



JURIDISKA FAKULITETEN
vid Lunds universitet

Viktor Friberg

Våld för njutningens skull

Om ansvarsfrihet vid våldsutövning i sexuella
sammanhang

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2014

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| Summary | 2 |
| Sammanfattning | 3 |
| Förkortningar | 4 |
| Förord | 5 |
| 1. Inledning | 6 |
| 1.1 Bakgrund | 6 |
| 1.2 Syfte och frågeställning | 7 |
| 1.3 Avgränsning | 7 |
| 1.4 Metod och teori | 8 |
| 1.5 Material | 8 |
| 1.5.1 Källor | 8 |
| 1.5.2 Litteratur | 8 |
| 1.6 Forskningsläge | 9 |
| 1.7 Begrepp och definitioner | 10 |
| 1.8 Disposition | 10 |
| 2. Brottsbegreppet | 11 |
| 3. Samtycke | 12 |
| 3.1 Första nivån – samtyckes giltighet | 12 |
| 3.2 Andra nivån – försvarlighetsbedömningen | 14 |
| 3.2.1 Dödande | 14 |
| 3.2.2 Misshandel | 14 |
| 3.2.3 Ringa misshandel | 15 |
| 3.2.4 Misshandel av normalgraden | 15 |
| 3.2.5 Grov och synnerligen grov misshandel | 16 |
| 3.3 Personligt ansvar | 17 |
| 3.4 Sammanfattning | 17 |
| 4. Sexualbrott | 18 |
| 4.1 Samtyckes innebörd vid sexualbrott | 18 |
| 4.2 Våldtäkt | 19 |
| 4.3 Personligt ansvar | 20 |
| 4.4 Sammanfattning | 20 |
| 5. Social adekvans | 21 |
| 6. Praxis | 22 |
| 6.1 Fallet med de 123 slagen | 22 |
| 6.1.1 Sammanfattning | 23 |
| 6.2 Malmöfallet | 23 |
| 6.2.1 Sammanfattning | 24 |
| 6.3 Stoppordsfallet | 24 |
| 6.3.1 Sammanfattning | 25 |
| 6.4 Halsbetsfallet | 26 |
| 6.4.1 Sammanfattning | 26 |
| 7. Analys | 27 |
| 7.1 Samtycke | 27 |
| 7.1.1 Första nivån – samtyckes giltighet | 27 |
| 7.2.2 Andra nivån – försvarlighetsbedömningen | 28 |
| 7.2 Social adekvans | 29 |
| 8. Avslutande anmärkningar | 30 |
| Käll- och litteraturförteckning | 31 |
| Rättsfallsförteckning | 33 |

Summary

The purpose of this bachelor thesis is to examine the boundary between criminal responsibility and impunity regarding assaults made in a sexual context or, more precisely, in so called BDSM-relations. In order to fulfill this purpose, the conditions for an exonerating consent are examined, as well as the possibility to gain impunity through the doctrine of social adequacy. The whole paper is permeated by the sexual context and its impact on the subject.

The exonerating consent consist of two levels: the valid consent and the defensibility of the action. A set of six criteria has to be met in order for a consent to be valid. With regard to the defensibility of the action, the boundry between criminal responsibility and impunity goes somewhere between assault of the normal degree and petty assault. It is, however, sometimes possible to leave an exonerating consent to assault of the normal degree in some cases. In this respect, the purpose of the act and the damage done are the main determinants of whether or not the act should be exonerating or not. It's never possible to consent to more severe forms of assault than the above-named.

It's mainly the the purpose of the act that tend to raise questions and, indeed, whether the purpose should be determined on objective or subjective basis. The prior position is advocated by Agge, while the latter is supported in newer cases such as the Malmö case. In this regard, the legal position is still unclear.

It can be argued that BDSM has such social value, that violence in the context of these activities should be considered exonerating due to the doctrine of social adequacy. If this is the case, it would be possible to give a general consent to violence within the frames of the BDSM activity, which can't be done by BrB 24 kap. 7 §. It would also be possible to consent to more severe violence.

Sammanfattning

Syftet med denna kandidatuppsats är att utreda gränsdragningen mellan straffansvar och ansvarsfrihet vid våldsutövning i sexuella sammanhang, närmare bestämt i så kallade BDSM–relationer. För att uppfylla detta syfte utreds dels förutsättningarna för samtyckes ansvarsbefriande verkan, dels möjligheten att undgå straffansvar på grund av läran om social adekvans. Hela uppsatsen genomsyras av det sexuella sammanhanget och dess roll vid tillämpningen av ansvarsfrihetsgrunderna.

Det ansvarsbefriande samtycket består av två nivåer: samtyckets giltighet och gärningens försvarlighet. Giltighetsbedömningen utgörs av sex punkter, som samtliga måste vara uppfyllda för att ett giltigt samtycke ska vara vid handen. Vad gäller gärningens försvarlighet går gränsen för det ansvarsbefriande området vid misshandel av normalgraden, men undantagsvis kan även svårare gärningar ses som försvarliga. Härvid spelar gärningens syfte och den skada som gärningen medfört en avgörande betydelse för bedömningen. Det är dock aldrig, oavsett omständigheter, möjligt att samtycka till grov eller synnerligen grov misshandel.

Det är framförallt gärningens syfte som ger upphov till oklarheter, och då framförallt i fråga om *vilket* eller *vems* syfte som ska beaktas. Ska detta fastställas objektivt utifrån vad samhället anser vara godtagbart, eller ska det ta sikte på individens subjektiva inställning? I äldre doktrin förespråkas den tidigare linjen av Agge, medan den senare linjen på sistone fått ökad relevans i och med Malmöfallet. I detta fall valde hovrätten att beakta målsägandens subjektiva önskan om att bli slagen. Rättsläget är dock alltså oklart.

Det kan även argumenteras för att BDSM har ett sådant socialt värde att våld inom ramen för dessa aktiviteter därför kan anses befriat från straffrättsligt ansvar, på grund av läran om social adekvans. Om så är fallet skulle det vara möjligt att – till skillnad mot vad som är fallet enligt BrB 24 kap. 7 § – ge ett generellt samtycke till våld. Därutöver skulle en person kunna samtycka till grövre våld än vad som är möjligt enligt samtyckesbestämmelsen.

Förkortningar

| | |
|-------|--|
| BDSM | Bondage/Disciplin, Dominans/Submission och Sadomasochism |
| BrB | Brottsbalk (1962:700) |
| FB | Föräldrabalk (1949:381) |
| HD | Högsta domstolen |
| Prop. | Proposition |
| RFSU | Riksförbundet för sexuell upplysning |
| RH | Rättsfall från hovrätterna |
| SOU | Statens offentliga utredningar |

Förord

Denna kandidatuppsats sätter punkt för mina tre första år på juristprogrammet. Jag skulle vilja tacka min familj, mina vänner och min flickvän för deras stöd och uppmuntran. Tack riktas även till Daniel som åtog sig att, inte utan tidspress, korrekturläsa uppsatsen. Ett särskilt tack riktas till min handledare, Uta Bindreiter, som bistått med goda råd.

Viktor Friberg, Lund 2014

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Under 2011 blev samtyckesregleringen föremål för en livlig juridisk debatt, med anledning av ett rättsfall som rörde åtal för misshandel i samband med BDSM-utövning. I fallet hade en 16-årig flicka praktiserat BDSM tillsammans med en 32-årig man, och härvid blivit tilldelad ett 60-tal slag med en träpinne mot underkroppen och ett 30-tal slag med en linjal mot underlivet. Mannen medgav i princip samtliga omständigheter, men förnekade ansvar med hänvisning till att flickan hade samtyckt till våldet. Åtalet ogillades eftersom ansvarsbefriande samtycke ansågs ha förelegat.

