualbrotten samt av internationella regler. Av denna anledning menar hon att en praxisändring anses osannolik om det kommer ytterligare ett fall till domstolen som bygger på en liknande situation. Leijonhufvud konstaterar således att Sverige alltså måste lagstifta så att bristande samtycke konstituerar ett sexualbrott.³¹ Vidare menar Leijonhufvud i en krönika för Amnesty International att genom bibehållandet av ett krav på utövande av våld och hot omfattas inte varje sexuell handling som företas utan samtycke.³²

Elisabeth Palm skriver i sitt utlåtande om Bulgariendomen i Leijonhufvuds Samtyckesutredningen att det ur domen bör utläsas att staterna har en stor frihet i hur man utformar sin lagstiftning, så länge lagstiftningen innebär att alla former av sexuella handlingar som sker utan samtycke bestraffas. Hon menar vidare att lagstiftningen måste vara utformad på ett sådant sätt att man inte riskerar att vissa fall lämnas utan påföljd, exempelvis att fall där det inte finns något bevis på våld aldrig utreds. Palm pekar även på vikten av att stater själva rättar sig efter Europadomar så att inte så många liknande fall måste redas ut i Strasbourg och således belasta detta system.³³

Träskman tolkar Bulgariendomen som att vissa rigida angreppssätt vid rättsprocessen som innebär att fysiskt motstånd är ett krav kan innebära en risk att vissa fall förblir ostraffade, vilket i sin tur äventyrar ett effektivt skydd för den sexuella autonomin.³⁴ Träskman menar också att Leijonhufvuds konklusion av domen, att den svenska rätten strider mot EKMR, inte kan vara korrekt. Som skäl för detta anför han att många andra staters lagstiftning bygger på ett våld- och tvångsrekvisit, men också att det

³¹ Leijonhufvud 2008, s. 72.

³² Leijonhufvud 2005.

³³ Leijonhufvud 2008, s. 73.

³⁴ Träskman 2007, s. 332.

av Bulgariendomen inte krävs att brottet ska rubriceras just ”våldtäkt”. Han pekar även på att ett samtyckeskrav kan vara problematiskt rent rättspolitiskt sett ur ett rättssäkerhetsperspektiv.³⁵

Även Petter Asp menar att denna dom inte innebär någon skyldighet för Sverige att ändra lagstiftningen. Till att börja med menar han att det inte ligger i domstolens uppdrag att utpeka ett enda sätt att lösa ett problem, utan att snarare utpeka vad som är otillåtet.³⁶ Han menar att även en ganska ambitiös minimistandard i grunden uttrycker en negativ förpliktelse, alltså exkluderar vissa typer av agerande men föreskriver inte på vilket sätt det bör lösas.³⁷

Asp menar vidare att domstolen inte invänder mot den bulgariska lagstiftningen³⁸, utan snarare mot dess tillämpning. Han menar fortsatt att själva domen inte innebär att stater måste lagstifta på ett visst sätt. Med stöd av ett antal punkter i domen menar han att det är svårt att se hur någon kan tolka domen som att den kräver att stater introducerar en samtyckesbaserad lagstiftning. Vidare menar han att det är minst lika svårt att se att det skulle föreligga en sådan skyldighet för just Sverige.³⁹

Asp pekar även på de uttalanden domstolen gör gällande ”*margin of appreciation*”⁴⁰ där den säger att stater tveklöst har en vid sådan, för att senare gå vidare och påpeka att det finns en positiv skyldighet att kriminalisera och lagföra sexuella handlingar utan samtycke, vilket torde begränsa staternas ”*margin of appreciation*”. Asp menar dock att det senare måste läsas i ljuset av utgångspunkten, alltså att staterna faktiskt har en vid ”*margin of appreciation*”.⁴¹

³⁵ Träskman 2007, s. 332-333

³⁶ Asp 2010, s. 202.

³⁷ Asp 2010 s. 203.

³⁸ Den bulgariska och den svenska lagstiftningen baseras båda liknande rekvisit.

³⁹ Asp 2010, s. 204.

