



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Matilda Lindblad Hetlesæther

(O)samtyckt våldsutövning

*En studie om BDSM i relation till ansvarsfrihetsgrunden
samtycke i 24 kap. 7 § BrB och social adekvans*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Linnea Wegerstad

Termin: Period 1 VT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Begreppsapparat	8
1.3.1 BDSM	8
1.3.1.1 Edgeplay	10
1.3.2 Överhängande koncept inom BDSM	11
1.3.2.1 SSC	11
1.3.2.2 RACK	12
1.3.2.3 4C	13
1.4 Teoretiska utgångspunkter	14
1.4.1 Rättssäkerhet	14
1.4.2 Kriminaliseringsgrunder och skyddsintressen	16
1.4.2.1 Juridisk paternalism	18
1.5 Metod	21
1.6 Material och forskningsläge	23
1.7 Avgränsningar	25
1.8 Disposition	26
2 RÄTTSLIG REGLERING AV STRAFFRÄTTSLIG SKULD	27
2.1 Inledande anmärkningar	27
2.2 Straffrättslig skuld	27
2.2.1 Gärningsrekvisit	28
2.2.1.1 Gärningsculpa	29
2.2.1.2 Ansvarsfrihetsgrunder	33
2.2.2 Ansvarsrekvisit	33
2.2.2.1 Uppsåt	34
2.2.2.2 Oaktsamhet	35
2.3 Misshandel 3 kap. 5–6 §§ BrB	36

3	SAMTYCKE SOM ANSVARSFRIHETSGRUND	38
3.1	Förarbeten till 24 kap. 7 § BrB	38
3.2	Det ansvarsbefriande samtycket i 24 kap. 7 § BrB	40
3.2.1	Förutsättningar för ett giltigt samtycke	40
3.2.2	Olika former av samtycken	41
3.2.3	Försvarlighetsbedömningen	42
3.3	Social adekvans	45
3.4	Diskussion	51
3.4.1	BDSM och samtycke	51
3.4.2	BDSM och social adekvans	55
4	RÄTTSFALLSSTUDIE	60
4.1	Inledande urvalssvårigheter	60
4.2	Urvalets tre teman	61
4.2.1	Tidsurval	61
4.2.2	Urvalskriterier	62
4.2.3	Sökordsurval	63
4.2.4	Resultat av slutligt urval	63
4.3	Studien	64
4.3.1	Domstolarnas samtyckesbedömning	64
4.3.2	Den tilltalades invändningar	71
5	SKYDDSINTRESSEN	73
5.1	Inledning	73
5.2	Skyddsintressen	73
5.2.1	Skydd från att utsättas för fysisk skada	74
5.2.2	Sexualitet som skyddsintresse	75
5.3	Diskussion och slutsatser	77
6	RESULTAT OCH SLUTSATSER	79
6.1	BDSM, samtycke och social adekvans	80
6.2	Samtycke och BDSM i relation till förutsebar rättstillämpning	85
6.3	Samtycke och BDSM i relation till paternalistisk kriminalisering	89
6.4	Vidare forskning	90
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	91
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	102

Summary

The purpose of this thesis is to clarify the amount of physical harm a person can legally consent to while exercising the practice 'BDSM', which further includes the question whether a person can give legal consent to be inflicted more physical harm than is allowed according to Swedish criminal law, by referring to a doctrine on 'Social adequacy'. Initially, a legal dogmatic method has been used to establish the applicable law on criminal liability, the grounds for discharge, consent and assault. Since the issue of BDSM in relation to legal consent and Social adequacy is relatively unexplored in the Swedish legal system, and there is a lack of preliminary rulings from the Supreme Court on BDSM practice in relation to the discharge of consent, both an empirical method and a forensic method were used to analyse five lower court decisions. The courts' decisions clarified which factors they consider in their assessment of consent, what objections the defendant makes about the practice of BDSM and whether the decisions provide any legal predictability for the individual. The forensic method was also used to enable discussions about consent, BDSM and Social adequacy. Furthermore, the forensic method was used to discuss whether the motives behind the limit of consent could be paternalistic, and whether BDSM can be regarded as a sexuality and thus constitute a protected interest. Based on the findings it was concluded that: the court in every individual case decide the legal limit of a given consent, that the application of law is unpredictable for individuals, and that the courts must obtain more knowledge about the norms that prevail within BDSM to generate more predictable decisions. In addition, it was concluded that some support in considering BDSM- practice as a sexuality and an interest of protection exists, and that certain BDSM- practices can be considered as 'Play' and thus entail that certain infliction of harm extending beyond the consent limit can be regarded as socially adequate. Finally, it was also concluded that the assessment of whether the consent limit is paternalistically justified or not, depends on whether a person considers the concept 'Paternalism' to include infliction of harm upon another or not.