I fallet aktualiserades en för rättssystemet mycket grundläggande fråga, som tangerar såväl individens personliga integritet som andra rent sexualetiska spörsmål, nämligen i vilken mån det är möjligt att straffritt utöva våld i sexuella sammanhang. BDSM är en praktik som till sin natur befinner sig i gränslandet mellan det straffvärda och det straffria, och som därför drar frågan om våldsutövning i sexuella sammanhang till sin spets.

BDSM och ansvarsfrihet är enligt mig fortfarande en aktuell fråga, trots att ämnet har varit föremål för livlig debatt. Detta grundar jag på att BDSM är en växande praktik som allt fler människor ägnar sig åt, samt att det fortfarande råder oklarheter i fråga om straffansvarets räckvidd inom ramen för sådana aktiviteter.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att utreda hur det svenska rättssystemet drar gränsen mellan straffansvar och ansvarsfrihet vid våldsutövning i sexuella sammanhang, närmare bestämt i så kallade BDSM–relationer.

Uppsatsens övergripande frågeställning är under vilka förutsättningar våldsutövning i sexuella sammanhang kan anses rättsenligt. Denna frågeställning kan sedan indelas i följande delfrågor:

- Vilka villkor konstituerar ett giltigt samtycke och hur görs försvarlighetsbedömningen?
- Vilken roll spelar det sexuella sammanhanget?
- Vilken roll spelar läran om social adekvans?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen begränsar sig till att enbart behandla sådant straffrättsligt relevant våld som kommer till uttryck i bestämmelserna om misshandel, trots att jag är väl medveten att även andra aktiviteter ryms inom begreppet BDSM. Det sexuella sammanhanget gör det dock nödvändigt att i viss mån även behandla sexualbrottslagstiftningen, men härvid lämnas den pågående diskussionen om samtycke och våldtäkt därhän.

Av utrymmesskäl behandlas inte frågor om gärningsculpa och gärningsmannens förmåga att rätta sig efter lagen på grund av exempelvis psykisk sjukdom och berusning. Av samma skäl avstår jag även från att gå in på bevisfrågor.

1.4 Metod och teori

I uppsatsen granskas det ansvarsfria området för våld i sexuella sammanhang ur ett rättsutvecklingsperspektiv, med utgångspunkt i den samtida regleringen. För att bättre tillmötesgå uppsatsens syfte anläggs dessutom ett kritiskt perspektiv, som tillåter mig att ytterligare diskutera frågeställningen.

Undersökningen bygger på en rättsdogmatisk metod¹ och källorna utgörs följaktligen främst av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Därutöver har jag valt att även genomföra en empirisk undersökning av underrättspraxis, för att på så vis väga upp för den brist på relevanta HD-avgöranden som råder inom uppsatsens område. Trots att underinstansernas domar inte är prejudicerande, ser jag ett visst värde i att analysera dessa för att härigenom lyfta fram olika tendenser i domstolarnas resnomenang kring BDSM och ansvarsfrihet.

1.5 Material

1.5.1 Källor

Lagtext och därtill hörande *förorbeten* utgör, av naturliga skäl, utgångspunkt för undersökningen. Härutöver används *domar* från såväl HD som underinstanser, som har inhämtats från Infotorg juridiks databas.

1.5.2 Litteratur

Den använda litteraturen består av lagkommentarer, tidskriftsartiklar och läroböcker. Lagkommentarerna har hämtats från Karnovs och Zeteos databaser och den fysiska upplagan av Brottsbalken – en kommentar. Läroböckerna utgörs främst av Kriminalrättens grunder, Straffrättens allmänna del, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, samt Sex och samtycke. Den använda tidskriftsartikeln är ”Befriar leken från ansvar? – om BDSM, samtycke och social adekvans”.

¹ Rättsdogmatisk metod innebär att rättskälleläran används för att peka ut vilka rättskällor som bör, får och ska användas vid fastställandet av gällande rätt. Se Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*, s 36.

1.6 Forskningsläge

Det har genomförts förhållandevis lite forskning om uppsatsens frågeställning. Frågan om samtycke och ansvarsfrihet har tidigare behandlats av Agge², och hans verk får nog alltså anses vara ett av de mest uttömmande inom det aktuella området. Agges texter är fortfarande av betydelse, trots att de tillkom före BrB 24 kap. 7 §, eftersom nämnda paragraf anses utgöra en kondifiering av tidigare gällande rätt.³ Frågan om samtyckes roll i sexuella sammanhang har tidigare behandlats av Asp⁴. Det finns dessutom en rad deskriptiva läroböcker som, på ett allmänt plan, redogör för såväl samtycke som social adekvans. Här ibland kan läroböckerna av Asp m.fl.⁵ och Jareborg & Friberg⁶ nämnas som exempel. Linnea Wegerstads artikel⁷ ”Befriar leken från ansvar? – om BDSM, samtycke och social adekvans” får nog anses vara en av de mest relevanta texter som skrivits inom ramen för den här uppsatsens frågeställning.

2 Agge, Ivar: *Straffrättens allmänna del – föreläsningar tredje häftet*, P.A Nordstedt & söners förlag, Stockholm 1964.

3 SOU 1988:7, s. 119.

4 Asp, Petter: *Sex och samtycke*, Iustus förlag, Uppsala 2010.

5 Asp m.fl.: *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2013.

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

7 Wegerstad, Linnea: ”Befriar leken från ansvar? – om BDSM, samtycke och social adekvans”. *I: Juridisk publikation*, vol 2, s. 239–261, 2012.

1.7 Begrepp och definitioner

BDSM: Följande definition är helt och hållet baserad på RFSU:s informationshäfte: *BDSM och fetischism – så funkar det*⁸. BDSM syftar på sexualitetsuttryck där samtyckande vuxna finner välbefinnande genom makutbyten. Själva termen är ett samlingsbegrepp för en rad sexuella dicipliner: *bondage/disciplin*, *dominans/submission* och *sadomasochism*.

Bondage går ut på att begränsa någons rörelsefrihet, mentalt eller fysiskt – ofta genom användandet av diverse hjälpmedel och kommandon. Disciplin innebär styrning, kontroll och utdelande av belöning respektive bestraffning. Dominans handlar om att en person, fysiskt och mentalt, dominerar någon annan genom att hålla fast vederbörande eller liknande. Motsatsen till dominans är submission, där en person istället låter sig domineras. Sadomasochism betyder att man njuter av att ge (*sadism*) eller ta emot (*masochism*) smärta. RFSU understryker vidare vikten av ömsesidighet och säkerhet. Exempel på en åtgärd som bidrar till att öka säkerheten är användandet av så kallade *stopppord*. När detta uttalas ska pågående aktiviteter omedelbart avbrytas.

Sexuellt sammanhang: Begreppet åsyftar ett sammanhang där någon av deltagarna ger uttryck för sin sexualitet, oberoende av om detta uttryck består i en sexualhandling enligt sexualbrottslagstiftningen eller i våldsutövning.

1.8 Disposition

I kapitel två ges en övergripande presentation av brottsbegreppets konstruktion, för att på så vis sätta uppsatsens problematik i relation till det större perspektivet. Kapitel tre behandlar förutsättningarna för ett ansvarsbefriande samtycke enligt BrB 24 kap. 7 §. Här förklaras vad som krävs för ett *giltigt samtycke*, samt hur *försvarlighetsbedömningen* företas i samband med olika våldsbrott. I kapitel fyra behandlas sexualbrotten och samtyckets särställning i förhållande till dessa brott, och i kapitel fem redogörs det för läran om social adekvans. I kapitel sex refereras och kommenteras relevanta rättsfall. Kapitel sju och åtta innehåller en analys respektive avslutande anmärkningar.