⁴⁰ Se 2.2.3

⁴¹ Asp 2010, s. 204.

Regeringen gör i propositionen från 2013 en bedömning av vad Bulgariendomen innebär för svensk del. Regeringen kommer fram till att för att inte bryta mot EKMR krävs det en lagstiftning som kriminaliserar varje sexuell handling som sker utan samtycke. Dock menar regeringen att det är upp till varje medlemsland att utforma lagstiftningen och att det inte krävs att bristande samtycke ska vara ett brottsrekvisit.⁴² Regeringen framhöll istället att en ändring skulle göras i 6 kap. 1 § 2st. BrB vilken skulle syfta till att utvidga tillämpningsområdet. Med en sådan ändring var det regeringens mening att det inte fanns någon tvekan om att svensk lagstiftning uppfyller kraven som ställs i Bulgariendomen.⁴³

Propositionen gick även igenom den ståndpunkt som såväl regeringen och riksdagen hade i samband med 2005 års sexualbrottsreform, alltså att bibehållandet av ett vålds- eller hotkrav inte står i strid med EKMR. Det konstaterades även att det i samband med reformen gjordes en grundlig behandling av frågan kring lagförslagets överensstämmelse med Bulgariendomen.⁴⁴

2008 års sexualbrottsutredning (Sexualbrottsutredningen) tolkade Bulgariendomen som att den inte föranleder någon skyldighet för en stat att ändra sin lagstiftning, då domen enbart binder parterna i målet. Däremot för att undvika att staten själv blir fälld i Europadomstolen i liknande frågor, påpekas det att stater gör bäst i att anpassa sig efter de domar som domstolen avkunnar.⁴⁵ Sammanfattningsvis menade utredningen att Bulgariendomen inte innebär någon förpliktelse från Sveriges sida att ändra sin lagstiftning på ett särskilt vis. Utredningen menade att även om lagstiftningen inte baseras på ett samtyckeskrav går det att uppfylla kraven som ställs i domen för att överensstämma med artikel 3 och artikel 8 EKMR. Det som följer av domen är att den materiella lagstiftningen ska vara utformad på ett sådant sätt att varje sexuell handling utan samtycke

⁴² Prop. 2012/13:111 s. 21.

⁴³ Prop. 2012/13:111 s. 31.

⁴⁴ Prop. 2012/13:111 s. 19.

⁴⁵ SOU 2010:71 s. 202.

omfattas. Detta menar utredningen är fullt möjligt, dock skulle det med en samtyckesreglering vara uppenbart lättare att anse kraven som uppfyllda.⁴⁶

Regeringen konstaterade snabbt i 2005 års proposition att det i internationell rätt, speciellt Bulgariendomen, finns samtyckeskrav som grund för straffansvar. I propositionen görs sedan en avvägning mellan de skäl domen i sig utgör och vissa andra skäl för ett införande av ett samtyckeskrav i svensk rätt, med de skäl som finns mot införandet, vilket resulterar i att regeringen föreslår att inte införa en lag baserad på samtycke.⁴⁷ Lagrådet som var en av remissinstanserna menade i sitt yttrande att Bulgariendomens tolkning av EKMR och dess följder för svensk rätt ytterligare borde analyseras.⁴⁸

⁴⁶ SOU 2010:71 s. 204.

⁴⁷ Prop. 2004/05:45 s. 37-38.

⁴⁸ Prop. 2004/05:45 s. 207-208.

4 Hur menar förarbeten och doktrin att svensk lagstiftning överensstämmer med Bulgariendomens standard?

4.1 2013 års proposition

År 2013 framlade regeringen en proposition gällande en skärpt sexualbrottslagstiftning.⁴⁹ Här menar regeringen att intresset av att skydda den sexuella självbestämmanderätten tillhör kärnan i sexualbrottsregleringen. Därmed blir frågan gällande om ett giltigt samtycke till en sexuell handling föreligger avgörande för att bedöma om ett brott har begåtts. Däremot menar inte regeringen med detta att det innebär att bristande samtycke borde vara grundrekvisit för regleringen. För att byta från dagens gällande lag krävs enligt regeringen att förslaget framstår som klart bättre än den nuvarande för att på ett så ändamålsenligt och rättssäkert vis uppfylla syftet.⁵⁰

