

**ÅBO AKADEMI –
FAKULTETEN FÖR SAMHÄLLSVETENSKAPER OCH EKONOMI**

Ämne: Folkrätt, magisterprogrammet i folkrätt

Författare: Ludvig Andersson

Arbetets titel: ”JA! JAG VILL! ELLER... VILL JAG VERKLIGEN?”
En kritisk granskning av sexuellt samtycke utifrån Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna samt Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet

Handledare: Elina Pirjatanniemi

Abstrakt:

Våldet mot kvinnor är erkänt som brott mot de mänskliga rättigheterna. Även det sexuella våldet mot kvinnor, däribland våldtäkt, har inkluderats.

Definitionen på våldtäkt har traditionellt sett utgått ifrån krav på våld, hot, tvång eller utnyttjande av offrets situation. Om någon av dessa förutsättningar uppfyllts vid en sexuell handling har förövaren kunnat dömas för våldtäkt.

Numera anses parternas samtycke vara avgörande för om en våldtäkt begåtts. Om gärningsmannen utan offrets samtycke genomfört en sexuell handling ska denne kunna lagföras för våldtäkt.

Samtycke har ändå mötts av kritik. I denna har lyfts fram risken för att en juridisk definition på våldtäkt utgående från samtycke skulle bli så vag att den straffrättsliga legalitetsprincipens krav på lagars tydlighet och förutsägbarhet inte uppfylls. Därtill har ansetts att samtycke övervältrar bevisbördan i brottmål på den åtalade, så att det är den åtalade som tvingas bevisa sin oskuld.

Syftet med denna avhandling har varit att, med hjälp av Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) samt Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (Istanbulkonventionen), utreda om kritiken mot samtycke är befogad. I avhandlingen har därför använts en rättsdogmatisk metod för att besvara fyra huvudsakliga forskningsfrågor.

I avhandlingen har för det första undersökts hur samtycke ska definieras. Jag har tvingats konstatera, att samtycke är ett mångfacetterat begrepp som inte kan

definieras exakt. I samband med detta har konstaterats att diskussionen om vad som utgör samtycke bör föras förrän en juridisk definition utarbetas.

För det andra har undersökts om Europakonventionen samt Istanbulkonventionen ålägger konventionsstaterna skyldigheten att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke. Bägge föreskriver att konventionsstaterna är juridiskt skyldiga att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke.

För det tredje har analyserats huruvida en juridisk definition på samtycke är så vag att den bryter mot den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser om lagars tydlighet, vilken ligger som grunden för förutsägbarheten och individens rättssäkerhet. Samtycke strider inte per definition mot legalitetsprincipen, men ju tydligare brottsbeskrivning, desto mindre är riskerna.

För det fjärde har också undersökts om samtycke övervältrar bevisbördan på den åtalade, så att den åtalade måste bevisa sin oskuld. Enligt rätten till en rättvis rättegång ska den åtalade anses oskyldig tills motsatsen bevisas. Dessutom ska åklagaren bevisa den åtalades skuld. Jag har inte funnit några vetenskapliga bevis för att bevisbördan övervältras. Därtill har konstaterats att bevisningen av våldtäkt, inte bevisbördan, utgör det största problemet med samtycke.

Slutresultaten är sist och slutligen föga överraskande. De visar att samtycke är den nya normen. Samtidigt har jag tvingats konstatera, att kritiken till stora delar är obefogad.

Nyckelord: samtycke, våldtäkt, sexuellt våld, kvinnovåld, mänskliga rättigheter, den straffrättsliga legalitetsprincipen, rätten till en rättvis rättegång, bevisbördan, oskyldighetspresumtionen, Europarådets konvention om våld mot kvinnor och våld i hemmet, Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna

Datum: 10.5.2019

Sidantal: 105

Antal ord: 27 177

Ludvig Andersson

AVHANDLING PRO GRADU I FOLKRÄTT

Ludvig Andersson

”JA! JAG VILL! ELLER... VILL JAG VERKLIGEN?”

En kritisk granskning av sexuellt samtycke utifrån Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna samt Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet

Avhandling pro gradu i folkrätt
Fakulteten för samhällsvetenskaper och ekonomi (FSE)

Handledare: Elina Pirjatanniemi

Åbo Akademi

2019

1 Inledning	1
1.1 Våld mot kvinnor ur ett internationellt perspektiv	1
1.2 Diskussionen om samtycke till sex	3
1.2.1 En ny brottsbeskrivning för våldtäkt utifrån samtycke	3
1.2.2 Kritiken mot samtycke	7
1.3 Frågeställningar, syfte och avgränsningar	9
1.4 Material och metod	13
2 Samtycke som ett svårt och mångtydigt begrepp	16
2.1 Att definiera samtycke	16
2.2 Vad är samtycke?	17
2.2.1 Utgångspunkten: Individens frihet att välja	17
2.2.2 Samtycke som en kombination av vilja och kommunikation	18
2.3 Hur ska samtycke kommuniceras?	24
2.3.1 Tre olika modeller	24
2.3.2 Nej-modellen	25
2.3.3 Ja-modellen	26
2.3.4 Förhandlingsmodellen	28
2.4 Andra centrala argument om samtycke	29
2.4.1 Den feministiska kritiken	29
2.4.2 Sexualbrott bör inte behandlas annorlunda än andra brott	30
2.4.3 Den pessimistiska synen: Samtycke förändrar ingenting	31
2.4.4 ”Sex kriminaliseras”	32
2.4.5 Risken för falska anklagelser	33
3 Staters skyldighet att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke	35
3.1 Från våld till samtycke	35
3.1.1 Det historiska perspektivet på våldtäkt	35
3.1.2 Våldtäkt som ett brott mot de mänskliga rättigheterna	37
3.1.3 Tillbörlig aktsamhet	39
3.1.4 Samtycke börjar betonas	40
3.2 Våldtäkt enligt Europakonventionen	42
3.2.1 Uttryckliga bestämmelser om våldtäkt saknas	42
3.2.2 Våldtäkt inkorporeras av artiklarna 3 och 8	43

3.2.3 Europadomstolen: Våldtäkt ska definieras utifrån samtycke	46
3.2.4 Kritik av Europadomstolens tolkning	51
3.3 Våldtäkt enligt Istanbulkonventionen	56
3.3.1 Konventionens tillkomst och syfte	56
3.3.2 Våldtäkt bör definieras utifrån samtycke	59
4 Hotar samtycke den straffrättsliga legalitetsprincipen?	63
4.1 Den straffrättsliga legalitetsprincipen	63
4.1.1 Den straffrättsliga legalitetsprincipen enligt folkrätten	63
4.1.2 Legalitetsprincipens syfte, ursprung och beståndsdelar	64
4.2 Lagen måste vara förutsägbar	68
4.2.1 Förutsägbarhet kräver att lagen är tillgänglig och tydlig	68
4.2.2 Öppna lagbestämmelser tillåts	74
4.2.3 Tolkningsprincipen av lag ska vara förutsägbar	76
4.3 En tydlig definition på samtycke	79
5 En rättvis rättegång i sexualbrottmål	81
5.1 Rätten till en rättvis rättegång	81
5.1.1 Samtycke, bevisbördan och oskyldighetspresumtionen	81
5.1.2 Rätten till en rättvis rättegång enligt folkrätten	82
5.1.3 Varför en rätt till en rättvis rättegång?	84
5.1.4 Equality of arms och kontradiktoriskt förfarande	85
5.2 Oskyldighetspresumtionen	87
5.2.1 Bevisbördan är en del av oskyldighetspresumtionen	87
5.2.2 Bevisbördan får ej övervältras på den åtalade	89
5.2.3 Bevisningen, inte bevisbördan, som det verkliga problemet	92
5.3 Balanseringen av parternas rättigheter	95
5.3.1 Rättegången en kamp mellan två parter	95
5.3.2 Fokus på offer eller på gärningsman?	97
6 Sammanfattande diskussion	100
6.1 Undersökningsresultaten överraskar inte	100
6.2 Vägen framåt	101
6.2.1 Läget i Finland	101
6.2.2 Läget i Sverige	103

6.2.3 Samtycke etableras i tre steg	104
Källförteckning	vi

Lista över förkortningar

CEDAW Committee, the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women - FN:s kommitté för avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW-kommittén).

CEDAW, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women - Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW).

Committee of Ministers, the Committee of Ministers of the Council of Europe - Europarådets ministerkommitté (ministerkommittén).

DEVAW, the United Nations General Assembly Declaration on the Elimination of Violence against Women - FN:s generalförsamlings deklARATION om eliminering av våld mot kvinnor (DEVAW).

ECHR, the European Convention on Human Rights - Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen, EKMR).

ECtHR, the European Court of Human Rights - Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen).

EU, the European Union - Europeiska unionen (EU).

FRA, the European Union Agency for Fundamental Rights - Europeiska unionens grundrättighetsbyrå (FRA).

IACrtHR, the Inter-American Court of Human Rights - Den interamerikanska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Den interamerikanska domstolen, IACrtHR).

ICCPR, the International Covenant on Civil and Political Rights - FN:s internationella konvention om de medborgerliga och politiska rättigheterna (MP-konventionen).

ICJ Statute, the Statute of the International Court of Justice - Den internationella domstolens stadga (stadgan för ICJ).

ICTY, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia - Den internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (ICTY).

Istanbul Convention, the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence - Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (Istanbulkonventionen).

UDHR, the Universal Declaration of Human Rights - Förenta nationernas allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna (FN-deklarationen).

UN, the United Nations - Förenta nationerna (FN).

Vienna Convention, the Vienna Convention on the Law of Treaties - Wienkonventionen om traktaträtten (Wienkonventionen).

WHO, World Health Organization - Världshälsoorganisationen (WHO).

1 Inledning

1.1 Våld mot kvinnor ur ett internationellt perspektiv

Våld mot kvinnor utgör ett globalt dilemma och är en av de största utmaningarna att handskas med idag.¹ Till kvinnovåld räknas givetvis olika former av sexuellt våld, däribland våldtäkt, som förekommer i många olika sammanhang,² såväl i väpnade konflikter som i fredstid.³

Det sexuella våldet mot kvinnor tar sig många olika uttryck. En mycket stor del av våldet sker i nära relationer. Det är alltså vanligt, att såväl våldtäkter som andra former av kvinnovåld sker inom hemmets väggar eller inom bekantskapskretsen.⁴ Därför är även denna typ av kvinnovåld ett omfattande internationellt problem.⁵

Rent statistiskt är det svårt att mäta våldets omfattning. Dels varierar undersökningsresultaten mycket stater emellan, dels kan tillförlitligheten i påvisad statistik ifrågasättas i och med att många fall av kvinnovåld i nära relationer aldrig kommer till kännedom.⁶ De undersökningar som genomförts ger ändå en antydning om problemets omfattning.

Enligt en undersökning inom Världshälsoorganisationen (härefter: WHO) har uppskattningsvis 35 % av världens kvinnor utsatts för endera fysiskt eller sexuellt

¹ *In-depth study on all forms of violence against women*, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 juli 2006, §§ 1-2.

² Eriksson, 2011, s. 3.

³ Eriksson, 2011, s. 4-5.

⁴ Eriksson, 2011, s. 156-158. En av de vanligaste myterna om våldtäkt involverar vad som kan kallas ”Den fientlige främlingen” - det vill säga den för offret okända förövaren som hoppar fram ur busken och våldtar med hjälp av hot och våld. Det är ändå en sällsynt typ av sexuellt våld; de flesta fall av sexuellt våld sker inom nära relationer. Se till exempel Diehl, 2015, s. 509.

⁵ Randall & Venkatesh, 2016, s. 189.

⁶ De Vido, 2017, s. 71.

våld av en partner eller icke-partner.⁷ Även statistiken inom Europeiska unionen (härefter: EU) är dyster.

Enligt en EU-undersökning från år 2014, genomförd av EU:s grundrättighetsbyrå (härefter: FRA), har var tredje kvinna (33 %) inom unionen sedan 15 års ålder erfarenhet av fysiskt eller sexuellt våld. Var femte kvinna (18 %) har någon gång utsatts för förföljelse.⁸ Mer än varannan kvinna har under sin livstid utsatts för någon form av sexuella trakasserier.⁹

Även om tillförlitligheten i resultaten, såsom ovan redan har konstaterats, kan ifrågasättas pekar undersökningarna ändå mot ett gemensamt håll. Våld mot kvinnor, inbegripet sexuellt våld, oavsett om det sker inom eller utanför nära relationer, är ett påtagligt och allvarligt problem. Kvinnor är i betydligt högre grad än män utsatta för våld, och löper betydligt större risk för att drabbas av våld.¹⁰ Våldtäkt anses därför vara ett könsbaserat brott eftersom kvinnor drabbas på ett oproportionerligt sätt.¹¹

Sexuellt våld har redan under en relativt lång tidsperiod erkänts såväl inom den internationella straffrätten som inom den humanitära rätten.¹² Däremot har i ett internationellt perspektiv getts mindre uppmärksamhet mot det våld som kvinnor

⁷ Violence Against Women, publicerad 29 november 2017 på: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (besökt 20 februari 2019).

⁸ Här använder jag det svenska ordet för det som på engelska kallas för *stalking*.

⁹ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): *Violence against Women: an EU-wide survey*, s. 167, tillgänglig på: <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (besökt 20 februari 2019).

¹⁰ Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (Istanbulkonventionen), 11 maj 2011, ingressen.

¹¹ Eriksson, 2011, s. 156.

¹² Sangwan, 2012-2013, s. 253-254.

möter i den fredstida vardagen.¹³ Sexuellt våld i fredstid har gjort en betydligt längre resa för att uppnå status som en internationell folkrättslig fråga.

För att uppnå större jämlikhet kvinnor och män emellan måste därför kriminalisering av sexuellt våld vara ett viktigt mål inom ramarna för de internationella mänskliga rättigheterna.¹⁴ Våldet mot kvinnor är inte bara i sig ett brott mot de mänskliga rättigheterna och ett angrepp på kvinnans grundläggande rättigheter. Då kvinnor utsätts för våld försvåras samtidigt deras chanser att åtnjuta sina andra grundläggande rättigheter.¹⁵ Utvecklingen över de senaste åren visar emellertid att förändringsprocessen är på gång.

1.2 Diskussionen om samtycke till sex

1.2.1 En ny brottsbeskrivning för våldtäkt utifrån samtycke

Den 15 oktober 2017 gick skådespelaren Alyssa Milano ut i media för att påvisa omfattningen av olika former av sexuella trakasserier mot kvinnor. Uppropet¹⁶ fick snabbt genomslag med en egen hashtag. Följden blev att många kvinnor vågade träda fram och vittna om sexuella trakasserier och även våldtäkter.¹⁷ Rörelsen fick en sällan skådad genomslagskraft, främst tack vare de berättelser som spreds via sociala medier.

Parallellt med uppropet har definitionen på våldtäkt lyfts fram. Förespråkare för en förändring av definitionen anser att brottsbeskrivningen för våldtäkt inte längre

¹³ Edwards, 2010, s. 92.

¹⁴ Randall & Venkatesh, 2016, s. 189.

¹⁵ Randall & Venkatesh, 2015, s. 165.

¹⁶ #metoo, metoo-uppropet eller metoo-kampanjen.

¹⁷ Nilsson, Lennart, Expressen, 23 oktober 2017: *Hon skapade #metoo - det här betyder hashtaggen*, tillgänglig på: <https://www.expressen.se/nyheter/hon-skapade-metoo-det-har-betyder-hashtaggen/>, (besökt 17 september 2018).

kan utgå ifrån om våld använts.¹⁸ En ny brottsbeskrivning som istället för att innehålla krav på våld eller hot utgår ifrån samtycke skulle framförallt ge viktiga signaler till samhället om att sex utan samtycke är fel.¹⁹ Gärningsmannen, inte offret, skulle i fortsättningen bära ansvar för sexuella brott.²⁰ Gärningsmannen skulle vara tvungen att försäkra sig om ett ja till den sexuella handlingen. Offret skulle alltså inte längre genom ord eller handling behöva signalera ett nej.²¹

I Sverige har redan länge debatterats kriminaliseringen av våldtäkt utifrån samtycke. Tröskeln för att kunna döma en gärningsman för våldtäkt har ansetts vara för hög. Den gamla brottsbeskrivningen stipulerade, att för att kunna dömas för våldtäkt krävs att någon tvingar en annan till samlag eller annan sexuell handling genom våld eller hot om brottslig gärning. Som våldtäkt kunde även kvalificeras sådana situationer då gärningsmannen genomför samlag eller en annan sexuell handling genom att utnyttja en person i en ”särskilt utsatt situation.”²²

¹⁸ Sundholm, Marianne & Anttila, Sandra, Svenska Yle, 12 december 2017: *I Finland definieras våldtäkt utgående från våld - behöver vi också en samtyckeslag?*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2017/12/12/i-finland-definieras-valdtakt-utgaende-fran-vald-behoover-vi-ocksa-en-samtyckeslag> (besökt 22 februari 2019).

¹⁹ Blomqvist, Jonas & Sjöstedt, Susanna, Svenska Yle, 12 mars 2018: *Samtycke vid sex svårt att bevisa - men lagförslaget ses som en viktig signal från lagstiftarna: "Skammen vilar på kvinnan och det är fel"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/03/12/samtycke-vid-sex-svart-att-bevisa-men-lagforslaget-ses-som-en-viktig-signal-fran> (besökt 22 februari 2019).

²⁰ Sundholm, Marianne, Svenska Yle, 5 juni 2018: *Medborgarinitiativ om samtyckeslag har öppnat - "Skulle sänka tröskeln för våldtäktsanmälan"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/06/05/medborgarinitiativ-om-samtyckeslag-har-oppnat-skulle-sanka-troskeln-for> (besökt 22 februari 2019).

²¹ Lindroos, Ingemo, Svenska Yle, 13 oktober 2016: *Sverige gör om våldtäktslag - tydligt "ja" krävs för sex*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2016/10/13/sverige-gor-om-valdtaktslag-tydligt-ja-kravs-sex> (besökt 22 februari 2019).

²² Citerat direkt ur Brottsbalken (1962:700), 6 kap. 1 § 1-2 mom. (föråldrad).

Följden blev att Sveriges riksdag stiftade en ny brottsbeskrivning²³ för våldtäkt utgående från samtycke. Den nya paragrafen antogs i maj 2018,²⁴ trädde i kraft 1 juli 2018 och lyder som följer:²⁵

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller 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. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt.

Enligt förarbetena är utgångspunkten för den nya brottsbeskrivningen varje människas rätt till personlig och sexuell integritet samt sexuellt självbestämmande. Tanken var att anta en mer heltäckande brottsbeskrivning för att effektivare kunna bekämpa sexuella brott.²⁶

I centrum står alltså individens frivillighet att delta i sexuella aktiviteter. En avsaknad av viljeförklaring innebär alltså att deltagandet inte är frivilligt. Samlag med någon som inte uttryckligen sagt eller visat att hon vill idka sexuellt umgänge kriminaliseras enligt den nya paragrafen som våldtäkt.²⁷ Idén om skapandet av en attitydförändring i samhället genom den nya paragrafen, för att genom denna påverka människors värderingar, har varit central.²⁸

²³ I denna avhandling används begreppen brottsbeskrivning, brottsrekvisit och definition på våldtäkt utifrån samtycke parallellt. Även om begreppet ”samtyckeslag” används frekvent i den samhälleliga diskursen finner jag det nödvändigt att ibland vara mer specifik.

²⁴ Bäck, Mira, Svenska Yle, 23 maj 2018: *Sverige får samtyckeslag*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/05/23/sverige-far-samtyckeslag> (besökt 17 september 2018).

²⁵ Brottsbalken (1962:700), 6 kap 1 § 1 mom, ändrad genom 2018:618, i kraft från och med 1 juli 2018.

²⁶ Prop. 2017/18:177: *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet*, 15 mars 2018.

²⁷ Brottsbalken (1962:700), 6 kap 1 § 1 mom, ändrad genom 2018:618, i kraft från och med 1 juli 2018.

²⁸ Prop. 2017/18:177, s. 22.

Arbetet för att införa en brottsbeskrivning för våldtäkt utgående från samtycke har också påbörjats i Finland. I februari 2019 rapporterade Svenska Yle att en arbetsgrupp som ska påbörja arbetet med en lagförändring sammankallats.²⁹

Redan i december år 2017 diskuterades frågan om sexuella trakasserier i riksdagen,³⁰ och den 5 juni 2018 öppnade medborgarinitiativet *Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018* för att samla in namnunderskrifter till stöd för en definition på våldtäkt utgående från samtycke. Initiativet var öppet i ett halvår och hade då det avslutades den 5 december 2018 samlat 55 682 stödförklaringar.³¹ Medborgarinitiativet kommer att behandlas efter riksdagsvalet 2019.³² Det är alltså mycket möjligt att Finland inom en snar framtid får en ny brottsbeskrivning för våldtäkt utgående från samtycke, och på goda grunder enligt förespråkarna.

Finland är nämligen part till Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet (härefter Istanbulkonventionen) och har således förbundit sig att effektivt bekämpa våld mot kvinnor.³³ Till detta hör att effektivt kriminalisera våldtäkter.³⁴

²⁹ Nummenmaa, Märta, Svenska Yle, 15 januari 2019: *Justitieministeriet påbörjar reform av våldtäktslagstiftningen - inget samtycke ska betyda våldtäkt*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/15/justitieministeriet-paborjar-reform-av-valdtaktslagstiftningen-inget-samtycke-ska> (besökt 22 februari 2019)

³⁰ Sundholm, Marianne & Anttila, Sandra, Svenska Yle, 12 december 2017: *I Finland definieras våldtäkt utgående från våld - behöver vi också en samtyckeslag?*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2017/12/12/i-finland-definieras-valdtakt-utgaende-fran-vald-behoover-vid-ocksaa-en-samtyckeslag> (besökt 22 februari 2019).

³¹ Medborgarinitiativet *Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018* (VN/2718/2018) 5 juni 2018, tillgänglig på: <https://www.kansalaisaloite.fi/sv/initiativ/3209> (besökt 22 februari 2019). 50 000 underskrifter krävs för att riksdagen ska ta ärendet upp till behandling.

³² Blomqvist, Jonas, Svenska Yle, 15 november 2018: *Samtyckeslag går till riksdagen - 50 000 har skrivit under medborgarinitiativ*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/11/15/samtyckeslag-gar-till-riksdagen-50-000-har-skrivit-under-medborgarinitiativ> (besökt 22 februari 2019).

³³ Istanbulkonventionen, ingressen.

³⁴ Istanbulkonventionen, artikel 36.

Därtill har Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (härefter: Europakonventionen, EKMR) genom Den europeiska domstolen om de mänskliga rättigheternas (härefter: Europadomstolen) praxis uttolkats att även innehålla skyldigheter att effektivt bekämpa sexuellt våld genom kriminalisering.³⁵

Dessutom anser förespråkare att en definition på våldtäkt utifrån samtycke bättre återspeglar ett modernt samhälle. En definition på våldtäkt som utgår ifrån att offret endera måste göra motstånd eller befinna sig i en särskilt utsatt situation för att kunna falla offer för en våldtäkt anses inte uppfylla de krav på effektiv bekämpning av våld mot kvinnor som Istanbulkonventionen ålägger konventionsstaterna.³⁶

Enligt Amnesty International har endast åtta europeiska länder i nuläget samtycke som ett rekvisit för våldtäkt. Dessa är Storbritannien (England, Wales, Skottland och Nordirland), Irland, Belgien, Cypern, Luxemburg, Island, Tyskland och Sverige. Av de nordiska länderna har Norge ännu ingen samtyckeslag, men såväl i Finland som i Danmark är förändringen på gång.³⁷

1.2.2 Kritiken mot samtycke

Responsten på den nya svenska brottsbeskrivningen för våldtäkt har överlag varit positiv. Den nya paragrafen har emellertid också varit föremål för en hel del kritik. Sveriges lagråd kritiserade paragrafen under beredningen. Även hos Sveriges advokatsamfund har lagförändringen mottagits med viss skepsis. Kritiken av den svenska modellen kan i stort sammanfattas i åtta huvudpunkter:

³⁵ *M.C. v. Bulgaria* (Nr 39272/98), 4 december 2003. För en djupgående analys, se kapitel 3.

³⁶ Sundholm, Marianne, Svenska Yle, 26 februari 2018: *Sex ska vara frivilligt, slår konvention och människorättsorganisationer fast - ändå anses samtyckeslag svår*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/02/26/sex-ska-vara-frivilligt-slar-konvention-och-manniskorattsorganisationer-fast-anda> (besökt 26 november 2018).

³⁷ Blús, Anna, Amnesty International, 23 april 2018: *Sex without consent is rape. So why do only eight European countries recognise this?*, tillgänglig på: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/> (besökt 22 februari 2019).

- 1) Rättegångens fokus blir att fastställa huruvida samtycke funnits eller inte. I denna utvärdering tvingas domstolen i allt högre grad ta ställning till hur målsäganden, det vill säga offret, har agerat i situationen. Offrets beteende är central för bedömningen.³⁸
- 2) Definitionen på samtycke blir alltför oprecis och generell, eftersom det blir svårt att fastställa var gränsen för samtycke ska dras.³⁹
- 3) Domstolarna måste retroaktivt värdera parternas handlande för att fastställa huruvida samtycke funnits eller inte. När gränserna mellan frivilligt och ofrivilligt deltagande bestäms måste omständigheterna i varje enskild situation beaktas. Gränsen blir därmed oklar, samt beroende av domarens enskilda och normativa ståndpunkt.⁴⁰
- 4) Allt detta leder i förlängningen till införandet av ett ny brottsbeskrivning med vag innebörd. Lagtexten blir oklar eftersom det blir svårt att förutse när straffrättsligt ansvar inträder. Lagen uppfyller därmed inte kravet på förutsägbarhet vid lagstiftningen. Därmed är risken stor att kraven i den straffrättsliga legalitetsprincipen inte uppfylls.⁴¹
- 5) Det fanns från första början inget behov av en ny lag.⁴² Även den gamla lagen gällde för sådana fall då en person i sårbar ställning utnyttjas.

³⁸ Protokoll från lagrådets sammanträde, 23 januari 2018, tillgänglig på: <https://www.lagradet.se/yttanden/En%20ny%20sexualbrottslagstiftning%20byggd%20pa%20frivillighet.pdf> (besökt 17 september), s. 2.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Protokoll från lagrådets sammanträde, 23 januari 2018, s. 4.

⁴¹ Protokoll från lagrådets sammanträde, 23 januari 2018, s. 5.

⁴² *Ibid.*

6) Färre våldtäkter kommer att anmälas som en följd av de integritetskränkande frågor som blir nödvändiga när domstolen fastställer om samtycke funnits eller inte.⁴³ Det påstås därför att förändringen inte medför en ökning i antalet fällande domar.⁴⁴

7) Bevisproblemen kvarstår trots den nya paragrafen.⁴⁵

8) Bevisbördan riskerar att övervältras från åklagaren till den åtalade om samtycke införs. Det finns en risk att den åtalade under en rättegång skulle tvingas bevisa förekomsten av samtycke.⁴⁶ I Sverige,⁴⁷ liksom i Finland⁴⁸ är det åklagaren som innehar bevisbördan. Det är åklagarens uppgift att bevisa att den åtalade är skyldig och inte den åtalade som ska bevisa att hen är oskyldig.

1.3 Frågeställningar, syfte och avgränsningar

Utifrån den ovan presenterade kritiken mot samtycke härleds en rad intressanta frågeställningar, som jag ämnar besvara i denna avhandling.

Det primära målet med avhandlingen är att undersöka huruvida det inom folkrätten ställs krav på staterna att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke. I denna analys utgår jag ifrån Europakonventionen och Istanbulkonventionen. I

⁴³ Nekham, Erika, TT, 16 december 2017: *Fler gärningar ska bedömas som sexbrott*, tillgänglig på: <https://www.metro.se/artikel/fler-g%C3%A4rningar-ska-bed%C3%B6mas-som-sexbrott-xt> (besökt 5 oktober 2018).