⁸ RFSU: *BDSM och fetischism – så funkar det*, RFSU, 2008, s. 2–18.

2. Brottsbegreppet

För att avgöra kriminaliseringens räckvidd är det nödvändigt att studera straffrättens allmänna del, vilken består av två förutsättningar som båda måste vara uppfyllda för att ett brott ska anses begånget. Den första förutsättningen, *rekvisiten för otillåten gärning* (gärningsrekvisiten), består i sin tur av två undergrupper: *brottsbeskrivningsenlighet* och frånvaron av *rättfärdigande omständigheter*. Den andra gruppen, *rekvisiten för personligt ansvar* (ansvarsrekvisiten), utgörs av det *allmänna skuldkravet* och frånvaron av *ursäktande omständigheter*.⁹

Förekomsten av en rättfärdigande omständighet får således till effekt att rekvisiten för otillåten gärning inte är uppfyllda och att något brott därmed inte är begånget. De ansvarsfrihetsgrunder som är aktuella för den här uppsatsen återfinns dels i BrB 24 kap 7 § som reglerar samtycke, dels i den oskrivna undantagsregeln om social adekvans. Den första ansvarsfrihetsgrunden är föremål för behandling i nästkommande avsnitt och läran om social adekvans behandlas i avsnittet därefter.

⁹ Asp m.fl.: a.a, s. 58–59.

3. Samtycke

Individens personliga frihet bedöms i vissa fall väga tyngre än andra skyddsvärda intressen och när vederbörande så väljer att avstå från nämnda intressen anses staten inte längre ha skäl att skydda denne. Det är ur denna tanke som samtyckesregleringen har sitt ursprung. Tidigare gällde principen om samtyckets ansvarsbefriande verkan utan stöd i lag, men sedan 1994 är den lagstadgad i BrB 24 kap 7 §.¹⁰ Förekomsten av ett ansvarsbefriande samtycke får, enligt vad som sagts i avsnitt två, till effekt att rekvisiten för otillåten gärning inte är uppfyllda, och gärningen blir därför tillåten. För ansvarsbefriande samtycke krävs det dels att samtycket är *giltigt*, dels att gärningen som samtycket avser inte är *oförsvärlig*.¹¹ I detta avsnitt går jag igenom de grundläggande förutsättningarna för samtyckets ansvarsbefriande verkan, utifrån dessa två nivåer.

3.1 Första nivån – samtyckes giltighet

För att ett samtycke ska anses giltigt krävs det först och främst att den utsatte har *samtyckt till gärningen*. Härvid bör det uppmärksammas att det i svensk rätt inte ställs något krav på att samtycket måste vara uttryckligt eller ens anta en viss form. Avgörande är istället om det finns en accepterande inställning hos den utsatte. Härigenom kan även ett samtycke som inte har manifesterats för omvärlden, ett så kallat inre samtycke, vara tillräckligt för ansvarsfrihet.¹² Vid tvist kring samtyckets existens blir yttre manifestationer emellertid avgörande, trots att det rent materiellt inte uppställs krav på sådana.¹³ Att den utsatte tidigare lämnat samtycke till liknande intrång utgör exempel på en omständighet som talar i riktning mot förekomsten av ett samtycke. Ett annat sådant exempel är om den utsatte ger uttryck för sin acceptans genom konkludent handlande eller yttranden.¹⁴ En annan viktig fråga är vilka gärningar som omfattas av det aktuella samtycket; ett samtycke är nämligen aldrig generellt, utan avser alltid något specifikt. När den utsatte samtycker till en risk eller fara för skada innebär detta inte att även skadan godtas.¹⁵

Vidare måste samtycket *föreligga vid tidpunkten för gärningen* och under hela dess

10 Asp m.fl.: a.a, s. 226. SOU 1998:7 s. 99.

11 Asp m.fl.: a.a. s. 227.

12 Ibid.

13 Prop. 1993/94:130, s. 39.

14 Agge: a.a, s. 419. SOU 1988:7 s. 107.

15 Asp m.fl.: a.a, s. 228.

utförande. Ett på förhand lämnat samtycke är endast giltigt om det kvarstår vid gärningen. Däremot är det inte möjligt att lämna ett samtycke i efterhand, och den som lämnat samtycket kan när som helst återta det. Ett tredje krav är att den samtyckande ska vara *behörig att förfoga över det aktuella intresset*. Vad beträffar brotten mot person, är i princip ingen behörig att bestämma över annan än sig själv. Undantag gäller för vissa fall där vårdnadshavare enligt FB 6 kap. 2 § samtycker till gärningar riktade mot barn.¹⁶

En ytterligare förutsättning för att samtycket ska tillmätas betydelse är att den utsatte *förstår innebörden* av det. Härmed menas att vederbörande dels har nått en viss mognad, dels har en någorlunda korrekt verklighetsuppfattning. Bedömningen sker från fall till fall och tar sikte på huruvida den utsatte har förmåga att göra en rationell bedömning i den aktuella situationen. Faktorer som ung ålder – och andra omständigheter som kan göra en rättshandling ogiltig – medför inte per automatik att sådan förmåga saknas.¹⁷

Därutöver ska samtycket lämnas *frivilligt* och *under insikt om relevanta förhållanden*. Det tidigare kravet innebär helt enkelt att samtycket inte får ha tillkommit genom någon form av fysiskt eller psykiskt tvång, oberoende av om detta utövats av gärningsmannen eller tredje man.¹⁸ Här kan det uppstå svårbedömda situationer, exempelvis när den utsatte blir föremål för grupptryck eller ges ett erbjudande som är svårt att motså.¹⁹ Kravet på insikt om relevanta förhållanden innebär att ett samtycke som tillkommer under villfarelse eller okunnighet inte ska tillmätas någon betydelse.²⁰

16 Asp m.fl.: a.a. s. 229.

17 Ibid. SOU 1988:7, s 105.

18 Asp m.fl.: a.a. s. 230. SOU 1988:7, s 106.

19 Asp: a.a, s. 93.

20 Asp m.fl.: a.a, s. 230. SOU 1988:7, 106.

3.2 Andra nivån – försvarlighetsbedömningen

Om ett giltigt samtycke föreligger är nästa steg att avgöra huruvida den gärning som samtycket avser är försvarlig mot bakgrund av den skada, kränkning eller fara som gärningen medför, dess syfte och övriga omständigheter.²¹ Bedömningen ger uttryck för samhällets behov av att i vissa fall – genom en etisk intresseavvägning – begränsa den enskildes rätt att fritt råda över sin egen kropp, till förmån för bekämpandet av etiskt oförsvarbara handlingar.²² Nedan följer en genomgång av försvarlighetsbedömningen i fråga om vissa våldsbrott.