Den SOU⁵¹ som låg till grund för propositionen visade enligt regeringen på brister och fel med 2005 års lagreform, vilket bland annat berodde på att uttrycket ”*hjälplost tillstånd*” tolkades för snävt och såg framför allt till omständigheter hänförliga till offret.⁵² Ytterligare en brist kunde sägas vara att de så kallade ”*passivitetsfallen*” och ”*vilseledandefallen*” kunde komma att ligga utanför det då gällande tillämpningsområdet.⁵³ Karaktäristiskt för en ”*särskilt utsatt situation*” menade regeringen var att offret hade haft klart begränsade möjligheter att freda sin sexuella integritet.⁵⁴

⁴⁹ Prop. 2012/13:111 s. 1.

⁵⁰ Prop. 2012/13:111 s. 19.

⁵¹ SOU 2010:71.

⁵² Prop. 2012/13:111 s. 26.

⁵³ Prop. 2012/13:111 s. 26-27.

⁵⁴ Prop. 2012/13:111 s. 30.

Till skillnad mot utredningen menade regeringen att en ny samtyckesbaserad straffbestämmelse⁵⁵ inte bör genomföras.⁵⁶ Som skäl för detta anfördes att de situationer som denna reglering var tänkt att omfatta, alltså sexuella kränkningar där gärningspersonen utan tvång eller utnyttjande genomför en sexuell handling mot en person utan dennes tillåtelse, skulle täckas av en utvidgning. Regeringen menade således att det saknas tillräckliga skäl att införa en ny straffbestämmelse, delvis då tillämpningsområdet ”*i princip förefaller sammanfalla såvitt avser passivitetsfall, överrumplingsfall och vissa kvalificerade fall av vilseledande*”(min kursivering)⁵⁷

4.2 2008 års sexualbrottsutredning

Sexualbrottsutredningen hade bland annat som uppdrag att utreda och ta ställning till om kravet på tvång skulle ersättas med ett krav på samtycke.⁵⁸ Utredningen bedömde att begreppet ”*hjälpöst tillstånd*” var för snävt tolkat på så sätt att det inte täcker in alla straffvärda handlingar där gärningspersonen utnyttjat den situation målsäganden befann sig i. Vidare menade utredningen att det i situationer då varken tvång eller utnyttjande hade förekommit var det inte allvarligare kriminaliserat än sexuellt ofredande, så som i situationer där en sexuell handling utförs mot en person mot dennes vilja men reaktionen är total passivitet.⁵⁹ Utredningen menar att tolkningen av ”*hjälpöst tillstånd*” har blivit snävare sedan den tolkning av rekvisitet som gjordes i Södertäljedomen⁶⁰. Vidare menades att när det gäller alkohol- och drogpåverkade offer uppkommer något av ett ”*moment 22*”, alltså att om offret kan lämna en någorlunda bra redogörelse för vad

⁵⁵ För mer angående förslaget se 2.3.2.

⁵⁶ Prop. 2012/13:111 s. 31.

⁵⁷ Prop. 2012/13:111 s. 34.

⁵⁸ SOU 2010:71 s. 3.

⁵⁹ SOU 2010:71 s. 223.

⁶⁰ NJA 1997 s. 538.

som har hänt är inte kravet på ”*hjälpöst tillstånd uppfyllt*”, medan om denne inte kan lämna en tillräcklig god redogörelse kan inte kravet styrkas.⁶¹