⁴⁴ Svensson, Anna H, Advokatsamfundet, 23 oktober 2017: *En samtyckeslag kommer inte leda till fler fällande domar*, tillgänglig på: <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/regeringen-lovar-samtyckeslag-advokatsamfundet-varnar-for-populism> (besökt 5 oktober 2018).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Nekham, Erika, TT, 16 december 2017: *Fler gärningar ska bedömas som sexbrott*, tillgänglig på: <https://www.metro.se/artikel/fler-g%C3%A4rningar-ska-bed%C3%B6mas-som-sexbrott-xt> (besökt 5 oktober 2018).

⁴⁷ Rättegångsbalken (1942:740), 35 kap. 1 § 1 mom.

⁴⁸ Rättegångsbalken (1734/4), 17 kap. 1 § 2 mom.

undersökningen analyseras hur våldtäkt tolkats enligt Europadomstolen. Dessutom undersöks om det finns en skyldighet för parterna i Istanbulkonventionen att definiera och i sina strafflagar kriminalisera våldtäkt utgående från samtycke. Dessa frågor avhandlas i kapitel 3.

För det andra kommer att undersökas på vilket sätt individens rättssäkerhet kan tryggas då brottsbeskrivningar för våldtäkt utifrån samtycke införs. Den del av den straffrättsliga legalitetsprincipen som främst berörs är dess krav på lagars tydlighet och förutsägbarhet. Applicerat på avhandlingens tematik vill jag besvara följande fråga: Finns det en reell risk att en juridisk definition på våldtäkt som utgår ifrån samtycke är så vag och otydlig att den bryter mot den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser om tydlighet och tillgänglighet, och därmed hotar lagens förutsägbarhet och medborgarnas rättssäkerhet? I argumentationen utgår jag primärt ifrån Europakonventionen. Denna analys utgör avhandlingens kapitel 4.

För det tredje kommer att analyseras hur en samtyckeslag skulle beakta oskyldighetspresumtionen och principen om att åklagaren ska ha bevisbördan i brottmål. Finns det en risk att bevisbördan övervältras på den åtalade om samtycke införs? Bevaras den åtalades rätt att vara oskyldig tills motsatsen bevisas trots att samtycke införs? Detta analyseras i kapitel 5.

Det finns även många andra aspekter av rätten till en rättvis rättegång som kunde undersökas i denna kontext, till exempel bevisning och förhör av vittnen under rättegången, men i denna avhandling koncentrerar jag mig alltså på bevisbördan och oskyldighetspresumtionen.

När de ovanstående frågeställningarna besvarats sammanfattas och diskuteras resultaten i diskussionen i kapitel 6.

Innan de tre huvudsakliga frågeställningarna besvaras är det ändå av stor betydelse att diskutera vad som kan anses utgöra samtycke eller inte, eftersom samtycke till sexuella handlingar utgör det ramverk inom vilket jag bygger upp avhandlingen.

Därför är kapitel 2 utformat som en diskussion om svårigheterna att entydigt definiera samtycke. Här presenteras olika perspektiv och synpunkter på vad som utgör samtycke och vad som inte utgör samtycke. I samband med detta kapitel presenteras även tre olika modeller för hur samtycke kan ges, samt en del av den kritik såväl för som emot samtycke som kan urskiljas ur den pågående debatten.

Syftet med avhandlingen är att belysa på vilket sätt våldtäkter ska förebyggas och bekämpas. Utgångspunkten ligger i den pågående diskussionen om att våldtäkt borde definieras utifrån samtycke, så att offrets uttryckliga jakande svar skulle krävas för att rättfärdiga en sexuell handling. De kritiska argument som anförts i inledningen utgör kärnan i argumentationen. Målet är också att utreda om kritiken är befogad. Avhandlingen begränsas alltså till våldtäkt, och närmare bestämt till samtycke. Andra former av sexuellt våld analyseras inte.

Forskningen är relevant med tanke på att ämnet är aktuellt, och dessutom har debatterats flitigt under de senaste åren. Därtill fyller avhandlingen en lucka i forskningen.

Det har skrivits en hel del vetenskapliga artiklar och monografier om sexuellt våld. Framförallt Maria Erikssons *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*⁴⁹ ger en omfattande översikt över våldtäkt på tre olika områden: Den internationella straffrätten, den internationella humanitära rätten samt inom området för de mänskliga rättigheterna. Även Vanessa Munros

⁴⁹ Eriksson, Maria: *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

*Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*⁵⁰ bidrar med artiklar av olika skribenter och med olika infallsvinkel på problemet med sexuellt våld.

Ett fåtal artiklar om staters skyldigheter att stifta brottsbeskrivningar för våldtäkt utgående från samtycke finns också. Här kan nämnas Cesare Piteas⁵¹ och Petter Asps⁵² bidrag.

En del av forskningen om samtycke utgår ifrån ett feministiskt perspektiv. Här kan bland annat nämnas Mary Graw Leary⁵³ och Louise du Toit,⁵⁴ vars argument noterats i denna avhandling.

Jag har ändå inte hittat någon tidigare forskning som både avhandlar staters skyldigheter att definiera och kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke, i kombination med att analysera den straffrättsliga legalitetsprincipen, oskyldighetspresumtionen samt bevisbördan. Även om mycket forskning finns om såväl legalitetsprincipen som rätten till en rättvis rättegång, varav en stor del ligger som grund för min forskning, fyller mitt perspektiv en vetenskaplig lucka.

⁵⁰ McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, 2010.

⁵¹ Pitea, Cesare: "Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgement in M.C. v. Bulgaria" i *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, s. 447-462, 2005.

⁵² Asp, Petter: "M.C. v. Bulgaria - A Swedish Perspective", i *Scandinavian Studies of Law*, vol. 54, s. 191-211, 2009.

⁵³ Graw Leary, Mary: "Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture", i *Texas Tech Law Review*, vol. 49, s. 1-56, 2016.

⁵⁴ du Toit, Louise: "From Consent to Coercive Circumstances: Rape Law Reform on Trial", i *South African Journal on Human Rights*, vol. 28, s. 380-404, 2012.

1.4 Material och metod

I denna avhandling kommer jag med hjälp av gällande internationell rätt att tolka och systematisera vad rättsreglerna stipulerar om ovan nämnda frågeställningar. Avhandlingen är därför utformad som en rättsdogmatisk studie.

Rättsdogmatik innebär systematisering och tolkning av gällande rätt. Forskaren presenterar alltså vad lagen är (*de lege lata*) och hur den ska tolkas. I denna helhet används juridisk argumentering.⁵⁵

När rättsdogmatisk forskning genomförs är det väsentligt att känna till rättskällorna, eftersom dessa utgör grunden för korrekt juridisk argumentering. I folkrätten katalogiseras rättskällorna i Den internationella domstolens stadga (härefter: stadgan för ICJ), artikel 38, som lyder som följer:⁵⁶

1. Domstolen, vars uppgift är att i överensstämmelse med internationell rätt avgöra sådana tvister, som hänskjutas till densamma, skall tillämpa:
 - a. allmänna eller speciella internationella överenskommelser, vilka fastställa av de tvistande staterna uttryckligen erkända regler;
 - b. internationell sedvänja, utgörande bevis för en allmän praxis, godtagen såsom gällande rätt;
 - c. allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser;
 - d. med förbehåll för bestämmelsen i artikel 59 rättsliga avgöranden och de olika ländernas mest sakkunniga författares lärosatser, såsom hjälpmedel för fastställande av gällande rätt.

Inom folkrätten har alltså följande rättskällor getts juridisk relevans: Internationella konventioner och överenskommelser mellan stater, internationell sedvanerätt, allmänt erkända rättsgrundsatser samt rättsliga beslut och doktrin.

⁵⁵ Roversi, 2005, s. 1.

⁵⁶ Stadga för den internationella domstolen, 26 juni 1945, artikel 38.

Det är alltså baserat på dessa rättskällor som folkrättslig rättsdogmatisk forskning bör utföras, eftersom dessa källor är juridiskt bindande.⁵⁷

Staterna är enligt Wienkonventionen om traktaträtten (härefter: Wienkonventionen) bundna att efterfölja en konventions bestämmelser om de ratificerat konventionen.⁵⁸ Principen om att avtal bör efterföljas (*pacta sunt servanda*) gäller alltså då en stat ratificerat, det vill säga godkänt, en konvention. För avhandlingens syfte och frågeställning är det därför relevant att dels undersöka huruvida Istanbulkonventionen uttryckligen innehåller en förpliktelse för staterna att i lag definiera våldtäkt utifrån samtycke, dels utreda om denna eventuella skyldighet kan tolkas på flera olika sätt.

I samband med detta undersöker skribenten även Europakonventionens bestämmelser om våldtäkt. I synnerhet Europadomstolens praxis blir av stor betydelse här. Den stora styrkan med Europakonventionen är att det finns en domstol som på ett juridiskt bindande sätt kan uttolka konventionens bestämmelser.⁵⁹ Europadomstolens beslut binder alltså följaktligen den stat som varit part i ett mål, det vill säga den svarande staten.⁶⁰ Det bör noteras, att Europadomstolens praxis ges stort utrymme i avhandlingen.

Sedvanerätten bildas i sin tur genom allmän praxis (*usus*) i kombination med en tro på att sådan praxis är juridiskt bindande (*opinio juris*). De allmänna principerna härleds från de största rättssystemen i världen, och till skillnad från sedvanerätten (vilken härleds från internationell rätt), härleds de allmänna principerna från nationell lagstiftning.⁶¹

⁵⁷ Linderfalk, 2012, s. 26.

⁵⁸ Wienkonventionen om traktaträtten, 23 maj 1969, artikel 26.

⁵⁹ Linderfalk, 2012, s. 178.

⁶⁰ White m.fl, 2010, s. 20.

⁶¹ Eriksson, 2011, s. 22.

Listan på de folkrättsliga rättskällorna är inte direkt hierarkisk. Emellertid har ändå såväl juridisk praxis och juridisk doktrin överlag ansetts ha sekundär betydelse.⁶² Det blir ändå svårt att enbart utifrån skriven rätt bli varse om hur de gällande reglerna ska tolkas och appliceras. Eftersom konventionstexterna är begränsade och sällan uttömmande måste dessa tolkas. Det är här som såväl praxis som doktrin spelar en avgörande roll.

Framförallt på nya och outforskade rättsområden, såsom definitionen av våldtäkt utifrån samtycke, kan dessa så kallade sekundära rättskällorna bidra med värdefull information.⁶³ Därför stöder jag mig i denna avhandling rätt mycket på sådant material som ofta anses vara sekundärt. Förutom praxis blir doktrinen viktig, eftersom den kan användas i argumenteringssyfte.⁶⁴

⁶² Eriksson, 2011, s. 16.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Eriksson, 2011, s. 26.

2 Samtycke som ett svårt och mångtydigt begrepp

2.1 Att definiera samtycke

För att kunna formulera en juridisk definition på våldtäkt utgående från samtycke bör samtycke först och främst definieras.⁶⁵ Vad utgör samtycke? Vad utgör inte samtycke? Hur ska samtycket kommuniceras? Att införa samtycke som en mätare för om en våldtäkt begåtts eller inte kan vara ett fruktlöst försök att på ett mer effektivt sätt bekämpa sexuella våldshandlingar, såvida det inte också förs en konstruktiv diskussion om hur samtycket ska definieras. Definitionen av våldtäkt utifrån samtycke börjar emellertid bli utbredd. Detta faktum bidrar till att den juridiska terrängen blir svårnavigerad, osäker och motsägelsefull.⁶⁶

Om ett våldtäktsrekvisit baserat på samtycke ska införas måste alltså klargöras hur samtycket bör se ut. Vilken kvalitet ska det ha? Ska det vara muntligt, tyst, eller rentav skriftligt? Att dessa frågor måste ställas pekar på samtyckets öppenhet och otydlighet. Detta är i sin tur ett tecken på att samtycke kan hota den straffrättsliga legalitetsprincipen, eftersom en sådan paragraf är alldeles för oförutsägbar.⁶⁷

Innan samtycke analyseras enligt avhandlingens tre huvudsakliga frågeställningar ska begreppet belysas ur ett mer teoretiskt perspektiv, eftersom samtycke utgör referensramen i min vidare argumentering. I detta kapitel diskuteras därför vad som kan anses vara samtycke. Därtill presenteras tre olika modeller av samtycke: Nej-modellen, ja-modellen och förhandlingsmodellen. I slutet av detta kapitel presenteras även några av de vanligaste argumenten för och emot samtycke.

⁶⁵ Asp, 2009, s. 210-211.

⁶⁶ Gruber, 2016, s. 419.

⁶⁷ Vuletic m.fl, 2017, s. 83. Till den straffrättsliga legalitetsprincipen återkommer jag som sagt senare i avhandlingen.

Genom argumentationen vill jag framhäva den mångfacetterade problematiken med att definiera samtycke. Begreppet är så pass mångtydigt, att det inte finns några exakta svar. I avhandlingen eftersträvas att erbjuda en så nyanserad bild av samtycke som möjligt genom att belysa problematiken ur många olika perspektiv.

2.2 Vad är samtycke?

2.2.1 Utgångspunkten: Individens frihet att välja

Rätten till sexuell autonomi och kroppslig integritet innebär för individen möjligheten att fritt välja om hon har sex, och även vem hon har sex med. Detta innefattar en rätt till ett eget beslut fritt från tvång, hot eller våld.⁶⁸ Ett samtycke som uppkommit under påtvingade omständigheter kan därför inte anses giltigt.

En individ har alltså rätt att kontrollera vad som händer med hennes kropp, inklusive rätten att autonomt kunna samtycka till sexuella handlingar. Samtycke utgör därför ett jakande svar till att någon annan ska få göra intrång på en individs personliga integritet. Samtycke kan därför ses som ett yttre uttryck för individens autonomi.⁶⁹

Att utgå ifrån samtycke då våldtäkt definieras är därför legitimt. En sådan definition skyddar den kvinnliga sexuella integriteten⁷⁰ och autonomin på ett bättre sätt än en definition utgående från till exempel våld, eftersom kvinnan inte längre skulle behöva visa att hon gjort motstånd för att förövaren skulle kunna dömas för våldtäkt.⁷¹

⁶⁸ Tong, 2002, s. 130.

⁶⁹ Eriksson, 2011, s. 93.

⁷⁰ Jag väljer att använda kvinnorna som exempel i och med att de är överrepresenterade i statistiken som offer för våldtäkter, eftersom majoriteten av dessa begås av män mot kvinnor.

⁷¹ Eriksson, 2011, s. 109.

2.2.2 Samtycke som en kombination av vilja och kommunikation

Om utgångspunkten för samtycke är individens rätt till självbestämmande över hennes sexuella autonomi och integritet, vad innebär då egentligen samtycke i praktiken? Är det individens interna vilja eller hur denne agerar i ord och handling som är central?⁷² Eller handlar samtycke om att delta i akten utan att protestera?⁷³ Juridiska definitioner av samtycke gör dessvärre inte frågan enklare.⁷⁴

Samtycke är ett brett och vagt begrepp,⁷⁵ framförallt i och med att samtycke till sexuella handlingar kan tolkas på många olika sätt. Betänk till exempel följande olika sätt att samtycka: Längta, vilja, villig eller samtycka.⁷⁶ Alla dessa innebär olika former av samtycke, men orden är olika. Således har de även betydelskillnader sinsemellan.

För ett giltigt samtycke måste individen enligt Gruber veta vad hon samtycker till, vilja samtycka och dessutom kommunicera sitt samtycke.⁷⁷ Ett ja är därför bekräftande, medvetet och frivilligt.⁷⁸ Frånvaro av protest, uteblivet motstånd eller tystnad utgör inte ett ja. Berusning, en tidigare relation, handlingsförklarning eller ett sovande offer utgör inte heller grunder för ett antagande om ett jakande svar till sex.⁷⁹ Jag väljer att kalla detta för bekräftande samtycke.

⁷² Gruber, 2016, s. 423.

⁷³ Gruber, 2016, s. 417.

⁷⁴ Gruber, 2016, s. 418.

⁷⁵ Gruber, 2016, s. 421.

⁷⁶ Gruber, 2015, s. 423.

⁷⁷ Tong, 2002, s. 135.

⁷⁸ Kessler Ferzan, 2016, s. 401-403. Enligt Kessler Ferzan utgör samtycke ett mentalt tillstånd hos de inblandade parterna ("jag vill ha sex"), en prestation (ord, handling) eller en kombination av bägge. Samtycket ska dessutom vara uttryckt utav fri vilja, det vill säga utan tvång, hot eller våld.

⁷⁹ Diehl, 2015, s. 503. Såväl i den gamla svenska, som i den nuvarande finländska våldtäktslagen, är det straffbart att utföra sexuella handlingar med en person vars sårbara ställning utnyttjas.

Diehl beskriver effekten av bekräftande samtycke på ett bra sätt. ”Affirmative consent moves the onus from the victim to the perpetrator as occurs in most other crimes thus preventing victim blaming and the negativity it creates.”⁸⁰ Enligt Diehl ska fokus alltså ligga på det brott förövaren begått, och inte på offrets agerande.⁸¹

Varje person som genomför en sexuell handling måste alltså försäkra sig om att motparten har samtyckt till handlingen. Att påstå att motparten inte reagerade, protesterade eller bjöd på motstånd räcker inte för att etablera samtycke (såsom även Europadomstolen i sin praxis har konstaterat).⁸² Samtycke måste finnas hela akten igenom. Dessutom ska parterna när som helst ha rätt att återta sitt samtycke. En relation ger inte en rätt att anta att ett tyst samtycke alltid finns.⁸³

Den som ger sitt samtycke måste enligt Hahto besitta ett rättsligt intresse, som i detta fall utgörs av den sexuella integriteten och autonomin. Den som ger sitt samtycke måste därtill ha behörighet att besluta om sitt rättsliga intresse och godkänna att intresset - den sexuella integriteten och autonomin - överskrids. Samtyckesgivaren måste alltså själv ha kapacitet att besluta huruvida hon vill ge avkall på sin sexuella autonomi och integritet. Den som ger sitt samtycke måste också ha behörighet att samtycka, det vill säga vara kapabel att förstå vad denne samtycker till och vad det innebär.⁸⁴

Samtycket ska också vara frivilligt. Den som samtycker får inte vara utsatt för påfrestningar såsom hot, tvång eller våld. Samtycket måste ges före handlingen till vilken personen samtyckt begås, och samtycket måste vara i kraft under hela

⁸⁰ Diehl, 2015, s. 509.

⁸¹ Se kapitel 5 för mer utförlig analys om balanseringen mellan gärningsman och offer.

⁸² Se till exempel *M.C. v. Bulgaria* (Nr 39272/98), 4 december 2003. För en analys av fallet, se kapitel 3.

⁸³ Graw Leary, 2016, s. 6.

⁸⁴ Hahto, 2004, s. 247.

handlingen. Till exempel vid en sexuell handling ska bägge parterna ha samtyckt, och samtycket ska finnas hela akten igenom. Bägge parterna ska ha rätt att när som helst dra bort samtycket. Samtycket måste slutligen vara preciserat; om samtycket är för vagt och allmänt kan det vara ogiltigt.⁸⁵ Därför måste parterna i en sexuell handling uttryckligen säga, eller på annat sätt påvisa, att de vill genomföra handlingen.

Samtycket kan enligt Eriksson vara endera subjektivt eller prestationsbaserat.⁸⁶ Det subjektiva samtycket utgörs av det som sker i personens psyke, utan att viljan på något sätt kommuniceras utåt. En sådan kommunikationsstandard leder dock till uppenbara bevisproblem i domstolen och är således inget att föredra.⁸⁷

Här föredras istället ett prestationsbaserat samtycke. Det innebär att samtycket på något sätt måste ta sig yttre uttryck.⁸⁸ Här finns emellertid risken att individen kan göra en viljeyttring utan att faktiskt vilja. Dessutom kan det vara svårt att enas om vad som utgör giltigt samtycke.⁸⁹ Risken för misskommunikation mellan parterna ter sig även uppenbar.

Erikssons förslag är att bekräftande respons (ett uttryckligen kommunicerat ja) utgör den bästa lösningen.⁹⁰ Om part A uttryckligen ger sitt samtycke till en sexuell handling är det fritt fram för B, om denne också vill, att utföra handlingen till vilken A samtyckt. Denna modell, som även kan benämnas ja-modellen, behandlas utförligare nedan.

⁸⁵ Hahto, 2004, s. 248.

⁸⁶ Uttrycket är fritt översatt från engelskans *performative*.

⁸⁷ Eriksson, 2011, s. 95-96.

⁸⁸ Eriksson, 2011, s. 95.

⁸⁹ Eriksson, 2011, s. 97.

⁹⁰ Eriksson, 2011, s. 98.

Samtycke legitimerar enligt Eriksson handlingar som annars skulle vara kriminella. En handling som skulle klassas som brottslig i form av våldtäkt blir plötsligt ett lagligt samlag.⁹¹ Detta förhållningssätt är ändå inte helt oproblematiskt.

Enligt Asp kan samtycke ses som en transformerande handling.⁹² Så kunde Erikssons modell av samtycke beskrivas. A:s jakande svar medför att den sexuella handlingen B vill utföra tillsammans med A blir laglig. Om samtycke införs blir alltså den sexuella handlingen klassad som våldtäkt, såvida A inte samtycker.

Att åskådliggöra samtycke som en transformerande handling leder emellertid enligt Asp till ett fatalt felslut. En sexuell handling som klassas som våldtäkt blir inte samlag bara för att motparten ja.⁹³ Även om ett jakande svar fås fram behöver inte samtycke nödvändigtvis ha etablerats. Gärningsmannen har kanske betett sig klandervärt för att få fram ett jakande svar, och då är samtycket inte giltigt.

Istället borde man enligt Asp se på samtycke som en särskiljande handling och inte som en transformerande handling. Samtycke är det som skiljer ett samlag från att vara en våldtäkt, inte det som gör en våldtäkt till ett samlag.⁹⁴ En våldtäkt blir alltså inte ett frivilligt samlag bara för att motparten svarar ja.

Kessler Ferzan frågar sig i sin tur om samtycket måste kommuniceras utåt för att vara giltigt. Hon anför, att eftersom individen tänker och känner saker hela tiden utan att nödvändigtvis behöva uttrycka de känslorna, är det rätt så irrelevant att

⁹¹ Eriksson, 2011, s. 93.

⁹² Asp, 2009, s. 208.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

analysera vad som pågår i parternas psyke. Den verkligt knepiga frågan är istället om samtycke måste visas utåt på sätt eller annat?⁹⁵

Kessler Ferzan anser att samtycke inte nödvändigtvis behöver visas utåt, så länge den som samtycker faktiskt gör det, och inte är paralyserad eller för rädd för att uttrycka ett nekande svar. Hon anför att en persons autonomi nog kan beskyddas även om individen inte manifesterar sitt samtycke utåt sett. En person kan till exempel låta grannen korsa gårdsplanen utan att behöva gå ut och uttryckligen säga till grannen att denne gärna får göra det. På samma sätt behöver en individ inte nödvändigtvis vid en sexuell akt uttrycka sitt samtycke, så länge som hen verkligen vill inombords.⁹⁶

Svårigheter uppstår då den andra parten inte kan veta om en person samtycker, såvida samtycket inte kommuniceras utåt. Det är därför inte respektfullt att ha sex utan att med säkerhet veta att den andre samtycker. Att respekten överskrids är emellertid inte det primära problemet med våldtäkt enligt Kessler Ferzan. Problemet är snarare att individens vilja överskrids.⁹⁷

Jag vill åskådliggöra detta med ett konkret exempel. A har sex med B. A är inte säker på om B vill, för B har inte uttryckt det. B kämpar inte emot, men säger inget heller. Innerst inne vill hon ha sex. A handlar i situationen inte speciellt respektfullt, men kan inte på grund av detta faktum dömas för våldtäkt. För våldtäkt krävs bevis för att A agerade mot B:s vilja.

Om samtycke uttrycks med ord spelar det juridiskt sett inte någon roll vad en person känner. Om denne har samtyckt med ett ja är det jakande svaret en

⁹⁵ Kessler Ferzan, 2016, s. 403.

⁹⁶ Kessler Ferzan, 2016, s. 405-406.

⁹⁷ Kessler Ferzan, 2016, s. 409.

manifestation för samtycke, även om personen inte egentligen skulle vilja. Ett jakande samtycke berättar därför inte nödvändigtvis något om vad personen vill.⁹⁸

Även om diskussionen ovan visar att samtycke är ett mångfacetterat begrepp kan ändå utrönas att samtycket består av åtminstone två delar: Individens *vilja* att samtycka samt en *viljeyttring*. I så fall kan giltigt samtycke beskrivas som ett mentalt tillstånd, i kombination med utåtriktad kommunikation. Samtycke till sexuella handlingar ser då till exempel ut som följer:

1. A vill ha sex
2. A kommunicerar det åt B, och
3. B tror rimligen att A verkligen vill ha sex, och delar dessutom A:s vilja att ha sex.

För det första måste alltså A vilja ha sex. Det måste vara ett fritt beslut för A.⁹⁹ Därefter måste A kommunicera åt B vad denne vill eller inte vill.¹⁰⁰ Vad händer därefter?

I den bästa av världar motsvarar B:s uppfattning direkt det som A vill att ska inträffa, det vill säga en sexuell handling. B:s uppfattning av situationen är alltså korrekt. Problem uppstår om A:s signaler misstolkas av B.¹⁰¹ Att det mentala tillståndet hos A inte matchar det som kommuniceras utåt av hen.¹⁰² Problemet är att det finns så många sätt att både tänka och uttrycka sig.¹⁰³ Risken är uppenbar att parterna missförstår varandra.

⁹⁸ Kessler Ferzan, 2016, s. 412.

⁹⁹ Gruber, 2016, s. 425.

¹⁰⁰ Gruber, 2016, s. 426.

¹⁰¹ Gruber, 2016, s. 427.

¹⁰² Gruber, 2016, s. 423.

¹⁰³ Gruber, 2016, s. 424.

Ovanstående utläggning visar att utmaningarna med samtycke är många. Det kan med fog konstateras att samtycke som standard behövs, men det är svårt att enas om vad som utgör samtycke, eller hur det ska definieras. Jag tror inte att det går att finna någon entydig definition, men diskursen bidrar hela tiden till små framsteg.

2.3 Hur ska samtycke kommuniceras?

2.3.1 Tre olika modeller

Hittills har diskuterats vilka element ett giltigt samtycke består av. Jag har kommit fram till att den bästa och mest säkra modellen av samtycke är en som kombinerar individens fria vilja med ett yttre uttryck för denna vilja.

Då återstår att analysera på vilket sätt samtycke ska kommuniceras. Här presenteras tre huvudsakliga typer av bekräftande samtycke: Nej-modellen, ja-modellen samt en mer innovativ variant som benämns förhandlingsmodellen.¹⁰⁴

Enligt nej-modellen är en persons uttryckliga nekande ett bevis på att samtycke inte finns. Enligt ja-modellen krävs istället parternas jakande samtycke för att en sexuell handling ska vara laglig. Parterna måste alltså enligt ja-modellen genom ord eller handling uttryckligen samtycka till den sexuella akten. Att kräva att parterna uttrycker sig är en viktig aspekt, eftersom en person inte kan veta hur den andra parten tänker och känner, utan endast hur hen kommunicerar.¹⁰⁵

Tanken med dessa bägge modeller av bekräftande samtycke är skyddet av offret. För det första finns här klara och tydliga regler om samtycke. För det andra kan domstolen fokusera på huruvida samtycke uttryckts eller inte, och därmed

¹⁰⁴ Anderson, 2005, s. 1422.

¹⁰⁵ Kessler Ferzan, 2016, s. 413. Och även om en part uppfattar vad en annan person kommunicerar finns också riskerna för missstolkning.

eventuellt bespara offret mer kränkande och djupgående frågor om hennes beteende.¹⁰⁶ Alternativet till nej- respektive ja-modellen är en förhandlingsmodell, vilken presenteras i avsnitt 2.3.4.