3.2.1 Dödande

I fråga om gärningar som innebär dödande finns inget utrymme för ansvarsfrihet – dessa är alltid att bedöma som oförsvarliga. Det är följaktligen inte möjligt att med ansvarsbefriande verkan samtycka till mord (BrB 3 kap. 1 §), dråp (BrB 3 kap. 2 §) eller vållande till annans död (BrB 3 kap. 3 §). En annan sak är att förekomsten av ett samtycke kan påverka gärningens straffvärde i en förmildrande riktning.²³

3.2.2 Misshandel

För misshandel krävs, enligt BrB 3 kap. 5 §, att någon tillfogar annan *kroppsskada, sjukdom* eller *smärta* eller försätter vederbörande i *vanmakt eller annat sådant tillstånd*. Med kroppsskada avses bland annat sår, svullnader, benbrott och funktionsrubbingar, och med sjukdom avses både fysisk och psykisk sjukdom. Rekvisitet smärta innefattar fysiskt lidande som inte är alltför obetydligt. Tillfogande av mindre kroppsliga obehag är således inte att se som misshandel, men kan möjligen falla in under ofredandebestämmelsen i BrB 4:7 eller liknande.²⁴

Kriminaliseringen av misshandel syftar till att skydda enskilda individens fysiska och psykiska hälsa, samt dennes kroppsliga integritet.²⁵ Kränkningen av skyddsintresset kan ta sig olika former och lagstiftaren har med anledning härav valt att indela misshandelsbrotten i fyra svårighetsgrader: ringa fall, normalfall, grova fall och synnerligen grova fall. Nedan sätter jag samtyckets ansvarsbefriande verkan i relation

21 Följer av lagtexten lydelse. Se BrB 24 kap. 7 §.

22 SOU 1988:7 s. 122.

23 Asp m.fl.: a.a, s. 233.

24 Holmqvist m.fl.: *Brottsbalken, en kommentar, del I (1–12 kap)*, Nordstedts juridik, Stockholm 2009, s. 3:28.

25 Lernestedt, Claes: *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus, Uppsala 2003, s. 129 och 174.

till de olika de olika typerna av misshandel. Med detta avser jag att ge läsaren en bild av vilka gärningar som träffas av ifrågasvarande brottsbeskrivning, samt hur försvarlighetsbedömningen företas i respektive fall.

3.2.3 Ringa misshandel

Det finns ingen lagstadgad gräns mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden, men avsikten är att den tidigare gruppen endast ska omfatta bagatellartade brott. Gränsen sätts av domstolen *in casu*, med beaktande av samtliga omständigheter som omgett gärningen.²⁶ I NJA 1967 s. 237 bedömdes ett knytnävsslag mot munnen som misshandel av normalgraden. Slaget orsakade ett sår på insidan av läppen som fick sys med tre stygn, och målsäganden kunde under fem dagar inte äta fast föda. Avgörande för bedömningen var skadans förhållandevis allvarliga karaktär, samt att gärningen inte föranletts av provokation. I ett liknande fall, NJA 1996 s. 782, tilldelades målsäganden ett knytnävsslag i ansiktet, vilket resulterade i ett tre cm stort sår som fick sys. Händelsen bedömdes som ringa, med hänvisning till skadans lindriga karaktär och det faktum att brottet hade föranletts av provokation.

I fråga om samtyckets ansvarsbefriande verkan är rättsläget förhållandevis klart vad ringa misshandel beträffar. Av förarbetena följer nämligen att gränsen för gärningens försvarlighet i dessa fall ska dras på samma sätt som gränsen mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden. Detta innebär att ett giltigt samtycke till ringa misshandel i princip alltid är ansvarsbefriande.²⁷

3.2.4 Misshandel av normalgraden

Med hänvisning till vad som ovan sagts om gränsdragningen mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden, kan vi dra slutsatsen att misshandel av normalgraden som utgångspunkt utgör en oförsvarlig gärning. Undantag kan emellertid göras när:

”Gärningen i och för sig är att bedöma som normalgraden av brottet men omständigheterna ändå är sådana att ett samtycke bör medföra ansvarsfrihet.”²⁸

I förarbetena sägs inget om vilka omständigheter som avses, men klart är åtminstone att

26 Jareborg – Friberg: a.a, s. 26.

27 Prop. 1993/94:130, s. 42.

28 Prop. 1993/94:130, s. 43.

gärningens syfte och skadans art bör vara av central betydelse för bedömningen.²⁹ Vidare torde det finnas anledning att dela in misshandelsbrott av normalgraden i två grupper, utifrån den effekt som gärningen har. När effekten består i *ringa kroppsskada eller sjukdom* bör bedömningen endast ta sikte på skadans art och inte på gärningens syfte, varför ett samtycke till en sådan handling kan tillmätas relevans trots att den inte är etiskt berättigad. Vid övriga fall av misshandel av normalgraden blir det istället fråga om en etisk bedömning där gärningens syfte står i fokus. Vikt bör även läggas vid hur plausibelt det är att den utsatte ångrar sig.³⁰ Det råder delade meningar angående *vilket* eller *vems* syfte som ska beaktas. Agge menar att syftet ska bestämmas objektivt utifrån vad samhället anser vara godtagbart.³¹ I nyare praxis har emellertid underrätterna gett uttryck för att individens subjektiva syfte ska ligga till grund för bedömningen, något som behandlas i avsnittet om praxis.

3.2.5 Grov och synnerligen grov misshandel

Grov misshandel förutsätter att gärningen – efter en helhetsbedömning av omständigheterna vid brottet – är att anse som grov. Härvid ska, enligt BrB 3 kap. 6 § första stycket, särskilt beaktas om gärningen varit *livsfarlig* eller om gärningsmannen tillfogat *svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom* eller annars *visat särskild hänsynslöshet eller råhet*.

Med svår kroppsskada avses bland annat förlust av talförmåga, syn eller hörsel, svårt lyte eller annat svårt kroppsfel, men även mindre svåra skador som för den skadade har särskilt stor betydelse. Uttrycket allvarlig sjukdom innefattar sjukdomar som typiskt sett är att anse som allvarliga, även om sjukdomen i det specifika fallet har tagit en mindre allvarlig form.³² Det finns vissa typsituationer där en misshandel framstår som ett utslag av särskild hänsynslöshet och råhet. Ett exempel härpå är när gärningsmannen använder sig av tillhyggen eller sparkar på en som redan ligger ner.³³

Om brottet är synnerligen grovt betraktas det istället som en synnerligen grov misshandel. Så är fallet om *kroppsskadan är bestående*, om *gärningen har orsakat synnerligt lidande*, eller om *gärningsmannen har visat synnerlig hänsynslöshet*.

29 Prop. 1993/94:130, s 42 f. Se även domstolens resonemang i Stoppordsfallet.

30 Asp m.fl.: a.a, s. 234. Prop 1993/94:130 s. 38.

31 Agge: a.a, s. 390.

32 Nilsson, Göran: Brottsbalken, kommentaren till 3 kap. 6 § under rubriken Rättsläget.

33 NJA II 1988, s. 5 f.

Synnerlig lidande är för handen om gärningen har medfört en kraftig och långvarig smärta eller stor psykisk påfrestning. Med synnerlig hänsynslöshet avses en hänsynslöshet som påtagligt överskrider den som krävs för grov misshandel.³⁴ I fråga om försvarlighetsbedömningen är rättsläget klart; ett samtycke saknar ansvarsbefriande verkan vid såväl grov som synnerligen grov misshandel.³⁵

3.3 Personligt ansvar

Misshandel är ett uppsåtligt brott och i enlighet med täckningsprincipen förutsätts således uppsåt i förhållande till de objektiva rekvisit som konsituerar brottet.³⁶ När det gäller ansvar för grov eller synnerligen grov misshandel krävs det även att uppsåtet omfattar de omständigheter som objektivt föranleder att brottet är att anse som grovt eller synnerligen grovt.³⁷

Vidare förutsätts täckning av det faktum att ett giltigt samtycke inte föreligger. Den som felaktigt tror att ett giltigt samtycke föreligger kan inte dömas för uppsåtligt brott, såvida inte gärningen är att bedöma som oförsvarlig. För att ett sådant *putativt samtycke* ska tillmätas betydelse krävs således att det verkliga samtycket skulle haft ansvarsbefriande verkan om gärningsmannens verklighetsbild varit korrekt.³⁸

3.4 Sammanfattning

Av det anförda kan vi konstatera att ett samtycke enligt BrB 24 kap. 7 § består av två nivåer: giltighet och försvarlighet. Giltighetsbedömningen utgörs av sex punkter, som samtliga måste vara uppfyllda för att ett giltigt samtycke ska vara vid handen. Vad gäller gärningens försvarlighet torde gränsen gå någonstans genom området för misshandel av normalgraden, men undantagsvis kan även svårare gärningar ses som försvarliga. Domstolen avgör – med ledning av gärningens syfte och skada – om så är fallet. Det är dock aldrig, oavsett omständigheter, möjligt att samtycka till grov eller synnerligen grov misshandel. Ett samtycke kan härutöver, på grund av vad som sagts om putativt samtycke, föreligga även om målsäganden *de facto* inte samtycker.