Sammanfattning

Uppsatsen syftar till att klargöra hur mycket fysisk skada en person kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till vid BDSM-utövning, samt om BDSM-utövning som sträcker sig utöver gränsen av vad som är möjligt att lämna ett ansvarsbefriande samtycke till, kan verka ansvarsbefriande med stöd av läran om social adekvans. Inledningsvis har en rättsdogmatisk metod använts för att fastställa gällande rätt om straffansvar, ansvarsfrihetsgrunden samtycke och misshandel. Eftersom frågan om BDSM, ansvarsbefriande samtycke och social adekvans är relativt outredd i svensk rätt samt eftersom det saknas prejudicerande avgöranden från HD om BDSM-utövning i relation till ansvarsfrihetsgrunden samtycke, användes även en empirisk metod och en rättsanalytisk metod för att studera fem underrättsavgöranden. Rättsfallsstudien klargjorde vilka faktorer domstolarna tar hänsyn till i sin samtyckesbedömning, vilka invändningar den tilltalade gör om BDSM-utövning, samt om avgörandena ger någon rättslig förutsebarhet för den enskilde. Den rättsanalytiska metoden användes även för att möjliggöra löpande diskussioner om samtycke, BDSM och social adekvans. Vidare användes den rättsanalytiska metoden för att diskutera huruvida motiven bakom samtyckesgränsen är paternalistiskt grundande, samt om BDSM kan betraktas som en sexualitet och utgöra ett skyddsintresse. Av uppsatsens redogörelser drogs slutsatsen att domstolarna i det enskilda fallet avgör var samtyckesgränsen går, att rättstillämpningen är oförutsebar för den enskilde och att domstolarna måste erhålla mer kunskap om normer som härskar inom BDSM för att kunna utforma mer förutsebara avgöranden. Därtill konstaterades det att det finns visst stöd för att betrakta BDSM-utövning som en sexualitet och ett skyddsintresse, samt att viss BDSM-utövning kan betraktas som lek och därmed medföra att tillfogande av skada som sträcker sig utöver samtyckesgränsen betraktas som socialadekvat. Avslutningsvis konstaterades även att bedömningen om huruvida samtyckesgränsen är paternalistiskt motiverad beror på om en person anser att begreppet, utöver självskada, även omfattar tillfogande av skada på annan.

Förord

Efter fem år på juristprogrammet är det nu tid för mig att lämna. Jag kommer aldrig glömma studietiden i Lund som varit fylld med lärorika föreläsningar, viktiga kaffepauser på Juridicum, samt fantastiska vänner som jag kommer ha för livet.

Först vill jag tacka min handledare Linnea Wegerstad som har kommit med värdefulla synpunkter och råd vid utformandet av examensarbetet. Därefter vill jag tacka min mamma som fick mig att välja juristprogrammet. Utan dig hade jag inte varit här idag. Slutligen vill jag tacka alla mina fina vänner som kämpat med mig sedan termin ett och som nu tar examen med mig.

På återseende,

Matilda Lindblad Hetlesaether,
Lund, juni 2021

Förkortningar

BDSM	Bondage, Dominance, Discipline, Submission, Sadism, Masochism
BDSM-utövare	Person/er som utövar praktiker som ryms under samlingsbegreppet ”BDSM”
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Dir.	Direktiv
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
Prop.	Proposition
RACK	Risk-Aware Consensual Kink
RF	Regeringsformen (1974:152)
RFSU	Riksförbundet för sexuell upplysning
Samtyckesgräns	Den i förarbeten, doktrin och rättspraxis bestämda övre gräns för samtyckets ansvarsbefriande verkan, som går mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden
SOU	Statens offentliga utredningar
SSC	Safe, Sane and Consensual
TR	Tingsrätt
4C	Consent, Communication, Caring and Caution

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

I 24 kap. 7 § brottsbalken (1962:700), hädanefter ”BrB”, regleras den allmänna ansvarsfrihetsgrunden samtycke. Bestämmelsen innebär att en gärning som bedömts vara otillåten, ändå kan föranleda ansvarsfrihet för gärningspersonen om den som utsatts för den otillåtna gärningen lämnat sitt samtycke till att utsättas för gärningen och gärningen med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter är försvarlig.¹

I förarbetena till 24 kap. 7 § BrB har det diskuterats att det vid uppsåtligt tillfogande av kroppsskada bör genomföras en gränsdragning för samtyckets ansvarsbefriande verkan. I normalfallet bör gränsen dras mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden.² Beträffande misshandelsbrottet har det uttalats att ett ansvarsbefriande samtycke till smärta eller ringa skada kan lämnas, men att det vid allvarligare skador som huvudregel inte inträder någon ansvarsfrihet. Om gärningen däremot har ett godtagbart syfte kan även ett ansvarsbefriande samtycke lämnas till skador som är mer än ringa.³

Samtyckesbestämmelsen blir särskilt intressant i förhållande till ”BDSM”, som är ett samlingsbegrepp för olika, ofta sexuella, former av beteenden och uttryck som innebär att samtyckande personer gemensamt söker välbefinnande genom olika former av maktutbyten.⁴ Många gånger kan BDSM-utövning nämligen innefatta praktiker som överskrider den i förarbeten diskuterade samtyckesgränsen. Det innebär således att samtyckande parter inte kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till en viss

¹ Se 24 kap. 7 § BrB.