2.3.2 Nej-modellen

Nej-modellen innebär alltså att en våldtäkt inträffar då någondera parten genomför en sexuell handling mot den andra partens vilja. Person A säger kanske nej till en sexuell handling, men person B ignorerar detta och fullföljer handlingen. Då är det fråga om en regelrätt våldtäkt. Enligt denna modell finns alltså ett krav på att individen ska neka till sex. Nej-modellen har varit grunden för samtycke.¹⁰⁷

Denna modell är långt ifrån problemfri. I detta fall åläggs bördan att kommunicera på offret. Den är den som inte vill ha sex som tydligt måste kommunicera ett nej på sätt eller annat.¹⁰⁸ Eftersom majoriteten av våldtäkterna begås av män mot kvinnor, så innebär nej-modellen i praktiken att ansvaret att kommunicera ett nej övervältras på kvinnan. Detta är ett mycket problematiskt förhållningssätt ur ett juridiskt perspektiv.

Dessutom kan det uppstå situationer där kvinnan av olika orsaker inte är kapabel att uttrycka sitt nej.¹⁰⁹ Kvinnan kanske inte kan ge ett nekande svar på grund av rädsla, eller ens bjuda på motstånd. Då kan hennes tystnad onekligen tolkas som att hon samtycker.

¹⁰⁶ Kessler Ferzan, 2016, s. 414.

¹⁰⁷ Little, 2005, s. 1322.

¹⁰⁸ Anderson, 2005, s. 1411.

¹⁰⁹ Anderson, 2005, s. 1405.

Nej-modellen är alltså en problematisk juridisk standard. Den är för underinbärande, vilket innebär att många solklara fall av sexuella brott där offret inte tydligt uttryckt ett nej inte kan beivras.¹¹⁰

Dessutom, anför kritiker, kanske inte folk menar vad de säger. Alternativt kan en tystnad misstolkas till att betyda ja eller nej.¹¹¹ Därför bör samhället enligt Kessler Ferzan undvika att straffa människor som är moraliskt oskyldiga. Hit räknas till exempel de som misstolkat sin sexpartners signaler. Folk ska inte straffas bara för att skydda det allmännas bästa. Ändamålet helgar inte medlen.¹¹²

Å andra sidan ställer jag mig kritisk till att folk faktiskt missförstår vad andra personer uttryckligen säger. Är det rimligt att tro att en person menar ja då hen säger nej?¹¹³ Om person A uttryckligen säger nej till en sexuell akt, och person B ändå genomför handlingen är det fråga om en våldtäkt. Här finns inte rum för så mycket tolkning.

2.3.3 Ja-modellen

Kritiker av nej-modellen förespråkar istället att en ja-modell bör appliceras. Enligt denna krävs alltså ett uttryckligt jakande svar, fysiskt eller verbalt.¹¹⁴ Samtycke rättfärdigar nämligen inte sex helt och hållet, eftersom det finns en avgörande skillnad i att önska sex och att samtycka till det.¹¹⁵ Därför vore det bäst att få parternas jakande bekräftelse på att de godtar den sexuella handlingen.

¹¹⁰ Kessler Ferzan, 2016, s. 429.

¹¹¹ Kessler Ferzan, 2016, s. 421.

¹¹² Kessler Ferzan, 2016, s. 421-422.

¹¹³ Kessler Ferzan, 2016, s. 424.

¹¹⁴ Anderson, 2005, s. 1411.

¹¹⁵ Herring & Madden Dempsey, s. 33.

Förespråkarna av denna modell anser att en parts tystnad inte betyder ja, samt att ett jakande svar nog kan uttryckas utan ord.¹¹⁶ Problemen är dock flera även med denna modell.

För det första tenderar kvinnor och män att misstolka varandras signaler.¹¹⁷ För det andra riskerar de bägge modellerna (nej- och ja-modellerna) att sammansmälta med varandra. Om en man tar initiativ till en sexuell handling har kvinnan tre val. Hon kan säga ja. Hon kan säga nej, eller på annat sätt kommunicera sitt nekande svar. Det tredje alternativet är att hon är tyst och låter situationen fortgå. Problemet är, att såväl ett jakande svar som tystnad kan betyda ja, och det är svårt för motparten att veta vad tystnaden innebär. Det enda mannen kan vara säker på är att ett nej oftast betyder just nej.

Ja-modellen ger ändå tydligare regler för samtycke, och skyddar dessutom offret från kränkande frågor under rättegången, eftersom domstolen kan fokusera på hur hon har agerat under och före akten. Har hon uttryckligen kommunicerat ett ja, eller har hon inte gjort det?¹¹⁸ Här fokuseras då på att offret inte gav sitt samtycke och inte på vad offret kunde ha gjort annorlunda.¹¹⁹

Även Little anför att lagen borde utgå ifrån (jakande) samtycke: Vill kvinnan ha sex med just den mannen vid just det tillfället? En sådan definition sätter fokus på offret och inte på gärningsmannen.¹²⁰ Jakande samtycke medför att individerna ska ta ansvar för sina begär och handlingar.¹²¹ Det är alltså bägge parternas ansvar

¹¹⁶ Anderson, 2005, s. 1405.

¹¹⁷ Anderson, 2005, s. 1406.

¹¹⁸ Kessler Ferzan, 2016, s. 430.

¹¹⁹ Diehl, 2015, s. 511.

¹²⁰ Little, 2005, s. 1335.

¹²¹ Little, 2005, s. 1348.

att kommunicera. Ett jakande samtycke påverkar både mannen och kvinnan så att deras beteenden blir mer rationella.¹²²

2.3.4 Förhandlingsmodellen

Vad ska då göras om vare sig ja- eller nej-modellen erbjuder en lösning på utmaningarna med samtycke? Förslaget är att avvika från ovanstående modeller och istället sträva efter en förhandlingsmodell där parterna förhandlar fram sex.¹²³

Enligt förhandlingsmodellen bör de i den sexuella handlingen inblandade parterna förhandla sig fram till sexet som en gemensam överenskommelse.¹²⁴ Tystnad är alltså inte tillräckligt i en förhandling, utan en verbal process är nödvändig.¹²⁵ Därmed ligger kommunikationsbördan på bägge parterna.

Enligt Anderson skapar icke-verbalt samtycke för stora risker för misstolkningar, och således är det inte etiskt korrekt. Anderson anför att verbalt samtycke är absolut nödvändigt vid det första sexuella mötet parterna emellan, men med tiden kan parterna i förhållandet utveckla ett mönster (sedvana) som gör att verbal kommunikation kanske inte är nödvändig.¹²⁶

Emellertid är inte heller förhandlingsmodellen fläckfri. För det första anser skeptiker att modellen kriminaliserar sex.¹²⁷ För det andra leder detta till svåra bevisproblem i domstol.¹²⁸ För det tredje har argumenterats att romantiken i

¹²² Little, 2005, s. 1350.

¹²³ Anderson, 2005, s. 1407.

¹²⁴ Anderson, 2005, s. 1422.

¹²⁵ Anderson, 2005, s. 1424.

¹²⁶ Anderson, 2005, s. 1425-1426.

¹²⁷ Anderson, 2005, s. 1433.

¹²⁸ Anderson, 2005, s. 1435.

sexuella relationer försvinner om individen alltid måste förhandla sig fram till sex.¹²⁹

Alla dessa modeller bidrar till att definitionen av samtycke utvecklas, även om ingen modell är fri från brister. De är också föga hjälpsamma då domstolen ska fastställa vem som sagt vad, eftersom ord ofta står mot ord. Bekräftande samtycke kommer därför inte per automatik att förebygga våldtäkter, eller leda till att alla som gjort sig skyldiga döms. De flesta fall kommer att stöta på bevisproblem.¹³⁰

Innan stater skyldighet att införa samtyckesbaserad våldtäktslagstiftning diskuteras ska ännu andra argument för och emot samtycke presenteras.

2.4 Andra centrala argument om samtycke

2.4.1 Den feministiska kritiken

Det sexuella samtycket bygger såsom tidigare nämnts på idén om varje individs juridiska rätt till sexuell autonomi och integritet. Målet med en lagstiftning som utgår ifrån samtycke är att bättre skydda individens sexuella autonomi och integritet. Samtycke har ändå kritiserats för att missbrukas, så att kvinnornas sexuella integritet istället undermineras. Den största orsaken till detta är att samtycke, enligt den feministiska kritiken, fastställer synen på sexualitet som en i grunden ojämlik konstruktion mellan den aktiva manliga sexualiteten och den passiva kvinnliga.¹³¹ Samtycke förstärker tanken på att det skulle finnas ett underliggande antagande, kontrakt, om en sexuell relation som kvinnan är skyldig att godkänna eller förkasta.¹³² Kvinnan blir då endast en passiv agent som förväntas svara jakande eller nekande på detta kontrakt.

¹²⁹ Anderson, 2005, s. 1436.

¹³⁰ Little, 2005, s. 1345. Mer om bevisproblemen i kapitel 5.

¹³¹ du Toit, 2012, s. 382-383.

¹³² du Toit, 2012, s. 397.

Innan jag går vidare vill jag poängtera en sak. Ovanstående argument får det nästan att låta som att enbart kvinnor råkar ut för sexuella övergrepp. Så är inte fallet, även om den överväldigande majoriteten av sexualbrotten begås av män mot kvinnor. Samma argument som presenterats ovan ska även appliceras i de fall där mannen är offer och kvinnan förövare, även om så sällan sker.

Dessutom anförs även från feministiskt håll att kvinnor är så förtryckta i samhället att inte ens hennes samtycke ger män rätten till sex. Som grund för detta radikala påstående framläggs att kvinnan inte svarar ja på grund av viljan att ha sex, utan eftersom hon befinner sig i beroendeställning i förhållande till mannen.¹³³ Kvinnan är enligt kritiken inte i dagens samhälle kapabel att fatta autonoma beslut om samtycke.¹³⁴

Jag förhåller mig mycket kritisk till en sådan argumentation. Jag förnekar inte att förtrycket mot kvinnor är ett omfattande internationellt problem. Det kan ändå inte antas, att en kvinna som säger att hon samtycker till sex egentligen inte vill samtycka. En man kan inte dömas för våldtäkt i ett sådant läge.

Argumentet är dessutom grovt generaliserande och bidrar inte till att se kvinnan som autonoma och väljande individer, vilket är etablerat inom den sexuella rätten till självbestämmande även inom folkrätten.

2.4.2 Sexualbrott bör inte behandlas annorlunda än andra brott

Emellertid framträder en annan typ av ojämlikhet om en definition på våldtäkt utifrån samtycke inte existerar. Ett annat argument för att införa samtycke är att sexualbrotten annars behandlas ojämlikt jämfört med andra kriminella handlingar.

¹³³ Little, 2005, s. 1361.

¹³⁴ Little, 2005, s. 1363.

Även många andra brott begås utan offrets samtycke. Jag ska ge ett konkret exempel.

Vid stöld berövas något från en person utan dennes samtycke. I en stöldrättegång räcker det då med att bevisa, att en person tagit något utan målsägandes samtycke. Om frånvaro av samtycke räcker i detta fall, varför skulle inte samma sak kunna gälla vid sexuella brott? Våldtäkt innebär ju våld på en persons kroppsliga integritet, men även ett själsligt övergrepp på den sexuella säkerheten, integriteten och mänskliga värdigheten. En våldtäkt kunde i någon mån beskrivas som att förövaren berövar ("stjäl") offret rätten till dessa. Ändå kräver lagen mer för att beivra sexuella brott än till exempel egendomsbrott.¹³⁵ Så borde det inte vara.

2.4.3 Den pessimistiska synen: Samtycke förändrar ingenting

En annan kategori av kritik kan betecknas som idealism. Enligt dessa argument borde inte lagens syfte vara att påverka människors beteende att efterleva höga ideal. Sådana försök är enligt kritiken dömda att misslyckas och borde inte alls göras. Denna kritik kan förstärkas genom att ytterligare påstå att en lagförändring inte förändrar något. Fortsättningsvis existerar samma problem med vittnen och berättelser som går stick i stäv med varandra.¹³⁶

Jag förhåller mig skeptisk till sådan argumentation. För det första har människors beteenden i alla tider reglerats genom lagstiftning. Ett av straffrättens centrala syften är ju att reglera individens handlingar. Idealismens försök att misskreditera definitionen av samtycke är inte övertygande.

För det andra håller jag med om att en ny definition på våldtäkt inte nödvändigtvis leder till en förändring. Fortsättningsvis blir det extremt svårt att i domstol bevisa

¹³⁵ Graw Leary, 2016, s. 41.

¹³⁶ Graw Leary, 2016, s. 40-41.

vad som skett, eftersom det ofta finns brist på vittnen och parternas berättelser ofta är oförenliga med varandra.¹³⁷

Det har även hävdats, att frånvaro av samtycke inte är svårare att bevisa vid sexualbrott än vid andra brott.¹³⁸ Jag håller inte med. En stor del av de sexuella brotten sker i det fördolda, i bekantskapsrelationer eller utan utomstående vittnen. Dessa faktum i sig gör att sexualbrotten är extremt svåra att bekämpa.

Detta beror ändå mer på att våldtäktsbrottet i sig är problematiskt, och mindre på hur lagstiftningen är formulerad. Oavsett hur lagen är utformad kommer det finnas problem med bevisningen. Det betyder ändå inte att alla försök att formulera lagen så tydlig och klar som möjligt ska läggas ner.

Även om sexuella brott fortgår trots att lagen skärps är detta inte ett hållbart argument för att låta bli att införa samtycke. Även andra brott begås trots att lagen ändras, inte bara sexualbrott.¹³⁹ En lagförändring kan ändå medföra en minskning av de sexuella brotten,¹⁴⁰ eller i varje fall en ökning av antalet domar. Därför borde det vara värt att ändra lagstiftningen så att den utgår ifrån samtycke.

2.4.4 ”Sex kriminaliseras”

En annan farhåga för de som kritiserar samtycke är att samtycke kommer leda till att fler blir åtalade trots att det inte finns någon verklig kriminalitet. Kritiker menar, att ett samtyckesrekvisit skulle uppmuntra människor att se sig själva som offer trots att inga egentliga övergrepp inträffat. Enligt kritiken föreligger risk för att människor som inte menade något illa börjar åtalas. Därtill ter sig en

¹³⁷ Graw Leary, 2016, s. 41.

¹³⁸ Graw Leary, 2016, s. 41-42.

¹³⁹ Graw Leary, 2016, s. 42.

¹⁴⁰ Graw Leary, 2016, s. 43.

samtyckeslag göra sex onödigt krångligt, eftersom tillåtelse behövs för varje liten beröring.¹⁴¹

Enligt denna kritik innebär samtycke alltså ett angrepp på intimiteten. Visst skulle intimiteten mellan individer förändras en aning (folk blir kanske mer trevande och försiktiga), men det kan inte med fog påstås att intimiteten människor emellan skulle minska.¹⁴² Trovärdiga belägg för påståendet finns inte.

2.4.5 Risken för falska anklagelser

Kritiker har också hävdad att införandet av samtycke kan medföra falska anklagelser. Faktum är ändå att falska anklagelser vid sexualbrott inte nödvändigtvis är mera vanliga än falska anklagelser vid andra brott.¹⁴³ Om det skvallrar även det faktum att våldtäkter är under-, inte överrapporterade.¹⁴⁴

Förvisso finns en reell risk att falska anklagelser mot en oskyldig person förekommer, precis som vid andra brott. Det går inte att mäta med säkerhet hur stor del av anklagelserna om våldtäkt som är sanna och hur stor del som är falska. Andelen falska anklagelser för sexualbrott är ändå sannolikt låg.

Detta beror dels på de djupa och integritetskränkande frågor som en målsägande måste svara på under rättegången, dels på det faktum att antalet rapporterade våldtäkter är lågt.¹⁴⁵ Jag ställer mig kritisk till att någon skulle genomgå en så pass integritetskränkande process bara för att försöka få en oskyldig person dömd.

¹⁴¹ Graw Leary, 2016, s. 44.

¹⁴² Little, 2005, s. 1359.

¹⁴³ Little, 2005, s. 1357.

¹⁴⁴ Little, 2005, s. 1358.

¹⁴⁵ Eftersom många våldtäkter inte rapporteras är det tveksamt om det går att dra slutsatsen att kvinnor lättvindigt rapporterar våldtäkter. Varför skulle de då ljuga om en våldtäkt då den väl rapporteras? Se till exempel Little, 2005, s. 1331.

När nu samtycke diskuterats och ett antal argument presenterats ur olika synvinklar är det dags att fortsätta med staters skyldighet att kriminalisera och definiera våldtäkt utifrån samtycke.

3 Staters skyldighet att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke

3.1 Från våld till samtycke

3.1.1 Det historiska perspektivet på våldtäkt

I detta kapitel undersöks dels vad Europakonventionen och Europadomstolen stipulerar om kriminalisering av våldtäkt utifrån samtycke, dels huruvida Istanbulkonventionen ålägger dess medlemsstater en skyldighet att kriminalisera och definiera våldtäkt utifrån samtycke. Kärnfrågan som måste besvaras är alltså hur våldtäkt ska definieras och kriminaliseras.¹⁴⁶ Ska våldtäkt definieras utifrån kravet på våld eller hot, eller ska definitionen utgå ifrån samtycke? Har parterna i Europakonventionen och Istanbulkonventionen rätt att själva välja på vilket sätt våldtäkt definieras och kriminaliseras?

Att det inte finns någon enhetlig internationell definition av våldtäkt inom området för de mänskliga rättigheterna utgör i viss mån ett problem.¹⁴⁷ Något som ändå kan skönjas av den internationella utvecklingen är, att världssamfundet går mot att definitioner på våldtäkt utifrån tvång och våld börjar ge vika för en modernare lagstiftning, där parternas samtycke spelar en central roll.¹⁴⁸ Det har emellertid inte alltid varit en självklarhet.

Utifrån ett historiskt perspektiv har det varit komplicerat att i ett internationellt människorättsligt sammanhang uppmärksamma det sexuella våldet mot kvinnor

¹⁴⁶ Jag talar om definition på och kriminalisering av våldtäkt utifrån samtycke som parallella begrepp. Ett brottsrekvisit för våldtäkt som utgår ifrån samtycke utgör rent juridiskt en definition på våldtäkt.

¹⁴⁷ Förvisso är det så, men såsom kommer att påvisas i detta kapitel börjar samtycke vara den nya internationella normen.

¹⁴⁸ Edwards, 2010, s. 96.

(och våld mot kvinnor överlag). Synen på sexuellt våld har nämligen varierat mycket genom tiderna.

Idén om den kvinnliga sexuella autonomin och integriteten har introducerats relativt sent i historien. Under antiken sågs inte kvinnan som självständiga rättssubjekt, eftersom kvinnan inte var juridiskt myndig. Våldtäkt ansågs på den tiden vara ett angrepp mot kvinnans man eller fader och inte mot kvinnan i sig. Kvinnan sågs så att säga endast som objektet genom vilket brottet begicks. Våldtäkt klassificerades som ett egendomsbrott (stöld), och det var mannen eller fadern som av förövaren skulle kompenseras ekonomiskt för missgärningen.¹⁴⁹ Det verkliga offret utgjordes i själva verket av kvinnans man eller fader, eftersom denne ansågs vara ägare till den i kvinnan inneboende sexualiteten.¹⁵⁰

Först under medeltiden började offer för sexuella våldshandlingar erhålla någon form av erkännande. Detta skedde genom utbetalningar av små summor i ekonomisk kompensation direkt till offren. Kompensationen var ändå liten och direkt beroende av vilken klass i samhället offret tillhörde. Den franska revolutionen och upplysningstiden under 1700-talet bidrog, åtminstone i teorin, till att synen på våldtäkt som ett egendomsbrott frångicks. Istället skiftades fokus mot den skada som offret tillfogades.¹⁵¹

Det var emellertid först på 1960- och 1970-talen, då den västerländska kvinnorörelsen kämpade för lika rättigheter mellan kvinnor och män i samhället, som det sexuella våldet mot kvinnor började uppmärksammas i högre grad. Även om de politiska och de medborgerliga rättigheterna var de mest centrala brännpunkterna, kom även den kvinnliga sexuella autonomin att bli en relevant fråga i takt med att kvinnorörelsen expanderade och synen på sexualitet

¹⁴⁹ Eriksson, 2011, s. 38.

¹⁵⁰ du Toit, 2012, s. 387-388.

¹⁵¹ Eriksson, 2011, s. 40-42.

liberaliserades.¹⁵² Det var också på 1970-talet som framsteg började göras på det internationella planet.¹⁵³ Faktum är att kvinnovåld ändå inte erkändes internationellt som brott mot de mänskliga rättigheterna förrän en god bit in på 1990-talet.¹⁵⁴

3.1.2 Våldtäkt som ett brott mot de mänskliga rättigheterna

Inom folkrätten finns från och med 1970-talet och framåt en rad internationella instrument som räknar upp våldtäkt som en del av det internationella problemet med kvinnovåld. Därigenom har det med tiden blivit ett faktum, att även våldtäkt räknas som ett brott mot de mänskliga rättigheterna ur ett internationellt perspektiv.

Det första internationella instrumentet värt att nämnas är Förenta nationernas (härefter: FN) allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna (härefter: FN-deklarationen), vilken antogs 10 december 1948.¹⁵⁵ Den fungerar som en allmän deklaration av varje människas grundläggande fri- och rättigheter. Även om den inte innehåller specifika bestämmelser om vare sig våld mot kvinnor eller våldtäkt finns där ett frö till det som senare kommit att bli ett omfattande grenverk i kampen mot kvinnovåld.

I FN-deklarationen nämns för temat relevanta rättigheter som rätten till liv, frihet och personlig säkerhet,¹⁵⁶ förbudet mot ”tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning”¹⁵⁷ och allas likhet inför lagen och

¹⁵² Eriksson, 2011, s. 47-48.

¹⁵³ McQuigg, 2012, s. 368.

¹⁵⁴ Meyersfeld, 2012, s. 106.

¹⁵⁵ FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna (FN-deklarationen), 10 december 1948.

¹⁵⁶ FN-deklarationen, artikel 3.

¹⁵⁷ FN-deklarationen, artikel 5. Europadomstolen har tolkat våld mot kvinnor, och närmare bestämt våldtäkt som en form av tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling.

förbud mot diskriminering.¹⁵⁸ FN-deklarationen har senare åtföljts av mängder av konventioner och resolutioner.

Knappt tjugo år efter FN-deklarationen, den 16 december 1966, antog FN en internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (härefter: MP-konventionen).¹⁵⁹ Inte heller den innehåller specifika bestämmelser om kvinnovåld eller sexuellt våld. Den bekräftar dock en del av de relevanta bestämmelserna från FN-deklarationen, såsom till exempel förbudet mot tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling¹⁶⁰ och förbudet mot diskriminering. I motsats till deklarationen om de mänskliga rättigheterna även innehåller MP-konventionen en kort lista på vilka grunder en individ kan diskrimineras.¹⁶¹

Den första konventionen som ordagrant tar itu med diskriminering av kvinnor är Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (härefter: CEDAW), antagen 18 december 1979.¹⁶² Den genomsyras av de fördragsslutande staternas positiva förpliktelser att vidta åtgärder för att främja jämlikhet mellan män och kvinnor och därigenom förbjuda diskriminering. Däremot innehåller den inte en enda uttrycklig bestämmelse om kvinnovåld.

Kommittén för CEDAW (härefter: CEDAW-kommittén) specificerade år 1992 i sin generalrekommendation, att även om CEDAW inte innehåller specifika bestämmelser om kvinnovåld anses ändå könsbaserat våld vara en sådan form av

¹⁵⁸ FN-deklarationen, artikel 7. Enligt Konventionen om eliminering av våld mot kvinnor (CEDAW) kan kvinnovåld ses som en form av diskriminering.

¹⁵⁹ Internationell konvention om de medborgerliga och politiska rättigheterna (MP-konventionen), 16 december 1966.

¹⁶⁰ MP-konventionen, artikel 7.

¹⁶¹ MP-konventionen, artikel 26.

¹⁶² Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW), 18 december 1979.

diskriminering som förbjuds av CEDAW artikel 1.¹⁶³ Hit räknas även handlingar som förorsakar skador på det sexuella planet.¹⁶⁴ Därför ska CEDAW anses täcka även våld mot kvinnor i form av sexuella handlingar ägnade att skada kvinnor, däribland våldtäkt. Även familjevåld anses enligt kommentaren vara en form av kvinnovåld, och sexuellt våld räknas upp som en av de former som kvinnovåld kan ta sig i uttryck.¹⁶⁵ Vidare specificerar kommentaren att CEDAW också gäller våld som begås av såväl statliga myndigheter som i sfären mellan privata individer.¹⁶⁶

Slutligen ska ännu i detta sammanhang nämnas FN:s generalförsamlings deklARATION om eliminering av våld mot kvinnor (härefter: DEVAW). Även om den inte heller innehåller konkreta krav på att våldtäkt ska definieras utifrån samtycke innehåller den en definition av kvinnovåld.¹⁶⁷ I artikel 2 finns en konkret lista på handlingar som anses utgöra våld mot kvinnor. Där nämns sexuellt våld på tre olika plan: Våld i nära relationer/familjen, våld begått av staten och våld i samhället överlag.¹⁶⁸ Det bör observeras, att listan inte är uttömmande.

3.1.3 Tillbörlig aktsamhet

Inom folkrätten finns också numera ett krav på att stater måste iaktta tillbörlig aktsamhet (*due diligence*). Kravet på tillbörlig aktsamhet kan sammanfattas med ett citat från ett fall (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*) från Den interamerikanska

¹⁶³ Se CEDAW, artikel 1.

¹⁶⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No.19 (Generalrekommendation nr 19) on Violence against Women (1992) § 6, tillgänglig på: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> (besökt 30 november 2018).

¹⁶⁵ Generalrekommendation nr 19, § 23.

¹⁶⁶ Generalrekommendation nr 19, § 9.

¹⁶⁷ GA Resolution 48/104, 20 december 1993, artikel 1.

¹⁶⁸ GA Resolution 48/104, 20 december 1993, artikel 2.

domstolen för de mänskliga rättigheterna (härefter: Den Interamerikanska domstolen, IACrHR). I fallet konstaterade domstolen:¹⁶⁹

An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.

Enligt doktrinen, som härstammar från ovan nämnda fall, kan alltså stater hållas ansvariga för brott mot de mänskliga rättigheterna, även om ansvaret för själva handlingen inte direkt kan tillskrivas staten ifråga. Staten hålls då istället ansvarig för dess oförmåga att agera. Det kan handla om att staten inte på ett tillfredsställande sätt lyckats förebygga handlingen, alternativt inte förmått hantera dess konsekvenser. Kravet på tillbörlig aktsamhet gäller även kampen mot kvinnovåld, i allra högsta grad. Enligt doktrinen måste därför staterna ratificera internationella dokument, vidta lagtekniska och andra effektiva åtgärder för att hantera problemen med kvinnovåld.¹⁷⁰

Trots att våld i nära relationer sker inom staternas gränser är det en människorättsfråga, som stater inom ramarna för den tillbörliga aktsamheten är skyldiga att förhindra och bekämpa. Numera erkänns alltså inom folkrätten en skyldighet att förhindra och bekämpa våld mot kvinnor.¹⁷¹

3.1.4 Samtycke börjar betonas

Från att i många år ha varit ett system som exkluderade kvinnor går nu folkrätten i en allt mer inkluderande riktning i och med att våld mot kvinnor erkänns och

¹⁶⁹ *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 29 juli 1988, § 172.

¹⁷⁰ Edwards, 2010, s. 103.

¹⁷¹ De Vido, s. 72-73.

bekämpas.¹⁷² Idag kan dessutom observeras, att definitionen av våldtäkt skiftat från krav på våld och hot mot samtycke. Till detta har flera internationella instanser medverkat. Bland annat Den internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (härefter: ICTY) har bidragit med rättspraxis som utvecklat en internationell definition av våldtäkt.¹⁷³

I fallet *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* konstaterade tribunalen att tröskeln för våldtäkt överskrids då någon utan motpartens samtycke utför en handling av sexuell natur:¹⁷⁴

the Trial Chamber understands that the *actus reus* of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs *without the consent* (min kursivering) of the victim.

Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The *mens rea* is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.¹⁷⁵

Redan i början av 2000-talet utarbetade alltså en internationell tribunal en definition av våldtäkt utgående från samtycke. Sedan dess har utvecklingen fortsatt gå i den riktningen, framförallt inom Europarådets domäner. Dels har Europadomstolen bidragit med sin egen tolkning av hur en effektiv våldtäktslagstiftning bör se ut, dels har Istanbulkonventionen tillkommit. Den sistnämnda innehåller också specifika krav på konventionsstaternas lagstiftning om våldtäkt.

¹⁷² Edwards, 2010, s. 96.

¹⁷³ Edwards, 2010, s. 96.

¹⁷⁴ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, (Nr IT-96-23-T&IT-96-23/1-T), 22 februari 2001; se även Munro, 2010, s. 17.

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, (Nr IT-96-23-T&IT-96-23/1-T), 22 februari 2001, § 460.

3.2 Våldtäkt enligt Europakonventionen

3.2.1 Uttryckliga bestämmelser om våldtäkt saknas

Europakonventionen är ett av de mest utvecklade internationella instrumenten för skyddet och främjandet av de mänskliga rättigheterna. Europakonventionen anses rentav vara det mest effektiva systemet för beskyddet av mänskliga rättigheter. En stor styrka är att Europadomstolen kan upprätthålla dessa rättigheter.¹⁷⁶

Då konventionen utarbetades och trädde i kraft togs inte någon särskild hänsyn till kvinnors rättigheter, men under de senaste åren har emellertid stora framsteg gjorts.¹⁷⁷ Inte bara genom Europadomstolens praxis, vilken i allt högre grad har börjat ta itu med det sexuella våld kvinnor möter, utan även genom nya internationella konventioner inom Europarådets regi, kan Europarådet numera ses som en seriös aktör i bekämpandet av sexuellt våld mot kvinnor.

Europakonventionen innehåller ändå inga uttryckliga bestämmelser om sexuellt våld, och därför inte heller några bestämmelser om på vilket sätt konventionsstaternas lagstiftning på området bör utformas. Däremot har en del av konventionens artiklar tolkats omfattade genom Europadomstolens rättspraxis. Därigenom har problemet med sexuellt våld, även våldtäkt, i ett rätt stort antal fall ändå fått utrymme under konventionens bestämmelser. De artiklar i konventionen som av Europadomstolen har ansetts inkorporera även bestämmelser om våldtäkt är artiklarna 3 och 8.

¹⁷⁶ Lorenzmeier, 2007, s. 40-41.

¹⁷⁷ Londono, 2010, s. 109.

3.2.2 Våldtäkt inkorporeras av artiklarna 3 och 8

Artikel 3 i Europakonventionen innehåller ett förbud mot tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.¹⁷⁸ Förbuden i artikeln är absoluta, vilket betyder att inga som helst avsteg från dessa är tillåtna, inte ens i krigstillstånd.¹⁷⁹

För att en gärning ska bli föremål för granskning av Europadomstolen under artikel 3 krävs, att handlingen uppnår en viss allvarströskel.¹⁸⁰ Det räcker alltså inte med att en individ hävdar att hen blivit kränkt genom en oönskad och illegal handling. Gärningen måste dessutom ha förorsakat allvarligt lidande eller förödmjukelse för offret.¹⁸¹ Denna allvarsbedömning görs utifrån omständigheterna i fallet som helhet.¹⁸²

Till staternas positiva skyldigheter under artikel 3 hör för det första att skydda individen från könsbaserat våld, och dessutom att effektivt och opartiskt utreda sådana brott.¹⁸³ Artikel 3 inrymmer alltså för staterna två huvudsakliga positiva förpliktelser: Dels att beskydda individen från övergrepp, dels att säkerställa att utredningar av påstådda överträdelser är effektiva.¹⁸⁴ Konventionsstater som inte förmår genomföra effektiva utredningar om påstådda våldtäkter eller sexuella övergrepp kan hållas ansvariga för brott mot artikelns bestämmelser.¹⁸⁵ En

¹⁷⁸ Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen, EKMR), 4 november 1950, artikel 3.

¹⁷⁹ Rainey m.fl, 2017, s. 183.

¹⁸⁰ Se *Ireland v. the United Kingdom* (Nr 5310/71), 18 januari 1978, § 162. De allmänna förutsättningarna för en klagande att vända sig till Europadomstolen finns i EKMR artikel 35 (villkor för upptagande av mål till prövning).

¹⁸¹ Rainey m.fl, 2017, s. 185.

¹⁸² *Jalloh v. Germany* (Nr 54810/00), 11 juli 2006, § 67.

¹⁸³ *Opuz v. Turkey* (Nr 33401/02), 9 juni 2009, §§ 145, 150.

¹⁸⁴ Rainey m.fl, 2017, s. 213.

¹⁸⁵ Rainey m.fl, 2017, s. 213.

effektiv statlig utredning enligt artikel 3 ska åtminstone ha potentialen att leda till ett åtal¹⁸⁶ och dessutom vara grundlig, ändamålsenlig och opartisk.¹⁸⁷

Artikel 8 stipulerar i sin tur om individens rätt till skydd för såväl sitt privatliv som familjelivet, hemmet och korrespondensen.¹⁸⁸ Vidare uttrycks att ingrepp mot dessa rättigheter endast får ske med stöd av lag, samt ”om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välstånd, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.”¹⁸⁹

Artikel 8 har en synnerligen bred omfattning som inte exakt kan definieras, men Europadomstolen har i sin praxis bland annat konstaterat att individens sexualliv är ett centralt element av artikeln.¹⁹⁰ Även denna artikel innehåller för staterna såväl negativa som positiva skyldigheter. Staterna är för det första skyldiga att enligt denna artikel avhålla sig från att ingripa i individens rättigheter (negativ förpliktelse). För det andra måste staterna vidta åtgärder för att säkerställa att respekten för privat- och familjeliv tillgodoses även i den privata sfären, individer emellan.¹⁹¹

Det är alltså under dessa artiklar som våldtäkt innefattas enligt Europadomstolens praxis. De tidigaste fallen om våldtäkt som Europadomstolen hanterade handlade om staters inblandning i våldtäkt. I *Cyprus v. Turkey* anklagades turkiska myndigheter för brott mot de mänskliga rättigheterna, däribland våldtäkt, i

¹⁸⁶ Rainey m.fl, 2017, s. 214.

¹⁸⁷ *Akkoç v. Turkey* (Nr 22947/93 and 22948/93), 10 oktober 2000.

¹⁸⁸ EKMR, artikel 8(1).

¹⁸⁹ EKMR, artikel 8(2).

¹⁹⁰ *Peck v. the United Kingdom* (Nr 44647/98), 28 januari 2003, § 57.

¹⁹¹ *Dickson v. the United Kingdom* (Nr 44362/04), 4 december 2007, § 70.

samband med ockupationen av norra Cypern. Europadomstolen fann brott mot konventionens artikel 3.¹⁹² Till liknande slutsats kom domstolen i *Aydin v. Turkey*, där en ung kvinna som fängslats av den turkiska staten utsatts för våldtäkt och annan förnedrande behandling.¹⁹³ Det går alltså att ur Europadomstolens praxis urskilja, att de tidiga fallen rörande våldtäkt innefattar statlig inblandning.

X and Y v. the Netherlands var däremot ett av de tidigaste fallen då Europadomstolen berörde våldtäkt privata individer emellan. Nederländernas strafflagstiftning ansågs inte på ett tillräckligt effektivt sätt beskydda mentalt handikappade från sexuella övergrepp. Detta ansåg Europadomstolen vara ett brott mot konventionens artikel 8.¹⁹⁴

Europadomstolen har tidigare kritiserats för att klassificera sexuellt våld utövat av myndigheter enligt artikel 3, och sexuellt våld utövat i den privata sfären enligt artikel 8. Enligt kritiken är sexuellt våld inte så mycket ett brott mot rätten till privatliv, utan snarare ett brott mot den fysiska kroppen och psyket. Detta leder i förlängningen till missuppfattningar om de skadliga effekterna av våldtäkt. Även om även rätten till privatliv innefattas, så bör konstateras att artikel 3 berörs i högre grad vid sexuellt våld.¹⁹⁵

Ändring på den fronten blev det i och med fallet *S.W. v. the United Kingdom*. Europadomstolen erkände i detta fall att våldtäkt i den privata sfären (våldtäkt i äktenskapet) kunde fall inom ramarna för artikel 3.¹⁹⁶

¹⁹² *Cyprus v. Turkey* (Nr 25781/94), 10 maj 2001.

¹⁹³ *Aydin v. Turkey* (Nr 57/1996/676/866), 25 september 1997, § 86.

¹⁹⁴ Londono, 2010, s. 112.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, se även *S.W. v. the United Kingdom* (Nr 20166/92), 22 november 1995.

Det första fallet Europadomstolen hanterade som de facto berörde själva definitionen av våldtäkt var dock *M.C. v. Bulgaria*.¹⁹⁷

3.2.3 Europadomstolen: Våldtäkt ska definieras utifrån samtycke

I fallet *M.C. v. Bulgaria* påstod klaganden att hon vid två olika tillfällen, den 31 juli samt den 1 augusti år 1995, våldtagits av två olika män, vilka hon var bekant med sedan tidigare. Vid tidpunkten för de påstådda våldtäkterna var klaganden knappt 15 år gammal. I brottsutredningen som följde hittades dock aldrig bevis för att hon skulle ha tvingats till sexuella handlingar, det vill säga våldtagits.¹⁹⁸

Distriktsåklagaren uppmanade utredarna till en ytterligare undersökning, eftersom det ansågs ha funnits brister i den första utredningen. Den första utredningen hade enligt distriktsåklagaren inte varit vare sig objektiv, grundlig eller avslutad.¹⁹⁹ I den vidare undersökningen fann utredarna dock aldrig tillräckliga bevis för att några våldtäkter skulle ha ägt rum.²⁰⁰

Såväl klaganden som hennes mor önskade därtill en ytterligare brottsutredning om huruvida vittnena i utredningen av våldtäkterna gjort sig skyldiga till mened. Deras önskan avslogs emellertid av samma åklagare som hade avslutat utredningen om våldtäkt.²⁰¹

Klaganden tog målet till Europadomstolen och yrkade där på att hennes rättigheter enligt konventionens artiklar 3, 8, 13 (rätt till effektivt rättsmedel) och 14 (förbud mot diskriminering) hade kränkts av Bulgarien. Staten hade enligt klaganden i och

¹⁹⁷ Londono, 2010, s. 116.

¹⁹⁸ *M.C. v. Bulgaria*, § 9-10.

¹⁹⁹ *M.C. v. Bulgaria*, § 56.

²⁰⁰ *M.C. v. Bulgaria*, § 65.

²⁰¹ *M.C. v. Bulgaria*, § 66-68.

med lagstiftning och praxis i våldtäktsmål, men även genom utredningen som hon varit del av, misslyckats med att uppfylla sina positiva förpliktelser att försäkra individen ett effektivt skydd mot sexuella övergrepp.²⁰²

I sitt resonemang i fallet hänvisade domstolen till en rekommendation utfärdad av Europarådets ministerkommitté (härefter: ministerkommittén), enligt vilken stater bör kriminalisera alla sexuella handlingar gentemot personer som inte samtycker, oavsett om hen gör motstånd eller inte.²⁰³

Dessutom noterade domstolen att bland annat följande länder²⁰⁴ har ett våldtäktsrekvisit som bygger på samtycke: USA,²⁰⁵ Kanada, Sydafrika, Australien,²⁰⁶ Storbritannien,²⁰⁷ Irland,²⁰⁸ och Belgien.²⁰⁹ Att så många länder infört en våldtäktslagstiftning baserat på samtycke visar att ett internationellt samförstånd gällande definitionen på våldtäkt är på väg att utvecklas.

Vidare konstaterade Europadomstolen att stater bör garantera att alla medborgare inom dess jurisdiktion tillförsäkras de friheter som konventionen räknar upp.²¹⁰ Konventionsstaterna ska därför vidta effektiva åtgärder för att individer inom dess jurisdiktion inte ska utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling enligt

²⁰² *M.C. v. Bulgaria*, § 3.

²⁰³ Recommendation Rec(2002) of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence adopted on 30 April 2002 and Explanatory Memorandum, § 35.

²⁰⁴ Det bör observeras, att antalet länder som infört samtycke är fler idag än de var vid tidpunkten för avgörandet.

²⁰⁵ *M.C. v. Bulgaria*, § 143-146. Även om de amerikanska delstaternas lagstiftning skiljer sig från varandra så är en minsta gemensamma nämnare samtycke.

²⁰⁶ *M.C. v. Bulgaria*, § 147.

²⁰⁷ *M.C. v. Bulgaria*, § 140.

²⁰⁸ *M.C. v. Bulgaria*, § 138.

²⁰⁹ *M.C. v. Bulgaria*, § 132.

²¹⁰ EKMR, artikel 1.

artikel 3 (förbud mot tortyr). Bestämmelserna i artikeln har ansetts tillhöra några av de mest fundamentala mänskliga rättigheterna.²¹¹

Staternas positiva skyldigheter under artikel 8 (rätt till privatliv) kan enligt domstolen kräva åtgärder även i den privata sfären, i relationerna människor emellan. Även om staterna har en prövning marginal krävs effektiva åtgärder för att avskräcka individer från att begå sådana brott (exempelvis våldtäkter) som kränker fundamentala värden i relation till privatlivet. Dessa åtgärder inkluderar effektiva straffrättsliga bestämmelser.²¹²

Europadomstolen kom till slutsatsen, att stater har en positiv skyldighet att etablera straffrättsliga regler som effektivt kan beivra våldtäkt, och att därtill kunna tillämpa dessa regler genom effektiva utredningar och åtal.²¹³

Domstolen konstaterade förvisso, att stater utan tvivel har en bred prövning marginal i att skydda medborgarna från våldtäkter. I synnerhet bör lokala seder, bruk, traditioner och omständigheter tas i beaktande.²¹⁴ Denna prövning marginal begränsas emellertid av bestämmelserna i konventionen. När de mänskliga rättigheterna ska beskyddas måste Europadomstolen få ta ställning till förändringar i de fördragsslutande parternas lagstiftningar, och hålla sig uppdaterad för att korrespondera mot en ökad koherens i lagstiftningen konventionsstaterna emellan. De mänskliga rättigheterna får nämligen inte enbart bli illusoriska och teoretiska.²¹⁵

²¹¹ Se t.ex *Z and others v. the United Kingdom* (Nr 29392/95), 10 maj 2001, §§ 73-75.

²¹² *M.C. v. Bulgaria*, § 150, se även: *X and Y v. the Netherlands* (Nr 8978/80), 26 mars 1985, §

²¹³ *M.C. v. Bulgaria*, § 153

²¹⁴ *M.C. v. Bulgaria*, § 154.

²¹⁵ *M.C. v. Bulgaria*, § 155, se även *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (Nr 28957/95), 11 juli 2002, § 74.

Domstolen har observerat en rörelse bort från en snäv tolkning av våldtäkt. Våldtäktsoffret behöver i många stater inte längre göra fysiskt motstånd för att en gärning ska klassas som våldtäkt.²¹⁶ Domstolen observerade därtill ministerkommitténs rekommendationer²¹⁷ samt även utvecklingen i internationell straffrätt, vari det inte längre krävs att våld är ett element av våldtäkt. I synnerhet ICTY har konstaterat att definitionen av våldtäkt innefattar samtycke.²¹⁸

Domstolen konstaterade även att kvinnor som våldtas ofta paralyseras.²¹⁹ Många kvinnor bjuder alltså inte på motstånd mot gärningsmannen; detta på grund av psykologiska faktorer eller rädslan för att utsättas för våld av förövaren.²²⁰ En vanlig missuppfattning om sexuella brott är att offret gör motstånd, då en vanlig reaktion istället är att offret helt enkelt paralyseras och inte förmår eller vågar göra motstånd. Sådana situationer borde också kunna lagföras.²²¹

Detta sammanfaller med ett allmänt problem, nämligen att antalet fällande domar i sexualbrottmål ofta är mycket lågt i förhållande till antalet anmälda sexualbrott. *M.C. v. Bulgaria* är därför ett välkommet tillägg i diskursen, eftersom fallet visar att Europadomstolen anser att utredningar och åtal i våldtäktsmål ska betona målsägandes mänskliga rättigheter. Stater har alltså enligt Europadomstolen positiva skyldigheter att inte bara stifta effektiva lagar om våldtäkt, utan även att se till att effektiva utredningar och eventuella åtal i praktiken skyddar

²¹⁶ *M.C. v. Bulgaria*, § 156-157.

²¹⁷ *M.C. v. Bulgaria*, § 162.

²¹⁸ *M.C. v. Bulgaria*, § 163.

²¹⁹ Enligt en svensk utredning från år 2017 paralyseras cirka 70 % av våldtäktsoffren. I studien undersöktes 298 kvinnor. 70 % hade upplevt en signifikant paralysering. 48 % upplevde en extrem paralysering. Se Möller, m.fl, 2017, s. 932.

²²⁰ *M.C. v. Bulgaria*, § 164. Många kvinnor bjuder inte på motstånd på grund av fruktan (eng. *frozen fright*) eller med hopp om att övergreppet kanske avbryts. Många förövare använder inte heller våld. Se till exempel Diehl, 2015, s. 509.

²²¹ Conaghan, 2005, s. 150.

medborgaren från sexualbrott.²²² Lagutvecklingen har även rört sig mot en effektiv jämlikhet och respekt för den sexuella autonomi.²²³

Med ovanstående argument som grund ansåg Europadomstolen, att en rigid tolkning av sexualbrott riskerar att lämna vissa fall ostraffade. Detta försvagar i sin tur det effektiva skyddet av individens sexuella autonomi. När de internationella trenderna beaktas, måste medlemsstaternas positiva skyldigheter enligt artiklarna 3 och 8 innebära krav på kriminalisering och effektivt beivrande av vilken sexuell handling som helst utan motpartens samtycke, även de fall inkluderade där offret inte bjudit upp till kamp för att försvara sig.²²⁴ Domstolen konstaterade alltså uttryckligen:²²⁵

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* (min kursivering).

Europadomstolen kom alltså till slutsatsen att Bulgarien gjort sig skyldigt till brott mot artiklarna 3 och 8. Europadomstolen fann däremot inget brott av artikel 13 (rätt till effektivt rättsmedel) och ansåg att det inte var nödvändigt att undersöka huruvida ett brott mot artikel 14 (förbud mot diskriminering) ägt rum. De bulgariska myndigheterna hade alltså inte vidtagit de nödvändiga åtgärder som krävdes för att uppfylla statens positiva skyldigheter att beskydda individens sexuella autonomi och integritet.²²⁶

²²² Conaghan, 2005, s. 153.

²²³ *M.C. v. Bulgaria*, § 165.

²²⁴ *M.C. v. Bulgaria*, § 166.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *M.C. v. Bulgaria*, § 169-187.

Fallets stora betydelse kan sammanfattas med följande citat:

”the major contribution of the judgment is that it marks the emergence of an international definition of rape, and sexual crimes in general, focused on lack of consent as the central defining element.”²²⁷

”the Court has found that the Convention may be interpreted *as requiring how domestic criminal law must be drafted, interpreted and applied*, with a view to expanding the scope of substantive criminal law”²²⁸

Enligt Europadomstolens praxis är alltså Europakonventionens medlemsstater skyldiga att effektivt bekämpa sexuellt våld genom att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke. Avgörandets betydelse förstärks numera dessutom av Istanbulkonventionen som ställer liknande krav på konventionsstaternas lagstiftning om våldtäkt att samtycke ska ses som ett krav.

3.2.4 Kritik av Europadomstolens tolkning

Europadomstolens tolkning och slutsatser i *M.C. v. Bulgaria* har också kritiserats. I detta avsnitt redogör jag för denna kritik.

Europadomstolen går i sitt resonemang väldigt långt in i sådant som normalt sett hör till staternas interna angelägenheter, det vill säga utformning av egna strafflagar inom ramarna för den statliga suveräniteten. Någon kanske argumenterar för att detta hör till staternas befogenheter och inte är något internationella instanser ska ingripa i. Men ur juridisk synvinkel är sådan argumentering problematisk.

Frågan som måste ställas är om stater är bundna av de tolkningar som Europadomstolen gör eller inte. I enlighet med Europakonventionen är stater

²²⁷ Pitea, 2005, s. 457.

²²⁸ Pitea, 2005, s. 454.

bundna av domstolens avgöranden i sådana mål där de varit part i tvisten²²⁹ Det innebär att tolkningen i *M.C. v. Bulgaria* är gällande för Bulgarien. Fallet har inte en sådan prejudicerande verkan att alla stater direkt blir bundna av det. Inte heller domstolen själv binds av sina egna avgöranden. Detta är ett starkt argument för kritiker av samtycke.

Domstolen konstaterade ändå i *Christine Goodwin v. The United Kingdom*:²³⁰

While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases [...]. However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement [...]. The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess “in the light of present-day conditions” what is now the appropriate interpretation and application of the Convention [...].

Europakonventionen ska därför ses som ett dynamiskt instrument som ska tolkas flexibelt och i ljuset av dagens förhållanden.²³¹ Våldtäkt är enligt praxis ett brott mot konventionen. Dessutom har domstolen konstaterat att våldtäkt ska definieras utifrån samtycke. Det kan därför med fog argumenteras för att staterna är skyldiga att definiera våldtäkt utifrån samtycke, trots kritiken.

Om den internationella trend där fokus skiftats från våld och hot till samtycke även beaktas, så blir det väldigt svårt att argumentera för en annan ståndpunkt än

²²⁹ EKMR, artikel 46(1).

²³⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (Nr 28957/95), 11 juli 2002, §§ 74-75.

²³¹ Eriksson, 2011, s. 80-81.

att Europarådets medlemsstater är skyldiga att vidta åtgärder (i praktiken kriminalisering) för att definiera våldtäkt utifrån samtycke.

Här är det ändå läge för viss uppmärksamhet. Betoningen på kriminalisering bör inte medföra att stater inte uppfyller sina förpliktelser även genom andra till buds stående medel. Domstolen borde enligt Pitea ha konstaterat att kriminalisering är en lösning som i sista hand ska användas för att få stater att uppfylla sina förpliktelser, och inte ett substitut för andra effektiva åtgärder.²³²

Samtidigt borde tyngdpunkten i diskussionen om samtycke inte ligga på huruvida brottsrekvisit för våldtäkt borde utformas utifrån samtycke. Istället borde fokuseras på vad som utgör ett giltigt samtycke.²³³

Europakonventionens huvudsakliga syfte, mål och uppgift är enligt Asp att inom konventionsstaterna uppsätta minimikrav för beskyddet av de mänskliga rättigheterna som finns uppräknade i konventionen. Detta görs framförallt genom Europadomstolens rättspraxis, vilken drar skiljelinjerna mellan vad som är acceptabelt och oacceptabelt. I viss mån kan Europadomstolens praxis ses som en slags harmonisering av konventionsstaternas lagstiftning. Syftet är ändå enligt Asp inte att på djupet hitta den enda rätta vägen för medlemsstaterna i beskyddet av de mänskliga rättigheterna. Snarare handlar beskyddet av de mänskliga rättigheterna enligt Europakonventionen om att sätta upp vissa minimistandarder för konventionsstaterna, och på så sätt utesluta det som kan anses oacceptabelt. Även i fallet *M.C. v. Bulgaria* sätter Europadomstolen upp vissa minimistandarder för konventionsstaterna.²³⁴

²³² Pitea, 2005, s. 456.

²³³ Asp, 2009, s. 193. Diskussionen om vad som utgör giltigt samtycke har behandlats i kapitel 2.

²³⁴ Asp, 2009, s. 202.

Dessutom borde betoningen ligga på att skydda individen från staten, istället för att uppmuntra staters myndigheter att utöva sina maktbefogenheter för att straffa medborgarna. Det finns skäl för att gå varsamt fram. Om Europadomstolen sätter tryck på medlemsstaternas myndigheter att till varje pris skipa rättvisa genom att få fram fällande domar kan det mycket väl hända, att andra grundläggande rättigheter kränks.²³⁵ Samtidigt behövs staternas insatser för att effektivt kunna främja de mänskliga rättigheterna.²³⁶ Asp ställer sig också tveksam till att Europadomstolen ska ta steget från att vara en kontrollant av de mänskliga rättigheterna till att faktiskt vara en instans som ger föreskrifter över hur konventionsstaternas lagar bör vara utformade.²³⁷

Något som enligt Asp också bör fästas uppmärksamhet vid är att domstolen i fallet endast kritiserat tillämpningen av den bulgariska lagen. Domstolen tog alltså inte ställning till huruvida våldtäktslagen i sig själv strider mot konventionsbestämmelserna.²³⁸ Därför ter det sig märkligt att dra sådana slutsatser, att medlemsstaterna skulle vara förpliktade att införa en samtyckesbaserad lagstiftning.²³⁹

Jag håller inte alls med vad Asp anför här. Domstolens slutsats är uttryckligen att även sådana fall av våldtäkt där offret inte gjort motstånd ska kunna beivras.²⁴⁰ Det är ett entydigt faktum.

Europadomstolen konstaterade också i fallet att staterna har en vid provningsmarginal. Denna begränsas emellertid samtidigt av bestämmelserna i

²³⁵ Asp, 2009, s. 203.

²³⁶ Asp, 2009, s. 202-203.

²³⁷ Asp, 2009, s. 203.

²³⁸ *M.C. v. Bulgaria*, § 167.

²³⁹ Asp, 2009, s. 205.

²⁴⁰ Se *M.C. v. Bulgaria*, § 166.

Europakonventionen. Det är i detta sammanhang som Europadomstolen träder in och försöker fastställa vilka nationella och internationella trender som finns. Resultatet är att artiklarna 3 och 8 i Europakonventionen nog kräver kriminalisering och effektiva bestraffningar av sexuella handlingar utan samtycke, men denna skyldighet bör avvägas mot staternas rätt till en vid prövningsmarginal. En balansering bör alltså göras.²⁴¹

Staterna har alltså en skyldighet att effektivt beskydda individens mänskliga rättigheter, men i och med prövningsmarginalen borde staterna kanske själva få bestämma hur det ska göras. Jag är ändå tveksam om det i praktiken vore ett effektivt sätt att beskydda de mänskliga rättigheterna. Europakonventionens övervakningsmekanism i form av domstolen är ett effektivt medel för att värna om de mänskliga rättigheterna. Det ska inte underskattas.

Asp anför också att det finns många olika sätt att formulera lagen på. Dessutom varierar åsikterna om vad som kan definieras som våldtäkt från land till land. Vad som utgör våldtäkt i en stat behöver inte nödvändigtvis klassas som våldtäkt i en annan.²⁴² Det finns alltså en inkoherens, även om den internationella trenden allt mer går mot att definiera våldtäkt utifrån samtycke. Asp skriver som följer:²⁴³

”we have a very limited knowledge of what consent actually means, until we have discussed what we accept - or rather: what we should accept - as legally distinctive consent in the context of sex (having regard to the situation under which acceptance is given, the means used by the person taking the initiative etc.). Until we have had such a discussion we do not actually know what a consent based legislation means. This also means that it is impossible to unify the laws of different states simply by referring to the concept of consent.”

Debatten om vad som är samtycke eller inte borde föras förrän staternas skyldighet att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke diskuteras. Detta är ändå

²⁴¹ Asp, 2009, s. 207.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Asp, 2009, s. 210.

inte att påstå att samtycke inte ska införas i något skede, men uppmärksamheten bör riktas mot hur det ska göras innan samtycke införs.²⁴⁴ Innan slutsatsen att samtycke behövs kan dras måste en diskussion om hur samtycket ska konstrueras äga rum.²⁴⁵ Detta har därför redan diskuterats i kapitel 2.