34 Nilsson, Göran: Brottsbalken, kommentaren till 3 kap. 6 § under rubriken Rättsläget.

35 Prop. 1993/94:130 s. 38.

36 Holmqvist m.fl.: a.a, s. 3:34.

37 NJA II 1962, s. 108.

38 Asp m.fl.: a.a, s.. 345. SOU 1988:7, s. 120.

4. Sexualbrott

Kriminaliseringen av sexualbrott syftar till att skydda individers sexuella integritet och självbestämmande, samt motverka sexuella kränkningar.³⁹ I detta avsnitt ges först en allmän redogörelse för samtyckets betydelse vid sexualbrott och därefter beskrivs våldtäktsbrottet.

4.1 Samtyckes innebörd vid sexualbrott

Samtyckesbestämmelsen i BrB 24 kap. 7 § är inte tillämplig vid sexualbrott, men samtycket intar ändå en central ställning vid tillämpningen av bestämmelserna om sexualbrott. I fråga om våldtäkt och sexuellt tvång (BrB 6 kap. 1 och 2 §§) är förekomsten av eller bristen på ett samtycke avgörande för om tvångsrekvisitet uppfylls.⁴⁰ Vid sexuellt ofredande (BrB 6 kap. 10 § 2 st) har samtycke betydelse för att avgöra om gärningen är ägnad att kränka personens sexuella integritet eller inte.⁴¹ Samtycket saknar dock betydelse vid våldtäkt som begås genom utnyttjande av en person som befinner sig i en särskilt utsatt situation (BrB 6 kap. 1 §) och vid brott mot barn (BrB 6 kap. 4–6, 8–10 a §§). Dessa senare typer blir inte föremål för närmare behandling i denna uppsats, utan fokus riktas istället på det tvångsbaserade våldtäktsbrottet.

Frågan om ett samtyckesrekvisit borde införas i våldtäktsbestämmelsen var uppe för diskussion i förarbetena⁴². Regeringen ansåg dock, mot bakgrund av utredningen, att något sådant rekvisit inte borde införas. Ifrågavarande diskussion är mycket intressant, men faller dessvärre utanför syftet med den här framställningen. Jag lämnar därför denna diskussion därhän och nöjer mig med att konstatera att våldtäktsbestämmelsen enligt gällande rätt är uppbyggd kring tvång och utnyttjande. I nästföljande delkapitel redogör jag för hur våldtäktsbrottet regleras i gällande rätt, samt vilken betydelse samtycke har för tillämpningen av tvångsrekvisitet.

39 Prop. 2004/05:45, s. 21.

40 Asp: a.a, s. 30–32.

41 Zeteo: Brottsbalken, kommentaren till 6 kap. 10 § under rubriken Blottande och ofredande.

42 Prop. 2012/13:111, s. 19 ff

4.2 Våldtäkt

Våldtäktsbrottet regleras i BrB 6:1. Av bestämmelsen framgår att det för våldtäkt krävs att någon har blivit tvingad att tåla eller utföra en viss sexuell handling av kvalificerat slag, alternativt att vederbörande befunnit sig i en särskilt utsatt situation och härvid blivit utnyttjad. Kännetecknande för en sexuell handling är att den syftar till att väcka eller tillfredställa en sexuell drift hos gärningsmannen eller offret. Däremot krävs det inte att någon sådan drift faktiskt väcks eller tillfredställs, utan tillräckligt är att handlingen objektivt sett bedöms vara av sexuell karaktär.⁴³

För att ett våldtäktsbrott ska föreligga krävs det som sagt att sexualhandlingen är av kvalificerat slag. Härmed avses handlingar som antingen består i samlag eller som med hänsyn till kränkningens art och övriga omständigheter är jämförliga med samlag. Begreppet samlag definieras inte i lagtexten, men klart är att endast vaginala heterosexuella samlag omfattas. Vidare ställs inte något krav på att samlaget ska ha fullbordats, eller ens att inträngande ska ha skett.⁴⁴ Det är således tillräckligt att mannens och kvinnans könsdelar har kommit i kontakt med varandra, även om denna kontakt endast varit kortvarig.⁴⁵

Kränkningens art är avgörande för bedömningen av om sexualhandlingen har varit jämförlig med ett samlag. Härvid beaktas bland annat om handlingen har medfört smärta, kroppsskada, risk för sjukdom eller annars varit av särskilt förnedrande slag. Av praxis framgår att åtminstone sådana sexualhandlingar som inneburit penetration är att betrakta som jämförliga med samlag.⁴⁶

Det tvång som kommer till uttryck i bestämmelsen måste utgjorts av misshandel, våld eller hot om brottslig gärning. Tvånget ska dessutom ha varit avgörande för den utsattes val att uthärda, tåla eller utföra sexualhandlingen.⁴⁷ Härvid kan förekomsten av eller bristen på ett samtycke, enligt vad som sagts ovan, få avgörande betydelse för bedömningen. Om den utsatte har avgett ett giltigt och försvarligt samtycke till sex med våldsinslag, kan vederbörande nämligen inte sägas ha varit tvingad att utföra

43 Jareborg – Friberg: a.a, s. 89.

44 Ibid.

45 NJA 1981 s. 253.

46 Jareborg – Friberg: a.a, s. 90.

47 Asp: a.a, s. 58. Prop. 2004/05:45 s. 135.

sexualhandlingen. På motsvarande sätt gäller dock att ett samtycke saknar relevans om tvångsrekvisitet är uppfyllt. Man kan med andra ord säga att tvångsrekvisitet ger en negativ definition av samtycket, genom att peka ut situationer där samtycke inte föreligger.⁴⁸

4.3 Personligt ansvar

Våldtäktsbrottet är – liksom misshandelsbrottet – ett uppsåtligt brott och för ansvar fordras därför att uppsåtet täcker de rekvisit som kommer till uttryck i bestämmelsen. Detta betyder, närmare bestämt, att den tilltalade måste ha uppsåt till att en *sexualhandling* av kvalificerat slag företas, till det använda *medlet* samt till att han med hjälp av medlet *tilltvingar* sig sexualhandlingen.⁴⁹ Det sagda innebär att någon som har sex med annan, och i samband härmed använder sig av våld, kan undgå ansvar om han saknar uppsåt i för hållande till att våldet framtvingar sexualhandlingen.⁵⁰

4.4 Sammanfattning

Det har av framställningen framgått att samtycket intar en särställning i förhållande till sexualbrotten. Vid tillämpning av samtyckesparagrafen leder förekomsten av ett samtycke som bekant till att en annars rättsstridig gärning blir rättsenlig. När det gäller sexualbrott kan förekomsten av ett samtycke istället medföra att någon rättsstridig gärning överhuvudtaget inte föreligger, på grund av att tvångsrekvisitet inte är uppfyllt.

