



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andrea Rylander

Att slå och bli slagen

Samtyckets roll vid misshandel av normalgraden i ett sexuellt
sammanhang

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: HT 2013

Innehåll

Summary	3
Sammanfattning	5
Förord	7
Förkortningar	8
1 Inledning	9
1.1 Inledande ord	9
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Avgränsning	10
1.4 Metod och material	11
1.5 Forskningsläge	12
1.6 Begrepp och termer	13
1.7 Disposition	14
2 Rättsliga grunder	15
2.1 Legalitetsprincipen	15
2.2 Straffrättsligt ansvar	15
2.3 Ansvarsfrihetsgrunder	16
3 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund	17
3.1 Det lagreglerade samtycket	17
3.2 Nivå 1- Giltigt samtycke	18
3.3 Nivå 2- Inte oförsvarlig handling	19
3.4 Samtyckets vidd	21
3.5 Typ och form av samtycke	22
3.5.1 <i>Manifestation av samtycket</i>	22
3.5.2 <i>Begränsade samtycken</i>	23
3.5.3 <i>Hypotetiskt samtycke</i>	23
4 Misshandel	24
4.1 Misshandel i vid mening	24
4.2 Misshandel av olika grad	24
4.3 Sammanfattande kommentar	27
5 Sexualbrott	29
5.1 Sexuell integritet	29
5.2 Våldtäkt	30
6 Praxis	31
6.1 Umeå tingsrätt, mål B 2505-12 "De 123 slagen"	31
6.2 Hovrätten för övre Norrland, mål B 276-13 "De 123 slagen"	33
6.3 Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10 "BDSM-fallet"	33
6.4 Svea hovrätt, mål B 3559-13 "Stoppordsfallet"	36
6.5 NJA 2013 s. 397	37
7 Analys	39
7.1 Det giltiga samtycket	39
7.2 Försvarlighetsbedömningen	39
7.3 Det sexuella sammanhanget	41
7.4 Slutsats och kommentar	41
Käll- och litteraturlista	42
Rättsfallsförteckning	44

Summary

The purpose of this bachelor thesis is to investigate the boundary of a consent exonerating effect on assaults of the normal degree made in a sexual context. Such cases are located at the boundary between the criminal and impunity. The paper investigates the boundary area by looking at how an exonerating consent is constructed. It is noted that there is a need for a valid consent and that the act must not be judged as unjustified. The objective of the paper has been met by analyzing these two aspects and the impact of the sexual context in determining whether an action should be assessed as exonerating. Consent is one of the defenses that can make an otherwise criminal act permitted. Consent is regulated and can be found in Chapter 24 .7 § in the Criminal Code.

There is a specific set of criteria that must be met for consent to be considered valid. If a valid consent is established it is also required that the acts are not considered an overly serious offense for the exonerating effect to be accepted. This is done through an assessment of defensible action. There can thus be the question of a valid consent combined with an indefensible act. The legislative history of the consent provision open up for a broad interpretation of how the defensible actions should be assessed. There is a general rule that an assault of the normal degree not generally will have the exonerating effect. In the case of a small injury consent will have the exonerating effect. The aim of the act should be given special significance in the assessment of what is a defensible action and in determining whether the assault of the normal degree will have the exonerating effect.

It has long been unclear whether a subjective purpose of the individual is to be considered acceptable. In the so-called "BDSM - case", which created much legal debate in 2011, it was stated that the then 16-year old girl's desire to be hit would be the basis for exonerating the consent to the assault of the normal degree. In older doctrine, it has instead been suggested that the aim should be an objectively acceptable purpose as this would create more legal certainty and not be linked to individual and psychological factors.

The thesis offers an argument for the need of more legal certainty regarding the discharge of an assault of the normal degree. The bill says that it is in the hands of the courts to rule over of the unstable borders of consent. This means that it is the court that decides whether the sexual context pushes the limits of consent. Although there is a ruling that says that the subjective purpose can legitimately exonerate, it is possible that other kinds of purposes should be accepted. I believe that the courts are reluctant to develop and clarify the legal uncertainty that exists. The thesis shows that the courts feel free to refer back to the general statements in the bill instead of creating a more predictable interpretation of the law. The purpose of the introduction of the consent regulation was to further entrench the principle of legality in Swedish law.

Sammanfattning

Syftet med uppsatsen är att utreda gränsdragningen av ett samtyckes ansvarsfriande verkan vid misshandelsfall av normalgraden i sexuella sammanhang. Dessa fall rör sig i gränslandet mellan det straffbara och det straffria. Uppsatsen utreder gränslandet genom att se till hur ett ansvarsfriande samtycke är uppbyggt. Det konstateras att det krävs ett giltigt samtycke och att själva gärningen inte är att bedöma som oförsvarlig. Syftet har uppfyllts genom att utgå från dessa två aspekter samt att analysera det sexuella sammanhangets roll vid bedömningen om en gärning ska vara att bedöma som ansvarsfri. Samtycke är en av de ansvarsfrihetsgrunder som kan göra en annars straffbelagd gärning tillåten. Samtycke är lagreglerat och återfinns i 24 kap. 7§ BrB.

Det uppställs vissa kriterier för att ett samtycke ska anses som giltigt. Om det är utrett att det rör sig om ett giltigt samtycke krävs också att det inte rör sig om en alltför allvarlig gärning för att samtycket ska få ansvarsfriande verkan. Detta sker genom en försvarlighetsbedömning. Det kan alltså vara frågan om ett giltigt samtycke men om en oförsvarlig handling. Förarbetena till samtyckesbestämmelsen öppnar för en vid tolkning av hur en försvarlighetsbedömning ska göras. Det finns en generell regel att misshandel av normalgraden allmänt sett inte ska ha ansvarsfriande verkan. När det endast rör sig om en ringa kroppsskada bör dock samtycket få ansvarsfriande verkan. Gärningens syfte ska få speciell betydelse vid försvarlighetsbedömningen vid avgörandet om misshandel av normalgraden ska få ansvarsfriande verkan. Det har länge varit oklart om ett subjektivt syfte hos den enskilda individen är att anse som godtagbart. Detta gavs det svar på i det s.k. "BDSM-fallet" som skapade stor juridisk debatt 2011 där domstolen ansåg att den då 16-åriga flickans vilja att bli slagen skulle ligga till grund för det ansvarsfriande samtycket till misshandeln av normalgraden. I äldre doktrin har det istället föreslagits att syftet bör utgå ifrån ett objektivi godtagbart syfte då detta skulle vara mer rättssäkert och inte vara grundat på psykologiska faktorer.

I uppsatsen förs en argumentation för behovet av ett klarare rättsläge gällande ansvarsfriheten vid misshandel av normalgraden. Propositionen menar att det är överlämnat till domstolarna att styra över samtyckets obefästa gränser. Detta innebär att det också är domstolen som avgör huruvida det sexuella sammanhanget tänjer på samtyckets gränser. Trots att det finns ett avgörande som säger att det subjektiva syftet kan legitimera ansvarsfrihet är det möjligt att även andra placeringar av syftet skulle accepteras. Jag anser att domstolarna är motvilliga till att utveckla och precisera det oklara rättsläge som föreligger. Uppsatsen visar att domstolarna gärna hänvisar tillbaka till generella uttalanden i propositionen istället för att skapa ett mer förutsägbart rättsläge. Syftet med samtyckesbestämmelsens införande var att ytterligare befästa legalitetsprincipen i svensk rätt.

Förord

Denna kandidatuppsats markerar ett slut på mina tre första år på juristprogrammet. När jag skriver detta inser jag att min tid på juristprogrammet inte kommer att pågå för evigt. Jag vill tacka mina underbara vänner och föräldrar som alltid stöttar mig. Ett speciellt tack riktas till min pappa för hjälp med korrekturläsning. Jag vill också tacka min handledare Lotta Maunsbach för vägledande råd.

Andréa Rylander, Uppsala 2014

Förkortningar

BDSM	Bondage/Disciplin, Dominans/Submission & Sadomasochism
BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
prop.	Proposition
RFSL	Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas och transpersoners rättigheter
RFSU	Riksförbundet för sexuell upplysning
RF	Regeringsformen (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Inledande ord

I november 2013 var en av rubrikerna på en juridisk nyhetssida att "Dominanssex med skador var inte våldtäkt - men misshandel oavsett samtycke".¹ I fallet ansågs ett giltigt samtycke till misshandel föreligga och misshandeln var av normalgraden. Hovrätten ansåg dock att det inte gick att samtycka till de knytnävsslag och stryptag som gav upphov till svullnader och andnöd. Under 2011 diskuterades samtycke och BDSM flitigt i den juridiska debatten.² I fallet som skapade debatten träffade en 16-årig flicka en 32-årig man för att utöva BDSM-sex. Flickan tillfogades ett 60-tal slag med en träpinne mot underkroppen och ca 30 slag utdelades med en trälinjal mot underlivet. Hovrätten ansåg att det förelåg ett giltigt samtycke från flickans sida och misshandeln bedömdes vara av normalgraden. Hovrätten grundar det ansvarsfriande samtycket på att gärningen hade som syfte att tillgodose flickans egna önskemål och därmed ansåg hovrätten 32-åringen fri från ansvar.³

I båda fallen är det utrett av domstolen att ett giltigt samtycke föreligger men ingen av de båda målsäganden menar att de verkligen samtyckt till gärningarna. Fallen väcker frågor om den personliga integriteten och hur påverkade vi egentligen är av samhällets regelverk. Anta att människor faktiskt väljer att helt frivilligt utöva våld och skada sig i sexuella sammanhang, ska detta då vara brottsligt?

Ett ansvarsfriande samtycke fungerar så att det rättfärdigar en annars straffbelagd gärning.⁴ Anledningen till att vissa gärningar är kriminaliserade är just många gånger för att skydda den enskilda individen från att utsättas för skada. Vad händer när någon helt frivilligt lämnar samhällets skyddsnät och själv

¹ Åkerlund, Therese: *Dominanssex med skador var inte våldtäkt – men misshandel oavsett samtycke*, publicerad den 14 november 2013.