² Prop. 1993/94:130 s. 37 ff.

³ Prop. 1993/94:130 s. 38.

⁴ RFSU (2008) s. 3; jfr. Carlström (2016) s. 16; jfr. Darkside (u.å).

mängd av våld inom ramen för BDSM-utövning, och att deras utövning i stället anses utgöra ett brott, som exempelvis misshandel. Att samtyckande individer inte rättsligt kan samtycka till något som de vill uppleva tillsammans, öppnar upp för frågan om hur rättssystemet betraktar en individs självbestämmanderätt i förhållande till misshandel och om en sådan samtyckesgräns som företagits i förarbeten i själva verket kan utgöra paternalistisk kriminalisering. I doktrin och rättspraxis har det även diskuterats om vidtagna gärningar som sträcker sig utöver ett givet samtycke kan betraktas som tillåtna med stöd av att de betraktas som *socialadekvata*. Om gärningar företagna inom BDSM-utövning betraktas som socialadekvata finns det en möjlighet att BDSM-utövning som sträcker sig över samtyckesgränsen inte anses utgöra ett brott. Huruvida så kan vara fallet är oklart och även om BDSM-utövning diskuterats flitigt i massmedia⁵, artiklar⁶ och underrättspraxis⁷ under flera års tid, har HD fortfarande inte beviljat ett prövningstillstånd för att diskutera frågan om BDSM, ansvarsbefriande samtycken och social adekvans.⁸ HD har heller inte motiverat varför frågan ej utretts.⁹ BDSM-utövare befinner sig således i ett rättsligt limbo om hur mycket våld en utövare kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till vid BDSM-utövning, något som leder in på vad förevarande uppsats avser att besvara.

⁵ Se exempelvis Falk (2013); Rydhagen (2014).

⁶ Wegerstad (2012).

⁷ Se exempelvis Hovrätten över Skåne och Blekinge i mål B 2802-10; HovR Västra Sverige i mål B 3687-11; Umeå Tingsrätt i mål B 2505-12.

⁸ Se exempelvis Hariz (2015).

⁹ Se slutligt beslut i mål B 4609-15.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att klargöra hur mycket fysiskt våld en person kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till vid BDSM-utövning, samt normativt bedöma om BDSM-utövning som sträcker sig utöver samtyckesgränsen¹⁰ kan vara ansvarsbefriande enligt läran om social adekvans. Syftet är även att förstå varför det finns en viss gräns för samtyckets ansvarsbefriande verkan och hur avsaknaden av ett prejudicerande avgörande från HD om BDSM, samtycke och social adekvans påverkar den rättsliga förutsebarheten.

För att kunna besvara syftet har fyra huvudfrågeställningar med delfrågeställningar formulerats som lyder:

- I. Hur ser den rättsliga regleringen av straffansvar, misshandel och ansvarsbefriande samtycke enligt 24 kap. 7 § BrB ut och hur förhåller sig BDSM-utövning till det ansvarsbefriande samtycket i 24 kap. 7 § BrB och läran om social adekvans?
- II. Vilka rättsliga och faktiska faktorer tar underrätter hänsyn till i bedömningen av samtyckets ansvarsbefriande verkan i misshandelsmål med BDSM-inslag och vilka invändningar om BDSM-utövning gör den tilltalade i misshandelsmål med BDSM-inslag?
 - a. Överensstämmer underrätternas samtyckesbedömningar med varandra, förarbeten, doktrin och lagtext?
- III. Vilka skyddsintressen föregår samtyckesgränsen och kan BDSM betraktas som en sexualitet och utgöra ett skyddsintresse?
 - a. Utgör motivet bakom samtyckesgränsen paternalistisk kriminalisering?

¹⁰ Se definition i förkortningsförteckningen.

- IV. Hur påverkar avsaknaden av ett prejudicerande avgörande om samtycke, BDSM och social adekvans den rättsliga förutsebarheten?

1.3 Begreppsapparat

För att kunna förstå uppsatsens fortsatta redogörelser för BDSM-utövning är kunskapen om dessa begrepp nödvändiga.