48 Asp: a.a, s. 32–33.

49 Zeteo: Brottsbalken, kommentaren till 6 kap. 1 § under rubriken Subjektiv täckning.

50 Asp: a.a, s. 179.

5. Social adekvans

I detta avsnitt redogörs det för social adekvans, en oskriven undantagsregel som kan leda till att en annars otillåten gärning rättfärdigas trots att ett ovan beskrivet samtycke inte föreligger. I den mån en gärning – eller ett risktagande – ligger inom ramen för vad som kan sägas vara socialt adekvat är den tillåten. På så vis kan våld inom exempelvis hälso- och sjukvård och sport rättfärdigas, trots att den utsatte inte kan sägas ha gett sitt samtycke till misshandeln i det specifika fallet. Principen bygger på att det anses finnas rättsstridiga gärningar som har ett sådant socialt värde att ett straffrättsligt ingripande framstår som orimligt. I linje härmed anser lagstiftaren att våld i samband med till exempel organiserad sport generellt sett ska tillåtas, eftersom sportens värde väger tyngre än intresset av att skydda individer från personskador. Det vore vidare orimligt om straffrättsligt ansvar följde vid medicinska ingripanden där det inte är möjligt att inhämta samtycke.⁵¹ Asp m.fl. ger uttryck för en allmän regel om ansvarsfrihet vid utövning av sport och lek:

”Under förutsättning att det rör sig om frivilligt deltagande i utövningen av sport, lek e.dyl., är alla gärningar, som angivits icke innebära ett otillåtet risktagande, dvs. sådana gärningar som med beaktande av spelets regler och idé är att betrakta som tillåtna risktagande, också i sig att se som socialadekvata”⁵²

Det kan, enligt Linnéa Wegerstad⁵³, vara möjligt att applicera läran om social adekvans på BDSM-relationer. Hon tänker sig att BDSM kan ses som en form av lek och att deltagarna därför inte behöver diskutera samtycke i förhållande till specifika handlingar. Genom deltagande i leken kan de inblandade sägas ha samtyckt till att utsättas för våld under sådan tid och inom de ramar som leken påbjuder. Till skillnad från vad som är fallet med ett samtycke enligt BrB 24 kap. 7 § är det således tänkbart att den utsatte ger samtycke till ett risktagande som vederbörande inte är medveten om⁵⁴. Det stora skillnaden mot samtycke enligt BrB 24 kap. 7 § är dock att tillämpningsområdet för läran om social adekvans inte begränsar sig till misshandel av normalgraden. Det är följaktligen möjligt att – genom tillämpning av social adekvans – uppnå ansvarsfrihet för misshandel som är allvarligare än misshandel av normalgraden.

51 Asp m.fl.: a.a, s. 254–256.

52 Asp m.fl.; a.a, s. 256.

53 Wegerstad: a.a, s. 259–261.

54 Jfr vad som sagts i kapitel två om samtyckets räckvidd.

6. Praxis

6.1 Fallet med de 123 slagen⁵⁵

Fallet med de 123 slagen rörde åtal för vållande till annans död och grov misshandel. I detta referat behandlas varken den tidigare åtalspunkten eller hovrättens domskäl, eftersom de inte tillför uppsatsen något nytt. Den rättsmedicinska undersökningen gav vid handen att målsäganden med all säkerhet blivit tilldelad 123 slag med ett långsmalt föremål, vilka i sin tur gett upphov till enstaka överhudsdefekter samt ett stort antal underhudsblödningar. Det fick, enligt tingsrätten, anses styrkt att det var den tilltalade som åsamkat målsäganden skadorna.

Frivilligt våld var ett återkommande inslag i parternas sexuella samvaro, och tingsrätten fastslog mot bakgrund av omständigheterna i målet att målsäganden lämnat samtycke till att delta i rollspel med inslag av BDSM. När förekomsten av ett giltigt samtycke hade konstaterats, övergick domstolen till att bedöma gärningens försvarlighet. Härvid tog den hjälp av lagkommentaren som – i enlighet med vad som sagts ovan – klargör att gränsen för vad som är försvarligt våld torde gå mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden.

Tingsrätten konstaterade att gränsen för misshandel av normalgraden kan anses passerad redan efter ett fåtal slag med det ifrågavarande föremålet. I ett sakkunnigutlåtande framkom att slag med käppar är vanligt förekommande i BDSM-sammanhang, och tingsrätten menade mot bakgrund härav att det inte vore godtagbart att sådant våld ansågs oförsvarligt. I dessa sammanhang borde det, enligt tingsrätten, vara möjligt att samtycka till:

”En inte obetydlig del av vad som kan anses vara misshandel av normalgraden”.⁵⁶

På så vis ansågs målsäganden ha lämnat ett ansvarsbefriande samtycke till en del av det våld som tillfogats henne, men inte till allt. En stor del av de piskslag som utdelats fick nämligen ses som oförsvarliga och därmed omöjliga att samtycka till.

55 Umeå tingsrätt, mål B 2505–12.

56 Umeå tingsrätt, mål B 2505–12, s 20.

6.1.2 Sammanfattning

Av intresse är framförallt tingsrättens resonemang om det ansvarsbefriande områdets gräns vid misshandel av normalgraden. Härvid ges uttryck för att området i viss mån kan utvidgas om våldet sker i ett sexuellt sammanhang. En intressant fråga är om våldet ska ses som försvarligt mot bakgrund av det sexuella sammanhanget i sig, eller på grund av sådant våld är vanligt förekommande. Hovrätten ger inget svar på denna fråga, utan konstaterar bara att skadorna inte är försvarliga.

6.2 *Malmöfallet*⁵⁷

I det medialt uppmärksammade Malmöfallet stod en 32-årig man åtalad för att ha åsamkat en 16-årig flicka smärta, blåmärken och svullnader i samband med BDSM-utövning. Åklagaren rubricerade misshandeln som grov eftersom den tilltalade, genom att under en längre tidsperiod misshandla en ung tjej med självskadebeteende, ansågs ha visat prov på särskild råhet och hänsynslöshet. Själva misshandeln bestod i att den tilltalade upprepade gånger slagit målsäganden med en linjal på blygdbenet och därutöver tilldelat henne ett flertal slag med en rotting på rumpa och lår. Målsäganden invände att den tilltalade samtyckt till samtliga gärningar.

Hovrätten konstaterade att händelseförloppet utspelat sig på det sätt som åklagaren anfört och att den tilltalades invändning om samtycke skulle läggas till grund för bedömningen av skuldfrågan. I fråga om samtyckets giltighet beaktades bland annat att målsäganden, vid misshandeln, varit 16 år gammal och därmed behörig att lämna samtycke till de aktuella gärningarna. Parternas föregående kontakt och det faktum att målsäganden själv tagit initiativ ansågs tala för att samtycket lämnats frivilligt.

Gällande samtyckets försvarlighet hänvisade rätten till förarbetena, som i likhet med vad som sagts ovan, öppnar upp för möjligheten att samtycka till ringa misshandel och i viss mån även misshandel av normalgraden om särskilda omständigheter föreligger. Misshandelsbrott som enbart orsakar smärta eller ringa kroppsskada är vidare, enligt rätten, i regel möjliga att med ansvarsbefriande verkan samtycka till. I förevarande fall rörde det sig om misshandel av normalgraden, varför hänsyn fick tas till gärningens

57 Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 2802–10.

syfte, vilket i det här fallet bestod i att tillgodose målsägandens önskemål. Syftet fick enligt rätten ses som godtagbart, varför gärningen inte kunde ses som oförsvarlig.