² RFSU beskriver BDSM som "ett sexualitetsuttryck där samtyckande vuxna hittar ett gemensamt välbefinnande genom olika former av maktutbyten." RFSU Stockholms sexualpolitiska BDSM- och fetischismgrupp: *BDSM & Fetischism: Så funkar det*, 2008, s. 2.

³ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10, 2011-09-21.

⁴ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Bakgrund.

bestämmer sig för att ge någon annan rätten att utsätta den egna kroppen för skada och smärta i just sexuella sammanhang?

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka oklarheter vid gränsdragningen när ett samtycke medger ansvarsfrihet till våldsutövning i sexuella sammanhang och när det istället rör sig om en brottslig handling.

För att kunna uppfylla mitt syfte har jag valt följande frågeställning:

När kan ett samtycke medföra ansvarsfrihet vid misshandel av normalgraden i ett sexuellt sammanhang?

För att besvara denna frågeställning har jag valt att fokusera på tre aspekter.

- Villkoren för ett giltigt samtycke
- Bedömningen av en inte oförsvärlig handling
- Det sexuella sammanhangets roll för bedömningen

1.3 Avgränsning

Föremål för uppsatsen är inte annat våld än straffrättsligt relevant våld, vilket innefattar handlingar som kan utgöra misshandel. Avsikten är inte att beröra den pågående diskussionen kring samtycke och våldtäkt. Det sexuella sammanhanget kräver dock en enkel redogörelse av vad som utgör ett sexualbrott. Uppsatsen behandlar inte påföljdssystemet då det ligger utanför uppsatsens huvudfokus. Vidare kommer inte uppsåtsproblematiken att behandlas. Av utrymmesskäl kommer inte en djupare diskussion av de allmänna grunderna för vad som utgör ett brott att göras.

När det i uppsatsen relateras till andra sammanhang där ett ansvarsfriande samtycke spelar en avgörande roll är avsikten varken att göra en komparation eller att utreda varje situation i sig. Avsikten är heller inte att skapa en helhetsbild av samtycksregleringens verkningsområde.

Uppsatsen har inte som utgångspunkt att djupare analysera möjligheten till ansvarsfrihet via social adekvans. En kritik mot uppsatsen skulle kunna vara att den endast behandlar utvalda aspekter av samtyckesregleringen. Detta kan innebära att ett heltäckande perspektiv gällande ansvarsfrihetsgrunderna går förlorat. Emot detta kan sägas att uppsatsens syfte och frågeställning koncentrerar arbetet till att gälla samtyckets räckvidd i en mycket specifik situation.

1.4 Metod och material

Uppsatsen belyser problematiken kring samtycke till misshandel av normalgraden i ett sexuellt sammanhang utifrån ett rättsutvecklingsperspektiv med fokus på samtiden och vilka idéer och tankar som ligger bakom bestämmelsen och hur den tolkas och används av domstolarna idag. Genom att även anlägga ett kritiskt perspektiv granskas problematiken ytterligare.

För att kunna besvara frågan när misshandel av normalgraden i sexuella sammanhang är ansvarsfriande med stöd av samtycke krävs en beskrivning av misshandelsbrotten. Det krävs också en redogörelse för hur samtyckesregeln är uppbyggd i svensk rätt. För ökad förståelse av samtyckets innebörd finns behov att även peka på andra sammanhang där samtycket spelar en avgörande roll.

Jag kommer att använda mig av en rättsdogmatisk⁵ metod där jag studerar de sedvanliga rättskällorna vilka är lagtext, förarbeten, praxis samt doktrin för en grundlig förståelse av gällande rätt. En rättsdogmatisk metod innebär att fastställa gällande rätt med hjälp av rättskällevärdet.⁶ Genom en beskrivning och analys av de allmänna reglerna kommer jag att kunna applicera gällande rätt på uppsatsens frågeställning. Jag har även valt att använda mig av databaser och

⁵ Claes Sandgren menar att termen "dogmatisk" är föråldrad och bör ersättas med "analytisk" då denna bättre beskriver dagens rättsvetenskap. Se vidare: Sandgren, Claes: "Är rättsdogmatiken dogmatisk?". I: *Tidsskrift för Rettsvetenskap*, nr. 04-05, s. 648-656, 2005. ; Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- ämne material, metod och argumentation*, Norstedts Juridik, Stockholm 2008, s. 53.

⁶ Rättskällevärdet pekar ut de rättskällor som ska, bör och får beaktas och är det snävaste begreppet för att analysera gällande rätt. Se vidare: Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- ämne material, metod och argumentation*, s. 36.

artiklar. Hur domstolarna väljer att ställa sig till frågeställningens problematik framgår genom en analys av ett antal rättsfall som tydligt behandlar frågeställningen. Det finns dock fler rättsfall kopplade till området i stort.

En kritisk metod används för att friare och på ett mer ifrågasättande vis kunna diskutera frågeställningen. En kritisk metod gör det möjligt att tolka och omtolka befintliga uppfattningar som avser frågeställningen. Dessa tolkningar bör utmana och problematisera vanligen förekommande föreställningar. Metoden innebär ett kritiskt ifrågasättande av varför det ser ut som det gör genom att se till vad som redan är avhandlat på området.⁷

1.5 Forskningsläge

Det finns tämligen lite forskning gjord under den specifika frågeställningen. Ansvarsfrihetsgrunden samtycke har tidigare behandlats av Ivar Agge.⁸ Agges verk är publicerade innan ansvarsfrihetsgrunden samtycke blev reglerat i lag och har på ett brett sett avhandlat frågor om samtycke och ansvarsfrihet. Asp m.fl. behandlar också samtyckets ansvarsfriande verkan i helhet.⁹ Linnéa Wegerstads artikel "Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans" är den senaste forskning som ligger närmast mitt område.¹⁰ Wegerstad har skrivit sin artikel med frågeställningen om social adekvans kan ligga till grund för ansvarsfrihet av våldsanvändning inom BDSM. Det finns examensarbeten som tar upp samtyckets roll för ansvarsfrihet till våld som utförs i ett sexuellt sammanhang men detta i en vidare mening än den jag undersöker. Det finns också examensarbeten som behandlar flera olika

⁷ Alvesson, Mats – Sköldberg, Kaj: *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*, Studentlitteratur, Lund 2008, s. 325ff.

⁸ Agge, Ivar: *Straffrättens allmänna del - föreläsningar tredje häftet*, P.A Norstedt & söners förlag, Stockholm 1964.

⁹ Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils: *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2013; Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala 2001.

¹⁰ Wegerstad, Linnéa: "Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans". I: *Juridisk publikation*, vol. 2, s. 239-261, 2012.

sammanhang där ett samtycke kan få ansvarsfriande verkan.¹¹ Att på olika sätt undersöka om samtycket kan få ansvarsfriande verkan under utövning av BDSM har tenderat att bli mer uppmärksammat sedan avgörandet i "BDSM-fallet" kom 2011.¹²

1.6 Begrepp och termer

Gärningsman

Jag har valt att använda ordet gärningsman och syftar till att inbegripa både kvinnor och män.

Sexuella sammanhang

De sexualhandlingar som inte är kriminaliserade eller klassas som övergrepp kallas för ömsesidiga sexuella handlingar eller relationer.¹³ Jag har valt att använda begreppet "sexuella sammanhang" för att belysa att gärningen ofta sker tillsammans med ömsesidiga sexuella handlingar.

Den samtyckande

I uppsatsen har jag valt att frekvent kalla den som frivilligt utsätts för våldshandlingar i ett sexuellt sammanhang för "den samtyckande" även om det är oklart om det rör sig om ett ansvarsfriande samtycke. Jag har för avsikt att ordvalet ska vara så neutralt som möjligt.

BDSM

BDSM står för bondage/disciplin, dominans/submission (underkastelse) och sadomasochism. RFSU beskriver BDSM som "ett sexualitetsuttryck där samtyckande vuxna hittar ett gemensamt välbefinnande genom olika former av

¹¹ Alsaati Edsman, Selma: *BDSM och samtycke – Straffrihet för våld som utövas i sexuella sammanhang*, examensarbete i straffrätt 30hp., juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 2013; Andersson Fredrik: *För det är skönt att slå – Bedömning av våld vid BDSM-utövning*, examensarbete i straffrätt 30hp., juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2012.

¹² Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10, 2011-09-21.

¹³ Anderson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, Lund 2004, s. 18.

maktutbyten".¹⁴ Begreppet bondage innebär att begränsa någons rörelsefrihet genom att frihetsberöva någon fysiskt eller mentalt. Detta kan ske genom rep, handbojor eller ögonbindel. Frihetsberövandet ska ske frivilligt. Disciplin är vidare ett begrepp som handlar om styrning, kontroll, utdelning av belöning och bestraffning för olika beteenden. Dominans och undergivenhet förekommer ofta samtidigt då en "part" intar en dominant roll och en annan "part" intar en undergiven roll. Sadomasochism innebär ett ömsesidigt utbyte av smärta i sexuella sammanhang. Förutom att BDSM ska ske på frivillig grund förekommer vanligen stoppord som används när en part ska avbryta sessionen. Ord som "stopp", "sluta" och den typen av mer sedvanliga ord duger inte eftersom de ofta kan ingå i själva rollspelet.¹⁵

1.7 Disposition

Kapitel två innefattar legalitetsprincipen i svensk rätt, vikten av kriminalisering samt en överblick av de olika ansvarsfrihetsgrunderna. Detta avsnitt är till för att skapa en tydligare bild var uppsatsens problem hör hemma. Kapitel tre förklarar ett giltigt samtycke och när en försvarlighetsbedömning aktualiseras. Vidare berörs samtyckets vidd och olika typer av samtycken tas särskilt upp. Kapitlet krävs för en förståelse av när ett samtycke har ansvarsfriande verkan. Kapitel fyra tar upp misshandelsbrotten i brottsbalkens (BrB) 3 kap. 5-6§§. Avgränsningarna mellan de olika typerna av misshandel är avgörande för om ansvarsfrihet aktualiseras. Kapitel fem tar upp sexualbrott. Avsikten är att belysa samtyckets särställning gentemot dessa brott. Kapitel sex beskriver och kommenterar relevanta rättsfall och kapitel sju är en analys. Analysen utgår från frågeställningens tre aspekter. I analysen identifieras och diskuteras de rättsliga relevanta problemen.