Utifrån en analys av hur Europadomstolen tolkat definitionen på våldtäkt står det alltså klart, trots kritiken, att en definition på våldtäkt utgående från samtycke krävs av parterna i Europakonventionen. Resonemanget i *M.C. v. Bulgaria* innehåller en skyldighet att kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke. Den är svår att förbise, i synnerhet när detta resonemang byggts på ytterligare under de senaste åren, framförallt tack vare Istanbulkonventionen.

3.3 Våldtäkt enligt Istanbulkonventionen

3.3.1 Konventionens tillkomst och syfte

Istanbulkonventionen blev till efter anti-våldskampanjer inom Europarådet. Konventionstexten såg dagens ljus våren 2011 och trädde i kraft den 1 augusti 2014.²⁴⁶ I skrivande stund (maj 2019) har Istanbulkonventionen ratificerats av 34 länder, alla parter i Europarådet. Alla de nordiska länderna har till dags dato ratificerat konventionen.²⁴⁷

Istanbulkonventionen är ett stort steg inom de mänskliga rättigheterna, eftersom den erbjuder ett juridiskt bindande regelverk för att hantera könsrelaterat våld mot

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Asp, 2009, s. 211.

²⁴⁶ McQuigg, 2012, s. 368.

²⁴⁷ Chart of signatures and ratifications of Treaty 210, *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, tillgänglig på: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=false> (besökt 3 maj 2019).

kvinnor och våld i nära relationer mot individen.²⁴⁸ Konventionen är en del av den större rörelse inom folkrätten för att erkänna att våld mot kvinnor samtidigt är brott mot de mänskliga rättigheterna.²⁴⁹ Konventionen har dessutom stor potential, eftersom den är öppen för ratifikation även av icke-medlemmar av Europarådet.²⁵⁰ Värt att notera är, att konventionen är tillämpbar såväl i fredstid som i krigstid.²⁵¹

Konventionen har som syfte att framförallt främja en värld fri från våld mot kvinnor och våld i hemmet. Detta framkommer tydligt inte bara i konventionens namn, utan även i ingressen.²⁵²

Eftersom våld mot kvinnor är ett strukturellt problem som bland annat leder till ojämlikhet mellan män och kvinnor, vill konventionsstaterna fördöma våld mot kvinnor (och våld i hemmet). Målet med konventionen är att utrota våldet mot kvinnor och våld i hemmet i Europa.²⁵³

Konventionssyftet framkommer av konventionens artikel 1, som lyder som följer:²⁵⁴

1 Syftet med denna konvention är

a att skydda kvinnor mot alla former av våld och att förebygga, lagföra och avskaffa våld mot kvinnor och våld i hemmet,

²⁴⁸ De Vido, 2017, s. 70. Utifrån Istanbulkonventionens namn kan felaktigt uppfattas att den endast gäller våld mot kvinnor. Detta är emellertid felaktigt eftersom konventionen även riktar sig till män som utsatts för våld i nära relationer. Se till exempel Istanbulkonventionen artikel 2 (tillämpningsområde).

²⁴⁹ McQuigg, 2012, s. 368.

²⁵⁰ Meyersfeld, 2012, s. 108. Det finns även möjlighet för internationella mellanstatliga organisationer, såsom t.ex EU att ansluta sig till konventionen. Det har emellertid än inte inträffat.

²⁵¹ Istanbulkonventionen artikel 2.3.

²⁵² Istanbulkonventionen, ingressen.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Istanbulkonventionen, artikel 1.

b att bidra till att avskaffa alla former av diskriminering av kvinnor och att främja faktisk jämställdhet mellan kvinnor och män, bland annat genom att stärka kvinnors ställning,

c att utarbeta ett omfattande system, principer och åtgärder för att skydda och hjälpa alla kvinnor som utsätts för våld och alla som utsätts för våld i hemmet,

d att främja internationellt samarbete som syftar till att avskaffa våld mot kvinnor och våld i hemmet,

e att organisationer och brottsbekämpande myndigheter ska få stöd och hjälp så att de kan samarbeta effektivt och ta ett helhetsgrepp för att få ett slut på våldet mot kvinnor och våldet i hemmet.

2 Genom denna konvention inrättas en särskild övervakningsmekanism för att säkerställa att parterna effektivt tillämpar dess bestämmelser.

Syftet kompletteras med bestämmelser om konventionens tillämpning, som enligt artikel 2 ”gäller alla former av våld mot kvinnor, inbegripet våld i hemmet, som drabbar kvinnor oproportionerligt”²⁵⁵ Dessutom ska ”parterna uppmuntras till att tillämpa konventionen på alla personer som utsätts för våld i hemmet. Parterna ska vid tillämpningen av bestämmelserna i konventionen ägna särskild uppmärksamhet åt kvinnor som utsätts för könsrelaterat våld.”²⁵⁶

Istanbulkonventionen ålägger alltså medlemsstaterna positiva skyldigheter att förhindra och bekämpa kvinnovåld. Numera är det internationellt erkänt, att stater, om de misslyckas med dessa skyldigheter, kan hållas ansvariga för brott mot de mänskliga rättigheterna (i detta fall kvinnovåld) även om brotten begås av en privat aktör, till exempel en privatperson (tillbörlig aktsamhet).²⁵⁷ Det är på denna doktrin som Istanbulkonventionen är uppbyggd.²⁵⁸

²⁵⁵ Istanbulkonventionen, artikel 2.1.

²⁵⁶ Istanbulkonventionen, artikel 2.2.

²⁵⁷ Meyersfeld, 2012, s. 106. Om tillbörlig aktsamhet, se avsnitt 3.1.3 ovan.

²⁵⁸ McQuigg, 2012, s. 371.

Artikel 5 i Istanbulkonventionen stipulerar om statens skyldigheter att iakttä tillbörlig aktsamhet och den lyder:²⁵⁹

1 Parterna ska inte medverka till några som helst våldshandlingar mot kvinnor utan säkerställa att myndigheter, tjänstemän, ombud, institutioner och andra aktörer som handlar på uppdrag av staten agerar i enlighet med denna skyldighet.

2 Parterna ska vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder och andra åtgärder för att med tillbörlig aktsamhet förebygga, utreda, straffa och gottgöra våldshandlingar som faller inom ramen för denna konvention och som begås av icke-statliga aktörer.

Artikel 5 är tudelad på så sätt att den innehåller både förbud (negativa förpliktelser) och påbud (positiva förpliktelser). Förbudet utgörs av den första delen, vari stater förbjuds att på något sätt medverka till våldsanvändning mot kvinnor.

De positiva förpliktelserna är desto fler. För det första ska staterna se till att statliga organ och alla som verkar inom dessa agerar i enlighet med våldsförbudet. För det andra är staterna skyldiga att genom såväl lagstiftningsåtgärder och andra åtgärder både förebygga och även bestraffa de konventionsbrott, det vill säga de våldshandlingar som begåtts av privata (icke-statliga aktörer). Konventionstexten överensstämmer således med praxis från Europadomstolen.²⁶⁰

3.3.2 Våldtäkt bör definieras utifrån samtycke

Istanbulkonventionen är entydig i hur parterna ska agera för att straffbelägga sexuella brott. Dess artikel 36 lyder:²⁶¹

²⁵⁹ Istanbulkonventionen, artikel 5.

²⁶⁰ Se till exempel *M.C. v. Bulgarien* (Nr 39272/98), 4 december 2003. Fallet har analyserats mer utförligt i avsnitt 3.2.3.

²⁶¹ Istanbulkonventionen, artikel 36.

1 Parterna ska vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa att följande uppsåtliga gärningar är straffbelagda:

a Att sexuellt penetrera en annan persons kropp vaginalt, analt eller oralt med en kroppsdel eller ett föremål *utan dennes samtycke* (min kursivering).

b Att utföra andra handlingar av sexuell karaktär med en person utan dennes samtycke.

c Att förmå en annan person att utföra handlingar av sexuell karaktär med en tredje person utan dennes samtycke.

2 Samtycke ska lämnas av egen fri vilja och bedömas med hänsyn till förhållandena i det enskilda fallet.

3 Parterna ska vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa att bestämmelserna i punkt 1 även gäller för gärningar som begås mot tidigare eller nuvarande makar eller partner som erkänns i nationell rätt.

Bestämmelserna visar uttryckligen att motpartens samtycke ligger som grund för kriminalisering av sexuellt våld. Detta överensstämmer med rättspraxis från Europadomstolen.²⁶²

Vad som ändå bör fästas uppmärksamhet på är formuleringen ”nödvändiga lagstiftningsåtgärder *eller* (skribentens kursivering) andra åtgärder.” Det bör framföras, att utifrån konventionstexten att döma framkommer att staterna kan vidta flera olika typer av åtgärder. Lagstiftning är endast ett alternativ för att förebygga sexuellt våld mot kvinnor. Staterna kan istället för lagstiftning vidta ”andra åtgärder” för att uppfylla konventionskraven.²⁶³ Staterna är emellertid

²⁶² Se till exempel *M.C. v. Bulgaria* (Nr 39272/98), 4 december 2003.

²⁶³ Istanbulkonventionen, artikel 36.

skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder.²⁶⁴ Samma formulering har antagits även för sexuella trakasserier i artikel 40.²⁶⁵

Emellertid är det ändå så, att kriminalisering alltid bör ske genom lagstiftning. Många gånger kan dessutom kriminalisering vara det enda effektiva sättet att komma åt ett problem. Det tycks osannolikt, att sådana andra åtgärder som omnämns ovan, skulle vara tillräckligt effektiva för att råda bot på problemet med sexuellt våld.

Att stater enligt Istanbulkonventionen har en skyldighet att definiera och kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke är entydigt vid en genomläsning av konventionen. Eventuella motargument faller på sin egen orimlighet, i synnerhet då staters skyldighet att fullfölja konventioner som ratificerats tas i beaktande.

När en stat har ratificerat en konvention är den i enlighet med Wienkonventionen, som till denna del även är sedvanerätt, skyldig att ärligt fullfölja konventionen. *Pacta sunt servanda* (avtal bör efterföljas) gäller med andra ord.²⁶⁶ Suveräniteten ger vika i det skedet när en stat förbinder sig till en internationell konvention. Traktatsbestämmelserna som en stat genom att ratificera en konvention har accepterat träder således i kraft och ska ges företräde framför nationell rätt.²⁶⁷

Ifråga om Istanbulkonventionen handlar det direkt om hur staten ska förhålla sig till konventionens bestämmelser om hur stater bör definiera och kriminalisera våldtäkt. Följer man en bokstavstolkning av den relevanta bestämmelsen i artikel

²⁶⁴ Pihlström, 2018, s. 106.

²⁶⁵ Istanbulkonventionen, artikel 40: Parterna ska vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa att alla oönskade former av verbalt, icke-verbalt eller fysiskt beteende av sexuell karaktär som har till syfte eller följd att en persons värdighet kränks, särskilt genom att skapa en skrämmande, fientlig, förnedrande, kränkande eller stötande miljö, kan leda till straffrättsliga eller andra rättsliga sanktioner.

²⁶⁶ Wienkonventionen, artikel 26.

²⁶⁷ Svanberg, 2008, s. 39.

36 i Istanbulkonventionen lämnas inte utrymme för desto större tolkningsmöjligheter: Konventionsstaterna är skyldiga att definiera och kriminalisera våldtäkt, med samtycke som utgångspunkt.

I nästa kapitel analyseras samtycke i ljuset av den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser om lagars tydlighet, tillgänglighet och förutsägbarhet.

4 Hotar samtycke den straffrättsliga legalitetsprincipen?

4.1 Den straffrättsliga legalitetsprincipen

4.1.1 Den straffrättsliga legalitetsprincipen enligt folkrätten

Den straffrättsliga legalitetsprincipen finns kodifierad i flera internationella fördrag, såväl på global som på regional nivå. På ett globalt plan finns principen nerskriven i två internationella instrument. I FN-deklarationen från år 1948 utgör den straffrättsliga legalitetsprincipen artikel 11(2).²⁶⁸ I MP-konventionen från år 1966 finns principen kodifierad i artikel 15.²⁶⁹

På regional nivå (Europarådet) återges den straffrättsliga legalitetsprincipen i Europakonventionen. Principen lyder som följer:²⁷⁰

1. Ingen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde ett brott enligt nationell eller internationell rätt. Inte heller får ett strängare straff utmätas än som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks.
2. Denna artikel skall inte hindra lagföring och bestraffning av den som gjort sig skyldig till en handling eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks var brottslig enligt de allmänna rättsprinciper som erkänns av civiliserade stater.

Europakonventionens ordalydelse och innehåll överensstämmer i stora drag med formuleringen i MP-konventionen. Däremot innehåller inte FN-deklarationen någon sådan bestämmelse som återfinns i artikel 7(2) av Europakonventionen. Principen klassas även som absolut folkrättslig sedvanerätt.²⁷¹

²⁶⁸ FN-deklarationen, artikel 11(2).

²⁶⁹ MP-konventionen, artikel 15.

²⁷⁰ EKMR, artikel 7.

²⁷¹ Lincoln, 2010, s. 138. Se även t.ex Eriksson, 2011, s. 76.

Bestämmelserna i artikel 7 tillämpas endast då en person blivit dömd. Den straffrättsliga legalitetsprincipen tillämpas alltså inte om ett åtal inte leder till en fällande dom, eller om en fällande dom ännu inte hunnit utfärdas av domstolen. Inte heller ska principen tillämpas i de fall där det endast finns en möjlighet att väcka åtal.²⁷² Artikeln tillämpas alltså varken före en åtalad funnits skyldig till brott eller efter att domen fallit, det vill säga vid verkställigheten av straffet.²⁷³

I detta kapitel har jag för avsikt att undersöka om en brottsbeskrivning för våldtäkt utgående från samtycke riskerar att bryta mot bestämmelserna om lagars tydlighet, tillgänglighet och förutsägbarhet enligt den straffrättsliga legalitetsprincipen²⁷⁴ såsom den är återgiven i Europakonventionen och tolkad genom praxis av Europadomstolen.²⁷⁵

Till att börja med ges en kortfattad summering av den straffrättsliga legalitetsprincipens syfte och bakgrund. Därefter strävar jag efter att utforska vilka beståndsdelar eller element som legalitetsprincipen består av. När det är avklarat flyttas fokus vidare till själva analysen.

4.1.2 Legalitetsprincipens syfte, ursprung och beståndsdelar

Den straffrättsliga legalitetsprincipen utgör en synnerligen viktig del av straffrätten. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, på svenska bättre känd som inget brott utan lag, inget straff utan lag, är en av straffrättens mest fundamentala principer.²⁷⁶ I all korthet innebär principen att brott måste vara

²⁷² Faure m.fl 2014, s. 313.

²⁷³ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 610, 621.

²⁷⁴ Legalitetsprincipen finns inom såväl straff- som civilrätten. Det är endast den straffrättsliga legalitetsprincipen som är föremål för granskning i denna avhandling.

²⁷⁵ Därför har jag valt att ta med definitionen av den straffrättsliga legalitetsprincipen såsom den är återgiven i Europakonventionen.

²⁷⁶ Lincoln, 2010, s. 137.

föreskrivna i lag och straffen definierade på förhand för att en handling ska kunna lagföras och individen som begått den ska kunna straffas.²⁷⁷

Syftet med legalitetsprincipen är först och främst att beskydda individen från godtyckliga juridiska processer, domar och straff.²⁷⁸ Den är därför essentiell för lagstiftningen och ger juridiken dess legitimitet. Utan legitimitet finns nämligen en uppenbar risk att lagstiftningen skulle användas som en form av förtryck.²⁷⁹ Europadomstolen underströk detta i *C.R. v. the United Kingdom*.²⁸⁰ Europadomstolen ser därför på principen som essentiell för lagstiftningen.²⁸¹ Dessa bestämmelser anses med andra ord vara viktiga grundbultar i den europeiska rättsgemenskapen.²⁸²

I en demokratisk rättsstat är skyddet av de juridiskt fastslagna mänskliga rättigheterna oförenligt med myndighetsutövarnas godtycke. Individen ska alltså inte behöva vara rädd för slumpmässiga rättsprocesser. Medborgaren måste få veta vad lagen säger för att således ha möjlighet att hålla sig inom dess gränser, och därigenom kunna undvika straffrättsligt ansvar.²⁸³

²⁷⁷ Van Schaack, 2008, s. 121.

²⁷⁸ Rainey, m.fl, 2017, s. 334; se även Eriksson, 2011, s. 76 eller Shahabuddeen, 2004, s. 1008. För rättspraxis från Europadomstolen se t.ex *S.W. v. the United Kingdom* (Nr 20166/92), 22 november 1995, § 34.

²⁷⁹ Van Schaack, 2008, s. 122.

²⁸⁰ *C.R. v. the United Kingdom* (Nr 20190/92), 22 november 1995, § 32.

²⁸¹ *Jorgić v. Germany* (Nr 74613/01), 12 juli 2007, § 100.

²⁸² Virjan, 2012, s. 96.

²⁸³ Lincoln, 2010, s. 138.

Den straffrättsliga legalitetsprincipen tillför alltså individen rättssäkerhet och underbygger således idén om rättsstaten.²⁸⁴ Principen är därför en förutsättning för att demokratiska rättssamhällen överhuvudtaget ska fungera.²⁸⁵

Den straffrättsliga legalitetsprincipen har sina rötter tusentals år tillbaka i tiden. Redan i antikens Rom erkändes principen, och den underströks även under upplysningstiden genom filosofernas bidrag till samhällsdiskussionen.²⁸⁶

Enligt Europakonventionen är den straffrättsliga legalitetsprincipen absolut,²⁸⁷ vilket innebär att stater förbjuds avvika från den vid väpnade konflikter eller allmänt nödläge, då statens existens hotas.²⁸⁸ Principen är så viktig att den för vissa stater har konstitutionell betydelse. I Finland finns principen omnämnd i grundlagen och i strafflagen.²⁸⁹ Även i Sverige finner man legalitetsprincipens bestämmelser i strafflagen.²⁹⁰

Den straffrättsliga legalitetsprincipen har flera beståndsdelar. Jag har valt, att som grund för analysen främst använda de aspekter som Europadomstolen själv genom sin rättspraxis etablerat att utgör legalitetsprincipens byggstenar. Europadomstolen har sin rättspraxis konstaterat följande:²⁹¹

Article 7 of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen*,

²⁸⁴ Shahabuddeen, 2004, s. 1008.

²⁸⁵ Virjan, 2012, s. 96.

²⁸⁶ Lincoln, 2010, s. 137.

²⁸⁷ Endo, 2002, s. 208.

²⁸⁸ EKMR, artikel 15. För Europadomstolens tillämpning, se t.ex. *Vasiliauskas v. Lithuania* (Nr 35343/05), 20 oktober 2015, § 153 eller *Puhk v. Estonia* (Nr 55103/00), 10 februari 2004, § 24.

²⁸⁹ Grundlagen (731/1999), 1 kap. 8 §. Se även strafflagen (39/1889), 3 kap. 1 §.

²⁹⁰ Brottsbalken (1962:700), 1 kap. 1 §.

²⁹¹ *Veeber v. Estonia* (Nr 45771/99), 21 januari 2003, § 31.

nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.

Utifrån domstolens resonemang kan konstateras att den straffrättsliga legalitetsprincipens uppgift är att förhindra straffrättslig retroaktivitet (retroaktivitetsförbudet).²⁹² Principen sträcker sig dock längre än så. Enligt Europadomstolens tolkning kan endast lagen definiera brott samt föreskriva om straff (*praeter legem*-förbudet).²⁹³ Lagen får inte heller tolkas analogt till den åtalades nackdel (analogiförbudet).²⁹⁴

Domstolen konstaterar också att utifrån dessa ovannämnda principer följer att brott måste vara tydligt definierade i lag (precisionsprincipen), så att individen vet vilka gärningar som kan medföra straffrättsligt ansvar. Individen ska endera själv då hen läser lagen, eller genom juridisk hjälp, kunna få reda på vad lagen föreskriver.²⁹⁵ För att individen ska kunna efterfölja lagens bestämmelser och således undvika straffrättsliga påföljder, behöver lagen följaktligen vara tillgänglig för individen. När ovanstående kriterier är uppfyllda kan konstateras att kraven på förutsägbarhet uppfylls. Då kan även kraven på individens rättssäkerhet tillgodoses.

En brottsbeskrivning för våldtäkt som utgår ifrån samtycke riskerar dock att bryta mot den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser. Enligt kritiken som framfördes i inledningen till denna avhandling blir det svårt att fastställa var gränsen för samtycke respektive icke-samtycke ska dras. En paragraf om

²⁹² Van Schaack, 2008, s. 121.

²⁹³ Frände, 1989, s. 225.

²⁹⁴ Eriksson, 2011, s. 76.

²⁹⁵ Rainey m.fl, 2017, s. 328. Se även *Achour v. France* (Nr 67335/01), 29 mars 2006, § 41.

samtycke blir enligt kritikerna därmed oprecis och generell. Därmed blir även slutresultatet osäkert och oförutsägbart. Kraven på förutsägbarhet i lagstiftningen skulle alltså enligt kritikerna inte uppfyllas.

Om någon ska dömas för våldtäkt krävs att handlingen är tydligt kriminaliserad med exakt terminologi, före den begås. Annars kan en individ inte straffas.²⁹⁶ Om en stat inför ett rekvisit baserat på samtycke kan medborgaren straffas enligt det rekvisitet endast efter att lagen trätt i kraft, såvida inte gärningen är brottslig även enligt den gamla lagen då gärningen begås. I exemplet med den svenska samtyckeslagen kan alltså en svensk medborgare straffas enligt den nya paragrafens ordalydelse först från och med den 1 juli 2018, då samtyckeslagen trädde i kraft.

Det är ändå inte retroaktiviteten som förorsakar problem ifråga om samtycke. Inte heller utgör *praeter legem*-förbudet något stort problem när samtycke analyseras. Problematiken har istället att göra med den i sig mycket vaga brottsdefinitionen, som kan komma i konflikt med precisionsprincipen. Om ett brott inte är tillräckligt tydligt definierat uppfylls kanske inte heller kravet på förutsägbarhet, vilket i sin tur hotar individens rättssäkerhet. Dessutom riskerar tolkningen av samtycke att hota kraven på förutsägbarhet. Därför är även analogiförbudet relevant för analysen.

4.2 Lagen måste vara förutsägbar

4.2.1 Förutsägbarhet kräver att lagen är tillgänglig och tydlig

Enligt Europakonventionen kräver den straffrättsliga legalitetsprincipen att bestämmelser, som på något sätt inverkar på individens rättigheter, måste vara tillgängliga och tillräckligt tydligt formulerade, så att individen kan reglera sina

²⁹⁶ Haveman, 2002, s. 264-265.

handlingar (precisionsprincipen).²⁹⁷ Om en lag är tydlig och klar vet individen vad som är acceptabelt och vad som inte är det, och kan således reglera sitt handlande för att undvika straff.²⁹⁸ Ju klarare en lag är utformad, desto större är dessutom den avskräckande effekten på medborgarna. Dessa bestämmelser bottnar i att lagen måste vara tillräckligt förutsägbar, och en förutsättning för förutsägbarhet är att lagtexten är både tydlig och tillgänglig.²⁹⁹ En lagtext som vare sig är tillräckligt tydlig eller tillgänglig kan nämligen inte anses uppfylla legalitetsprincipens krav. Då garanteras inte lagens förutsägbarhet och inte heller individens rättssäkerhet.

För att uppnå förutsägbarhet krävs inte en lag helt utan luckor; lagen ska vara rimligen förutsägbar.³⁰⁰ Om lagen är så osammanhängande och oklar, att individen inte hade någon som helst uppfattning om att hen brutit mot lagen är det inte fråga om en lag.³⁰¹ Den senast nämnda problematiken gäller inte nödvändigtvis ett nytt brottsrekvisit för våldtäkt, men att vara kritiskt inställd till lagens förutsägbarhet är nog berättigat.

Men hur tydlig och tillgänglig måste en lag vara för att uppfylla de krav som den straffrättsliga legalitetsprincipen uppställer? Samtycke har ju kritiserats för att vara en alltför vag lagbestämmelse. Kan samtycke införas utan att bryta mot den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser? Ifråga om lagtextens tydlighet och tillgänglighet kan skönjas två motstående tolkningar, av vilka den ena är snäv och den andra bred.

²⁹⁷ Rainey m.fl, 2017, s. 334.

²⁹⁸ Eriksson, 2011, s. 76.

²⁹⁹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 605.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 608.

Å ena sidan har anförts, att lagtexter ska vara så klara och tydliga att åtminstone en rättslärare ska veta vad som avses.³⁰² Enligt detta tolkningsalternativ finns inga krav på att varje individ ska kunna förstå vad lagtexten avser, så länge som juristen kan klargöra detta.

Å andra sidan har sagts att lagtexter ska vara så klara och tydliga att varje medborgare ska kunna förstå vad som avses.³⁰³ En av de viktigaste aspekterna som den straffrättsliga legalitetsprincipen bidrar med är rättssäkerhet för individen. Då kan en första anblick lätt ge uppfattningen att lagtexten ska vara så tydlig och klar att gemene man är kapabel att utläsa vad som är rätt eller fel.

Europadomstolen understöder emellertid en sådan infallsvinkel, att även om individen måste uppsöka rättshjälp, så kan en lag anses vara både tydlig och tillgänglig, och därmed även förutsägbar. Den har i sin praxis utgått från att förutsägbarhet kräver att individen, utifrån lagens ordalydelse *eller* domstolstolkning, vet huruvida en handling är kriminaliserad eller inte och vilket straff som kan föreligga.³⁰⁴

Den straffrättsliga legalitetsprincipens villkor uppfylls alltså om individen utifrån lagtextens ordalydelse, endera på egen hand eller med hjälp av nationella domstolars tolkning, kan avgöra vilka handlingar som kan medföra straffrättsligt ansvar.³⁰⁵ Om skäligt, kan individen alltså förutsättas ta hjälp av rättsexperten för att reda ut och förstå lagens innehåll. Detta gäller i allra högsta grad yrkesmän som besitter spetskompetens inom sin bransch.³⁰⁶

³⁰² Pihlström, 2018, s. 99.

³⁰³ Pihlström, 2018, s. 99.

³⁰⁴ *Kafkaris v. Cyprus* (Nr 21906/04) 12 februari 2008, § 140. Se även *Korbely v. Hungary* (Nr 9174/02), 19 september 2008, § 70 eller *Kokkinakis v. Greece* (Nr 14307/88), 25 maj 1993, § 52.

³⁰⁵ Rainey m.fl, 2017, s. 334. Se även t.ex. *Kokkinakis v. Greece* (Nr 14307/88), 25 maj 1993, § 52.

³⁰⁶ Se t.ex. *Cantoni v. France* (Nr. 17862/91), 11 november 1996, § 35.

När dessa krav tillämpas på en definition på våldtäkt utifrån samtycke blir innebörden, att en sådan lagstiftning måste vara så tydlig och tillgänglig att varje medborgare vet vad som avses och därmed kan förutse resultatet av sina handlingar. Det att en individ eventuellt tvingas uppsöka rättshjälp för att avgöra vad en rättsregel avser är alltså enligt Europadomstolens praxis inget hinder mot ett uppfyllande av den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser.

Frände åskådliggör dessa två olika synsätt på ett intressant sätt. Han myntar begreppen ”subjektiv förutsebarhet” och ”prognostiserbarhet”.³⁰⁷

Enligt Frände innebär den subjektiva förutsebarheten att individen själv utifrån lagtexten ska förstå vad en rättsregel innebär. Frände framhäver att ”medborgarna bör själva genom att läsa lagen kunna förutse straffrättssystemets reaktioner på planerade eller utförda gärningar.”³⁰⁸

Med medborgare avses genomsnittsmedborgaren, men Frände påpekar att en genomsnittsmedborgare sällan besitter de verktyg som krävs för att förstå lagtexten på ett sanningsenligt sätt. Lagtexten är framförallt riktad till yrkesmänniskorna (juristkåren), vilkas uppgift är att uttyda lagen. Vanliga människor innehar vanligtvis inte den yrkeskunskap som krävs för att bilda sig en rättvis uppfattning om vad lagtexten innebär. Därför anser Frände att medborgarna är lagens påverkningsobjekt, medan användningsobjekten utgörs av de juridiskt skolade individerna, det vill säga juristerna. Frändes slutsats är därför, att den subjektiva förutsebarheten inte kan anses ligga som grund för den straffrättsliga legalitetsprincipen.³⁰⁹

³⁰⁷ Frände, 1989, s. 165, 169.