1.3.1 BDSM

Som ovan nämnt i inledningen är BDSM ett samlingsbegrepp för olika, ofta sexuella, former av beteenden och uttryck som står för Bondage, Discipline, Dominance/Submission och Sadism/Masochism.¹¹ BDSM innebär att samtyckande personer gemensamt söker välbefinnande genom olika former av maktutbyten.¹² Huruvida en person definierar sig som en BDSM-utövare eller ej varierar, och det finns således personer som utövar samma praktiker utan att benämna det som BDSM. Det råder även oklarheter om vilka aktiviteter som ska anses utgöra en BDSM-praktik. Gränsen mellan vad som är BDSM, hårdhänt sex eller dominanssex är således flytande.¹³

B = Bondage handlar om att begränsa någons rörelsefrihet fysiskt eller psykiskt. Den fysiska begränsningen kan innebära att någon binder en person med exempelvis rep, handbojor och tvångströjor, medan den psykiska begränsningen kan innebära att någon ger kommandon till en annan person, eller kontrollerar dennes synintryck med en ögonbindel.¹⁴

D= Disciplin handlar om att utöva kontroll och styrning genom att bestraffa eller belöna olika beteenden. Disciplin kan därför innebära att någon lättar på ansvarskänslan över sig själv och i stället sätter sin tillit till någon annan, eller att någon tar ansvar och kontrollerar en annan person. I praktiken kan utlevandet av disciplin ske genom genomförande av olika rollspel som

¹¹ RFSU (2008) s. 3; jfr. med Carlström (2016) s. 16.

¹² RFSU (2008) s. 3; Darkside (u.å).

¹³ Carlström (2016) s. 18.

¹⁴ RFSU (2008) s. 7.

framhäver auktoritet respektive uppfostringsbehov.¹⁵

D/S= Dominance and Submission (dominans och underkastelse). Dominans innebär att någon intar en bestämmande eller styrande roll och dominerar någon eller några andra, fysiskt eller psykiskt. Vid fysisk dominans försöker den dominante med fysisk handgriplighet få den undergivne att lyda hen. Psykisk dominans handlar mer om mental kontroll och kan exempelvis innebära att deltagarna kommer överens om särskilda tilltal eller särskilda beteenden. För att förstärka bilden av den dominante som maktfullkomlig och styrande, förekommer det att undergivna deltagare kallar den dominante för "Mistress", "Master", "Herre" eller "Fru".¹⁶ Den undergivna intar en undergiven ställning i förhållande till dominantens vilja och kontroll. Undergivenheten kan utövas både fysiskt och psykiskt och kan vara en del av en livsstil eller bara något som en person vill utöva vid överenskomna tillfällen.¹⁷

S/M= Sadomasochism är en sexuell läggning som innebär att en person njuter av att ge eller ta emot smärta i sexuella sammanhang. Njutningen av att ge smärta kallas sadism medan njutningen av att ta emot smärta kallas masochism. Somliga är ute efter känslan av smärta medan somliga är ute efter den endorfinkick som kan uppkomma när kroppen reagerar på smärtan. Idag är det vanligt att ordet "SM" används som en synonym till samlingsbegreppet "BDSM".¹⁸

¹⁵ RFSU (2008) s. 9.

¹⁶ RFSU (2008) s. 10.

¹⁷ RFSU (2008) s. 12.

¹⁸ RFSU (2008) s. 14.

1.3.1.1 Edgeplay

Beträffande uppsatsens syfte om hur mycket våld en person kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till, bör ett kontroversiellt leksätt inom BDSM omnämnas. Leksättet kallas ”Edgeplay” och innebär att deltagarna tar extrema risker i förhållande till de risker som tas vid vanligare BDSM-utövning.¹⁹ Edgeplayers anses agera på gränsen mellan samtyckt sadomasochism och övergrepp.²⁰ Edgeplay kan innefatta våldtäktslekar, incestlekar, eller lekar med knivar, blod och andningskontroll. Oftast betraktar BDSM-samfundet dessa sorter av Edgeplay som osunda och de brukar inte utövas på publika BDSM-klubbar.²¹ Edgeplayers leker på gränsen mellan samtycke och icke-samtycke genom att under en pågående scen utmana framförhandlade gränser eller agera på ett sätt som inte varit överenskommet.²² I sammanhanget bör det dock förtydligas att en Edgeplayer enbart leker på gränserna eftersom hen byggt upp ett förtroende med sin partner om att det är acceptabelt.²³ En deltagare som struntar i gränserna eller utmanar gränserna i frånvaron av ett förhållande där det beteendet är tillåtet, anses inte vara en Edgeplayer.²⁴

¹⁹ Profossgbg (u.å).

²⁰ Newmahr (2011) s. 147.

²¹ Newmahr (2011) s. 142.

²² Newmahr (2011) s. 150.

²³ Newmahr (2011) s. 150.

²⁴ Newmahr (2011) s. 150.