För att komma till bukt med problemet föreslog utredningen dels att ”*hjälpöst tillstånd*” skulle bytas ut mot ”*särskilt utsatt situation*” för att således utvidga denna bestämmelse, dels att införa en subsidiär bestämmelse baserad på samtycke.⁶² Grundläggande för det första förslaget menade utredningen var att offret skulle ha särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet och det ska ses till omständigheter hänförliga till såväl offret som omgivningen. Centralt för bedömningen menar utredningen ska vara huruvida ett otillbörligt utnyttjande har skett eller inte. I situationer med ett otillbörligt utnyttjande kan inte samtycke vara ansvarsbefriande.⁶³ Utredningen menar att med denna förstnämnda ändring skulle lagstiftningen i bättre mån överensstämma med kraven i Bulgariendomen. Dock poängteras att det inte är säkert att samtliga brister i lagstiftningen som utredningen anser behövs åtgärdas kommer omfattas. Situationer som kan falla utanför är fall där en sexuell handling utförs utan tvång eller straffbart utnyttjande, men likväl är emot offrets vilja, men även vissa fall där utnyttjandet inte är tydligt nog för att falla under utvidgningen, alltså de så kallade vilseledandefallen.⁶⁴ Utredningen menar vidare att de straffvärda gärningarna som inte kommer täckas av utvidgningen av 6 kap. 1 § andra stycke BrB inte kommer vara många, dock att de fortfarande är straffvärda.

Utredningen menar att genom att införa en subsidiär bestämmelse baserad på samtycke kommer de ovan nämnda situationerna säkert kunna täckas upp.⁶⁵ Situationer där den nya bestämmelsen kan bli aktuell är fall där tillåtelse inte finns, alltså inte har manifesterats. Så kan vara fallet i passivitetsfallen men även i överraskningsfallen, vilka vanligtvis torde falla under de gällande våldtäktsbestämmelserna. Det kan också vara fall där en

⁶¹ SOU 2010: 71 s. 225-226.

⁶² SOU 2010:71 s. 233.

⁶³ SOU 2010:71 s. 240-241.

⁶⁴ SOU 2010:71 s. 246.

⁶⁵ SOU 2010:71 s. 247.

person med hänsyn till omständigheterna inte kan sägas ha haft särskilda svårigheter att värna sin sexuella integritet som den nya föreslagna bestämmelsen skulle kunna tillämpas. Villfarelsefall kan även enligt utredningen komma att täckas av denna reglering, exempelvis i fall där gärningspersonen utger sig för att vara någon annan än hen är, men även andra former av mer eller mindre sofistikerade brottsplaner.⁶⁶

Utredningen menar att genom införandet av en sådan subsidiär bestämmelse ”*kan det knappast kan råda någon tvekan om att Sverige uppfyller sina internationella åtaganden*”.⁶⁷

4.3 2005 års proposition

Regeringen presenterade i slutet av 2004 en proposition rörande en ny sexualbrottslagstiftning, där det bland annat föreslogs en genomgripande förändring av dessa bestämmelser.⁶⁸ Regeringen framhöll att räckvidden för sexualbrottslagstiftningen i huvudsak bör vara densamma som i tidigare lagstiftning, alltså att det krävs att offret i princip inte kan värja sig eller saknar förmåga att kontrollera sitt handlande. Regeringen framhöll även att Lagrådet i sitt remissvar menade att man till följd av Bulgariendomen bör överväga att mjuka upp kravet från ”*hjälplost tillstånd*” till ”*särskilt utsatt situation*”, eller att åtminstone göra en närmare analys av Bulgariendomens konsekvenser för svensk del.⁶⁹

Regeringen menade att eftersom bland annat forskning har visat att personer som utsätts för hot eller våld ofta inte vågar eller förmår göra motstånd, utan helt enkelt ger efter för gärningspersonens krav, bör mindre allvarliga hot och våld anses vara att betvinga.⁷⁰ För våld menade regeringen att kravet redan var lågt ställt genom inte kräva att offret hade gjort fysiskt motstånd, utan att hålla fast en person med sin kroppsvikt utgjorde våld. Regeringen

⁶⁶ SOU 2010:71 s. 253.

⁶⁷ SOU 2010:71 s. 248.

⁶⁸ Prop. 2004/05:45 s. 1.

⁶⁹ Prop. 2004/05:45 s.39.