³⁰⁸ Frände, 1989, s. 165.

³⁰⁹ Frände, 1989, s. 165-169.

Istället anför Frände att ”prognostiserbarheten betyder krav på existensen av objektiva möjligheter för den juridiskt skolade att göra i hög grad pålitliga prognoser om hur straffsystemet kommer att reagera på konkreta gärningar.”³¹⁰ Detta innebär att lagen är prognostiserbar (förutsägbar) när de juridiskt skolade kan tolka lagen. Detta medför i sin tur trygghet och säkerhet för medborgarna.

Läsning av lagen är alltså enligt Frände inte tillräckligt för att uppnå straffrättsligt hållbara prognoser.³¹¹ Handlingar måste istället tolkas i sitt sammanhang, och det är domstolens uppgift att genom att undersöka målet i sin helhet med hjälp av rättskällorna komma till ett prognostiserbart resultat. Frändes slutsats är därför att den straffrättsliga legalitetsprincipen bygger på strävan efter prognostiserbarhet, vilken i sin tur är en förutsättning ”för medborgarnas trygghet och säkerhet.”³¹²

Här är det på sin plats med en invändning. Vilken medborgare rådfrågar fackmannen om en gärning är straffbelagd eller inte?³¹³ Frändes prognostiserbarhet kräver ju då att individen rådfrågar en juridiskt skolad om hjälp för att kunna hålla sig innanför lagens gränser. Är det skäligt?

Enligt min åsikt är det skäligt. Det ska nog kunna förutsättas av individen, om denne känner sig osäker gällande en bestämmelse i lag, att hen uppsöker juridisk hjälp för att klargöra faktum. Detta gäller i synnerhet oklara fall. Emellertid anser jag att samtycke tills sexuella relationer inte är en fråga som är speciellt oklar.

Som grund för detta påpekande kan kriminella handlingar som är *mala in se* (i sig onda handlingar) och *mala prohibita* (omoraliska enbart på grund av att de är

³¹⁰ Frände, 1989, s. 169.

³¹¹ Frände, 1989, s. 209.

³¹² Frände, 1989, s. 214.

³¹³ Frände, 1989, s. 206.

förbjudna) åtskiljas från varandra.³¹⁴ Vissa gärningar är av sådan art (i sig onda handlingar) att den åtalade i vilket fall borde ha vetat att gärningen var otillåten. Så har Europadomstolen resonerat till exempel om våldtäkt inom äktenskapet.³¹⁵

I fallet *C.R. v. the United Kingdom* dömdes den svarande (C.R.) i brittisk nationell domstol för att ha tvingat sin fru till samlag. I fallet frångicks den praxis som traditionellt varit etablerad i Storbritannien, nämligen att våldtäkt inom äktenskapet inte kunde bestraffas. Genom domen fastställde de brittiska rättskipande myndigheterna att äkta män inte längre kunde anses vara immuna mot att dömas för våldtäkt inom äktenskapet.

Svaranden tog fallet vidare till Europadomstolen, i hopp om att den skulle anse att Storbritannien brutit mot den straffrättsliga legalitetsprincipen. Överraskande nog hittade domstolen ingen kränkning av artikel 7, med motiveringen:³¹⁶

The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords - that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim - cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment [...]. What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.

³¹⁴ Meese m.fl, 2012, s. 734.

³¹⁵ *C.R. v. the United Kingdom* (Nr 20190/92), 22 november 1995, § 42.

³¹⁶ *Ibid.*

Domstolen fortsatte sitt resonemang på följande sätt:³¹⁷

However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. [...] Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.

Domstolen ansåg alltså det inte vara förenligt med Europakonventionens syfte (respekten för den mänskliga värdigheten och friheten) att en man kunde vara immun mot bestraffning för att ha våldtagit sin hustru, med motiveringen att brottet i sig är så förnedrande till sin karaktär. Domstolen ansåg därför att den juridiska tolkningen som de brittiska domstolarna gjort varit förutsägbar.³¹⁸

Utifrån ovan nämnda fall kan konstateras, att Europadomstolen anser att sexuella brott är i sig så pass avskyvärda handlingar att folk borde veta vad som krävs för att straffas. Det är alltså möjligt, utan att behöva vara alltför generös, att argumentera för att folk borde förstå att våldtäkt, liksom alla andra former av sexuella trakasserier och övergrepp, är omoraliska handlingar, oavsett hur otydligt skriven lagen är. Om en person inte är säker på att motparten samtyckt till den sexuella handlingen ska hen helt enkelt inte begå den.

4.2.2 Öppna lagbestämmelser tillåts

Enligt precisionsprincipen måste straffbestämmelser vara så detaljerade som möjligt. Principen förutsätter att den förbjudna handlingen är klart och otvetydigt identifierad, och det är lagstiftaren som bär ansvaret för att lagar är klara och

³¹⁷ *C.R. v. the United Kingdom*, § 34.

³¹⁸ Shahabuddeen, 2017, s. 1016, anför att Europadomstolen i ifrågavarande fall ur en strikt synvinkel de facto bröt mot den straffrättsliga legalitetsprincipen. Domstolens resonemang kan därför även kritiserars.

förutsägbara.³¹⁹ Det går att argumentera såväl för att samtycke är tillräckligt detaljerat som att det inte är det.

Enligt Europadomstolens praxis måste ett brott vara väldigt otydligt definierat innan domstolen anser att ett brott mot precisionsprincipen inträffat.³²⁰ Domstolen har i sin praxis dessutom konstaterat, att ordalydelsen i många författningar inte är absolut precisa för att undvika onödig rigiditet och för att kunna hållas a jour med förändrade omständigheter. Därför måste många lagar vara rätt så vaga.³²¹

Såsom Europadomstolen konstaterade i *Kafkaris v. Cyprus*: "whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances."³²²

Europadomstolen har alltså gett två orsaker till att lagar ofta är öppna och rätt så allmänt definierade. För det första undviks därigenom den onödiga stelhet som alltför detaljerade regler skulle medföra. För det andra ska lagen vara tillämplig i ett stort antal fall. Det finns alltså ett stort krav på flexibilitet, vilket oundvikligen leder till en viss vaghet.³²³

Den vassaste kritiken som riktas mot samtycke är, att brottsrekvisitet riskerar bli så öppet att den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämmelser om lagars tydlighet inte uppfylls. Som motargument bör dock framföras att förbudet mot öppna brottsrekvisit tolkats rätt så fritt. Detta innebär att även öppna brottsrekvisit tillåts.³²⁴ Europakonventionens medlemsstater har getts en prövningsmarginal i

³¹⁹ Eriksson, 2011, s. 81.

³²⁰ Rainey m.fl, 2017. s. 334.

³²¹ Se t.ex *Liivik v. Estonia* (Nr 12157/05), 25 juni 2009, § 94.

³²² *Kafkaris v. Cyprus* (Nr 21906/04) 12 februari 2008, § 141.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Pihlström, 2018, s. 95.

detta avseende.³²⁵ Denna tolkning kan även understrykas av argumentet om att individen ska veta att sexuella trakasserier och övergrepp är förkastliga (*mala in se*) oavsett hur definitionen ser ut enligt lagtexten (se ovan).

Ibland måste lagtexter helt enkelt vara vaga för att vara tillräckligt flexibla. Europadomstolen anser inte detta i sig vara ett brott mot konventionsbestämmelserna.³²⁶

Problematiken bottnar i det faktum att lagen måste kunna vara flexibel för att hållas uppdaterad under samhällsutvecklingen. Detta innebär i sin tur mer öppna och vagare bestämmelser, vilket kan innebära problem med legalitetsprincipen. Det behöver alltså finnas en balans mellan flexibilitet och förutsägbarhet.³²⁷

4.2.3 Tolkningen av lag ska vara förutsägbar

Den straffrättsliga legalitetsprincipen hindrar inte heller domstolar från att utveckla principer genom tolkning. Detta gäller även straffrättsliga bestämmelser, vilka ska kunna tillämpas på olika situationer och förhållanden.³²⁸ Alla lagar är nämligen i viss mån oprecisa och i behov av tolkning. Dessutom kan även de mest tydliga bestämmelserna vara svåra att tolka.

Samtidigt ställer konventionen krav på medlemsstaterna. En flexibel tolkning måste ändå vara tillräckligt förutsägbar för individen, sett till omständigheterna i fallet.³²⁹ Det är alltså tillåtet för de nationella domstolarna, så länge som kärnan i straffbestämmelserna hålls oförändrad, att göra avvikelser i perifera aspekter.

³²⁵ Pihlström, 2018, s. 105.

³²⁶ *Cantoni v. France* (Nr 17862/91), 11 november 1996, § 32.

³²⁷ Faure m.fl 2014, s. 284-285.

³²⁸ Eriksson, 2011, s. 82-83.

³²⁹ Van Schaack, 2008, s. 173.

Domstolen har alltså gett staterna en viss prövningsmarginal i att anpassa brottsrekvisitet från fall till fall.³³⁰

Om tolkningsförändringen gjorts på ett överraskande sätt utan tidigare indicier är tolkningen inte förutsägbar.³³¹ Tillämpningsområdet för straffrättsliga bestämmelser får däremot inte analogt utvidgas till den åtalades nackdel.³³²

Även om lagar ska vara tillgängliga, säkra, specifika och förutsägbara bör påpekas att lagtexten specificeras genom domstolspraxis. Genom praxis uppnås de krav på exakthet som rättssäkerhetsprincipen uppställer. Emellertid sker alltid en sådan precisering i efterhand, under själva rättsprocessen. Här är det på sin plats att påpeka, att sådan här efterhandstolkning alltid kan inverka negativt på förutsägbarheten.³³³ Individen kan omöjligen förutse alla möjliga tolkningsmöjligheter domstolen kan ty sig till. Just därför finns det alltid i viss mån en juridiken inneboende osäkerhet som individen helt enkelt måste acceptera och leva med.

Det bör påpekas, att det att domstolarna tillämpar lagen och således även bidrar till den juridiska utvecklingen inte är detsamma som att stifta nya lagar. Domstolarna är endast rättskipande organ. De lagstiftande församlingarna är de som har uppgiften att stifta lagarna. Om ett land inte har en paragraf om samtycke införd i våldtäktslagstiftningen kan inte landets domstolar utöka lagen så att en sexuell handling utan motpartens samtycke klassas som våldtäkt. Före det kan ske krävs att landets lagstiftare stiftat en samtyckeslag. Först när en samtyckeslag införts är det upp till domstolarna att tillämpa den. Och det är i detta skede som

³³⁰ *C.R. v. the United Kingdom* (Nr. 20190/92), 22 november 1995, § 41.

³³¹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 606.

³³² *Kafkaris v. Cyprus* (Nr 21906/04) 12 februari 2008, § 138.

³³³ Faure m.fl 2014, s. 307.

tolkningen av samtycke kan bli oförutsägbar för individen, om brottsbeskrivningen inte är tillräckligt tydlig.

Det finns alltså motsättningar mellan legalitetsprincipens krav på lagars exakthet och staters behov att stifta sådana lagar som är tillräckligt flexibla. Såsom konstaterats har domstolen gett staterna en prövningsmarginal i detta avseende. Lagen får vara öppen och flexibel, men endast under de förutsättningarna att domstolen vid sin tillämpning håller sig till kärnan i den straffrättsliga bestämmelsen, utan att göra för individen alltför oförutsägbara avvikelser.

Problemet ligger ändå inte så mycket i definitionen av våldtäkt som en sexuell handling utan motpartens samtycke. Det är snarare själva rättsprocessen som kan bli för oförutsägbar. Hur domarna tolkar samtycke är avgörande för rättsprocessens utfall. De faller inte sina domar i värdetomrum, utan deras värderingar påverkar utfallet. Straffrätten är därför sällan helt värdeneutral.³³⁴

En definition på våldtäkt utifrån samtycke utgör alltså inte nödvändigtvis ett problem, eftersom det kan och bör argumenteras för att sexuella handlingar utan motpartens samtycke alltid är fel, oavsett definition. En otydlig samtyckeslag är däremot alltför beroende av domarens ställningstagande. På så sätt blir utgången av rättsprocessen på ett avgörande sätt avhängig domarens ståndpunkt, vilken påverkas av domarens värderingar.

Det är förvisso inte domaren ensam som avgör målet. Först görs en förundersökning. Därefter fattar åklagaren beslut om åtal. Om åtal väcks ska en rättegång hållas, och där är det åklagaren som ska övertyga domaren om den åtalades skuld. En rättegång är summan av många gemensamma arbete, men poängen är att domaren innehar den avgörande dömande makten.

³³⁴ Hahto, 2004, s. 468-469.

Naturligtvis bör även poängteras, att domaren påverkar och avgör alla typer av brottmål, inte bara mål i sexualbrott. Den poäng jag vill föra fram är att lagen är mera förutsägbar ju mer specifikt samtycket är definierat. På detta sätt kan även gärningsmannen bättre förutse konsekvenserna av sitt handlande, och således även rättsprocessens slutresultat.

Efter ovanstående diskussion är det hög tid att fundera på hur ett rekvisit för våldtäkt, som utgår ifrån samtycke, kunde konstrueras

4.3 En tydlig definition på samtycke

Graw Leary ger ett förslag på en tydlig definition av samtycke, som byggs upp av fyra beståndsdelar. För det första ska parterna som deltar ha gett ett medvetet och frivilligt godkännande till akten. Detta samtycke kan för det andra återtas när som helst. Den tredje komponenten är att frånvaro av protest eller motpartens tystnad inte utgör samtycke. Inte heller en relation ger grund för att anta att sexuellt samtycke alltid finns. Den fjärde och sista komponenten i definitionen är att kravet på samtycke inte uppfylls om motparten inte är i stånd att ge sitt samtycke, till exempel om personen är medvetslös, avsvimmad, berusad eller i ett motsvarande tillstånd.³³⁵

Förslaget är bra och relativt tydligt, men jag skulle önska en ännu tydligare juridisk kategorisering av de situationer där samtycke inte kan anses finnas. Här bidrar det finländska medborgarinitiativet *Suostumus2018* med en potentiell ny brottsbeskrivning av våldtäkt. Förutom att motpartens samtycke behövs kan samtycke enligt lagförslaget inte anses ha funnits om:³³⁶

³³⁵ Graw Leary, 2016, s. 8.

³³⁶ Medborgarinitiativet *Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018* (VN/2718/2018) 5 juni 2018, tillgänglig på: <https://www.kansalaisaloite.fi/sv/initiativ/3209> (besökt 22 februari 2019).

- a) motparten inte var kapabel att uttrycka sitt samtycke,
- b) någon annan gett samtycket för en inblandad parts räkning,
- c) gärningsmannen missbrukar sin förtroende-, auktoritets-, eller maktposition,
- d) om motparten genom ord eller handling visat att denne nekar till sex,
- e) om en part under handlingen önskar avbryta akten,
- f) om en part tvingas till sex genom tvång, våld eller hot mot denne eller tredje part,
- g) om den sexuella handlingen genomförs på ett annat sätt än vad de inblandade parterna kan anses ha gett sitt samtycke till,
- h) om handlingen utförts mot person under 18 år samt
- i) om förhållandena även i övrigt är sådana att det är uppenbart att en person inte kan ha gett sitt bindande samtycke till handlingen.

En sådan här kategorisering skulle göra ett öppet brottsrekvisit tydligare. Det är förvisso uppenbart, att lagen inte på ett fullständigt uttömmande sätt kan beskriva alla de situationer då samtycke inte finns. En sådan här lista skulle dock göra lagstiftningen tydligare.

Härnäst följer en undersökning av hur rätten till en rättvis rättegång kan tryggas även om samtycke införs.

5 En rättvis rättegång i sexualbrottmål

5.1 Rätten till en rättvis rättegång

5.1.1 Samtycke, bevisbördan och oskyldighetspresumtionen

Införandet av samtycke som en bedömningsgrund för våldtäkt har kritiserats för att övervältra bevisbördan på den anklagade, och därmed stjälpa förutsättningarna för en rättvis rättegång. Enligt såväl internationell som finsk och svensk nationell rätt är det för det första åklagaren som har bevisbördan. För det andra ska den åtalade anses oskyldig tills motsatsen bevisas. Om ett brottsrekvisit för våldtäkt utgående ifrån samtycke införs så måste alltså rätten till en rättvis rättegång respekteras.

I detta kapitel undersöks dels om införande av samtycke riskerar att övervältra bevisbördan på den åtalade, dels om oskyldighetspresumtionen riskerar att äventyras som en följd av att samtycke införs. Bevisbördan och oskyldighetspresumtionen är nämligen intimt förknippade med varandra. Därför behandlas de parallellt i detta kapitel.

Jag fokuserar på rätten till en rättvis rättegång såsom den framställs i Europakonventionen. Den kompletteras av andra internationella instrument, samt av praxis från Europadomstolen.

5.1.2 Rätten till en rättvis rättegång enligt folkrätten

Rätten till en rättvis rättegång är etablerad inom folkrätten. I Europakonventionen utgörs rätten till en rättvis rättegång av artikel 6, vilken stipulerar:³³⁷

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från rättegången eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

Bestämmelserna om en rättvis rättegång enligt Europakonventionen står inte ensamma i en internationell kontext. Liknande föreskrifter finns även i andra internationella instrument.

Artikel 10 i FN-deklarationen innehåller den grundläggande rättigheten till en rättvis rättegång.³³⁸ Den kompletteras av artikel 11, som innehåller oskyldighetspresumtionen, enligt vilken ”var och en som är anklagad för brott har rätt att betraktas som oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen har

³³⁷ EKMR, artikel 6 (1-2).

I artikeln (punkt 3) räknas dessutom upp vilka minimirättigheter var och en som blivit anklagad för brott har. Dessa är: a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom, b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar, c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar, d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas emot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom, e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som används i domstolen.

³³⁸ FN-deklarationen, artikel 10.

fastställts.”³³⁹ Rätten till en rättvis rättegång, jämte oskyldighetspresumtionen, finns dessutom utförligt kodifierade i MP-konventionen.³⁴⁰

Bestämmelserna i artikel 6 tillämpas så fort en person anklagas för brott, varpå skyddet träder i kraft för den åtalade.³⁴¹ Artikeln täcker hela processen, ända upp till överklagande³⁴² och tills domen faller, men tillämpas inte efter slutlig fällande dom.³⁴³ Ändå finns det vissa element av artikeln, däribland oskyldighetspresumtionen, som kan tillämpas även före rättegången inletts.

I och med att rätten till en rättvis rättegång tillämpas under en rättegång gäller detta även oskyldighetspresumtionen. Presumtionen tillämpas alltså enligt en traditionell modell under rättegången och vare sig före eller efter den. Ändå har dess tillämpningsområde enligt Europadomstolens praxis utökats så att den gäller även sådant som sker före en rättegång. De åtaganden som verkställs före rättegången ska därför genomföras så att den anklagades rätt till det skydd som garanteras av oskyldighetspresumtionen inte äventyras.³⁴⁴ Jag återkommer till den aspekten i ett lite senare skede.

³³⁹ FN-deklarationen, artikel 11.

³⁴⁰ MP-konventionen, artikel 14.

³⁴¹ Rainey m.fl, 2017, s. 277.

³⁴² Se t.ex *Eckle v. Germany* (Nr 8130/78), 15 juli 1982, § 76.

³⁴³ Rainey m.fl, 2017, s. 278.

³⁴⁴ Campbell, 2013, s. 684.

5.1.3 Varför en rätt till en rättvis rättegång?

Rätten till en rättvis rättegång, det vill säga artikel 6 i Europakonventionen, är en kärnfråga i konventionen och ett baselement i lagstyret.³⁴⁵ Rätten till en rättvis rättegång utgör en stöttepelare i demokratiska (rätts)samhällen.³⁴⁶

Tanken med lagstyret är att trygga medborgarnas känsla av rättvisa och rättslig säkerhet. Rättssäkerhetsprincipen är ett kännetecken för rätten till en rättvis rättegång och ett viktigt element hos en rättsstat.³⁴⁷ Rättssäkerheten ska garantera en viss stabilitet och förutsägbarhet i domstolarnas utövning av juridisk makt och ska medföra tilltro till rättssystemet,³⁴⁸ vilket påpekats i föregående kapitel. En förutsättning för att medborgaren ska kunna ha tillit till rättssystemet är då att rättegångarna är rättvisa, såväl ur kändandes som svarandes perspektiv.

Artikel 6 i Europakonventionen tryggar därför den processuella rättvisan i såväl civil- som straffmål.³⁴⁹ Dess bestämmelser ska garantera en rättvis rättegång. Artikeln innehåller därför viktiga minimikrav för att rätten till en rättvis rättegång ska uppfyllas. För detta ansvarar de i rättsskipningen inblandade myndigheterna och tjänstemännen: Framförallt domare, åklagare och poliser.³⁵⁰ Det bör i sammanhanget noteras, att artikeln inte beskriver hur en idealrättegång ska gå till.³⁵¹ Artikeln innehåller endast minimibestämmelser.

³⁴⁵ Rainey, 2017, s. 274. Även kallat styre av lagar, enligt vilken såväl individer som institutioner är underställda och ansvariga inför en lag som utformas och tillämpas rättvist av effektiva och tillgängliga instanser. På engelska benämns begreppet *rule of law*. Se t.ex <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law> för en definition. (besökt 2 maj 2019).

³⁴⁶ Lorenzmeier, 2007, s. 40.

³⁴⁷ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 441. Se även *Brumarescu v. Romania* (Nr 28342/95), 28 oktober 1999 § 61 eller *Beian v. Romania* (Nr 30658/05), 6 december 2007, § 39.

³⁴⁸ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 441-442.

³⁴⁹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 304.

³⁵⁰ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 306-307.

³⁵¹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 305.

Till de specifika kraven på en rättvis rättegång hör bland annat att domstolen bör vara oberoende, opartisk samt etablerad i lag.³⁵² En rättegång kan inte anses vara rättvis om domstolen är partisk åt ett eller annat håll.³⁵³ Detta anknyter samtidigt till oskyldighetspresumtionen, till vilken jag återkommer något senare. Rätten till en rättvis rättegång är därför synnerligen omfattande och detaljerad.³⁵⁴

5.1.4 *Equality of arms* och kontradiktoriskt förfarande

En av de absolut viktigaste underliggande aspekterna av en rättvis rättegång är balansen mellan parterna i målet. På engelska är detta begrepp etablerat som *equality of arms*.³⁵⁵ Fritt översatt till svenska betyder det principen om ett jämbördigt styrkeförhållande.

Styrkeförhållandena mellan parterna (målsägande/kärande och åtalad/svarande) i målet måste balanseras³⁵⁶ så att ingendera part försätts i ett klart underläge visavi den andra parten. Ingendera får under processen gynnas på bekostnad av den andra, utan utgångsläget är att bägge sidorna är jämlika.³⁵⁷ I praktiken innebär detta, att vid en rättegång i brottmål ska bägge parterna få en ekvivalent möjlighet och lika mycket tid för att presentera sitt mål och sina argument.³⁵⁸ Om åklagarna åtnjuter ett signifikant procedurmässigt övertag är balanseringen mellan parterna inte rättvis.³⁵⁹ Principen är viktig framförallt med tanke på att åklagaren har

³⁵² EKMR, artikel 6(1).

³⁵³ Rainey m.fl, 2017, s. 297.

³⁵⁴ Brems, 2003, s. 297.

³⁵⁵ Se t.ex *Steel and Morris v. the United Kingdom* (Nr 68416/01), 15 februari 2005, § 59.

³⁵⁶ För en mer specifik utläggning av balanseringen mellan parterna i sexualbrottmål, se avsnitt 5.3.

³⁵⁷ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 389.

³⁵⁸ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 390, alternativt Lorenzmeier, 2007, s. 43. Se även t.ex *Ekbatani v. Sweden* (Nr 10563/83), 26 maj 1988, § 30.

³⁵⁹ Rainey m.fl, 2017, s. 292.

betydligt större resurser än den åtalade, och därför ofta befinner sig i en bättre position.³⁶⁰

För att garantera bägge parternas rättigheter ska domstolarna därför använda sig av ett kontradiktoriskt förfarande.³⁶¹ Detta innebär i praktiken att bägge parterna ska ha tillgång till all bevisning och information och ska ges möjlighet att kommentera dessa.³⁶² Därför bör allt material finnas tillgängligt för försvaret.³⁶³ Enligt principen måste alltså bägge parterna höras innan domstolen kan ta ställning i fallet (lat. *audiatur et altera pars*).³⁶⁴

Myndigheterna måste därmed i ett brottmål vara jämlika och objektiva. De måste utreda och presentera även sådan bevisning som kan verka till nackdel för en fällande dom. Principen gäller även åklagaren.³⁶⁵ Dessa principer anses enligt praxis från Europadomstolen vara några av de mest grundläggande byggstenarna av rätten till en rättvis rättegång.³⁶⁶

Så långt de grundläggande aspekterna rörande rätten till en rättvis rättegång och dess underliggande principer. Härfter flyttas blickfånget till ett av avhandlingens kärnområden: Oskyldighetspresumtionen jämte bevisbördan.

³⁶⁰ Jokela, 2018, s. 34-35.

³⁶¹ *Rowe and Davis v. the United Kingdom* (Nr 28901/95), 16 februari 2000, § 60.

³⁶² Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 392. Se även t.ex. *Vermeulen v. Belgium* (Nr 19075/91), 20 februari 1996, § 33.

³⁶³ Lorenzmeier, 2007, s. 43, se även Thomassen, 2008, s. 4-5.

³⁶⁴ Jokela, 2018, s. 34-35.

³⁶⁵ Jokela, 2018, s. 36.

³⁶⁶ Thomassen, 2008, s. 4.

5.2 Oskyldighetspresumtionen

5.2.1 Bevisbördan är en del av oskyldighetspresumtionen

Oskyldighetspresumtionen finns återgiven i artikel 6(2) i Europakonventionen. Presumtionen i sig har anrika rötter. Idag utgör den en av den moderna straffrättens grundläggande principer.³⁶⁷

Oskyldighetspresumtionen kräver att en åtalad anses oskyldig till dess att motsatsen bevisas.³⁶⁸ Utgångspunkten vid ett åtal är alltså att den tilltalade är oskyldig. Syftet är att trygga att rättegången för den åtalade genomförs på ett rättvist sätt.³⁶⁹

Oskyldighetspresumtionen gäller en person som är misstänkt för brott (under förundersökningen) eller åtalas för brott, och är i kraft tills en slutlig lagakraftvunnen dom faller. Presumtionens verkan för den åtalade elimineras först då denne befunnits skyldig till brottet för vilket denne åtalats.³⁷⁰ Om den åtalade frikänns måste hen fortsättningsvis betraktas som oskyldig.³⁷¹

I *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* uttryckte Europadomstolen vilka element som oskyldighetspresumtionen innefattar:³⁷²

Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the

³⁶⁷ Tascu, 2015, s. 945.

³⁶⁸ EKMR, artikel 6(2).

³⁶⁹ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 493, 494, 496.

³⁷⁰ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 493.

³⁷¹ Tomasson, 2007, s. 508.

³⁷² *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* (Nr 10590/83), 6 december 1988, § 77.

prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.