1.3.2 Överhängande koncept inom BDSM

Nedan redogörs för tre alternativa koncept inom BDSM som bör beaktas vid BDSM-utövning. Konzepten överlappar varandra i viss mån och förmedlar samtyckets väsentliga roll inom BDSM-utövning.

1.3.2.1 SSC

”SCC” står för ”Safe, Sane and Consensual” (säker, sunt, samtyckande) och representerar de överhängande principer som bör beaktas vid BDSM-utövning. Begreppet myntades av aktivisten David Stein och användes för första gången i augusti 1983 i en rapport från GMSMA-kommittén.²⁵ SCC blev en slogan för sadomasochistiska läder- och fetischgruppen år 1987 i paraden för homosexuellas rättigheter i Washington.²⁶ Därefter spreds begreppet över hela världen. Det finns flera definitioner av SSC²⁷, men grundaren Stein har uttryckt stöd för en definition som utvecklats av GMSMA:s styrelseledamot Gil Kessler. Det är Kesslers och Steins definition jag kommer använda mig av för att beskriva SSC nedan.

Innebörden av konceptet ”säker” är subjektivt bestämd, eftersom vad som anses säkert varierar från individ till individ.²⁸ Generellt sett innebär konceptet ”säker” att de inblandade parterna har full insikt om de risker som aktiviteterna kan innebära. En deltagare måste således vara ansvarsfull, medveten och vidta försiktighetsåtgärder i utövningen. Kessler har beskrivit ”säker” som kunskap om sin utrustning, hur den ska användas samt kunskap om sin partner för att bibehålla parternas psykologiska- och fysiska hälsa.²⁹

²⁵ Gay Male S/M activists.

²⁶ Stein (2000).

²⁷ Se Stein (2000) med hänvisade författare.

²⁸ Jfr. Grønli Rosten (2019) s. 38.

²⁹ Newmahr (2011) s. 146; jfr. Stein (2000).

Avslutningsvis innebär konceptet ”sunt” att partners måste kunna skilja på fantasi och verklighet, och ”samtycke” innebär att partners respekterar varandras gränser. Ett samtycke kan alltid återtas.³⁰

1.3.2.2 RACK

Begreppet ”RACK” myntades av Gary Switch och står för ”Risk-Aware Consensual Kink”. RACK skapades som en motreaktion till SSC som ansågs exkludera mer riskfyllda typer av lekar som innefattade mer fysiska- eller psykologiska risker. Switch menade att begreppet SSC var bristfälligt konstruerat eftersom BDSM-utövning inte kan vara helt säkert, precis som att riskfyllda sporter som exempelvis bergsklättring inte kan vara helt säkra. Switch uttryckte att BDSM-utövning i stället borde utgå från ett begrepp baserat på riskmedvetenhet och att BDSM-utövning likt andra riskfyllda sporter bör identifiera och minimera riskerna genom att studera, träna och praktisera.³¹

Kärnan inom RACK är densamma som inom SSC, nämligen det givna samtycket. Därutöver bygger RACK på parternas medvetenhet om aktiviteternas eventuella risker, vilket förutsätter att de samtalat om de föreslagna aktiviteterna och slutligen kommit överens om hur de avsett att hantera riskerna. Vid förhandlingen måste parterna haft förmåga att skilja på fantasi och verklighet, eftersom det är väsentligt att personen förstår vilka risker hen samtycker till i verkligheten.³²

RACK skiljer sig från SSC även i det avseende att Switch genom tillägget av ordet ”Kink” i begreppet, betonat vad en person ska vara riskmedveten om.³³

³⁰ Stein (2000) – Uttalande av Gil Kessler.

³¹ Williams D.J (2014) s. 4.

³² Switch (2001).

³³ Switch (2001).

1.3.2.3 4C

PhD DJ. Williams har erbjudit ett alternativ till SSC och RACK som kallas ”4C”. 4C står för ”Caring, Communication, Consent and Caution” och representerar fyra viktiga delar av förhandlingsprocessen som föregår BDSM-utövning. Samtliga delar är emellertid sammanlänkade med varandra och inbördes påverkade av varandra. Williams menar att både SSC och RACK har konceptuella och praktiska begränsningar och att ett av syftena med 4C är att betona samtycket som grundstenen inom BDSM-utövning. Det är samtycket som skiljer BDSM från våld och andra övergrepp.³⁴ Därutöver anges kommunikation som grundläggande inom BDSM, eftersom parterna måste förstå varandras preferenser, identiteter och behov före-, under-, och efter en session. Även förmågan att visa omtanke för varandras sexualiteter är av största vikt inom BDSM-utövning och skapar säkerhet, respekt och tillit i relationen.³⁵

Den sista beståndsdel av 4C hänför sig till vidtagande av försiktighet.³⁶ Konceptet påminner om riskmedvetenhetsbegreppet inom RACK men tillåter en bredare tolkning.³⁷

³⁴ Williams D.J (2014) s. 3.