¹⁴ RFSU: *BDSM & Fetischism: Så funkar det*, s. 2.

¹⁵ RFSU: *BDSM & Fetischism: Så funkar det*, s. 2-18.

2 Rättsliga grunder

2.1 Legalitetsprincipen

Kriminalisering är en form av social kontroll som sker genom straffhot med avsikt att påverka människors beteende.¹⁶ Legalitetsprincipen sätter en grundläggande ram för hur kriminalisering måste ske. Legalitetsprincipen försäkrar medborgarna rättssäkerhet genom att ställa sådana krav på lagstiftningen att medborgarna kan förutse när de kan bli föremål för straffrättsliga ingripanden.¹⁷ En poäng med legalitetsprincipen är därmed att människor ska kunna förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande. I svensk rätt kan legalitetsprincipen återfinnas i 2 kap. 10§ st.1 regeringsformen, artikel 7 Europakonventionen och 1 kap. 1§ BrB.¹⁸

Det är endast när det finns anledning att skydda ett speciellt värde som det är berättigat att använda kriminalisering. Exempel på centrala legitima värden är rätten till frihet, hälsa, handlingsfrihet, rörelsefrihet och ära.¹⁹

2.2 Straffrättsligt ansvar

Gränserna för vad som är kriminaliserat fastställs inte endast av den enskilda bestämmelsen. För att kunna veta vad som utgör ett straffrättsligt ansvar måste straffrättens allmänna del inkluderas. Den allmänna delen utgörs av rekvisit för otillåten gärning samt rekvisit för personligt ansvar.²⁰ När det är utrett att det rör sig om en rättsstridig gärning är det aktuellt att se om någon rättfärdigande omständighet föreligger. En gärning är endast rättsstridig vid frånvaron av relevanta undantag som neutraliserar den annars brottsliga gärningen.²¹

¹⁶ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 39.

¹⁷ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 46; Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 57ff.

¹⁸ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 45.

¹⁹ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 39. Asp m.fl. menar att 2 kap. RF kan uppfattas som en katalog över dessa värden.

²⁰ Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 33.

²¹ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 208.

2.3 Ansvarsfrihetsgrunder

I 24 kap. BrB samlas de allmänna ansvarsfrihetsgrunderna som utgörs av gärningar förövade i nöd, nödvärn, under offentlig maktutövning, på förmans order eller med samtycke. Utöver detta kan en rättsstridig gärning vara tillåten därför att den oskrivna undantagsregeln social adekvans är tillämplig.²² Det kallas då att en gärning är socialadekvat och Asp m.fl. beskriver detta som en "slasktratt" eller "säkerhetsventil". Social adekvans bör endast användas i fall där det inte går att förklara ansvarsfriheten med någon bättre förankrad princip eller regel i straffsystemet.²³ Social adekvans står för en juridisk slutsats att brott inte ska anses föreligga. Läran om social adekvans blir aktuell i fall där gärningsmannen kontrollerar hela händelseförloppet. I samhället uppstår fall där det finns ett behov av att gärningen ska vara tillåten. Det rör främst fall inom hälso- och sjukvård samt i sportsammanhang.²⁴ Idrottssammanhanget nedan ger ett exempel.

Inom idrotten förekommer många handlingar som når upp till bl.a. misshandel i 3 kap. 5§ BrB. Mot bakgrund av idrottens nyttiga syfte ser dock bedömningen av dessa handlingar annorlunda ut än vid fall av misshandel som äger rum utanför idrottens värld. Att det här finns en större ram för samtyckets ansvarsfriande verkan motiveras främst med att idrotten värderas positivt av samhället.²⁵ Vid organiserad idrott finns tydliga regler kring vad som är tillåtet inom just denna gren. I närmast all idrott finns domare och åskådare. När det gäller oorganiserad idrott och lek går gränsen för vad som är tillåtet lägre jämfört med organiserad idrott. Dock tillåts det mer våld vid oorganiserad idrott och lek än när våld utförs helt på privatlivets område.²⁶

²² Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 290.

²³ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 254.

²⁴ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken *Brott vid vilka samtycke friar från ansvar*.

²⁵ Prop. 1993/94:130 *Ändringar i brottsbalken m.m.(ansvarsfrihetsgrunder m.m.)*, s. 40ff.

²⁶ SOU 1988:7 *Frihet från ansvar, om legalitetsprincipen och allmänna grunder för ansvarsfrihet: Slutbetänkande av fängelsestraffkommittén*, s. 138.

3 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund

3.1 Det lagreglerade samtycket

Samtycke som ansvarsfrihetsgrund blir alltså först aktuellt när det är utrett att det rör sig om en otillåten gärning. Om det sedan utreds att ett ansvarsfriande samtycke föreligger är gärningen inte längre att betrakta som brottslig. Sedan 1994 återfinns samtycke i 24 kap. 7§ BrB. Tidigare hade samma principer om samtycke gällt fast utan stöd i lag.²⁷ Under vissa förutsättningar kan en annars rättsstridig gärning få ansvarsfriande verkan enligt 24 kap. 7§ BrB:²⁸

”En gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig.”

Ansvarsfrihetsgrunden samtycke härstammar från den ideologiska utgångspunkten att var och en har rätt att bestämma över sina egna intressen.²⁹ I fall där individen helt har gett upp det egna skyddade intresset föreligger det inte längre någon anledning för staten att skydda detta. Det lagreglerade samtycket måste alltså ses mot bakgrund av ändamålet med ansvarsfrihetsgrunden. Ett samtycke är dock förenat med begränsningar då det finns ett intresse från samhällets sida att hindra etiskt oförsvarbara handlingar.³⁰

För att ett samtycke ska ha ansvarsfriande verkan krävs att två nivåer är uppfyllda. Nivå ett är att det krävs ett giltigt samtycke och nivå två är att själva gärningen inte ska vara oförsvarlig.³¹ Jag kommer nedan att behandla vad som inryms i dessa diffusa begrepp.

²⁷ Jareborg Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 282.

²⁸ Detta är lagtextens precisa lydelse. Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§.

²⁹ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för ett giltigt samtycke.

³⁰ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 226; SOU 1988:7 s. 99 och 122.

³¹ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för giltigt samtycke.

3.2 Nivå 1 – Giltigt samtycke

För att ett intresse ska kunna ges upp till förmån för den personliga handlingsfriheten krävs det att samtycket är giltigt.³² Detta kan förstås som en garanti av ett verkligt uppgivande av ett visst intresse.³³ Ett antal förutsättningar eller garantier måste vara uppfyllda för att samtycket ska beaktas som giltigt och därmed också öppna möjligheten för ansvarsfriande verkan. Ett giltigt samtycke föreligger enligt Asp m.fl. om alla av följande punkter är uppfyllda:³⁴

I Den utsatte har *accepterat gärningen*

II Samtycket *föreligger vid tidpunkten för gärningen* och under hela dess utförande

III Den samtyckande är *behörig att förfoga över det ifrågavarande intresset*

IV Den samtyckande har *förmåga att förstå innebörden av gärningen*

V Samtycket har *lämnats frivilligt och under insikt om relevanta förhållanden*

VI Samtycket är *allvarligt menat*

Först måste det utredas om gärningen faktiskt har godtagits för att ett samtycke ska kunna föreligga. Vid avgörandet ska det utredas om ett samtycke har förelegat över hela den tid som gärningsmannen haft skeendet under kontroll. För att ett samtycke ska vara giltigt krävs att det lämnade samtycket omfattar hela den aktuella gärningen. Behörigheten att förfoga över intresset innebär i samband med brott mot person att endast den mot vilket brottet riktas är behörig att förfoga över samtycket.³⁵ För att ett samtycke ska anses vara giltigt krävs det också att den samtyckande har förmåga att förstå innebörden av gärningen. I NJA 1993 s. 553 kommer Högsta domstolen (HD) fram till att två 15-åriga pojkar som bråkat har lämnat ömsesidiga samtycken. Därmed har HD också visat att det finns fall där en 15-åring är tillräckligt mogen för att förstå

³² Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för giltigt samtycke.

³³ Prop. 1993/94:130 s. 39.

³⁴ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 226ff. Se även: Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för giltigt samtycke.

³⁵ Se 6 kap. 2§ föräldrabalken (1949:381). I vissa fall har vårdnadshavare möjlighet att samtycka för barns räkning.

innebörden av ett lämnat samtycke. I RH 2009:47³⁶ behandlades den samtyckandes psykiska tillstånd. I fallet hade en ung kvinna skurit en annan ung kvinna i armen med en glasbit. Kvinnan som blivit skuren hade dock lämnat sitt samtycke under mycket speciella förutsättningar då hon var i psykisk obalans p.g.a. alkohol- och tablettmissbruk. Hovrätten slog fast att det rörde sig om ett icke ansvarsfriande samtycke.