⁷⁰ Prop. 2004/05:45 s. 43.

redogjorde för kommitténs förslag vilket var att kravet på tvång borde vara i nivå med kravet som återfinns i brottet olaga tvång i 4 kap. 4 § BrB, vilket skulle innebära att hot att åtala eller ange någon för brott eller annars lämna menligt meddelande, om tvånget ansågs vara otillbörligt, skulle innefattas. Regeringen exemplifierade denna nivå med att hot om att avslöja otrohet om den andre inte gick med på en allvarligt kränkande sexuell handling skulle i så fall utgöra våldtäkt. Regeringen menade med utgångspunkt i att våldtäktsbestämmelsen skulle vara reserverad för de mest allvarliga sexuella kränkningarna att en sådan utvidgning skulle innebära betydande risk för att våldtäktsbegreppet tunnades ut. Regeringen menade således att det hot som krävdes skulle motsvara 4 kap. 4 § första mening BrB, alltså ”hot om brottslig gärning”.

4.4 Täcker dagens reglering alla fall av våldtäkt?

Ett möjligt problem med dagens våldtäktsreglering är den ”*moment 22*”-situation som har berörts av såväl Leijonhufvud som Sexualbrottsutredningen. Alltså om en person är så berusad att hen befinner sig i en särskilt utsatt situation torde hen inte kunna lämna en tillräckligt sammanhängande berättelse för att styrka en särskilt utsatt situation, utan att det finns stödbevisning.⁷¹ Leijonhufvud menade vidare i sin utredning att lagstifta med ”*särskilt utsatt situation*” som rekvisit förvisso skulle täcka upp fler fall, men rekvisitet skulle inte räcka för att uppnå ett fullgott skydd för den sexuella integriteten eller för att att uppfylla internationella åtaganden. Hon menar att det finns situationerna där en person inte befinner sig i en särskilt utsatt situation men alltjämnt inte deltar frivilligt, vilket inte skulle täckas av lagstiftningen.⁷² Till detta kommer att Leijonhufvud menar att propositionen år 2005 haft en felaktig utgångspunkt då man inte tog med ordet ”*any*” ur Bulgariendomens 166 punkt och således i sin tolkning av

⁷¹ SOU 2010: 71 s. 225-226; Leijonhufvud 2005.

⁷² Samtyckesutredningen s. 87.

domens skyldighet inte uttalade att alla fall av sexuella handlingar skulle vara kriminaliserade.⁷³

Regeringen fattade beslut i augusti 2014 att tillsätta en utredning för att göra en översyn av våldtäktsbrottet.⁷⁴ I uppdraget ligger att genomgå praxis i syfte att kartlägga om det finns ett behov av förtydligande eller förändringar av våldtäktsbrottet.⁷⁵

Det har även i media pågått en het debatt i samband med en rad uppmärksammade underrättsdomar om att Sverige borde införa en samtyckesreglering.⁷⁶

⁷³ Samtyckesutredningen s. 72.

⁷⁴ Dir. 2014:123.

⁷⁵ Dir. 2014:123 s. 9.

⁷⁶ Se exempelvis: Persson 2013; Åberg 2013.

5 Slutsats och analys

5.1 Stadgar Bulgariendomen en skyldighet att lagstifta med samtycke?

Som har framkommit under min undersökning är det inte alldeles klart vad som gäller för svenskt vidkommande gällande sexualbrott. Grunden till det oklara läget är att Europadomstolen i ett sexualbrottsfall från år 2003 uttalade att medlemsstaterna har en positiv skyldighet att kriminalisera och lagföra alla sexuella handlingar som sker utan samtycke för att uppfylla artikel 3 och artikel 8 EKMR. Detta har sedermera gett upphov till flera tolkningar av vad domen innebär, där vissa är av den bestämda åsikten att domen innebär ett krav att lagstifta med ett samtyckesrekvisit som grund, medan andra menar att ett sådant krav inte alls går att utläsa.