³⁵ Williams D.J (2014) s. 5.

³⁶ Williams D.J (2014) s. 9.

³⁷ BDSM-institutet (2015).

1.4 Teoretiska utgångspunkter

För att kunna besvara uppsatsen syfte krävs det att uppsatsen utgår ifrån tre utgångspunkter: rättssäkerhet, kriminaliseringsgrunder och paternalism.

Utgångspunkten i rättssäkerhetsbegreppet görs för att kunna diskutera hur avsaknaden av ett prejudicerande avgörande på området påverkar förutsebarheten för den enskilde om hur hen ska agera i frågor om samtycke och BDSM. För att förstå varför det finns en gräns för samtyckets ansvarsbefriande verkan, krävs det även att uppsatsen tar utgångspunkt i grunder för kriminalisering, paternalistisk kriminalisering och skyddsintressen.

1.4.1 Rättssäkerhet

Utgångspunkten för uppsatsen är att ett prejudicerande avgörande från HD kan underlätta gränsdragningsproblematiken mellan samtycke till BDSM-utövning och osamtyckt våldsutövning. Utgångspunkten är även att rättspraxis från underrätterna bör ge mer förutsebarhet, även om förarbeten och doktrin uttryckt att gränsdragningen för samtyckets ansvarsbefriande verkan ska göras utefter omständigheterna i det enskilda fallet.

Exakt vad rättssäkerhet innebär är omstritt och det saknas en officiell definition.³⁸ Därför bör det vid användande av rättssäkerhetstermen fastställas en viss klarhet och precision av termens betydelse.³⁹ I doktrin uppges förutsebarhet vara en väsentlig del av rättssäkerhetsbegreppet och det är även förutsebarhetsbegreppet som kommer åsyftas när rättssäkerhet nämns i uppsatsen.⁴⁰ Kravet på förutsebarhet innebär att rättskipning och myndighetsutövning ska utföras på ett förutsebart sätt med stöd av rättsreglerna, i syfte att skydda medborgarna från godtycklig maktutövning.⁴¹ I ett demokratiskt samhälle ska den enskilde kunna förutse

³⁸ Peczenik (1995) s. 89; Frändberg (2005) s. 283.

³⁹ Frändberg (2005) s. 285.

⁴⁰ Peczenik (1995) s. 90; jfr. Strömholm (1988) s. 394; Frändberg (1982) s. 41.

⁴¹ Peczenik (1995) s. 51.

de rättsliga besluten och därför är förutsebarhet fundamentalt för demokratin.⁴² Förutsebarheten främjas av att rättsreglerna tillämpas på ett öppet sätt, innebärande att rättsinnehållet är publicerat, offentliggjort och tillgängliggjort för individer som vill ta del av innehållet utan dröjsmål, och att domstolarna offentliggör alla relevanta skäl för sina avgöranden.⁴³ Förutsebarheten främjas även av att rättssystemet har klara och adekvata regler som den enskilde kan förväntas tillämpas korrekt av rättstillämparna. En individ måste med andra ord kunna lita på innehållet i reglerna, vilket även inkluderar att rättsreglerna har en viss stabilitet över tid.⁴⁴ Ju mer exakta och generella rättsreglerna är, desto mer återspeglar de principen om likhet inför lagen. Regler som är vaga, mångtydiga och komplicerade försvårar förutsebarheten. Som exempel kan nämnas generalklausuler som är vaga och öppna och därmed nästan innehållslösa. Det lämnas till rättstillämparna att stå för rättsbildningen.⁴⁵ Peczeniks uppfattning är att rättsliga defekter som oklar lagstiftning kan läkas om det finns välformulerad rättspraxis som därmed gör den juridiska argumentationen förutsebar och icke godtycklig.⁴⁶ Frändberg däremot förhåller sig kritisk till att prejudikat och förarbeten kan gynna förutsebarheten eftersom prejudikat oftast avser speciella omständigheter och att tillgång till samma förarbeten inte föranleder att den enskilde kan förutse hur en domare kommer tolka materialet. Sammantaget menar Frändberg att lagtexten är den enda pålitliga rättssäkerhetsgarantin, men poängterar samtidigt att fullständig rättssäkerhet aldrig kommer uppnås och heller inte är önskvärt.⁴⁷

Utöver förutsebarhetskravet består rättssäkerhetsbegreppet även av en etisk del, innebärande att domstolar och andra myndigheter utöver hänsyn till förutsebarhet även bör beakta andra etiska värden i konkreta beslutssituationer.⁴⁸ Enligt Axberger och Peczenik bör etik tolkas i

⁴² Peczenik (1995) s. 90.

⁴³ Peczenik (1995) s. 54; Frändberg (2005) s. 292.

⁴⁴ Peczenik (1995) s. 53.

⁴⁵ Peczenik (1995) s. 90.