Ett samtycke är inte heller giltigt om det tillkommer under tvång.³⁷ Ett samtycke som lämnas under psykiskt eller fysiskt tvång är därmed verkningslöst. Detta gäller även när tvång utförs av tredje man.³⁸ Vidare krävs att den som lämnar samtycket har full insikt och kännedom om relevanta förhållanden och om risken som samtycket innebär.³⁹ Wegerstad nämner problematiken kring den ständiga förekomsten av vaga begrepp, varav ett är relevanta förhållanden och hur detta ska tolkas.⁴⁰ Villfarelse eller okunnighet gällande någon omständighet gör samtycket ogiltigt om samtycket inte skulle ha lämnats vid kännedom om de rätta förhållandena.⁴¹ Rätta förhållanden är ett annat vagt begrepp som gör att bedömningen blir osäker. Vem som har orsakat villfarelsen är i fallet irrelevant. Ett allvarligt menat samtycke kan aldrig grundas på skämt.⁴²

3.3 Nivå 2 – Inte oförsvärlig handling

Låt säga att det är utrett att ett giltigt samtycke föreligger i enlighet med ovan nämnda förutsättningar eller garantier. Då är nästa steg att utreda huruvida gärningen som begåtts inte är oförsvärlig.⁴³ Försvärlighetsbedömningen kan ses som en etisk intresseavvägning mellan den enskildes självbestämmanderätt och

³⁶ Hovrätten för nedre Norrland, mål B 531-09, 2009-06-25.

³⁷ Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för giltigt samtycke.

³⁸ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 230ff. För vidare läsning se: HD:s dom i mål B 5689-12 p.18 från den 28 maj 2013, NJA 2013 s. 397. Ett giltigt samtycke ansågs inte föreligga då det varken var frivilligt eller allvarligt menat.

³⁹ Prop. 1993/94:130 s. 39.

⁴⁰ Wegerstad, Linnéa: "Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans", s. 243.

⁴¹ Anderson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes?*, s. 63.

⁴² Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 230.

⁴³ Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Försvärlighetsbedömningen.

statens vilja att bekämpa etiskt oförsvarbara handlingar i samhället genom straffrättslig lagstiftning.⁴⁴ De betydande omständigheterna som avgör huruvida ett samtycke ska göra en gärning enligt 3 kap. 5§ BrB straffri är skadans art, faran för ytterligare skada, gärningsmannens syfte och gärningens sociala värde.⁴⁵ Det är oklart vad som exakt ska utgöra en försvarlighetsbedömning men skadans art är aktuell som utgångspunkt enligt fängelsestraffskommitténs utredning.⁴⁶ Vid bedömningen om en gärning är att anse som försvarlig eller ej, när det rör sig om misshandel av normalgraden, blir det dock centralt huruvida syftet med gärningen är att anse som godtagbart.⁴⁷

Det framgår inom doktrin och praxis skilda meningar kring vilket syfte eller vems syfte som rätten ska bedöma. Är det huruvida samhället överlag godtagit ett syfte såsom legitimt eller kan ett subjektivt syfte åberopas av den enskilda individen? Ska syftet bedömas ur en objektiv synvinkel eller ska det subjektiva syftet hos individerna få betydelse? Intentionen med försvarlighetsbedömningen är att etiskt oförsvarbara gärningar inte ska få äga rum i samhället oavsett den enskilda individens vilja.

Wegerstad anser att samtyckesparagrafens formulering öppnar för en mer vid tolkning av försvarlighetsbedömningen. Denna vidare bedömning tar hänsyn till alla punkter i lagtexten. Detta skulle innebära en försvarlighetsbedömning bestående av hänsyn till skada, kränkning, fara, syfte och övriga omständigheter. Det innebär att försvarlighetsbedömningens utformning och beståndsdelar överläts till domstolen. När rätten avgör ärenden gällande våld som utförs i sexuella sammanhang anser Wegerstad att det mot denna bakgrund är relevant att ställa frågor om vilken verklighetsbeskrivning rätten utgår ifrån.⁴⁸

⁴⁴ SOU 1988:7 s. 122.

⁴⁵ Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Försvarlighetsbedömning; Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 288.

⁴⁶ SOU 1988:7 s. 100.

⁴⁷ Wennberg, Suzanne: Brottsbalken, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Försvarlighetsbedömning.

⁴⁸ Wegerstad, Linnéa: "Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans", s. 251.

3.4 Samtyckets vidd

Asp m.fl. menar också att beaktansvärd hänsyn ska läggas vid hur sannolikt det är att den samtyckande kommer att ångra sitt samtycke. Med detta menas att gränserna för det ansvarsfriande samtycket minskas ju större risken är att den samtyckande ångrar sig.⁴⁹

I fall då samtycket avser den egna kroppen är utgångspunkten att envar är behörig att förfoga över sin egen kropp.⁵⁰ Ett samtycke har trots detta inte alltid ansvarsfriande verkan till våldshandlingar som utförs mot den egna kroppen. Ansvar för dödande kan aldrig uteslutas genom samtycke.⁵¹ I de fall som gärningar kriminaliseras trots att de riktar sig mot en genuint samtyckande individ, där samtycket gett uttryck för individens självbestämmande, kan kriminaliseringen beskrivas som paternalistisk.⁵² Försvarlighetsbedömningen gör att ett samtycke endast kan göra vissa typer av misshandel tillåten.

Den generella gränsen för ett samtyckes ansvarsfriande verkan är densamma som gränsen mellan misshandel av ringa grad och misshandel av normalgraden. Förarbeten, praxis och doktrin är överens om att det finns fall där omständigheterna är sådana att ett samtycke bör medföra ansvarsfrihet även i fall vid misshandel av normalgraden.⁵³ I nästa kapitel fördjupas behandlingen av misshandelsbrotten.

Det uppkommer tydliga svårigheter då en individs verkliga vilja blir avgörande för den rättsliga tolkningen av en situation. Detta leder in på frågan om hur den enskildes vilja ska manifesteras för att leda till ett ansvarsfriande samtycke. Det uppstår också en problematik hos mottagaren av samtycket, då denne kan ha

⁴⁹ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s.234.

⁵⁰ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Förutsättningar för giltigt samtycke.

⁵¹ Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt* s. 287. Se även s. 423-426 för vidare läsning kring samtycke till dödande.

⁵² Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 226.

⁵³ Prop. 1993/94:130 s.38; Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, s. 288-290.

svårt att veta vad som är tillåtet att göra om samtycket inte är tydligt uttryckt med gränser.

3.5 Typ och form av samtycke

3.5.1 Manifestation av samtycket

I doktrinen förekommer två olika inriktningar gällande samtyckets form, viljeuttrycksteorin och viljeinriktningsteorin. Enligt viljeuttrycksteorin krävs det att ett samtycke har givits till gärningsmannen genom en viljeförklaring eller konkludent handlande. Konkludent handlande innebär att personen medverkar eller underlättar genomförandet av gärningen. I dessa fall kan personen med sitt handlande anses ha samtyckt till gärningen. Viljeinriktningsteorin menar dock att det endast rör sig om viljeinriktningen hos den samtyckande för att avgöra huruvida ett samtycke är giltigt.⁵⁴ I propositionen framkommer att ett samtycke inte behöver ha någon viss form eller tagit yttre uttryck för att vara giltigt.⁵⁵ Samtycke kan därmed utgöras av en inre inställning vilken medger tillåtelse till vad någon annan gör. Ett uttryckt samtycke kan lämnas genom ord, gester samt genom ett konkludent handlande. Det väsentliga är om en kränkning av ett skyddsvärt intresse har ägt rum eller ej vilket beror på huruvida gärningen har godtagits.

Frihet från ansvar uppkommer som nämnt vid tysta inre samtycken⁵⁶ vilket innebär att samtycket inte på något sätt har manifesterats för omvärlden.⁵⁷ Detta framgår av viljeinriktningsteorin. Gällande tysta inre samtycken är det endast av intresse huruvida den samtyckande faktiskt har samtyckt till att ge upp sitt skyddade intresse. Det framgår dock ur motiven till samtyckesregleringen att hänsyn bör tas till yttre omständigheter som tyder på att ett tyst inre samtycke skulle föreligga.⁵⁸

⁵⁴ SOU 1988:7 s. 107.

⁵⁵ Prop. 1993/94:130 s. 39.

⁵⁶ Prop. 1993/94:130 använder beskrivningen "tyst inre samtycke" för att beskriva det viljeinriktade samtycket.

⁵⁷ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 227.

⁵⁸ Prop. 1993/1994:130 s. 39.

3.5.2 Begränsade samtycken

Ett samtycke kan vara kategoriskt, villkorat eller begränsat. Ett kategoriskt samtycke innebär att A får göra X. Ett villkorat samtycke innebär att A får göra X först om X1 infrias, eller vidare om Z inträffar får A göra X. Ett villkorat samtycke inträffar först när villkoret är uppfyllt. Ett icke villkorat begränsat samtycke kan beskrivas som ett kategoriskt samtycke med en ram som sätter gränser. Det uppstår problematiska frågeställningar när våld utövas i ett sexuellt sammanhang och den samtyckande frivilligt vill bli utsatt för våld men inom vissa gränser. Dessa gränser är ofta otydliga och ibland obefintliga. Har den samtyckande verkligen samtyckt till de allvarliga skador som uppkommit eller gällde samtycket endast slag av ringare art. Det är mycket viktigt att veta vad samtycket omfattar för att kunna göra en rättslig bedömning. Ett samtycke är alltid i någon mening begränsat då en individ ger sitt samtycke till något visst. Därmed är ett samtycke aldrig helt generellt.⁵⁹

3.5.3 Hypotetiskt samtycke

Ett hypotetiskt samtycke innebär att ett faktiskt samtycke inte förelegat men om den mot vilken gärningen riktades hade känt till alla relevanta omständigheter skulle vederbörande ha samtyckt. Det hypotetiska samtycket omfattas enligt motiven till 24 kap. 7§ BrB inte som huvudregel av bestämmelsen.⁶⁰ Det råder delade meningar i doktrin och praxis huruvida ett hypotetiskt samtycke fungerar som ansvarsfrihetsgrund. Den mest utbredda meningen tycks vara att det inte medger ansvarsfrihet. Detta innebär dock inte att det är uteslutet att ett hypotetiskt samtycke kan få ansvarsfriande verkan. I praktiken rör det sig om bagatellartade fall såsom att låna en grannes gräsklippare utan att fråga men att detta p.g.a. grannarnas relation skulle vara tillåtet.⁶¹

⁵⁹ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 228.

⁶⁰ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 236; Prop. 1993/94:130 s. 42.

⁶¹ Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt*, s. 286.