Inledningsvis kan det konstateras att såväl 2005 års proposition som 2013 års proposition har kommit till slutsatsen att Sverige inte behöver ändra från att ha tvång respektive ”*hjälpöst tillstånd*” och ”*särskilt utsatt situation*” som rekvisit till att basera på samtycke. Den modell för att anpassa sig till Europadomstolens krav som regeringen istället har valt har syftat till att omfånget av den redan gällande lagstiftningen ska utvidgas. I samband med den tidigare propositionen bör poängteras att Lagrådet ansåg att Bulgariendomens konsekvenser behövde analyseras mer ingående. Det bör tilläggas att det förslag Sexualbrottsutredningen lämnade till regeringen innehöll en subsidiär reglering baserad på samtycke, eftersom utredningen menade på att det då inte kunde råda något tvivel om att man Bulgariendomens krav uppfylls. Regeringen har dock som nämnt, i båda propositionerna, haft uppfattningen att Bulgariendomen inte innebär något krav för Sverige att lagstifta på ett särskilt sätt.

Vid sida av dessa offentliga källor har även framstående personer på straffrättsområdet åsikter om vad Bulgariendomen innebär. Madeleine

Leijonhuvud är av åsikten att Bulgariendomen innebär en faktisk skyldighet att lagstifta på ett visst sätt, alltså runt samtycke. Hon lyfter bland annat fram att domen säger att alla ("any") fall av sexuella handlingar som sker utan samtycke ska kriminaliseras och lagföras av staterna. Hon konstaterar även att Sverige måste ha en lagstiftning där våldtäkt begås då samtycke saknas.

Petter Asp å sin sida menar att en sådan skyldighet inte alls kan läsas ut. Han menar inledningsvis att domstolens uppdrag inte är att visa på ett visst sätt att lösa ett problem, utan att den ska döma när en lösning är otillåten. Vidare menar han stödd av en vid "*margin of appreciation*" att det genom domen inte skulle föreligga någon skyldighet att lagstifta på ett visst sätt. Utöver detta pekar han på svårigheterna att tolka något av domstolens uttalanden som att något annat än en minimistandard har uttryckts. Även Träskman menar på att den slutsats Leijonhufvud har dragit av domen är felaktig, vilket han bygger på att det alltså finns stater som även de har kriminaliserat med en våld- eller hotrekvisit.

Jag anser att alla dessa tolkningar är rimliga. I grunden är det trots allt parterna som binds av domen, vilket framkommer i artikel 46 EKMR. Till detta hör att konventionens första artikel stadgar att alla staterna har en skyldighet att tillförsäkra personer inom dess jurisdiktion konventionens rättigheter. Så som Palm menar finns det dock ur effektivitetssynpunkt skäl för staterna att själva rättar sig efter Europadomstolens praxis. Med detta som utgångspunkt menar jag alltså att om Europadomstolen i en dom skulle uppställa ett krav på att en part skulle ändra sin lagstiftning på ett visst sätt, skulle inte detta innebära någon formell skuldighet för en stat som inte är part att ändra, dock skulle den göra bäst i att ändå göra så.

Då återstår det att tolka huruvida Bulgariendomen uttrycker ett sådant krav att ändra lagstiftningen på ett visst sätt för att inte bryta mot artikel 3 och artikel 8 EKMR. I likhet med Asp anser jag att en sådan tolkning är svår att göra. Det domstolen gör i målet är att gå igenom de lagstiftningstrender som

finns bland medlemsländerna och pekar sedan på att det finns en minimistandard, alltså att alla sexuella handlingar som sker utan samtycke ska kriminaliseras. Domstolen uttrycker förvisso att det finns en skyldighet att kriminalisera våldtäkt i punkt 153, däremot uttrycks det inte att kriminaliseringen ska ske på ett visst sätt eller att brottet måste rubriceras våldtäkt i punkt 166.

Sammantaget föranleder alltså inte Bulgariendomen enligt mig någon skyldighet för stater att lagstifta med samtycke. Så länge en stats lagstiftning täcker alla sexuella handlingar som begås utan samtycke bör denna alltså inte strida mot EKMR.