⁴⁶ Peczenik (1995) s. 49.

⁴⁷ Frändberg (2005) s. 290–291.

⁴⁸ Peczenik (1995) s. 92.

vidsträckt bemärkelse och omfatta allt som är gott för människor. Som exempel anges ekonomiska, miljöpolitiska, fördelningspolitiska och andra rättspolitiska värderingar.⁴⁹

1.4.2 Kriminaliseringsgrunder och skyddsintressen

Kriminalisering innebär att en gärning beläggs med ett straff och inbegriper politiska överväganden i det avseende att vad som utgör ett brott varierar från samhälle till samhälle utifrån det rådande politiska läget.⁵⁰ Riksdagen är det enda organ som kan kriminalisera och gör detta genom lag.

2 kap. regeringsformen (1974:152), ”RF”, Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, ”EKMR”, yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469), ”YGL”, och tryckfrihetsförordningen (1949:105), ”TF”, utgör begränsningar för vad som kan kriminaliseras.⁵¹

Syftet med kriminalisering är att avskräcka människor från ett visst beteende genom att kriminalisera oönskvärda gärningar och därmed motivera personer att utföra önskvärda gärningar.⁵² Om en sådan påverkan kommer från myndigheter eller politiska organ, kallas påverkan formell, social kontroll.⁵³ Kriminalisering är således en form av formell, social kontroll som sker genom straffhot och har ett allmänpreventivt syfte som realiserar på olika sätt genom exempelvis avskräckning, moralbildning eller vanebildning.⁵⁴ Straffhot har genom sin existens en moralbildande- och vanebildande inverkan på samhällsmedborgarna. Om normer om vad som anses förkastligt blir privatiserat inom grupper som familj, skola och arbete kallas det informell, social kontroll. Därtill har kriminalisering en expressiv

⁴⁹ Peczenik (1995) s. 92–94; jfr. Axberger (1988) s. 146.

⁵⁰ Asp m.fl. (2013) s. 30.

⁵¹ Asp m.fl. (2013) s. 38.

⁵² Jareborg (2001) s. 47; jfr. Asp m.fl. (2013) s. 34.

⁵³ Asp m.fl. (2013) s. 32–33; jfr. Jareborg (2001) s. 46.

⁵⁴ Asp m.fl. (2013) s. 33–34.

funktion i det avseende att kriminalisering av en gärning gör att den utpekas som socialt förkastlig.⁵⁵

Som huvudregel bör kriminalisering främst förekomma för att förhindra skada mot enskilda, allmän verksamhet och värdefulla gemensamma institutioner. Kriminalisering bör inte enbart försöka förhindra att en annan person upplever obehag som inte är skada, eller förhindra att en person tillfogar sig själv skada (paternalism). Kriminalisering bör heller inte enbart förhindra att någon framtvingar förbättring enbart för sig själv, att någon framtvingar förbättring enbart för andra, eller förhindra enbart osedligt beteende eller etiketsbrott.⁵⁶ Som en tumregel bör kriminalisering vara den sista utvägen (lat: ultima ratio) för att hantera de mest förkastliga gärningarna i samhället, eftersom straff utgör en kraftig samhällsreaktion.⁵⁷ Kriminalisering bör därför förekomma för gärningstyper som är straffvärda, vilket innebär att det ska finnas goda skäl för att straffbelägga gärningstypen.⁵⁸ I bedömningen av huruvida en gärningstyp är straffvärd eller ej bör hänsyn tas till den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde insett samt de avsikter eller motiv hen haft.⁵⁹ Hänsyn bör även tas till om en kriminalisering skulle vara effektiv och om kriminalisering avser att skydda ett särskilt skyddsvärt intresse som exempelvis liv, hälsa, handlingsfrihet och rörelsefrihet.⁶⁰ 2 kap. RF kan ge viss ledning i vilka intressen som kan anses vara tillräckligt skyddsvärda för att kriminalisering ska aktualiseras.

Skyddsintressen eller skyddsobjekt är de värden och intressen som straffbestämmelserna avser att skydda och de har en avgörande roll vid gruppering av brottstyper, lagtolkning och rättstillämpning. Det är skyddsintressena som avgör om ett brott kategoriseras som brott mot enskild, allmänheten eller staten. Det råder dock ingen entydig konsensus

⁵⁵ Asp m.fl. (2013) s. 35.

⁵⁶ Asp m.fl. (2013) s. 41; Jfr. SOU 2013:38 s. 484.

⁵⁷ Asp m.fl. (2013) s. 53; Lernestedt (2003) s. 15.

⁵⁸ Asp m.fl. (2013) s. 40.

⁵⁹ 29 kap. 1 § BrB.