4 Misshandel

4.1 Misshandel i vid mening

3 kap. 5§ BrB kriminaliserar gärningar som tillfogat en person kroppsskada, sjukdom, smärta eller försätter någon i vanmakt. Kroppsskada avser bl.a. typiska skador som sår, svullnader, inre blödningar, leddskador eller försämrade rörelseförmåga. Sjukdom innefattar fysisk sjukdom, psykisk sjukdom och psykisk invaliditet. Under sjukdom faller även psykiskt lidande om det är medicinskt påvisbart som t.ex. psykisk chock. Ett tämligen kortvarigt illamående som är övergående anses exempelvis ej som sjukdom. Med smärta förstås fysiskt lidande som inte är helt obetydligt i intensitet och varaktighet. Orsakande av andnöd eller blåmärken innebär inte nödvändigtvis att smärta orsakas. Kroppsskada och sjukdom kan ha tillfogats offret och detta behöver ej innebära att denne åsamkats smärta för att misshandel ska föreligga.⁶² Med vanmakt och direkt jämförbart tillstånd till detta menas i princip fullständig brist på kroppslig kontroll. Exempel är medvetlöshet, yrsel, sömn, hypnotiskt tillstånd, total berusning av alkohol eller förlamning av kroppen.⁶³

Misshandel innefattar allt ifrån en lätt skada till mycket allvarliga skador som är livshotande. Misshandelsbrotten är indelade i olika kategorier för ringa misshandel, misshandel av normalgraden, grov misshandel samt synnerligen grov misshandel vilka nedan kommer att preciseras.⁶⁴

4.2 Misshandel av olika grad

Misshandel av ringa grad utgör en särskild brottstyp. Vid bedömningen är samtliga omständigheter vid brottet avgörande och inte endast skadans svårighet. Det är ofta problematiskt att dra en gräns mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden. Avsikten med klassificeringen är att endast

⁶² Träskman, Per Ole: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 3 kap. 5§ under rubriken Den brottsliga handlingen.

⁶³ Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Iustus förlag 2010, s. 24ff.

⁶⁴ Träskman, Per Ole: *Brottsbalken*, kommentaren till 3 kap. 5§ under rubriken Den brottsliga handlingen.

misshandel som framstår som bagatellartad ska anses som ett ringa brott.⁶⁵ Ett konkret exempel är en örfil som innebär ett slag i ansiktet med öppen hand som orsakar viss smärta och rodnad.⁶⁶ Ur motiven till samtyckesbestämmelsen i 24 kap. 7§ BrB framgår det att den allmänna gränsen för ett ansvarsfriande samtycke bör gå vid gränsen där ringa misshandel övergår till misshandel av normalgraden.⁶⁷

I fall av misshandel, sadism och masochism ges som exempel, där skadan består av ringa kroppsskada menar Asp m.fl. att man bör avstå från att diskutera huruvida gärningen är etisk berättigad eller ej. Det rimligaste enligt Asp m.fl. är istället att samtycket hamnar i fokus och blir avgörande oberoende om gärningen faller under ringa misshandel eller misshandel av normalgraden.⁶⁸ Det bör förtydligas att detta endast bör gälla när kroppsskadan är ringa men att misshandeln som helhet även kan bedömas som av normalgraden.

Det är vid misshandel av normalgraden som samtyckets ansvarsfriande verkan är absolut svårast att avgöra. I motiven till 24 kap. 7§ BrB uttrycks problematiken. Motiven statuerar att det kan finnas fall: "[...]där gärningen i och för sig är att bedöma som normalgraden av brottet men omständigheterna ändå är sådana att ett samtycke bör meddela ansvarsfrihet."⁶⁹ Det framhålls i propositionen att domstolarna i vissa fall bör ges utrymme att gå över gränsen för ringa misshandel. Några exempel på vilka fall eller omständigheter detta bör gälla preciseras dock inte närmare i propositionen.

När det rör sig om fall av misshandel av normalgraden och skadan består av icke ringa kroppsskada kan ett samtycke i vissa fall få ansvarsfriande verkan.⁷⁰

⁶⁵ Träskman, Per Ole: *Brottsbalken*, kommentaren till 3 kap. 5§ under rubriken Ringa misshandel.

⁶⁶ Detta framgår bl.a. av: NJA 2003 s. 537 och NJA 2009 s. 776.

⁶⁷ Prop. 1993/94:130 s. 42ff.

⁶⁸ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 234.

⁶⁹ Prop. 1993/94:130 s. 43.

⁷⁰ Prop. 1993/94:130 s. 38.

Enligt motiven till samtyckeslagstiftningen, är det vid normalgraden av misshandel gärningens syfte som bör hamna i fokus.⁷¹ Om syftet med gärningen är godtagbart kan utrymmet för samtyckets ansvarsfriande verkan bli större och även gälla fall av icke ringa kroppskada.⁷² Fängelsestraffskommitténs utredning nämner detta som ett andra undantag av när ett samtycke kan få ansvarsfriande verkan inom misshandel av normalgraden.⁷³ Därmed finns två skilda undantag som öppnar till ett ansvarsfriande samtycke vid misshandel av normalgraden, dels om det rör sig om en ringa kroppskada och dels om syftet med gärningen är att anse som godtagbart.

I fall av grov misshandel, 3 kap. 6§ BrB, saknar samtycket ansvarsfriande verkan oberoende av skadans art.⁷⁴ Det finns dock en viss möjlighet att gärningar som är utförda mot en samtyckande individ kan klassificeras som misshandel av normalgraden enligt 3 kap. 5§ BrB istället för grov misshandel enligt 3 kap. 6 § BrB.⁷⁵

Är ett brott som avses i 3 kap. 5§ BrB att anse som grovt eller synnerligen grovt tillämpas 3 kap. 6§ BrB. För att brottet ska klassas som grovt beaktas särskilt om gärningen var livsfarlig eller om gärningsmannen har orsakat en svår kroppsskada eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. I fall där gärningsmannen har tillfogat offret en svår kroppsskada medför det ofta att brottet av sakens natur ska anses som grovt. En livsfarlig gärning kan exempelvis varit begången med ett livsfarligt vapen såsom kniv eller järnstång.⁷⁶ Under svår kroppsskada inryms bl.a. tillfogande av svårt lyte och stadigvarande försämring av hälsan.⁷⁷ I fall där gärningsmannen på annat sätt har visat särskild hänsynslöshet eller råhet bör extra vikt fästas vid om misshandeln har varit

⁷¹ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 24 kap. 7§ under rubriken Försvarlighetsbedömningen.

⁷² Prop. 1993/94:130 s. 38-39.

⁷³ SOU 1988:7 s. 122.

⁷⁴ Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt*, s. 288.

⁷⁵ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s. 233.

⁷⁶ NJA 1992 s. 324.

⁷⁷ NJA 1983 s. 500.

oprovocerad, långvarig, påtagligt integritetskränkande eller varit riktad mot en skyddslös person.⁷⁸

På senare år har det införts en särskild straffskala för synnerligen grov misshandel vilket inbegriper fall av misshandel där omständigheterna är starkt försvårade.⁷⁹ Exempel på synnerligt grov misshandel är då gärningen orsakat en svår kroppsskada som är bestående, ett synnerligt lidande eller fall där gärningsmannen visat synnerlig hänsynslöshet. Lidande i form av kraftig och långvarig smärta, att likna med tortyrliknande misshandel eller dödsångest och likande psykiska påfrestningar, är av synnerlig grad.⁸⁰

Det råder en enad och stark huvudregel att grov misshandel är oförsvarligt och därmed har ett samtycke inte ansvarsfriande verkan. Vid fall av synnerlig grov misshandel måste det anses vara ännu mer klart att samtycke mot bakgrund av försvarlighetsbedömningen inte leder till ansvarsfrihet.⁸¹

4.3 Sammanfattande kommentar

Enligt svensk rätt står det klart att det går att samtycka med ansvarsfriande verkan till ringa misshandel.⁸² Vid fall av misshandel av normalgraden finns en huvudregel som säger att ett samtycke inte har ansvarsfriande verkan. Det finns dock två huvudsakliga undantag till huvudregeln. Om skadan är att räkna som ringa eller om syftet är godtagbart kan misshandel av normalgraden även vara ansvarsfriande. Misshandel med icke ringa kroppsskada kan därmed få ansvarsfriande verkan om syftet anses vara godtagbart.

Problematiken som uppstår vid våldsutövning i sexuella sammanhang är ofta att våldet som utdelas många gånger når upp till normalgraden av misshandel och då uppkommer en diskussion huruvida våldet ska vara ansvarsfriande. Det finns

⁷⁸ Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 27.

⁷⁹ Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 28.

⁸⁰ Träskman, Per Ole: *Brottsbalken*, kommentaren till 3 kap. 6§ under rubriken Den brottsliga handlingen.

⁸¹ Prop 1993/1994:130 s. 38ff.

⁸² Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt*, s. 288.

två aktuella undantag att förhålla sig till. Vilken vikt som ska läggas vid dessa undantag är inte djupare diskuterat i doktrin eller praxis. Frågan som blir aktuell är om det sexuella sammanhanget påverkar ansvarsfrihetsbedömningen vid misshandel av normalgraden. Det sexuella sammanhanget skulle få en påverkande roll om det ansågs vara ett godtagbart syfte till att utöva våld. Här blir det avgörande att det är tydligt på vilket sätt det bestäms att ett syfte ska vara godtagbart. Detta för oss tillbaka till diskussionen om syftets subjektiva eller objektiva tolkning. Det är oklart utifrån vems synvinkel syftet bör avgöras samhällets, gärningsmannens eller den samtyckandes.