Oskyldighetspresumtionen innehåller alltså flera centrala element. Domstolen får för det första inte ha en förutfattad åsikt om den åtalades skuld. För det andra innehar åklagaren bevisbördan (lat. *onus probandi incumbi ei qui agit*).³⁷³ För det tredje ska oklarheter i bevisning tolkas till den åtalades fördel (lat. *in dubio pro reo*).³⁷⁴ För det fjärde ska den åtalade ha rätt att förbereda sitt försvar. För det femte har åklagaren skyldighet att informera den åtalade om anklagelserna som riktats mot hen, samt om innehållet i den bevisning som riktas mot den åtalade.³⁷⁵

Den kanske centralaste delen av oskyldighetspresumtionen är att åklagaren innehar bevisbördan. Det är åklagaren som ska se till att bevisa den åtalades skuld (bortom rimligt tvivel) och inte den åtalade som ska bevisa sin oskuld.³⁷⁶ Orsaken är obalansen i förhållandena mellan parterna i målet ifråga om resurser och makt (mäktig stat gentemot svag individ).³⁷⁷ I Finland används en ackusatorisk domstolsprocess, det vill säga bevisbördan i brottmålet ligger på åklagaren. Den ackusatoriska processen används för att garantera den svarandes rättsskydd.³⁷⁸

Artikel 6(2) gäller emellertid inte enbart bevisbördan. Enligt praxis från Europadomstolen förbjuds myndigheter från att agera på ett sådant sätt som antyder att de tror eller anser att en person är skyldig, om inte skulden är bevisad.³⁷⁹ Förbudet medför, att när myndigheterna informerar allmänheten om

³⁷³ Slovenko, 1956-1957, s. 173.

³⁷⁴ Tomasson, 2007, s. 510.

³⁷⁵ Hirvelä & Heikkilä. 2017, s. 493. Se även *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* (Nr 10590/83), 6 december 1988, § 77.

³⁷⁶ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 497. Se även Rainey m.fl, 2017, s. 314 eller Campbell, 2013, s. 681.

³⁷⁷ Campbell, 2013, s. 682-683.

³⁷⁸ Jokela, 2018, s. 23. Om rättsskyddet i Finland stadgas i Grundlagen (731/1999), § 21.

³⁷⁹ Rainey m.fl, 2017, s. 316-317. Se även Lorenzmeier, 2007, s. 46.

fallet måste oskyldighetspresumtionen tas i beaktande. Det är alltså förbjudet för myndigheterna att under en presskonferens yppa något, utan referenser, om att en person är skyldig.³⁸⁰ I det avseendet har oskyldighetspresumtionen genom Europadomstolens praxis ansetts täcka även sådant som sker före rättegången.³⁸¹

Förbudet att yttra sig om den åtalades skuld före en fällande dom gäller statsmaktens representanter.³⁸² Detta gäller framförallt domare. Oskyldighetspresumtionen begränsar emellertid inte bara domarnas, utan även andra offentliga aktörers uttrycksfrihet.³⁸³ Jurymedlemmar, poliser och åklagare som arbetar med ett fall måste alla vara vaksamma med hur de uttrycker sig.³⁸⁴ De aktörer som är involverade i en rättsprocess måste helt enkelt vara försiktiga med hurdan information de sprider om den åtalade utanför rättssalen.³⁸⁵ Oskyldighetspresumtionen tillåter inte heller media att skriva vad som helst om en anklagad.³⁸⁶

5.2.2 Bevisbördan får ej övervältras på den åtalade

Ett av de mest ledande argumenten som framförs av de som ställer sig kritiska till en definition på våldtäkt utgående från samtycke är att bevisbördan riskerar att övervältras på den åtalade. Argumenteringen härrör från en rädsla för att individen måste bevisa sin oskuld, istället för att bevisbördan ligger hos en offentlig myndighet, såsom till exempel i Finland och Sverige, där åklagarämbetet genom åklagaren innehar den formella bevisbördan.

³⁸⁰ Rainey m.fl, 2017, s. 317. Se även t.ex *Allenet de Ribemont v. France* (Nr 15175/89), 10 februari 1995.

³⁸¹ Ur ett traditionellt perspektiv har oskyldighetspresumtionen ansetts gälla endast under själva rättsprocessen.

³⁸² *Konstas v. Greece* (Nr 53466/07), 24 maj 2011, § 33.

³⁸³ Brems, 2005, s. 311.

³⁸⁴ Hirvelä & Heikkilä, 2017, s. 505.

³⁸⁵ Tomasson, 2007, s. 507.

³⁸⁶ *News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria* (Nr 31457/96), 11 januari 2000, § 56.

Att övervältra bevisbördan på den åtalade i brottmål är inte tillåtet enligt Europakonventionen.³⁸⁷ I *Telfner v. Austria* konstaterade Europadomstolen att bevisbördan övervältrats på den svarande, eftersom han antogs vara skyldig till en trafikolycka baserat på att han var fordonets huvudsakliga användare och inte befann sig hemma vid tidpunkten. Ändå fanns inga bevis för att han framfört fordonet då olyckan inträffade. Oskyldighetspresumtionen hade blivit kränkt då den österrikiska domstolen ansåg att sökanden skulle ha behövt bevisa att han inte framförde fordonet.³⁸⁸

Att bevisbördan ligger på åklagaren och att den inte får övervältras på den åtalade är alltså tydligt enligt Europadomstolens praxis. Då återstår att besvara frågan om samtycke per automatik övervältrar bevisbördan på den åtalade. Finns det en reell risk för det?

Advokaten Baharak Vaziri uttrycker sin kritik gentemot samtycke i en artikel på webbplatsen dagensjuridik.se. Hon skriver:³⁸⁹

Alla vi som i egenskap av offentliga försvarare har haft våldtäktsmål vet att när utredningen i ett våldtäktsmål är klart är oftast försvararen i en brant uppförsbacke. Det innebär i praktiken att det i det skede när åklagaren presenterar att förundersökningen är klar så har åklagaren uppdagat stödbevisning i form av kontakt med kvinnojour, kontakt med vänner och familj, kontakt med kuratorer (Vaziris stafel) m.m.

Vidare hänvisar Vaziri till oskyldighetspresumtionen som en grundläggande

³⁸⁷ Tomasson, 2007, s. 521. I speciella fall har en viss bevisbörda kunnat legat på den åtalade, men det är mera undantag än regel. Huvudregeln som staterna bör rätta sig efter är att staten via åklagaren har bevisbördan i brottmål.

³⁸⁸ *Telfner v. Austria* (Nr 33501/96), 20 mars 2001, §§ 17-20. Jämför till exempel med fallet *John Murray v. the United Kingdom* (Nr 18731/91), 8 februari 1996, §§ 45-54. I det senare fallet hade åklagaren stark bevisning mot svarande, och på grund av att svaranden teg under processen kunde domstolen konstatera att detta faktum, i kombination med åklagarens bevisning, bevisade den tilltalades skuld. Därför fann Europadomstolen i fallet ingen kränkning av oskyldighetspresumtionen.

³⁸⁹ Vaziri, Baharak: "En samtyckeslag kommer att leda till omvänd bevisbörda - och då backar vi väldigt många år", publicerad 30 september 2016, tillgänglig på: <http://www.dagensjuridik.se/2016/09/debatt-baharak-vaziri-1> (besökt 21 mars 2019).

mänsklig rättighet, och hävdar att risken är stor att bevisbördan övervältras på den åtalade om samtycke införs. Enligt henne skulle alltså den tilltalade tvingas bevisa att målsägande gett sitt samtycke till den sexuella handlingen. Det är inte acceptabelt i en demokratisk rättsstat.³⁹⁰ Hon lyckas ändå inte på något sätt bevisa att samtycke medför att bevisbördan övervältras på den åtalade. Således utgör hennes påståenden endast lösa anklagelser. Argumenteringen övertygar inte.

I våldtäktsmål måste därför offret bevisa (genom åklagaren) att hon inte samtyckte, medan den åtalade inte behöver lägga fram bevis för sin oskuld. Otillräckliga bevis måste leda till ett frikännande.³⁹¹ Orsaken till de höga beviströskeln är för att felaktiga domar ska kunna undvikas. Det har ansetts vara bättre att en skyldig går fri än att en oskyldig döms.³⁹²

Om offret hävdar att hon våldtagits bör alltså åklagaren fortfarande visa att samtycket saknades. Det räcker inte enbart att offret säger att det inte fanns samtycke. Om åklagaren också lyckas bevisa att samtycket saknas ska den åtalade kunna presentera motbevis för detta.

Den svenska kammaråklagaren Christina Voigt är en av de åklagare som handlägger ett av de första sexualbrottmålen i Sverige sedan samtyckeslagen infördes i juli 2018. Hon förhåller sig skeptisk till att bevisbördan övervältras. ”Man har ju samma beviskrav som tidigare, det har ju inte sänkts på något sätt, däremot så måste den tilltalade komma till tals på ett bra sätt och redogöra för vad det var som fick honom att tro att det var frivilligt, eller fick honom övertygad,” säger hon i en intervju för Sveriges Radio.³⁹³

³⁹⁰ Vaziri, Baharak: *”En samtyckeslag kommer att leda till omvänd bevisbörda - och då backar vi väldigt många år”*, publicerad 30 september 2016, tillgänglig på: <http://www.dagensjuridik.se/2016/09/debatt-baharak-vaziri-1> (besökt 21 mars 2019).

³⁹¹ Slovenko, 1956-1957, s. 175.

³⁹² Campbell, 2013, s. 683.

³⁹³ Ridderstedt, Maria: *Samtyckeslag har haft effekt*, publicerad 8 november 2018, tillgänglig på: <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> (besökt 21 mars 2019).

Tuerkheimer ger i sin tur ett konkret amerikanskt exempel för att belysa frågan. I de några delstater i USA som använder sig av en modell med bekräftande samtycke (se kapitel 2) har bevisbördan bibehållits på staten. För att kunna döma någon för våldtäkt krävs bevisning, bortom rimligt tvivel, på att den åtalade hade sex med offret utan hennes samtycke.³⁹⁴ En person är inte skyldig till våldtäkt om det fanns en genuin och rimlig tilltro till att motparten samtyckte.³⁹⁵ Inte heller här kan bestyrkas, att bevisbördan skulle ha övervältrats på den åtalade bara för att brottsbeskrivningen ändrats.

En definition på våldtäkt utifrån samtycke medför alltså inte per automatik att bevisbördan övervältras på den åtalade. Faktum är, att när detta argument synas i sömmarna, kan konstateras att det inte finns någon egentlig problematik.

Argumentet blandar de facto ihop straffrätt och processrätt. Att definiera våldtäkt utifrån samtycke har enbart inverkan på brottsbeskrivningen och inte på den straffrättsliga processen. Precis som vid vilket annat brottmål som helst måste åklagaren bortom rimligt tvivel fastställa, att den åtalade är skyldig till att ha haft sex med målsäganden utan hennes samtycke.³⁹⁶ Kritiken mot ett övervältrande av bevisbördan känns omotiverad och icke övertygande.

5.2.3 Bevisningen, inte bevisbördan, som det verkliga problemet

Jag finner alltså inga vetenskapligt signifikanta belägg för argumentet om att samtycke direkt övervältrar bevisbördan på den åtalade. Inte heller tycks det vara så, att risken för att bevisbördan övervältras på den åtalade ökar då definitionen på våldtäkt utgår ifrån samtycke istället för våld, hot om våld eller tvång.

³⁹⁴ Tuerkheimer, 2016, s. 448-449.

³⁹⁵ Tuerkheimer, 2016, s. 467.

³⁹⁶ Graw Leary, 2016, s. 49-50.

Istället är det bevisningen i sig, inte bevisbördan, som utgör det största problemet vid rättegångar i sexualbrottmål. Bevisproblemet fanns redan före samtyckeslagen kom till.³⁹⁷ I våldtäktsmål är ofta det enda vittnet målsäganden själv.³⁹⁸ Samtycke är dessutom väldigt problematiskt att bevisa då det kan ges på så många olika sätt.³⁹⁹

Redan som det är nu till exempel i Finland, då det krävs våld, hot om våld, tvång eller att någon utnyttjar en person i sårbar ställning för att kunna dömas för våldtäkt, är bevisföringen ytterst knepig. När domstolen utgår ifrån kravet på våld söker den efter bevis på våld. Det kan handla om skrapsår, blåmärken och svullnader på offret, som bevis på att samlaget skett genom att svarande med våld tvingat sig på offret. Om sådan bevisning saknas måste trovärdigheten i parternas berättelser utvärderas.⁴⁰⁰

Men många gånger är kvinnan ändå inte förmögen att göra motstånd. Då ska inte våldtäkt bedömas utifrån en standard som förutsätter fysiskt våld. När samtycke införs måste domstolen alltså utvärdera huruvida offret samtyckt till akten eller inte.

Att våldtäktsmål är så svåra att bevisa har i själva verket mera att göra med brottets struktur i sig, och mindre med hur definitionen på våldtäkt ser ut. Eftersom en stor del av det sexuella våldet sker inom nära relationer är det svårt för domstolen att fastställa skuld i sådana fall. Detta gör att det är knepigt att bevisa att samtycke ägt rum. Sexuella handlingar inträffar oftast muntligt eller tyst

³⁹⁷ I samma andetag bör nämnas att bevisning överlag är en knepig fråga i rättegångar i brottmål och inte enbart ett problem som rör sexualbrottmål. Jag anser dock att det är knepigare att bevisa något i situationer då ord står mot ord, såsom ofta är fallet vid rättegångar i sexualbrottmål.

³⁹⁸ Tong, 2002, s. 132.

³⁹⁹ Tong, 2002, s. 133.

⁴⁰⁰ Hahto, 2004, s. 478.

(konkludent), sannolikt utan en skriftlig förbindelse (även om en sådan nog kunde göras i teorin).

Hur domstolen ska resonera i sådana fall då ord står mot ord och målsägandens berättelse skiljer sig från den åtalades är ingen enkel fråga. Hur kan domstolen avgöra vems berättelse som är mera sann? För att överhuvudtaget kunna etablera endera skuld eller oskuld bortom rimligt tvivel måste domstolen tro på att den ena partens berättelse är mer trovärdig än den andres. Risken är, att en skyldig går fri och offrets sanna berättelse inte ses som trovärdig.

Vissa förespråkare för samtycke förnekar inte att det blir svårt att bevisa samtycke. Dessa anser ändå att en rättsprocess är ett fall framåt för offret även om ingen döms, eftersom åtminstone offret vet att den sexuella handlingen var felaktig. Att införa samtycke handlar framförallt om att lagstiftarna ger signaler åt samhället.

401

Jag håller med om, att en ny lagstiftning har förmågan att sända signaler till samhället och därmed fungera som en värdekatalysator. Däremot är argumentet om att en rättsprocess är ett framsteg även om ingen döms inte hållbart. Även om offret upplever sig ha utsatts för en våldtäkt har inget brott begåtts rent juridiskt om ingen döms för det. Här spelar det tyvärr ingen roll vad offret tänker.⁴⁰² Dessutom ställer jag mig skeptisk till att offret faktiskt skulle uppleva att en rättsprocess är framgångsrik om ingen döms.

⁴⁰¹ Blomqvist, Jonas & Sjöstedt, Susanna, Svenska Yle, 12 mars 2018: *Samtycke vid sex svårt att bevisa - men lagförslaget ses som en viktig signal från lagstiftarna: "Skammen vilar på kvinnan och det är fel"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/03/12/samtycke-vid-sex-svart-att-bevisa-men-lagforslaget-ses-som-en-viktig-signal-fran> (besökt 22 februari 2019).

⁴⁰² Det är ändå mycket möjligt att skyldiga går fria, d.v.s att ett brott begåtts trots att ingen ställs till svars för det.

Även om samtycke inte kan förändra problemet med bevisning ger samtycke en klar värdegrund för sexuella relationer. Bägge parterna ska ha samtyckt, annars är den sexuella handlingen olaglig och straffbar i form av våldtäkt.⁴⁰³

5.3 Balanseringen av parternas rättigheter

5.3.1 Rättegången en kamp mellan två parter

En rättegång ska som helhet vara rättvis. Då måste både målsägandes och svarandes rättigheter respekteras. Detta innebär att bägge parternas rättigheter får balanseras, eftersom dessa kan konkurrera sinsemellan.⁴⁰⁴ Just därför är det viktigt med oberoende och opartiska domstolar.⁴⁰⁵ Många gånger är en balans ändå svår att nå,⁴⁰⁶ i synnerhet om det är två mänskliga rättigheter som kolliderar med varandra.⁴⁰⁷

Balanseringen av rättigheter mellan domstolsparterna är en komplicerad fråga, eftersom ingendera ska försättas i avsevärt underläge i förhållande till den andra parten enligt principen om *equality of arms*. Framförallt rättegångar i sexualbrottmål kan vara synnerligen knepiga att få rättvisa. Målsäganden måste ha rätt att föra sin talan utan att misstänkas för att tala osanning eller skuldbeläggas. Samtidigt som anklagelsen och målsäganden ska tas på allvar bör svarandes rätt till en rättvis rättegång respekteras i allra högsta grad.

⁴⁰³ Sundholm, Marianne, Svenska Yle, 26 februari 2018: *Sex ska vara frivilligt, slår konvention och människorättsorganisationer fast - ändå anses samtyckeslag svår*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/02/26/sex-ska-vara-frivilligt-slar-konvention-och-manniskorattsorganisationer-fast-anda> (besökt 26 november 2018).

⁴⁰⁴ Thomassen, 2008, s. 5.

⁴⁰⁵ Thomassen, 2008, s. 8.

⁴⁰⁶ Brems, 2005, s. 303.

⁴⁰⁷ Brems, 2005, s. 300.

En rättegång i ett sexualbrottmål kan därför beskrivas som en kamp mellan målsägande och svarande. Parternas trovärdighet står på spel. I detta sammanhang kan mänskliga rättigheter användas som ett medel för att stärka sin egen position och försvaga den andres.⁴⁰⁸ Varför ska till exempel kvinnor som har utsatts för övergrepp eller påstår att de utsatts för övergrepp behöva kämpa så hårt för att få upprättelse? I den här kampen kan de mänskliga rättigheterna användas i flera syften, både för att förstärka eller försvaga kvinnors rättigheter. Samhället är dock på väg mot ett paradigmskifte där de mänskliga rättigheterna faktiskt kan stöda och stärka kvinnors rätt till sexuell integritet.⁴⁰⁹

Om domstolarna ska tillämpa samtycke måste alltså offrets och den åtalades rättigheter balanseras. Kort sagt behöver domstolarna utvärdera parternas handlande. Om en standard som utgår ifrån samtycke tillämpas måste domstolarna utvärdera vad som är rationellt, rimligt eller förnuftigt beteende av parterna i ifrågavarande situation.⁴¹⁰ Kunde kvinnan rimligen tro att hon gett sitt samtycke? Kunde mannen i sin tur rimligen tro att kvinnan kommunicerade sitt samtycke? Men vad utgör rimligt/förnuftigt beteende?⁴¹¹

När domstolarna utvärderar samtycke utgår de ifrån en standard om en förnuftig person. Vad kunde en hypotetisk person med genomsnittlig intelligens rimligen ha kunnat tro att kommunicerades?⁴¹² Problemet är bara att män och kvinnor ofta missförstår varandras signaler.⁴¹³ En kvinna kanske inte anser att hennes beteende signalerar att hon gett samtycke till sex. Samtidigt kan mannen ha en helt annan uppfattning om situationen. Vad som kan anses vara förnuftigt/rationellt beteende

⁴⁰⁸ Conaghan, 2005, s. 146.

⁴⁰⁹ Conaghan, 2005, s. 147.

⁴¹⁰ Wiener, 1983, s. 146.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Wiener, 1983, s. 147.

⁴¹³ Wiener, 1983, s. 147-149.

i en situation skiljer sig åt mellan kvinnor och män,⁴¹⁴ för att inte tala om skillnader på individnivå, oavsett kön.

5.3.2 Fokus på offer eller på gärningsman?

Målet med sexuellt samtycke är att skydda individens rätt till sexuell integritet med lagstiftningens hjälp. Men begreppet missbrukas enligt kritiker så att kvinnornas sexuella integritet de facto undermineras. Den största orsaken till detta är att konceptet med samtycke fastställer synen på sexualitet som en ojämlik konstruktion mellan den aktiva manliga sexualiteten och den passiva kvinnliga,⁴¹⁵ eftersom det finns en kulturell uppfattning om mannen som aktiv sexuell aktör och kvinnan som passiv.⁴¹⁶ Våldtäkt är i sig ett könsbaserat brott som främst begås av män.⁴¹⁷ Samtycke förstärker därmed synen på att det finns ett underliggande antagande, kontrakt, om en sexuell relation som kvinnan är skyldig att godkänna eller förkasta.⁴¹⁸

Antagandet om samtycke gör att det är kvinnan som måste bevisa att hon svarat nej, och domstolens uppgift blir då att fastställa huruvida samtycket kommunicerats tillräckligt tydligt, eller om det var troligt att samtycke fanns.⁴¹⁹ För att konstatera om samtycke funnits skiftar bevisbördan därför mot målsägande, inte mot den åtalade.

Bryden och Lengnick håller delvis med i resonemanget. De vidhåller förvisso att det fortfarande är åklagaren som ska bevisa frånvaro av samtycke bortom rimligt tvivel. I förlängningen leder ändå detta till att det är offret som måste bevisa den

⁴¹⁴ Wiener, 1983, s. 155.

⁴¹⁵ du Toit, 2012, s. 382-383.

⁴¹⁶ du Toit, 2012, s. 290.

⁴¹⁷ du Toit, 2012, s. 386.

⁴¹⁸ du Toit, 2012, s. 397. Detta har också diskuterats i kapitel 2.

⁴¹⁹ du Toit, 2012, s. 390.

åtalades skuld, eftersom offret är åklagarens stjärn vittne. Eftersom på åklagarna ålagts en tung bevisbörda innebär detta även för offret indirekt en tung bevisbörda.⁴²⁰ Detta är ändå i mitt tycke en förenkling, eftersom det fortfarande är åklagaren som ska bevisa den åtalades skuld, med hjälp av vittnesmålen. Bevisbördan faller fortfarande på åklagaren.

Det har också sagts, att en domstol som försöker etablera om samtycke till sex funnits eller inte måste fokusera på hur offret uttryckt sig verbalt och fysiskt (har offret tydligt kommunicerat vad hon vill, har hon gjort motstånd, etc.). Istället för att fokusera för mycket på hur offret agerat borde enligt dessa kritiker utgångspunkten vara offrets kroppsliga identitet, och inte hur offrets vilja kommunicerats. Offrets upplevelse av handlingen borde alltså vara central. Samtidigt hävdas att fokus inte borde ligga på hur offret betett sig, utan hur gärningsmannen agerat. Inriktningen under rättsprocessen ska alltså ligga hos den misstänkta förövaren.⁴²¹

Kritiker anser också ”att strafflagen länge har vilat väldigt mycket på att det är offret som blir tvunget att visa att brottet har skett. Det är ganska problematiskt. Skammen vilar på kvinnan och det är fel, fokus måste vara på förövaren.”⁴²²

Denna argumentation ackompanjeras av den feministiska kritiken mot samtycke: Målsäganden ställs inför rätta; hennes tidigare beteende, beteende under handlingen men också klädsel är föremål för granskning.⁴²³ Rättegången skulle alltså fokusera på offret och dra bort blickfånget från svarande. Detta leder till att

⁴²⁰ Bryden & Lengnick, 1997, s. 1316-1317.

⁴²¹ Burman, 2010, s. 204.

⁴²² Munro, 2010, s. 20, se även Blomqvist, Jonas & Sjöstedt, Susanna, Svenska Yle, 12 mars 2018: *Samtycke vid sex svårt att bevisa - men lagförslaget ses som en viktig signal från lagstiftarna: "Skammen vilar på kvinnan och det är fel"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/03/12/samtycke-vid-sex-svart-att-bevisa-men-lagforslaget-ses-som-en-viktig-signal-fran> (besökt 22 februari 2019).

⁴²³ Eriksson, 2011, s. 96.

individen måste avhålla sig från en stor mängd handlingar för att inte riskera att i domstol ha ansetts samtycka till sexuella handlingar.⁴²⁴

Det är i och för sig helt sant, att om en våldtäkt begåtts, så bör gärningsmannens felaktiga handling stå i centrum. Offret ska inte skuldbeläggas om det faktiskt är så att en våldtäkt begåtts.

Ändå är det sannolikt, att domstolen, när den tar ställning till om samtycke funnits eller inte, måste fokusera mycket på offrets agerande och beteende. Domstolen tvingas reda ut hur hon kanske kan ha kommunicerat sitt samtycke till den sexuella handlingen. I denna process ligger fokus väldigt mycket på offret medan gärningsmannens felaktiga handlingar skjuts åt sidan. Denna process är något som kan skada offret väldigt mycket, och därför bör vaksamhet iakttagas om samtycke införs.⁴²⁵ Ändå bör nämnas, att det inte är möjligt att utreda ett brott utan att fokusera på offret. Fokus måste ändå i viss mån ligga på offret i en rättegång i brottmål. Det är ett ofrånkomligt faktum.

⁴²⁴ Eriksson, 2011, s. 107.

⁴²⁵ Blomqvist, Jonas & Sjöstedt, Susanna, Svenska Yle, 12 mars 2018: *Samtycke vid sex svårt att bevisa - men lagförslaget ses som en viktig signal från lagstiftarna: "Skammen vilar på kvinnan och det är fel"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/03/12/samtycke-vid-sex-svart-att-bevisa-men-lagforslaget-ses-som-en-viktig-signal-fran> (besökt 22 februari 2019).

6 Sammanfattande diskussion

6.1 Undersökningsresultaten överraskar inte

Såsom påvisats i avhandlingen utgör samtycke ett väldigt mångfacetterat och komplicerat begrepp, som inte kan definieras exakt. Ändå är samtycke den nya utgångspunkten när våldtäkt definieras, kritiken till trots.

Såväl Europa- som Istanbulkonventionen ålägger konventionsstaterna skyldigheten att definiera och kriminalisera våldtäkt utifrån samtycke. Detta är entydigt utifrån såväl rättspraxis som konventionsbestämmelserna, och lämnar inte utrymme för mycket tolkning.

Kritiken mot samtycke är överlag obefogad. Den straffrättsliga legalitetsprincipen, såsom den återges i Europakonventionen och tolkas av Europadomstolen, uppställer inga regelrätta hinder för en brottsbeskrivning för våldtäkt utifrån samtycke. Så länge som lagen är tillräckligt tillgänglig, klar och tydlig kan förutsägbarheten och individens rättssäkerhet tryggas.

Det bör i sammanhanget påpekas, att även tolkningen av lag måste vara förutsägbar. Därför är en tydlig juridisk definition på våldtäkt att föredra. Samtidigt bör konstateras, att även de allra klaraste lagbestämmelserna kan vara svåra att tolka. Ett tydligt brottsrekvisit raderar följaktligen inte problematiken, men underlättar åtminstone något.

Inte heller medför samtycke att bevisbördan vid rättegångar i sexualbrottmål per automatik övervältras på den åtalade. Det går inte ens att påvisa någon reell risk för det. Något som istället utgör det största problemet med våldtäktsmål, såsom även i många andra typer av brott, är bevisningen, eftersom ord ofta står mot ord.

Denna avhandling bidrar till att fylla sedan tidigare utforskade luckor. Under forskningens gång märkte jag att perspektivet fyllde ett nödvändigt behov. Om detta skvallrar bland annat det faktum, att de flesta kritiska argumenten mot samtycke som presenteras, framförallt kritiken mot bevisbördan, bygger på massmediala utspel. Det finns helt enkelt inte tillräckligt med vetenskapligt material.

Om samtycke överlag finns en rätt stor mängd vetenskapligt material. Också om den straffrättsliga legalitetsprincipen respektive rätten till en rättvis rättegång har mycket blivit skrivet. Men kombinationen av dessa områden i samband med samtycke är intressant, eftersom sådant vetenskapligt material fattas sedan tidigare.

Att använda en rättsdogmatisk metod var egentligen det bästa sättet att göra en såhär pass omfattande undersökning av samtycke, trots materialets bristfällighet. Det är även möjligt att göra empiriska undersökningar i ämnet, till exempel genom kvalitativa och/eller kvantitativa metoder som undersöker samtyckets inverkan på rättspraxis.