5.2 Lever Sverige upp till Bulgariendomens minimistandard?

Samtyckesutredningen menade att det är fullt möjligt för Sverige att bibehålla en lagstiftning baserad på tvång samt ”*hjälpöst tillstånd*” och samtidigt uppfylla Bulgariendomens krav. Dock menade utredningen att det skulle bli lättare att visa att man uppfyller kraven med ett samtyckesrekvisit. Så som jag tolkar Leijonhufvud menar hon att den enda möjligheten att täcka in alla sexuella handlingar som sker utan samtycke är just att inför en lagstiftning med samtyckesrekvisit, vilket jag anser hennes tydliga krav för ett sådant införande i sin utredning så som att använda ord som ”*måste*” tyder på.

När det kommer till utvecklingen av dagens lagstiftning kan uppmärksammas att Sexualbrottsutredningens utvärdering av 2005 års lagändring visade på att det fanns brister gällande tillämpningsområdet för den lagstiftning man vid införande ansåg täckte alla situationer. Bland annat på grund av detta föreslogs en utvidgning av tillämpningsområdet genom att införa ”*särskilt utsatt situation*”, men man föreslog samtidigt en subsidiär samtyckesbaserad paragraf för att det som tidigare nämnt inte skulle råda

något tvivel om att kraven uppfylls. Utredningen pekade även ut ett antal fall som man ansåg skulle täckas upp av den föreslagna subsidiära regleringen. Dessa var fall då utnyttjande inte var tydligt nog för att täckas av ”*särskilt utsatt situation*”, men alltjämnt var mot någons vilja.

Regeringen å sin sida resonerade som så att en utvidgning till ”*särskilt utsatt situation*” torde täcka upp alla de situationer som skulle kunna täckas med ett samtyckesrekvisit. Det uttrycks som att tillämpningsområdena ”*i princip*” tycks sammanfalla. I regeringens argumentation används även flera liknande ord vilka enligt mig uttrycker viss tvekan inför huruvida tillämpningsområdet faktiskt kommer vara lika stort som det för samtycke, alltså Bulgariendomens krav. Som även lyftes fram fann Sexualbrottsutredningen år 2008 att det fanns brister i den då gällande lagstiftningens tillämpningsområde. Regeringen har nu tillsatt en ny utvärdering för att bland annat se över dagens lagstiftning. Detta skulle enligt mig antingen kunna tyda på att man redan nu är tveksam till huruvida lagstiftningen är tillräcklig, eller så finns bara ett nyttigt mått av självgranskning.

Det råder alltså enligt min mening en viss tveksamhet inför huruvida Bulgariendomens krav uppfyllas av den svenska rätten. Precis som utredningen pekar på torde det finnas situationer där en person inte samtycker, men trots det inte kan sägas befinna sig i en särskilt utsatt situation, eller att något våld eller hot har förekommit. Detta trots att våldskravet är lågt ställt. Kravet på hot är som tidigare nämnt ställt som ”*hot om brottslig gärning*”, och regeringens otrohetsexempel i propositionen från 2005 visar på fall som inte i dagens läge täcks av lagstiftningen men som troligtvis hade täckts av en samtyckesreglering, om än så önskat. I övrigt torde de flesta andra fall där våld eller hot har förekommit enligt mig ha ett tillämpningsområde som bör sammanfalla med det för ett samtyckesrekvisit. Redan idag ligger det i själva tvångsbegreppet att ett samtycke inte finns vilket har framkommit i Tumbafallet.

Precis som Sexualbrottsutredningen har framhållit går det att tänka sig situationer där en person inte deltar av fri vilja, men ändå inte befinner sig i en särskilt utsatt situation. Den exemplifiering utredningen gör tror jag inte på något sätt är uttömmande, utan om man hade granskat underrättspraxis hade man säkerligen kunna hitta fler fall, eller åtminstone då kunnat tänka sig fler fall som inte täcks av dagens reglering.

Regeringen framhöll i propositionen från 2013 att för att byta från dagens gällande reglering krävs att förslaget framstår som klart bättre än den nuvarande. Jag tycker att detsamma gäller även för andra ändringar än att byta rekvisit. Viss kritik anser jag att man kan ge regeringen då det enligt mig inte framstod som klart att den lagstiftningsmodell som valdes skulle täcka alla fall av sexuella handlingar utan samtycke.