5 Sexualbrott

5.1 Sexuell integritet

”Ingen har således rätt att välja att utöva sin sexualitet på ett sådant sätt att den kränker någon annans sexuella integritet eller åsidosätter en annan persons självbestämmanderätt.”⁸³

Samtyckesbestämmelsen i 24 kap. 7§ BrB är inte tillämplig på sexualbrotten.⁸⁴ Den moderna strafflagstiftningen har som utgångspunkt att värna om den enskildes rätt till sexuellt självbestämmande. Sexualhandlingar som inte är kriminaliserade eller ej är att anse som ett övergrepp kallas för ömsesidiga sexuella handlingar eller relationer och är naturligtvis i sig inte skadliga. Lagstiftaren har definierat de sexuella övergreppen genom att kräva någon form av tvång eller utnyttjande av en viss situation. Härmed blir tvånget det som sätter upp den rättsliga gränsen mellan ömsesidiga sexuella relationer och sexuella övergrepp.⁸⁵ Detta konstaterande blir centralt då en kriminalisering av ett beteende är ett gränssättande av samhället. Det innebär att i rättslig mening är det inte själva sexualhandlingen som skiljer ett övergrepp från en ömsesidig handling utan orsaken till denna, där tvång eller utnyttjande av en situation, istället blir avgörande.⁸⁶ Sexualbrotten samlas i 6 kap. BrB. Ända sedan brottsbalkens ikraftträdande 1965 har det sjätte kapitlet varit under ständig förändring. 1984 tillkom dagens beteckning sexualbrott och samma år upphörde användningen av ordet otukt. Det finns inget område inom straffrätten som ändrats så radikalt över tid som grunderna för kriminalisering av sexualbrotten.⁸⁷

När en individ samtycker till kroppsskada innebär det att den samtyckande accepterar en kroppsskada. När en individ istället samtycker till en sexuell

⁸³ SOU 2001:14 s. 109.

⁸⁴ Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt*, s. 285.

⁸⁵ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 6 kap. 1§ under rubriken Kravet på tvång.

⁸⁶ Anderson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes?*, s. 18.

⁸⁷ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, kommentaren till 6 kap. 1§ under rubriken Bakgrund.

handling innebär detta att det inte på något sätt existerar någon kränkning. Skillnaden mellan när en gärning är önskad och oönskad intar en särskild ställning gällande de sexuella handlingarna. En handling som är önskad kan generera lycka, välbefinnande och gemenskap medan samma handling också kan utlösa en känsla av förnedring, kränkning och utnyttjande.⁸⁸ Detta får en mer långtgående mening i fall där våld ingår som del i en sexuell handling. BDSM är således en praktik som berör både misshandelsbrotten och sexualbrotten.

5.2 Våldtäkt

Våldtäkt utgörs enligt 6 kap. 1§ BrB av en kvalificerad sexuell handling som offret tvingas att utföra eller tåla. Våldtäkt förövas också när en person otillbörligt utnyttjas i en särskilt utsatt situation. Med sexuell handling avses en handlingar med tydlig sexuell prägel. Den måste typiskt sett syfta till att tillfredsställa offret eller gärningsmannens sexuella drift. Någon faktisk sexualdrift måste dock inte väckas eller tillfredsställs.⁸⁹ Detta innebär att det är en objektiv bedömning som avgör om en handling är att anse som sexuell eller ej.⁹⁰ För att ett ansvar för våldtäkt ska uppkomma krävs samlag eller att kränkningens allvar är jämförlig med samlag. Enligt BrB utgörs samlag av att mannens och kvinnans könsdelar kommer i beröring med varandra.⁹¹

Det kan ha betydelse om det sexuella övergreppet i sig har medfört smärta, sår eller annan kroppsskada. Det ska också beaktas om övergreppet varit särskilt förnedrande vilket kan vara att offret har blivit utsatt för allvarligt kränkande yttringar.⁹² När en person samtycker till sex med våldsinslag kan den som utför handlingen inte dömas för våldtäkt eftersom kravet på tvång inte är uppfyllt. Om våldet uppfyller sådana krav att det ej längre går att samtycka till aktualiseras istället ansvar för misshandel.⁹³

⁸⁸ Friberg, Sandra –Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 87.

⁸⁹ Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken, kommentaren till 6 kap. 1§ under rubriken Samlag eller annan sexuell handling*.

⁹⁰ Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 89.

⁹¹ NJA 1981 s. 253.

⁹² Prop. 2012/13:111, *En skärpt sexuallagstiftning*, s. 111.

⁹³ Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 90.

6 Praxis

6.1 Umeå tingsrätt, mål B 2505-12 "De 123 slagen"⁹⁴

De 123 slagen rör BDSM-utövning och målsäganden B⁹⁵ blir tilldelad 123 slag med ett avlångt föremål. Slagen orsakade ett mycket stort antal underhudsblödningar och ett antal överhudsdefekter. Att B blev tilldelad 123 slag är enligt tingsrätten en mycket säker beräkning utifrån den rättsmedicinska undersökningen. Tingsrätten menar också att det är fastställt att det är den tilltalade som orsakat skadorna. B har med ansvarsfriande verkan samtycket till våld men bara i viss utsträckning. Det finns sms som stödjer att målsäganden frivilligt varit del av en BDSM-relation. B har också skrivit ned stora delar av innehållet i hennes och den tilltalades rollspel och uttryckt sitt samtycke normala blåmärken och sådant som kan döljas.⁹⁶ I domskälen diskuterar tingsrätten samtyckets ansvarsfriande verkan. B anses ha lämnat ett ansvarsfriande samtycke till den tilltalade vilket innebär att det våld som riktas mot B och samtidigt faller inom samtycket inte anses som brottsligt så länge våldet kan anses som försvarligt. Domstolen hänvisar till lagkommentaren till 24 kap. 7§ BrB för en utveckling av vad som är att anse som inte oförsvarligt våld. Det föreligger enligt kommentaren, vilket i uppsatsen tidigare utförligt har beskrivits, inget utrymme att samtycke kan leda till ansvarsfriande verkan gällande grov misshandel till följd av allvarligare skador. I domskälen hänvisas också till den mer generella gränsdragningen att ett samtyckes ansvarsfriande gräns borde gå mellan misshandel av ringa grad och misshandel av normalgraden. Vidare hänvisas till propositionen till samtyckeslagstiftningen som säger att det går att samtycka till ringa misshandel och att det i regel inte går att samtycka till misshandel av normalgraden.⁹⁷

Den tilltalade har i fallet begärt ett förhör med en socionom från RFSL. Tingsrätten benämner socionomen som "sakkunnig" på BDSM. Socionomen från RFSL framhåller att det är vanligt att slag med käpp utdelas inom BDSM och att

⁹⁴ Umeå tingsrätt, mål B 2505-12, 2013-03-01.

⁹⁵ Alla namngivna personer i rättsfallen har i uppsatsen anonymiserats.

⁹⁶ Umeå tingsrätt, mål B 2505-12, 2013-03-01.

⁹⁷ Prop. 1993/1994:130 s. 38f.

sådant våld kan orsaka både svullnader och blåmärken. Tingsrätten anmärker att redan efter ett fåtal slag med en käpp torde gränsen för normalgraden av misshandel vara nådd då ett slag inte kan anses helt obetydligt i styrka. Därmed skulle det redan efter ett fåtal slag röra sig om misshandel av normalgraden som ett samtycke allmänt sett inte är ansvarsfriande för. Företrädaren från RFSL menar att detta knappast är godtagbart då det rör sig om våld som är utfört inom ramen för rollspelet BDSM och således i ett sexuellt sammanhang. Tingsrätten anför sedan att: "[...]ett samtycke som lämnats på ett godtagbart sätt under utövande av ett sådant rollspel anses ansvarsfriande även inom en inte obetydlig del av vad som kan anses vara misshandel av normalgraden."⁹⁸

Eftersom ett giltigt samtycke förelåg och att detta även fått ett större ansvarsfriande verkan än i normalfallet döms den tilltalade till misshandel av normalgraden då de 123 slagen som helhet var att räkna som oförsvarliga.

I fallet konstateras att ett giltigt samtycke föreligger. Misshandeln bedöms vara av normalgraden men ändå ansvarsfriande till vissa delar. Detta tyder på att hänsyn har tagits till att misshandeln är utförd som en del i ett BDSM-rollspel. Tingsrätten tar inte upp om syftet med gärningen ska vara godtagbart utifrån den tilltalades och den samtyckandes subjektiva syfte eller utifrån en mer objektiv syn på BDSM. Socionomen från RFSL argumenterar att det är vanligt att tillfoga skada med en käpp inom BDSM. Detta kan tolkas som att det sexuella sammanhanget med BDSM-karaktär i fallet ökar det ansvarsfriande området. Frågan kan ställas: bör det spela någon roll hur vanligt förekommande det är att grövre våld utövas inom ett visst sammanhang eller det bör det sexuella sammanhanget i sig kunna utgöra ett godtagbart syfte till att utöva våld? Den slutliga bedömningen av tingsrätten är att det inte går att samtycka med ansvarsfriande verkan till skadan av alla de 123 slagen som utdelats utan endast till en viss del.

⁹⁸ Umeå tingsrätt, mål B 2505-12, 2013-03-01.

6.2 Hovrätten för övre Norrland, mål B 276-13 "De 123 slagen" ⁹⁹

Hovrätten anser såsom tingsrätten att det har förelegat ett giltigt samtycke från B:s sida. I domskälen avhandlas att ett samtycke har lämnats frivilligt från B och att hon har förstått innebörden av detta. Det framkommer enligt hovrätten ingenting i övrigt som medför att samtycket inte skulle vara giltigt. Hovrätten anser att det lämnade samtycket omfattar allt våld som åtalet för misshandeln avser. I likhet med tingsrätten finner hovrätten att misshandeln är att bedöma av normalgraden. Hovrätten tar vidare ställning till om B:s samtycke medför att den tilltalades handlande inte ska anses vara ansvarsfriande. Hovrätten understryker att det i normalfallet inte är möjligt att samtycka till misshandel av normalgraden. Dock belyser hovrätten att det finns fall som innehåller omständigheter som bör medföra ansvarsfrihet även vid fall där misshandelsgärningen är av normalgraden. De omständigheter som ska bedömas vid dessa undantagsfall är huruvida gärningen har ett godtagbart syfte eller anses vara socialt adekvat. Hovrätten framhäver att gärningar som begåtts inom ramen för lek och sport är socialt adekvata. Med hänsyn till B:s skador menar hovrätten att det är uppenbart att den tilltalades handlande varit oförsvarligt och därmed kan inte det giltiga samtycket få ansvarsfriande verkan för alla 123 slag. Den tilltalade döms till misshandel av normalgraden.