6.2.1 Sammanfattning

Målet är intressant av flera skäl. För det första tycks domstolen ge uttryck för en åsikt om att den tilltalade bör ta pauser och stämma av målsägandens inställning om händelseförloppet är utdraget. För det andra anspelar domstolen – om än implicit – på sexualbrottslagstiftningens 15-årsgräns, då flickan på grund av sin ålder fick anses behörig att samtycka till våld i ett sexuellt sammanhang. För det tredje förs ett intressant resonemang om gärningens försvarlighet. Domstolen understryker att det med ansvarsbefriande verkan är möjligt att samtycka till misshandel av normalgraden om skadan är ringa. Mest intressant är emellertid att hovrätten godtar ett subjektivt syfte, som här består i att tillgodose målsägandens önskan.

6.3 Stoppordsfallet⁵⁸

I Stoppordsfallet stod en man åtalad för misshandel och våldtäkt efter att ha haft dominanssex med målsäganden. Parterna hade kommit överens om ett stoppord, men var oense om vilket detta var. När målsäganden sedermera ville avbryta sexet använde hon ”sitt” stoppord, varpå den tilltalade fortsatte att slå. Det hela slutade med att hon till slut lyckades slå sig fri och springa ut i korridoren.

Hovrätten fann det styrkt att den tilltalade – bland annat genom knytnävsslag – åsamkat målsäganden både allvarliga och mindre allvarliga skador som sammantaget fick anses konstituera misshandel av normalgraden. Därefter utreddes den tilltalades invändning om att målsäganden samtyckt till samtliga gärningar, varvid det inledningsvis konstaterades att den tilltalade inte haft uppsåt att utföra gärningarna mot målsägandens vilja. De negativa känslouttryck som målsäganden gett ifrån sig (gråt, skrik och fysiskt motstånd) kunde ur den tilltalades synpunkt uppfattas som en del av rollspelet. Målsäganden menade dock att hon inte samtyckt till det som utspelat sig efter första slaget. Med anledning av det sagda ogillades åtalet för våldtäkt.

58 Svea hovrätt, mål B 3559–13.

Hovrätten övergick sedan, i enlighet med BrB 24 kap. 7 §, till att avgöra gärningens försvarlighet. I samband med detta underströks det att man som utgångspunkt inte kan samtycka till misshandel av normalgraden, men att undantag kan göras om omständigheterna föranleder detta. Den av hovrätten genomförda försvarlighetsbedömningen tog enbart fokus på skadornas omfattning, och gärningens syfte behandlades således inte. En del av de skador som målsäganden åsamkats var så allvarliga att det inte med ansvarsbefriande verkan var möjligt att samtycka till dessa. I fråga om de mindre allvarliga skadorna kunde ett samtycke däremot få ansvarsbefriande verkan.

6.3.1 Sammanfattning

Domen illustrerar för det första hur ett putativt samtycke, i enlighet med uppsåtsläran, kan medföra att våldtäktsparagrafens tvångsrekvisit inte uppfylls och att ett giltigt samtycke enligt BrB 24 kap. 7 § anses föreligga. Härutöver bekräftar domen det som tidigare sagts om att skadan har en framträdande betydelse för försvarlighetsbedömningen vid misshandel av normalgraden. I fråga om gärningens syfte ges dessvärre ingen ledning.

6.4 Halsbetsfallet⁵⁹

I Halsbetsfallet stod en man åtalad för våldtäkt och misshandel efter att ha haft dominanssex med målsäganden, men i detta referat behandlas bara den senare åtalspunkten. Åklagaren hävdade att den tilltalade åsamkat målsäganden skador genom att ta ett grepp runt hennes hals och bita henne på halsen. Skadorna bestod i smärta, ömhet, skrapmärke, missfärgning och underhudsblödning på bröst, skuldra och hals.

Det fick, enligt hovrätten, anses visat att den tilltalade gjort sig skyldig till det våld åklagaren påstått. I fråga om samtycke till halsbettet underströk hovrätten att parterna uppgett att de gillar ”hårdare tag” och att halsbettet tillkommit under ett frivilligt samlag. Därutöver lades vikt vid det faktum att den tilltalade brukade nafsma målsäganden och att han hade fått uppfattningen att hon gillade det. Med anledning härav kunde det inte anses styrkt att den tilltalade, med uppsåt och mot målsägandens vilja, försökt tillfoga henne skada.

6.4.1 Sammanfattning

I fallet illustreras återigen det putativa samtyckets ansvarsbefriande verkan, trots att någon bedömning enligt BrB 24 kap. 7 § inte görs. Av intresse är framförallt hovrättens domskäl i fråga om vad den tilltalade haft anledning att tro om målsägandens inställning. Hovrätten menar att den tilltalade kan anses ha fog för sin tro när det sexuella umgänget sker frivilligt, under förutsättning att sex med våldsinslag tidigare förekommit mellan parterna.

⁵⁹ Hovrätten över nedre norrland, mål B 835–11.

7. Analys

7.1 Samtycke

Tillämpningen av samtyckesparagrafen sker som bekant i två steg – först prövas samtyckets giltighet och därefter görs en försvarlighetsbedömning. Här närmast följer en analys av de båda stegen.

7.1.1 Första nivån – samtyckes giltighet

I uppsatsen har det redogjorts för de kriterier som måste vara uppfyllda för att ett giltigt samtycke ska anses lämnat. Kriterierna är för närvarande oklara och det är inte särskilt svårt att tänka sig situationer där bedömningssvårigheter kan uppstå. Ett sådant problem rör samtyckets former. Som tidigare nämnts räcker det med ett inre samtycke, och när samtyckes existens blir tvistig är det gärningsmannens verklighetsbild (bestämd utifrån yttre omständigheter) som läggs till grund för bedömningen. Det är därför av intresse att utröna vilka omständigheter som domstolarna tenderar att beakta vid bedömningen härav.

Sett till Halsbetsfallet borde det faktum att parterna tidigare haft frivilligt sex med våldsinslag tala till den tilltalades fördel i uppsåtsfrågan. Detsamma gäller i fråga om omständigheten att våldet – åtminstone initialt sett – utövats inom ramen för en frivillig sexuell relation.⁶⁰ När det gäller fall mer utdragna händelseförlopp verkar det finnas skäl för den tilltalade att då och då stämma av målsägandens inställning, för att på så vis försäkra sig om att samtycke fortfarande föreligger.⁶¹ I dessa fall manifesterade målsäganden inte, på ett tydligt sätt, sina negativa känslouttryck, vilket hon däremot gjorde i Stoppordsfallet. I Stoppordsfallet gav målsäganden sitt initiala samtycke, men ändrade sig sedan och försökte då manifesteras sin nya inställning genom gråt, skrik och fysiskt motstånd. Enligt hovrätten kunde den tilltalade emellertid inte anses ha uppfattat situationen på annat sätt än att protesterna ingick i rollspelet. Även i detta fall torde det initiala samtycket ha spelat en stor roll för hur gärningsmannen fick anses ha uppfattat det fortsatta händelseförloppet. Av det sagda följer att den tilltalade, på grund av BDSM-lekens natur, tycks kunna undgå personligt ansvar trots att målsäganden tydligt manifesterar sin negativa viljeinriktning.