Vidare anser jag att den diskussion som har förts i förarbetena många gånger har blandat argument rörande effektivitet och bevisbarhet med argument som rör om vi faktiskt lever upp till kraven från Europadomstolen. Enligt min mening bör man inte göra en avvägning mellan ett krav och effektiviteten, utan man bör först tillse att tillämpningsområdet blir det avsedda i enlighet med de krav som finns, för att därefter utforma en så effektiv och rättssäker reglering som möjligt.

Enligt mig är det svårt att leva upp till Europadomstolens krav utan att ha en reglering baserad på samtycke. Jag tror dock i likhet med Sexualbrottsutredningen att det är möjligt, men jag tror även att en sådan lagstiftning skulle bli onödigt komplicerad och med tillhörande tillämpningsproblem. Med en samtyckeslagstiftning torde man enklare kunna visa på att kraven är uppfyllda, åtminstone rent formellt. I realiteten kommer dock fortfarande beviskraven vara högt ställda och en ändring skulle alltså inte nödvändigtvis leda till fler fällande domar.

För att så sammanfattningsvis besvara min frågeställning gällande om svensk rätt överensstämmer med EKMR, menar jag att den inte gör det.

Detta betyder inte att vi på något sätt kan dömas i Europadomstolen av den enkla anledningen, eftersom fall som man kan tänka sig är möjliga inte nödvändigtvis faktiskt inträffar så ofta i verkligheten. Till detta kommer alla bevissvårigheter som följer av rättssäkerhetsskäl. Enligt min mening borde alltså den svenska lagstiftaren inse att den valda lagstiftningsmodellen för sexualbrott inte ger det skydd Europadomstolen menar att vi måste ge, och i enlighet med Palms uttalande borde Sverige självmant rätta vår lagstiftning. På så sätt kan vi åtminstone rent materiellt säga att vår lagstiftning överensstämmer med EKMR och således förhoppningsvis kunna garantera var och en som befinner sig i vårt land konventionens fri- och rättigheter.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Proposition 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning

Statens offentliga utredning

SOU 2010:71 Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2014:123 Översyn av våldtäktsbrottet

Lagar och konventioner

Brottsbalk (1962:600)

Europakonventionen för mänskliga rättigheter

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Regeringsformen (1974:152)

Litteratur

Asp, Petter: ”M.C v. Bulgarien – en svensk perspektiv”. I: Asp, Petter, *Sex och samtycke*, Uppsala 2010

Juridisk metodlära (redaktör: Korling, Fredrik; Zamboni, Mauro), andra upplagan, Studentlitteratur, Lund 2013

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

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

Internetkällor

Leijonhufvud, Madeleine: *Våld och sex – hur skyddar den nya sexualbrottslagen*, publicerad 2005-03-07. Hämtat 2015-01-05 från: <http://www2.amnesty.se/svaw.nsf/0/49F851E137C865DEC1256FBD005565FB?opendocument>

Massi Fritz, Elisabeth: *Varför räcker inte ett nej till sex?*, publicerad 2014-09-26. Hämtad 2015-01-07 från: http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/varfor-racker-inte-ett-nej-till-sex_3944506.svd

Persson, Anna, *Hovrättspresident efter det uppmärksammade våldtäktsmålet: "en samtyckeslag bör införas"*, publicerad 2013-10-03. Hämtad 2015-01-07 från: <http://www.dagensjuridik.se/2013/10/hovrattspresident-efter-det-uppmärksammade-valdtaktsmalet-en-samtyckeslag-bor-inforas>

Åberg, Elisabeth, *Advokat: Våldtäktsdomar är ett lotteri*, publicerad 2013-10-01. Hämtad 2015-01-07 från: <http://www.svt.se/nyheter/sverige/advokat-valdtaktsdomar-ar-ett-lotteri>

Rättsfallsförteckning

Case of M.C v. Bulgaria, application no. 39272/98, 04/03/2004

NJA 1997 s. 538

NJA 2004 s. 231

NJA 2009 s. 447 I