Hovrätten går igenom några av garantierna som krävs för ett giltigt samtycke. I fallet är det avklarat att det föreligger ett giltigt samtycke till allt förekommande våld. Försvarlighetsbedömningen menar jag istället borde ha varit mer central och vad som ligger till grund för denna. Jag menar att tingsrätten i fallet med de 123-slagen öppnar för ett uttalande av hovrätten gällande det sexuella sammanhangets roll, men något sådant görs inte.

6.3 Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10 "BDSM-fallet" ¹⁰⁰

Det medialt uppmärksammade "BDSM-fallet" från Malmö behandlar samtyckets ansvarsfrihet vid våldsanvändning under BDSM. I fallet har en 16-årig flicka och

⁹⁹ Hovrätten för övre Norrland, mål B 276-13, 2013-09-04.

¹⁰⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10, 2011-09-21.

en 32-årig man utövat BDSM-sex och först i hovrätten uppkom en tvist huruvida flickan har samtyckt till våldet och om det därmed också får ansvarsfriande verkan. 32-åringen fäste i fallet krokodilklämmor i flickans bröstvårtor som senare hastigt drogs av och gav upphov till sårskador. Hovrätten grundar huvudsakligen domen på 32-åringens berättelse och denne ansåg att det var en olyckshändelse att klämmorna så hastigt drogs av medan flickan uppger att klämmorna drogs av p.g.a. 32-åringens handlande. I fallet framkommer att flickans uppgifter inte är tillräckligt tillförlitliga och att hovrätten stödjer sitt resonemang på 32-åringens uppgifter. Det är klarlagt att flickan har åsamkats blåmärken på rumpa, lår och underliv. Blånaderna på rumpen och låren är orsakade av ett 60-tal slag med en 50 cm lång träpinne under ca 30 minuter. Skadan på underlivet är orsakad av ett 30-tal slag med en 30 cm lång trälinjal mot blygdläpparna. Hovrätten delar tingsrättens bedömning om att misshandeln inte är grov. Hovrätten diskuterar frågan om flickan samtyckt till misshandeln och påpekar att en gärning som utförts med samtycke endast utgör brott om den efter en avvägning är att anse som oförsvarlig.

Hovrätten framhåller att det finns bristande tilltro till flickans uppgifter, då flickan till en början beskyllde två män för att ha våldtagit henne, och att bedömningen därför bör grundas på 32-åringens uppgifter. Hovrätten kommer fram till att bedömningen i fallet ska göras utifrån att det förelåg ett samtycke från flickans sida som innebar en önskan att 32-åringen skulle utöva våld mot henne. Nästa fråga är om samtycket ska ha ansvarsfriande verkan. Hovrätten förtydligar att det måste röra sig om ett giltigt samtycke som därmed är frivilligt lämnat, allvarligt menat etc. och hänvisar till propositionen som innehåller de fullständiga kraven för ett giltigt samtycke.¹⁰¹ Det finns ingenting enligt tingsrätten och hovrätten som tyder på att 32-åringen har utnyttjat ett självskadebeteende som flickan tidigare haft. Tingsrätten liksom hovrätten menar att det är visat att flickans ålder liksom självskadebeteendet inte inverkar på hennes förståelse av samtycket eller dess allvarliga mening.

¹⁰¹ Prop. 1993/93:130 s. 39ff.

I domskälen förtydligar hovrätten att alltför allvarliga gärningar inte får ansvarsfriande verkan genom samtycke. Hovrätten anför dock att utgångspunkten för regleringen av samtycke som ansvarsfrihetsgrund är att en individ själv måste ha rätt att bestämma över sin person och att denna självbestämmanderätt inte utan vägande skäl bör begränsas av samhället så länge vissa förutsättningar är uppfyllda. Hovrätten hänvisar till propositionen och till NJA 1993 s. 553 för att belysa att misshandelsbrott som endast orsakar smärta eller ringa kroppskada normalt inte är straffbara.¹⁰² Hovrätten påpekar också att gränsen för ett ansvarsfriande samtycke allmänt sett går mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden. Förevarande fall rör misshandel av normalgraden.

Tingsrätten refererade i domskälen till propositionen där det framgår att fall kan finnas där gärningen är av normalgraden av misshandel men att omständigheterna i övrigt gör att ett samtycke bör medge ansvarsfrihet. Hovrätten anför att det i dessa fall inte räcker med att se till misshandelns svårighet vid försvarlighetsbedömningen utan att en helhetsbedömning som inkluderar gärningens syfte måste göras. Hovrätten anser att syftet i förevarande fall är 32-åringens avsikt att tillgodose flickans egna önskemål. Mot denna bakgrund ansåg hovrätten att gärningarna inte var oförsvarliga och att ett ansvarsfriande samtycke därmed förelåg. Därför ska åtalet mot 32-åringen ogillas.

Tingsrätten har konstaterat att det rör sig om misshandel av normalgraden i "BDSM-fallet". I hovrätten fastställs att det föreligger ett giltigt samtycke trots att en invändning här kommer från målsägandens sida. Att hovrätten ändå anser att det föreligger ett giltigt samtycke grundas i att det anses styrkt att målsäganden hela tiden haft möjlighet att återkalla sitt samtycke under akten via stoppord eller att helt enkelt resa sig upp och gå men att detta ej skedde. Samtycket är att anse som frivilligt då målsäganden själv tagit initiativet och begett sig till 32-åringens lägenhet. Hovrätten grundar främst försvarlighetsbedömningen på gärningens syfte vilket är i linje med förarbetena

¹⁰² Prop. 1993/93:130 s. 37.

till bestämmelsen. Värt att beakta är att domstolen i fallet ser syftet till gärningen utifrån vad rätten har avgjort är den samtyckandes subjektiva perspektiv, att avsikten med våldet är att leva upp till den samtyckandes önsknings, och att det därmed är ett godtagbart syfte.

Fallet visar att både nivå ett och nivå två är uppnådda då ett giltigt samtycke föreligger liksom ett godtagbart syfte.

6.4 Svea hovrätt, mål B 3559-13 "Stoppordsfallet"¹⁰³

Målsäganden A och den tilltalade träffas på en restaurang för att sedan besluta sig för att gå hem och utöva dominanssex. A skulle vara den undergivna parten och de båda bestämde även ett stoppord. Annars hade inga specifika gränser bestämts. Dock är det tvistigt gällande vilket detta stoppord var och målsäganden har i fallet använt "sitt" stoppord. Det hela slutade med att A sprang ut ur lägenheten endast iförd underkläder och handklovar och ringde på grannens dörr för hjälp. I de delar som den tilltalades berättelse inte är motbevisad ligger denna till grund för hovrättens bedömning. Den tilltalade menar att alla gärningar är utförda med A:s samtycke. A har invänt och menar att hon inte har gett sitt samtycke till våldet som följde efter det första slaget. Det kan inte anses styrkt att den tilltalade haft uppsåt att utöva gärningarna mot målsägandens vilja. Därmed ska bedömningen göras utifrån att ett samtycke föreligger.

Hovrätten anför att omständigheterna för ansvarsfrihet vid normalgraden av misshandel ska vara starka. Hovrätten påpekar att särskild hänsyn ska tas till huruvida gärningens syfte är godtagbart i dessa fall. I fallet har A utsatts för relativt omfattande våld på stora delar av kroppen som resulterat i både allvarliga och mindre allvarliga skador. Hovrätten anser att gärningarna i förevarande fall som helhet är misshandel av normalgraden. Hovrätten hänvisar till gärningsbeskrivningens punkter och pekar specifikt ut vilka av dessa som det inte är möjligt att med ansvarsfriande verkan samtycka till. I fallet har hovrätten

¹⁰³ Svea hovrätt, mål B 3559-13, 2013-11-07.

ansett att det bl.a. inte är möjligt att samtycka till knytnävslag i ansiktet, upprepade stryptag kring halsen som orsakat andnöd och våld som givit omfattande svullnad i huden samt hudavskrapningar. Därmed döms den tilltalade för misshandel av normalgraden.

I fallet anser domstolen att det förelåg ett giltigt samtycke till allt det våld som målsäganden fick erfara. Målsäganden ansåg ej att det förelåg ett samtycke till det utförda våldet då denne genom stoppord redan efter första slaget uttryckte sin ovilja. I fallet visar målsäganden sin ovilja till att vara med om handlingen genom att söka hjälp hos grannen. Förutom att våldet är grövre i förevarande fall än i "BDSM-fallet" är detta en tydlig skillnad. Hovrätten kommer fram till att det finns gärningar som är begångna i "Stoppordsfallet" som det inte är möjligt att samtycka till med ansvarsfriande verkan då de är att anse som oförsvarliga. Hovrätten tar inte upp det sexuella sammanhanget eller att syftet med gärningen i "Stoppordsfallet" skulle inverka på försvarlighetsbedömningen.

6.5 NJA 2013 s. 397

HD anför att gränsen för ett ansvarsfriande samtycke ska dras på samma sätt som gränsen mellan ringa misshandel och normalgraden av misshandel. HD utvecklar vidare att detta innebär att det i allmänhet inte är möjligt att med ansvarsfriande verkan samtycka till misshandel av normalgraden. HD hänvisar till propositionen och förtydligar att det finns en möjlighet till ett ansvarsfriande samtycke även i fall där gärningen räknas till normalgraden av misshandel. Denna möjlighet ska finnas när omständigheterna är sådana att ett samtycke bör medföra ansvarsfrihet. Vid avgörandet om misshandel av normalgraden ska få ansvarsfriande verkan har det betydelse om gärningen har ett godtagbart syfte. HD markerar att samtyckesbestämmelsen bygger på tanken att det inte bör vara möjligt för någon att samtycka till allvarigare kroppsskada samtidigt som det med någons samtycke normalt inte är straffbart att tillfoga någon smärta oberoende av vilken smärta det är frågan om.¹⁰⁴

¹⁰⁴ NJA 2013 s. 397 hänvisar till Prop. 1993/1994:130 s.38f., 48f. och 72f.