60 Jfr hovrättens resonemang i Svea hovrätt, mål B 4280–10.

61 Jfr hovrättens resonemang i Malmöfallet.

7.1.2 Andra nivån – försvarlighetsbedömningen

Det har av uppsatsen framgått att försvarlighetsbedömningen är avgörande för samtyckes ansvarsbefriande verkan. Vidare har det konstaterats att gränsen för vad som är försvarligt torde gå någonstans kring ringa misshandel och misshandel av normalgraden, men att denna gräns på intet sätt är absolut. Vid misshandel av normalgraden kan nämligen vissa omständigheter föranleda att en annars oförsvarlig gärning ses som försvarlig – härvid spelar skadan och gärningens syfte en avgörande roll. Det senare rekvisitet låter sig inte enkelt definieras utifrån den praxis som presenterats. I rättsfallen har domstolarna tagit ställning till enskilda gärningar inom olika områden, och för det mesta fokuserat på den skada som gärningen inneburit. Jag tänker nu, med utgångspunkt i praxis och doktrin, problematisera rekvisitet *gärningens syfte* i förhållande till BDSM.

En första fråga att ta ställning till är *vilket* eller *vems* syfte som ska tillmätas relevans. Är det den tilltalades eller målsägandens subjektiva syfte som är avgörande, eller fastställs syftet istället på ett objektivt plan utifrån vad samhället anser vara godtagbart? Agge förespråkar den senare linjen, som han menar är mest rättssäker. Enligt honom bör bedömningen ta sikte på gärningstypen *in abstracto*, eftersom en bedömning med utgångspunkt i individens subjektiva syfte blir alltför beroende av psykologiska faktorer.⁶² Till ytterligare stöd för en sådan bedömning skulle jag vilja anföra att försvarlighetsbedömningen – av förarbetena att döma – tycks vila på en paternalistisk grund, och att det därför är mest rimligt att syftet fastställs objektivt.⁶³ I malmöfallet valde hovrätten emellertid att lägga avgörande vikt vid målsägandens subjektiva önskan om att bli utsatt för våld, och liknande tendenser återfinns i andra rättsfall.⁶⁴ Trots senare tids underrättspraxis får rättsläget alltså ses som oklart.

Mot bakgrund av det ovan sagda blir nästa fråga vad som kan anses utgöra ett *godtagbart syfte in abstracto*. I NJA 1997 s. 636 tog HD i beaktande att den ifrågavarande praktiken (omskärelse) sker av religiösa skäl och att den är vanligt förekommande. Med ett sådant resonemang skulle våld i sexuella sammanhang eventuellt kunna anses försvarligt enbart på grundval av att BDSM är en vanligt förekommande praktik. Det finns dock anledning att förhålla sig kritisk härtill, eftersom

62 Agge: a.a, s. 390–392.

63 Asp m.fl.: a.a, s. 226.

64 Se Svea hovrätt, mål B 10385–11.

det faktum att en gärning är vanligt förekommande inte per automatik gör den etiskt berättigad. Hustrumisshandel utgör ett flagrant exempel härpå.

Det är, enligt min uppfattning, mer rimligt att bedömningen tar sin utgångspunkt i det typiska syftet⁶⁵ med den aktuella våldsutövningen, som i detta fall består i att uppnå sexuell tillfredställelse och välbefinnande⁶⁶. Dessa värden får antagligen ses som positivt laddade och eftersträvansvärda ur allmän synpunkt, varför det ligger nära till hands att tillerkänna dem status som *godtagbara syften in abstracto*. Asp bekräftar i viss mån det sagda när han skriver att rätten att utöva sin sexualitet har ett inte obetydligt värde.⁶⁷

7.2 Social adekvans

I avsnitt fem redogjorde jag för Wegerstads resonemang om BDSM och social adekvans. Hon menar att BDSM eventuellt kan ses som en form av lek och att deltagarna därför inte behöver diskutera samtycke i förhållande till specifika handlingar. Genom deltagande i leken kan de iblandade nämligen sägas ha gett ett generellt samtycke till att utsättas för våld inom ramen för de regler som BDSM uppställer. Tillämpningsområdet för social adekvans begränsar sig inte heller till misshandel av normalgraden, vilket innebär att det alltså är möjligt att samtycka till vissa handlingar som annars skulle ses som oförsvarliga enligt BrB 24 kap. 7 § (jämför 1997 s. 636).

För att detta resonemang ska vara gångbart krävs dock att det sociala värdet av BDSM-utövning är så högt att det motiverar ansvarsfrihet på grund av social adekvans. Till stöd för att så är fallet anför Wegerstad att våld och smärta i många fall ses som någonting positivt i den västerländska kulturen. Exempel härpå är sorgliga filmer, piercing och tatueringar. Möjligen kan även sexuellt våld som syftar till att skapa välbefinnande och sexuell tillfredställelse räknas in i denna kategori.⁶⁸ I detta sammanhang bör det erinras om att tingsrätten, i Fallet med de 123 slagen, gav en viss antydning om att våld i sexuella sammanhang skulle vara mer berättigat än annat våld. En sådan uppfattning stöds som sagt även av Asp⁶⁹. Mot bakgrund härav anser jag för egen del att det finns ett inte

65 Jmf Agge: a.a, s. 391.

66 Se kapitel 1.7.

67 Asp: a.a, s. 161.

68 Wegerstad: a.a, s. 260.

69 Asp: a.a, s. 161.

obetydligt utrymme för att tillämpa läran om social adekvans på BDSM–relationer.

8. Avslutande anmärkningar

Det går inte att enkelt besvara hur långt det ansvarsbefriade området sträcker sig i fråga om samtycke till våldsutövning i sexuella sammanhang. Försvarlighetsbedömningen har överlämnats åt domstolarna, men i de rättsfall som behandlas är det ofta svårt att avgöra vilka omständigheter som varit avgörande för målets utgång. Jag anser att rättsområdet är i stort behov av en enhetlig, vägledande praxis från HD.

Detsamma gäller i fråga om social adekvans – även här är rättsläget oklart. Jag anser dock, mot bakgrund av det resonemang som förts i analysen, att det finns tämligen goda möjligheter att använda läran om social adekvans för att rättfärdiga våld i sexuella sammanhang.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

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

Prop. 2004/05:45 En ny sexualbrottslagstiftning

Prop. 2012/13:111 En skärpt sexuallagstiftning

Statens offentliga utredningar

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

Litteratur

Agge, Ivar: *Straffrättens allmänna del – föreläsningar tredje häftet*, P.A Nordstedt & söners förlag, Stockholm 1964.

Asp m.fl.: *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2013.

Asp, Petter: *Sex och samtycke*, Iustus förlag, Uppsala 2010.

Homlqvist m.fl.: *Brottsbalken, en kommentar, del 1 (1–12 kap)*, Nordstedts juridik, Stockholm 2009.

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

Lernestedt, Claes: *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus förlag, Uppsala 2003.

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*

Artiklar

Wegerstad, Linnea: ”Befriar leken från ansvar? – om BDSM, samtycke och social adekvans”. I: *Juridisk publikation*, vol 2, s. 239–261, 2012.

Elektroniska källor

Nilsson, Göran: Brottsbalken, (Karnov) kommentaren till 3 kap. 6 §.

Zeteo: Brottsbalken, kommentaren till 6 kap. 1 §.

Zeteo: Brottsbalken, kommentaren till 6 kap. 10 §.

Samtliga webbadresser är kontrollerade den 25 maj 2014.

Övriga källor

RFSU: *BDSM och fetischism – så funkar det*, 2008

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1981 s. 253

NJA 1967 s. 237

NJA 1996 s. 728

NJA 1997 s. 636

Hovrätt

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2011-09-21, mål nr B 2802-10

Hovrätten över Nedre norrlands dom 2011-09-30, mål nr B 835-11

Svea hovrätts dom 2010-10-19, mål nr B 4280-10

Svea hovrätts dom 2012-10-05, mål nr B 10385-11

Svea hovrätts dom 2013-11-07, mål nr B 3559-13

Tingsrätt

Umeå tingsrätts dom 2013-03-01, mål nr B 2505-12