6.2 Vägen framåt

6.2.1 Läget i Finland

Enligt statistikcentralens (preliminära) uppgifter från år 2018 anmäldes i Finland sammanlagt 3720 sexualbrott. Av dessa var 1363 sexuellt och grovt sexuellt utnyttjande av barn, 1338 våldtäkt eller grov våldtäkt samt resterande 1019 övriga sexualbrott. Man kan se en tydlig ökning i antalet anmälda sexualbrott över senaste åren och en rejäl ökning jämfört med året innan.⁴²⁶

⁴²⁶ Ekholm, Malin; West, Petter, Lång, Linus & Nurmio, Axel: *Vad är en våldtäkt? Svaret är inte det samma idag som för 10 år sedan och det syns i sexbrottsstatistiken*, publicerad på Svenska Yle 18 januari 2019, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/18/vad-ar-en-valdtakt-svaret-ar-inte-det-samma-idag-som-for-10-ar-sedan-och-det-syns> (besökt 22 mars 2019).

År 2017 anmäldes nämligen över 3000 sexualbrott i Finland. Lite drygt 2000 av dessa gick till åtalsprövning, men av de fall som gick så långt år 2017 ledde endast 41 procent till domar. Statistiken visar problemet: Våldigt få fall lagförs. Dessutom bör det stora mörkertalet påpekas eftersom många fall kommer aldrig till kännedom.⁴²⁷

Läsningen av samma statistik för våldtäkter är dyster. År 2017 gick 874 fall till åtalsprövning, men endast i 209 fall utdömdes fällande domar. Dock kan påvisas ett uppsving sedan 2010, då endast 83 fällande domar för våldtäkt noterades.⁴²⁸

Eftersom behandlingstiderna är långa kommer inte de i statistiken registrerade fallen nödvändigtvis från samma år, men det går ändå att observera alarmerande skillnader mellan antalet anmälda brott och antalet fällande domar.⁴²⁹

Att statistiken visar att flera våldtäkter anmäls och allt fler leder till fällande domar är i sig tecken på framsteg. En statistisk ökning behöver absolut inte betyda en ökning av antalet brott. Snarare är det så att ju fler sexualbrott som anmäls, desto fler kvinnor har vågat ta bladet ur munnen och anmäla, vilket är ett gott tecken. Ändå visar statistiken, att en förändring är nödvändig.

Det mest framträdande samtalsämnet på området i Finland just nu är det eventuella införandet av en brottsbeskrivning för våldtäkt utgående från samtycke, likt den i Sverige. Detta skulle betyda att Finland skulle uppfylla sina internationella förpliktelser enligt Istanbulkonventionen.

⁴²⁷ Ekholm, Malin; West, Petter, Lång, Linus & Nurmio, Axel: *Vad är en våldtäkt? Svaret är inte det samma idag som för 10 år sedan och det syns i sexbrottsstatistiken*, publicerad på Svenska Yle 18 januari 2019, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/18/vad-ar-en-valdtakt-svaret-ar-inte-det-samma-idag-som-for-10-ar-sedan-och-det-syns> (besökt 22 mars 2019).

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ *Ibid.*

Social- och hälsovårdsministeriet publicerade i december 2017 en plan för genomförandet av Istanbulkonventionen åren 2018-2021. Planen innehåller över 40 olika åtgärder på olika myndigheters verksamhetsområden. Planen hänvisar till definitionen på våldtäkt enligt Istanbulkonventionen artikel 36, men innehåller ändå inget konkret förslag på att Finland ska eftersträva att ändra på brottsbeskrivningen för våldtäkt så att samtycke införs.⁴³⁰

Trots att planen är bristfällig blåser för tillfället förändringens vindar i Finland. Såsom nämndes i inledningen har en arbetsgrupp för att utreda möjligheterna att införa samtycke även i Finland sammankallats. Dessutom kommer medborgarinitiativet *Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018* sannolikt att behandlas efter vårens riksdagsval. Det är därför mycket möjligt, att även Finland går samma väg som Sverige och inom en ganska snar framtid har en våldtäktslagstiftning som bygger på samtycke.

6.2.2 Läget i Sverige

Kritiken mot den nya svenska samtyckeslagen presenterades redan i inledningen av denna avhandling och har därefter analyserats i detalj. Men hur ser läget ut i Sverige sedan samtyckeslagen infördes den 1 juli 2018? Har det blivit någon konkret skillnad?

Enligt rapporter från media har samtyckeslagen faktiskt redan gett resultat. Sveriges Radio rapporterade i november 2018 att den haft effekt på framförallt två sätt. Dels har fler brott kunnat bedömas som våldtäkt, dels har den nya lagen även lett till strängare straff. I fyra fall efter den 1 juli 2018 ska den nya

⁴³⁰ Social- och hälsovårdsministeriet: *Plan för genomförande av Istanbulkonventionen 2018-2021*, tillgänglig på: http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/160402/17_2017_Istanbulin%20sopimuksen%20tps%202018-21_ruotsi.pdf?sequence=1&isAllowed=y (besökt 22 mars 2019).

samtyckeslagen ha haft en konkret inverkan, även om en majoritet av de fall som kommit till känna sedan dess även hade kunnat beivras enligt den gamla lagen.⁴³¹

Till och med kritikerna har förundrats över den nya paragrafens inverkan. Det svenska advokatförbundet var mycket kritiskt inställt till samtycke innan det infördes, men generalsekreterare Anne Ramberg är överraskad över effekten lagen haft. Hon säger: ”Man kan säga att det är lite förvånade, inte ens kommittén som lade fram betänkandet trodde att det skulle bli fler fällande domar utan man såg det som en normativ lagstiftning.”⁴³²

Andra tror dessutom att situationen kommer att förbättras ytterligare, inte bara för att det blir fler fällande domar, utan för att lagen medför en attitydförändring i samhället.⁴³³

Det kan alltså konstateras, att redan till en början har den svenska samtyckeslagen haft effekt. Det återstår att se hur situationen utvecklas i fortsättningen.

6.2.3 Samtycke etableras i tre steg

Hur kan då i samhället etableras en kultur där våldtäkt definieras utifrån om individen gett sitt samtycke eller inte? Det första som borde göras är att satsa på utbildning. Genom denna kan även människors värderingar förändras. Utbildningsväsendet har en viktig plats som fostrare av goda samhällsmedborgare, och dess roll bör inte underskattas. Det andra som bör göras är att fördöma alla typer av sexuella trakasserier och övergrepp. Genom denna sociala stigmatisering

⁴³¹ Ridderstedt, Maria: *Samtyckeslag har haft effekt*, publicerad 8 november 2018, tillgänglig på: <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> (besökt 21 mars 2019).

⁴³² Ridderstedt, Maria: *Ramberg: Förvånad över fler fällande domar*, publicerad 8 november 2018, tillgänglig på: <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7086766> (besökt 26 mars 2019).

⁴³³ *Ibid.*

kan samhället visa att sexuella övergrepp aldrig är acceptabla. Slutligen bör värderingarna fastställas genom en lagförändring.⁴³⁴

Målet är en beteendeförändring hos medborgarna i samhället. Men kan lagen faktiskt förändra beteendet hos individen?⁴³⁵ Ja, den kan det. Lagen kan förvisso inte reglera alla situationer utförligt, men åtminstone kan den dels vara ett ramverk, dels en utlösare för samhällsförändring. Enbart att införa samtycke som ett rekvisit för våldtäkt kan ha effekter på det sociala samspelet individer emellan. Lagar anger ju inte enbart vad som är förbjudet, utan säger också någonting om vad som är socialt acceptabelt respektive oacceptabelt. Lagen förstärker därför sociala roller och kan fungera som en katalysator för social förändring.⁴³⁶

Kessler Ferzan anför att den som samtycker till något borde ha sista ordet då samtycke definieras. Därför borde våldtäktsoffer och potentiella offer inkluderas då lagen utarbetas.⁴³⁷ Ett sådant förfarande är lockande, men det är svårt att kringgå problematiken i att individer tycker och tänker olika om vad som utgör giltigt samtycke.

Slutligen bör nämnas att det straffrättsliga, om än icke fulländade, systemet är skapat för att straffa skyldiga, inte oskyldiga. Därför är det helt legitimt att ifrågasätta en väldigt bred och vag brottsbeskrivning som riskerar att kriminalisera oskyldiga. Men igen kan, och bör, kritiken mot att sexualbrotten behandlas ojämnt jämfört med andra brott om samtycke inte införs lyftas fram. Så får inte ske.⁴³⁸

⁴³⁴ Graw Leary, 2016, s. 34.

⁴³⁵ Gruber, 2016, s. 443-447.

⁴³⁶ Eriksson, 2011, s. 6, 10.

⁴³⁷ Kessler Ferzan, 2016, s. 431.

⁴³⁸ Graw Leary, 2016, s. 45.

Källförteckning

MONOGRAFIER OCH ARTIKLAR

Anderson, Michelle J.: ”Negotiating Sex”, i *Southern California Law Review*, vol. 78, s. 1401-1438, 2005.

Asp, Petter: ”M.C. v. Bulgaria - A Swedish Perspective”, i *Scandinavian Studies of Law*, vol. 54, s. 191-211, 2009.

Brems, Eva: ”Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, i *Human Rights Quarterly*, vol. 27, s. 294-326, 2005.

Bryden, David P. & Lengnick, Sonja: ”Rape in the Criminal Justice System”, i *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 87, nr 4, s. 1194-1384, 1997.

Burman, Monica: ”Rethinking Rape Law in Sweden: Coercion, consent or non-voluntariness?”, i McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, s. 196-208, 2010.

Campbell, Liz: ”Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, i *Modern Law Review*, vol. 76 nr 4, s. 681-707, 2013.

Conaghan, Joanne: ”Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: *M.C v. Bulgaria*”, i *Feminist Legal Studies*, vol. 13, s. 145-157, 2005.

De Vido, Sara: "The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System", i *European Journal of Legal Studies*, vol. 9 nr 2, s. 69-102, 2017.

Diehl, Beatrice: "Affirmative Consent in Sexual Assault: Prosecutors' Duty", i *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 28, s. 503-519, 2015.

Edwards, Alice: "Everyday Rape: International Human Rights Law and Violence against Women in Peacetime", i McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, s. 92-108, 2010.

Endo, Guillaume: "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Principle and the ICTY and ICTR", i *Revue québécoise de droit international*, vol. 15.1, s. 205-220, 2002.

Eriksson, Maria: *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

Faure, Michael; Goodwin, Morag; Weber, Franziska: "The Regulator's Dilemma: Caught between the Need for Flexibility & the Demands for Forseeability - Reassessing the Lex Certa Principle", i *Albany Law Journal Science and Technology*, vol 24.2, s. 283-364, 2014.

Frände, Dan: *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie Nr 52, Akademiska bokhandeln: Ekenäs, 1989.

Graw Leary, Mary: "Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture", i *Texas Tech Law Review*, vol. 49, s. 1-56, 2016.

Gruber, Aya: "Consent Confusion", i *Cardozo Law Review*, vol. 38. s. 415-458, 2016.

Hahto, Vilja: "Loukatun suostumus", i *Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu - Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa*, Edita Publishing: Helsingfors, s. 239-270, 2004.

Hahto, Vilja: "Myötävaikutus raiskaukseen?", i *Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu - Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa*, Edita Publishing: Helsingfors, s. 465–522, 2004.

Haveman, Roelof: "Rape and Fair Trial in Supranational Criminal Law", i *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 9, s. 263-278, 2002.

Herring, Jonathan & Madden Dempsey, Michelle: Rethinking the Criminal Law's Response to Sexual Penetration: On Theory and Context, i McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, s. 30-43, 2010.

Hirvelä, Päivi & Heikkilä, Satu: *Ihmisoikeudet - Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*. Helsingfors: Alma Talent, 2017.

Jokela, Antti: *Rikosprosessioikeus*. Helsingfors: Alma Talent, 2018.

Kessler Ferzan, Kimberly: "Consent, Culpability, and the Law of Rape", i *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13 nr 2, s. 397-439, 2016.

Lincoln, Jennifer: "Nullum Crimen Sine Lege in International Criminal Tribunal Jurisprudence: The Problem of the Residual Category of Crime", i *Eyes on the*

ICC, vol. 7, s. 137-155, 2010.

Linderfalk, Ulf; Nilsson, Anna; Noll, Gregor; Gottschalk, Peter; Engdahl, Ola:
Folkkrätten i ett nötskal. Lund: Studentlitteratur AB, 2012.

Little, Nicholas J.: "From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law", i *Vanderbilt Law Review*, vol 58, nr 4, s. 1321-1364, 2005.

Londono, Patricia: "Defining rape under the European Convention on Human Rights: torture, consent and equality", i McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, s. 109-121, 2010.

Lorenzmeier, Stefan: "The Right to a Fair Trial in Europe - Procedural Guarantees under the European Convention on Human Rights and Their Enforcement", i *Journal of the Institute of Justice & International Studies*, vol. 7, s. 40-49, 2007.

McQuigg, Ronagh: "A Contextual Analysis of the Council of Europe's Convention on Preventing and Combating Violence against Women", i *International Human Rights Law Review*, vol. 1, s. 267-381, 2012.

Meese, Edwin III; Larkin, Paul J. Jr.: "Reconsidering the Mistake of Law Defense", i *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102 nr 3, s. 725-784, 2012.

Meyersfeld, Bonita C: "Introductory Note to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence", i *International Legal Materials*, vol. 51, s. 106-132, 2012.

Munro, Vanessa E: "From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape", i McGlynn, Clare & Munro, Vanessa E: *Rethinking Rape Law - International and Comparative Perspectives*, Routledge: Oxfordshire, s. 17-29, 2010.

Möller, Anna; Söndergaard, Hans Peter & Hellström, Lotti: "Tonic immobility during sexual assault - a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression", i *Nordic Federation of Societies of Obstetrics and Gynecology*, vol. 96, s. 932-938, 2017.

Pihlström, Fanny: "Kriminalisering av sexuella trakasserier – i gränsområdet mellan folkrättsliga plikter och kriminaliseringsprinciper", i *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland*, vol. 153, nr 2 s. 95–122, 2018.

Pitea, Cesare: "Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria" i *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, s. 447-462, 2005.

Rainey, Bernadette; Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare: *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2017.

Randall Melanie & Venkatesh, Vasanthi: "Criminalizing Sexual Violence against Women in Intimate Relationships: State Obligations under Human Rights Law", i *American Journal of International Law*, vol. 109, s. 189-196, 2016.

Randall Melanie & Venkatesh, Vasanthi: "The Right to No: The Crime of Marital Rape, Women's Human Rights, and International Law", i *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41 nr 1, s. 153-202, 2015.

Roversi, Corrado (red.): "Legal Doctrine and Legal Theory", i *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht: Springer, s. 1-15, 2005.

Sangwan, Dakshita: "Sexual Offences in International Law", i *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, s. 253-283, 2012-2013.

Shahabuddeen, Mohamed: "Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?", i *Journal of International Criminal Justice*, nr 2, s.1007-1017, 2004.

Slovenko, Ralph: "Establishing the Guilt of the Accused--The Burden of Proof and the Presumption of Innocence; The Burden of Proof and Judicial Notice", i *Tulane Law Review*, vol. 31, s. 173-186, 1956-1957.

Svanberg, Katinka: *En introduktion till traktaträtten - en lärobok i traktaträtt*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, fjärde upplagan, 2008.

Tascu, Simona-Elena: "Right to a Fair Trial in Criminal Matter. Presumption of Innocence", i *The International Conference 'Education and Creativity for a Knowledge-Based Society - Law*, s. 943-948, 2015.

Thomassen, Wilhelmina: "Everyone Has the Right to a Fair Trial", i *Hague Year Book of International Law*, vol. 21, s. 3-8, 2008.

du Toit, Louise: "From Consent to Coercive Circumstances: Rape Law Reform on Trial", i *South African Journal on Human Rights*, vol. 28, s. 380-404, 2012.

Tomasson, Eirikur: "Presumed Innocent until Proved Guilty - The Principle of Article 6, Paragraph 2 of the European Convention on Human Rights and Article

70, Paragraph 2 of the Constitution of Iceland That the Burden of Proof Rests with the Prosecution”, i 51 *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, s. 505-531, 2007.

Tong, Karen: ”Date Rape: Real Rape”, i *UCL Jurisprudence Review*, s. 130-143, 2002.

Tuerkheimer, Deborah: ”Affirmative Consent”, i *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13, nr 2, s. 441-468, 2016.

Van Schaack, Beth: ”Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, i *Georgetown Law Journal Online*, vol. 97, s. 119-192, 2008.

Virjan, Bogdan: ”Principle of Non-Retroactivity of Criminal Law according to Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, i *Law Annals from Titu Maiorescu University*, s. 95-105, 2012.

Vuletic, Igor & Simunic, Davor: ”The New Concept of Sex-Crimes in Croatian Criminal Law”, i *Journal of Eastern-European Criminal Law*, nr 1, s. 76-85, 2017.

White, Robin & Ovey, Clare: *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Wiener, Robin D.: ”Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape”, i *Harvard Women's Law Journal*, vol. 6, s. 143-161, 1983.

INTERNATIONELLA KONVENTIONER

- 2011 Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet, Istanbul, 11 maj 2011.
- 1979 Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, New York, 18 december 1979.
- 1969 Wienkonventionen om traktaträtten, Wien, 23 maj 1969.
- 1966 Internationell konvention om de medborgerliga och politiska rättigheterna, New York, 16 december 1966.
- 1950 Den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna, Rom, 4 november 1950.
- 1945 Stadga för den internationella domstolen, San Fransisco, 26 juni 1945.

DEKLARATIONER, RESOLUTIONER OCH REKOMMENDATIONER

- 2006 *In-depth study on all forms of violence against women*, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 juli 2006.
- 2002 Recommendation Rec(2002) of the Committee of Ministers to member States on the protection of women against violence adopted on 30 April 2002 and Explanatory Memorandum.
- 1993 GA Resolution 48/104, 20 december 1993.

1992 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 19 on Violence against Women (1992).

1948 FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna, Paris, 10 december 1948.

DEN EUROPEISKA DOMSTOLEN FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA

Achour v. France (Nr 67335/01), 29 mars 2006.

Akkoç v. Turkey (Nr 22947/93 och 22948/93), 10 oktober 2000.

Allenet de Ribemont v. France (Nr 15175/89), 10 februari 1995.

Aydin v. Turkey (Nr 57/1996/676/866), 25 september 1997.

Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain (Nr 10590/83), 6 december 1988.

Beian v. Romania (Nr 30658/05), 6 december 2007.

Brumarescu v. Romania (Nr 28342/95), 28 oktober 1999.

Cantoni v. France (Nr 17862/91), 11 november 1996.

Christine Goodwin v. the United Kingdom (Nr 28957/95), 11 juli 2002.

C.R. v. the United Kingdom (Nr 20190/92), 22 november 1995.

Cyprus v. Turkey (Nr 25781/94), 10 maj 2001.

Dickson v. the United Kingdom (Nr 44362/04), 4 december 2007.

Eckle v. Germany (Nr 8130/78), 15 juli 1982.

Ekbatani v. Sweden (Nr 10563/83), 26 maj 1988.

Ireland v. the United Kingdom (Nr 5310/71), 18 januari 1978.

Jalloh v. Germany (Nr 54810/00), 11 juli 2006.

John Murray v. the United Kingdom (Nr 18731/91), 8 februari 1996.

Jorgić v. Germany (Nr 74613/01), 12 juli 2007.

Kafkaris v. Cyprus (Nr 21906/04) 12 februari 2008.

Kokkinakis v. Greece (Nr 14307/88), 25 maj 1993.

Konstas v. Greece (Nr 53466/07), 24 maj 2011.

Korbely v. Hungary (Nr 9174/02), 19 september 2008.

Liivik v. Estonia (Nr 12157/05), 25 juni 2009.

M.C. v. Bulgaria (Nr 39272/98), 4 december 2003.

News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria (Nr 31457/96), 11 januari 2000.

Opuz v. Turkey (Nr 33401/02), 9 juni 2009.

Peck v. the United Kingdom (Nr 44647/98), 28 januari 2003.

Puhk v. Estonia (Nr 55103/00), 10 februari 2004.

Rowe and Davis v. the United Kingdom (Nr 28901/95), 16 februari 2000.

Steel and Morris v. the United Kingdom (Nr 68416/01), 15 februari 2005.

S.W. v. the United Kingdom (Nr 20166/92), 22 november 1995.

Telfner v. Austria (Nr 33501/96), 20 mars 2001.

Vasiliauskas v. Lithuania (Nr 35343/05), 20 oktober 2015.

Vermeulen v. Belgium (Nr 19075/91), 20 februari 1996.

X and Y v. the Netherlands (Nr 8978/80), 26 mars 1985.

Z and Others v. the United Kingdom (Nr 29392/95), 10 maj 2001.

INTERNATIONELLA KRIGSFÖRBRYTARTRIBUNALEN FÖR DET FORNA JUGOSLAVIEN

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Nr IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), 22 februari 2001.

INTERAMERIKANSKA DOMSTOLEN FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA

Velásquez-Rodríguez v. Honduras, 29 juli 1988.

FINSK NATIONELL LAG

Grundlagen (731/1999), 1 kap. 8 §; 2 kap. 21 §.

Rättegångsbalken (1734/4), 17 kap. 1 § 2 mom.

Strafflagen (39/1889), 3 kap. 1 §.

SVENSK NATIONELL LAG

Brottsbalken (1962:700), andra avdelningen, 6 kap. 1 § 1-2 mom. (upphävd genom 2018:618); första avdelningen, 1 kap. 1 §.

Brottsbalken (1962:700), andra avdelningen, 6 kap. 1 § 1 mom, ändrad genom 2018:618, i kraft från och med 1 juli 2018.

Rättegångsbalken (1942:740), 35 kap. 1 § 1 mom.

FINSKA DOKUMENT

Social- och hälsovårdsministeriet: *Plan för genomförande av Istanbulkonventionen 2018-2021*, tillgänglig på: http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/160402/17_2017_Istanbulin%20sopimuksen%20tps%202018-21_ruotsi.pdf?sequence=1&isAllowed=y (besökt 22 mars 2019).

SVENSKA DOKUMENT

Prop. 2017/18:177: *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet*, 15 mars 2018.

Protokoll från lagrådets sammanträde, 23 januari 2018, tillgänglig på: <https://www.lagradet.se/yttranden/En%20ny%20sexualbrottslagstiftning%20byggd%20pa%20frivillighet.pdf> (besökt 17.9.2018).

MATERIAL FRÅN INTERNATIONELLA ORGANISATIONER

Chart of signatures and ratifications of Treaty 210, *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, tillgänglig på: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=false> (besökt 3 maj 2019).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): *Violence against Women: an EU-wide survey*, tillgänglig på: <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (besökt 20 februari 2019).

World Health Organization (WHO): *Violence Against Women*, publicerad 29 november 2017 på: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (besökt 20 februari 2019).

World Justice Project: *What is the Rule of Law?*, tillgänglig på: <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law> (besökt 2 maj 2019).

ÖVRIGA KÄLLOR

Blomqvist, Jonas, Svenska Yle, 15 november 2018: *Samtyckeslag går till riksdagen - 50 000 har skrivit under medborgarinitiativ*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/11/15/samtyckeslag-gar-till-riksdagen-50-000-har-skrivit-under-medborgarinitiativ> (besökt 22 februari 2019).

Blomqvist, Jonas & Sjöstedt, Susanna, Svenska Yle, 12 mars 2018: *Samtycke vid sex svårt att bevisa - men lagförslaget ses som en viktig signal från lagstiftarna: "Skammen vilar på kvinnan och det är fel"*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/03/12/samtycke-vid-sex-svart-att-bevisa-men-lagforslaget-ses-som-en-viktig-signal-fran> (besökt 22 februari 2019).

Blús, Anna, Amnesty International, 23 april 2018: *Sex without consent is rape. So why do only eight European countries recognise this?*, tillgänglig på: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/> (besökt 22 februari 2019).

Bäck, Mira, Svenska Yle, 23 maj 2018: *Sverige får samtyckeslag*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/05/23/sverige-far-samtyckeslag> (besökt 17 september 2018).

Ekholm, Malin; West, Petter, Lång, Linus & Nurmio, Axel: *Vad är en våldtäkt? Svaret är inte det samma idag som för 10 år sedan och det syns i sexbrottsstatistiken*, publicerad på Svenska Yle 18 januari 2019, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/18/vad-ar-en-valdtakt-svaret-ar-inte-det-samma-idag-som-for-10-ar-sedan-och-det-syns> (besökt 22 mars 2019).

Lindroos, Ingemo, Svenska Yle, 13 oktober 2016: *Sverige gör om våldtäktslag - tydligt "ja" krävs för sex*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2016/10/13/sverige-gor-om-valdtaktslag-tydligt-ja-kravs-sex> (besökt 22 februari 2019).

Medborgarinitiativet *Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi - Suostumus2018* (VN/2718/2018) 5 juni 2018, tillgänglig på: <https://www.kansalaisaloite.fi/sv/initiativ/3209> (besökt 22 februari 2019).

Nekham, Erika, TT, 16 december 2017: *Fler gärningar ska bedömas som sexbrott*, tillgänglig på: <https://www.metro.se/artikel/flu-g%C3%A4rningar-ska-bed%C3%B6mas-som-sexbrott-xt> (besökt 5 oktober 2018).

Nilsson, Lennart, Expressen, 23 oktober 2017: *Hon skapade #metoo - det här betyder hashtaggen*, tillgänglig på: <https://www.expressen.se/nyheter/hon-skapade-metoo-det-har-betyder-hashtaggen/> (besökt 17 september 2018).

Nummenmaa, Märta, Svenska Yle 15 januari 2019: *Justitieministeriet påbörjar reform av våldtäktslagstiftningen – inget samtycke ska betyda våldtäkt*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/15/justitieministeriet-paborjar-reform-av-valdtaktslagstiftningen-inget-samtycke-ska> (besökt 22 februari 2019).

Ridderstedt, Maria: *Ramberg: Förvånad över fler fällande domar*, publicerad 8 november 2018, tillgänglig på: <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7086766> (besökt 26 mars 2019).

Ridderstedt, Maria: *Samtyckeslag har haft effekt*, publicerad 8 november 2018, tillgänglig på: <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> (besökt 21 mars 2019).

Sundholm, Marianne, Svenska Yle, 26 februari 2018: *Sex ska vara frivilligt, slår konvention och människorättsorganisationer fast - ändå anses samtyckeslag svår*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/02/26/sex-ska-vara-frivilligt-slar-konvention-och-manniskorattsorganisationer-fast-anda> (besökt 26 november 2018).

Sundholm, Marianne, Svenska Yle, 5 juni 2018: *Medborgarinitiativ om samtyckeslag har öppnat - "Skulle sänka tröskeln för våldtäktsanmälan"*,

tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2018/06/05/medborgarinitiativ-om-samtyckeslag-har-oppnat-skulle-sanka-troskeln-for> (besökt 22 februari 2019).

Sundholm, Marianne & Anttila, Sandra, Svenska Yle, 12 december 2017: *I Finland definieras våldtäkt utgående från våld - behöver vi också en samtyckeslag?*, tillgänglig på: <https://svenska.yle.fi/artikel/2017/12/12/i-finland-definieras-valdtakt-utgaende-fran-vald-behover-vi-ocksa-en-samtyckeslag> (besökt 22 februari 2019).

Svensson, Anna H, Advokatsamfundet, 23 oktober 2017: *En samtyckeslag kommer inte leda till fler fällande domar*, tillgänglig på: <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/regeringen-lovar-samtyckeslag-advokatsamfundet-varnar-for-populism> (besökt 5 oktober 2018).

Vaziri, Baharak: *"En samtyckeslag kommer att leda till omvänd bevisbörda - och då backar vi väldigt många år"*, publicerad 30 september 2016, tillgänglig på: <http://www.dagensjuridik.se/2016/09/debatt-baharak-vaziri-1> (besökt 21 mars 2019).