Fallet rör inte misshandel i ett sexuellt sammanhang men ger en aktuell översikt hur HD förhåller sig till samtycke av normalgraden generellt sett. Uttalandet från HD överensstämmer med vad tingsrätten, och hovrätterna i de andra fallen har beskrivit som gällande gränser för misshandel av normalgraden.

7 Analys

7.1 Det giltiga samtycket

För att ett samtycke ska kunna utgöra ansvarsfrihet vid misshandel av normalgraden krävs som första steg att samtycket är giltigt. Enligt praxis och doktrin ställs det upp ett antal kriterier som är till för att fungera som garantier för att den samtyckande verkligen har gett upp sitt skyddade intresse som i förevarande fall är den egna kroppen. Kriterierna till vad som utgör ett giltigt samtycke är mycket diffusa och det kan kritiseras om det egentligen alls är klart vad som menas med dem. Det har dock visat sig att ett giltigt samtyckes uppbyggnad inte alltid blir det centrala i avvägningen om misshandel av normalgraden kan bli ansvarsfritt genom samtycke. I både "BDSM-fallet" och "Stoppordsfallet" ligger exempelvis gärningsmannens berättelse till grund för bedömningen och gärningen har enligt denne utförts med insikten om att ett giltigt samtycke har förelegat. Detta visar att bedömningen om ett giltigt samtycke existerar istället kan bli beroende av straffprocessuella regler och tillförlitligheten i en individs berättelse.

7.2 Försvarlighetsbedömningen

Huruvida en gärning är att anse som inte oförsvarlig har visat sig vara av ytterst vikt vid avvägningen om ett samtycke ska ha ansvarsfriande verkan vid misshandel av normalgraden. Det har åtskilliga gånger framkommit att gärningens syfte bör hamna i centrum när försvarlighetsbedömningen vid brotten av normalgraden görs. Agge anser att det är mest rättssäkert att göra en objektiv bedömningen om ett syfte är godtagbart och därmed ska leda till ansvarsfrihet. Agge har också anfört att det har betydelse utifrån vem eller vad som syftet utgår ifrån. Ska syftet bestämmas objektivt utifrån samhällets syn på vad som är ett godtagbart syfte eller ska ett mer subjektivt syfte beaktas som utgår ifrån gärningsmannens eller den samtyckandes vilja? Agge pekar på problematiken kring det subjektiva syftet då det är förenat med psykologiska faktorer hos den enskilde.¹⁰⁵ I fall som rör samtycke till våld kan det subjektiva

¹⁰⁵ Agge, Ivar: *Straffrättens allmänna del*, s. 390-392.

syftet ha bakomliggande destruktiva avsikter. I "BDSM-fallet" från 2011 dömdes inte 32-åringen mot bakgrund av att syftet med gärningen var att leva upp till den samtyckandes önsknings om att bli slagen. Med detta visar domstolen att ett subjektivt syfte kan få ansvarsfriande verkan. Trots detta avgörande anser jag att det fortfarande är oklart hur en försvarlighetsbedömning kan göras och hur olika hänsynstaganden ska vägas mot varandra. I "Stoppordsfallet" rör det sig visserligen om grövre våld men syftet med gärningen aktualiseras inte alls, istället tas hänsyn till skadornas grad. Det ligger i linje med legalitetsprincipen att domstolen närmare skulle utveckla hur denna bedömning bör göras och vilka hänsyn som ska ges extra vikt. För att det ska bildas tydligare gränser för samtyckets ansvarsfriande verkan inom normalgraden för misshandel krävs att domstolen behandlar försvarlighetsbedömningen på ett mer ingående sätt. I propositionen till samtyckesbestämmelsen framgår tydligt att makten har lämnats till domstolarna för att utveckla det ansvarsfriande samtyckets gränsdragning. Propositionen innehåller inte någon närmare precisering var gränsen för det ansvarsfriande samtycket vid normalgraden går vilket tydligt framgår. Ändock hänvisar domstolarna återkommande tillbaka till propositionen för att visa på var gränsen vid misshandel av normalgraden bör gå. Genom att domstolarna vid upprepade tillfällen hänvisar tillbaka till samma generella gränsdragning anser jag att domstolen går emot intentionen med varför samtyckesbestämmelsen infördes i lagen. Avsikten var ett ytterligare bekräftande av legalitetsprincipen i svensk rätt och oviljan att utveckla ett oklart rättsområde leder onekligen inte till större förutsägbarhet.

Asp m.fl. anser att risken till att den samtyckande kommer att ångra sitt samtycke ska vägas in när det ansvarsfriande området ska bestämmas. Detta menar jag är en aspekt som domstolarna gärna får ta in i försvarlighetsbedömningen.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Asp – Ulväng – Jareborg: *Kriminalrättens grunder*, s.234.

7.3 Det sexuella sammanhanget

När fallet med "de 123 slagen" behandlades i tingsrätten hade "sakkunniga" på BDSM förhört och delar av deras påståenden gällde vanligheten av viss våldsutövning inom BDSM. Uttalandena kan anses ha legat till grund för domstolens bedömning. Det sexuella sammanhangets roll skulle bidra till ett ansvarsfriande samtycke av normalgraden om det ansågs som ett godtagbart syfte. Om det sexuella sammanhanget skulle utgöra ett godtagbart syfte skulle detta innebära att det godtas mer våld bakom stängda dörrar än vid en frivillig uppgörelse på en gata.

7.4 Slutsats och kommentar

Det råder en stor ovisshet kring samtyckes ansvarsfriande verkan vid normalgraden. Det är oklart vad som ska ligga till grund för den avgörande försvarlighetsbedömningen vid avgörandet om ett samtycke ska ha ansvarsfriande verkan. Det är vidare domstolens roll att skapa den rätt som ska gälla på detta icke lagreglerade område. Förarbeten och doktrin visar på flera möjliga sätt att göra en försvarlighetsbedömning och överlämnar slutligen detta uppdrag åt domstolen. Detta har lett till att domstolen avstått att skapa rätt och istället väljer att hänvisa till de knappa uttalandena i förarbetena. I förarbetena står det att ett godtagbart syfte *kan* medge ansvarsfrihet vid misshandel av normalgraden men att det är upp till domstolen att ytterligare precisera när detta ska vara gällande. Eftersom att domstolarna har varit obenägna att ta upp frågan blir rättsläget ännu mer oklart när det plötsligt kommer ett rättsfall som säger att ett godtagbart syfte är när en individ får sin önskan uppfylld. Detta är ett subjektivt syfte som domstolen inte uttalat kopplar med gärningens sammanhang. När ett från början mycket oklart rättsområde sätts i samband med ett fenomen som BDSM är det ofrånkomligt att svårigheterna blir många. Ett steg mot bättre förutsägbarhet är att domstolarna i fortsättningen slutar med att hänvisa tillbaka till ett förarbete som i sig uppmanar till att domstolarna själva bör precisera vart gränserna ska gå.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1993/94:130 Ändringar i brottsbalken m.m.(ansvarsfrihetsgrunder m.m.).

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexuallagstiftning

Statens offentliga utredningar

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

SOU 1988:7 Frihet från ansvar, om legalitetsprincipen och allmänna grunder för ansvarsfrihet: Slutbetänkande av fängelsestraffkommittén

Litteratur

Agge, Ivar: *Straffrättens allmänna del - Föreläsningar tredje häftet*, P.A Norstedt & söners förlag, Stockholm 1964

Alvesson, Mats – Sköldberg, Kaj: *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*, Studentlitteratur, Lund 2008

Anderson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes?: En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, Lund 2004

Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils: *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2013

Friberg, Sandra – Jareborg, Nils: *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Iustus förlag, Uppsala 2010

Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala 2001

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- Ämne, material, metod och argumentation*, Nordstedts juridik, Stockholm 2008

Artiklar

Wegerstad, Linnéa: "Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans". I: *Juridisk publikation*, vol. 2, s. 239-261, 2012

Sandgren, Claes: "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", *Tidsskrift for Rettsvietenskap*, nr. 04-05, s. 648-656, 2005

Elektroniska källor

Åkerlund, Therese: *Dominanssex med skador var inte våldtäkt – men misshandel oavsett samtycke*, publicerad den 14 november 2013. Hämtad den 4 december 2013 från:

<http://www.dagensjuridik.se/2013/11/dominanssex-med-skador-var>

Träskman, Per Ole: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 3 kap. 5-6§§. Hämtad den 7 januari 2014 från:

<http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=75086>

Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 24 kap. 7§. Hämtad den 7 januari 2014 från:

<http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=64914>

Wennberg, Suzanne: *Brottsbalken*, (1 juli 2013, Zeteo), kommentaren till 6 kap. 1§. Hämtad den 7 januari 2014 från:

<http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=92382>

Övriga källor

RFSU Stockholms sexualpolitiska BDSM- och fetischismgrupp: *BDSM & Fetischism: Så funkar det*, 2008

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA	2009 s. 776
NJA	1981 s. 253
NJA	1983 s. 500
NJA	1992 s. 324
NJA	1993 s. 553
NJA	2003 s. 537
NJA	2009 s. 776
NJA	2013 s. 397

Hovrätt

Hovrätten för nedre Norrland, mål B 531-09, 2009-06-25

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802-10, 2011-09-21

Hovrätten för övre Norrland, mål B 276-13, 2013-09-04

Svea hovrätt, mål B 3559-13, 2013-11-07

Tingsrätt

Malmö tingsrätt, mål B 326-10, 2010-09-28

Umeå tingsrätt, mål B 2505-12, 2013-03-01