⁶⁰ Asp m.fl. (2013) s. 40.

om vilka intressen som är skyddsvärda eller vilken inbördes rangordning som råder mellan skyddsintressena.⁶¹ Det finns emellertid en viss överensstämmelse om att mänskligt liv uppfattas som det högsta skyddsvärdet.⁶² I uppsatsen kommer skyddsintresset för mänskligt liv beröras, samt huruvida sexualitet kan utgöra ett skyddsvärt intresse.

I bedömningen om kriminalisering ska förekomma bör även hänsyn tas till missbruksmöjligheter samt hur nära gärningstypen står ett skyddsintresse. Ju närmre gärningstypen står ett visst skyddsintresse, desto större skäl finns för att kriminalisera gärningstypen.⁶³

1.4.2.1 Juridisk paternalism

Med paternalistisk lagstiftning avses kriminalisering av gärningar som riktar sig mot en samtyckande person.⁶⁴ Som huvudregel bör paternalistisk kriminalisering inte förekomma. Undantagsvis menar Jareborg att kriminalisering bör kunna förekomma i situationer där bruk av lindrigt tvång gentemot en person väldigt effektivt kan minska riskerna för allvarliga skador, som exempelvis bilbältestvång.⁶⁵

Juridisk paternalism bygger på principen att kriminalisering alltid är en bra och relevant anledning för att förhindra självskada, och innebär att staten använder sig av lag för att begränsa individers handlingsfrihet i syfte att skydda individen från skada.⁶⁶ Liberalisten John Stuart Mill har motsatt sig principens frihetsbegränsande karaktär och menar att den inte utgör en rättfärdigande inskränkning av individens frihet.⁶⁷ Enligt honom kan individens eget bästa aldrig utgöra ett tillräckligt skäl för att genom kriminalisering inskränka en individs frihet.⁶⁸ Det är individen som bäst

⁶¹ Jareborg (2001) s. 51; Asp m.fl. (2013) s. 39.

⁶² SOU 2013:38 s. 482; Jareborg (2001) s. 52; Asp m.fl. (2013) s. 40.

⁶³ Asp m.fl. (2013) s. 42.

⁶⁴ Asp m.fl. (2013) s. 226.

⁶⁵ Jareborg (2001) s. 47, s. 54.

⁶⁶ Feinberg (1989) s. 4.

⁶⁷ Mill (2002) s. 13.

⁶⁸ Mill (2002) s. 13; jfr. Dworkin (1972) s. 64.

styr över sina egna intressen och mänskligheten tjänar mer på att låta individer leva på ett sätt som de själva anser är gott, än att bli tvingad att leva på ett sätt som resterande anser vara gott.⁶⁹ Samtidigt poängterar han att en individs frihet kan begränsas när självförsvar måste användas mot individen eller för att förhindra att skada tillfogas någon annan.⁷⁰ Mills tankesätt har fått mycket kritik, b.la. Av H L A Hart, som menar att Mill lägger alldeles för stor tilltro till att den genomsnittlige individen vet vad hen vill och vad som ger hen lycka.⁷¹

I svensk doktrin och förarbeten beskrivs paternalistisk lagstiftning som lagar där förhindrande av självskada utgjort det *enda* syftet.⁷² Om ett annat syfte anges är kriminaliseringen inte paternalistisk. Straffrättsprofessorn Claes Lernestedt förhåller sig kritisk till definitionen och menar att en kriminalisering kan vara paternalistisk även när ett annat syfte anges och att hänsyn också måste tas till om kriminaliseringens konsekvenser är paternalistiska. En kriminalisering som hindrar gärningspersonen från att orsaka den samtyckande personen skada är paternalistisk i hans mening.⁷³

Lernestedt beskriver paternalistisk kriminalisering som en kriminalisering som skyddar en person från något som hen vill orsakas.⁷⁴ Till skillnad från Jareborg menar Lernestedt att definitionen omfattar två olika situationer: dels att en person själv orsakar sig skada (nedan ”självskada”), dels att någon annan orsakar någon skada med dennes samtycke (nedan ”annanskada”). Även andra författare gör en uppdelning av ovanstående situationer när de definierar paternalism, men med andra namn än ”självskada” och ”annanskada”. Som exempel kan nämnas ”direkt/ indirekt

⁶⁹ Mill (2002) s. 15.

⁷⁰ Mill (2002) s. 135; jfr Dworkin (1972) s. 64.

⁷¹ H.L.A Hart (1963) s. 33.

⁷² Jareborg (2001) s. 53; SOU 1988:7 s. 125; Lernestedt (2003) s. 214.

⁷³ Lernestedt (2003) s. 215.

⁷⁴ Lernestedt (2003) s. 213.

paternalism”⁷⁵, ”aktiv/passiv paternalism”⁷⁶ och ”ren/oren paternalism”⁷⁷. Enligt Lernestedt orsakar varken självskada eller annanskada med samtycke en för straffrätten relevant skada.⁷⁸

Filosofiprofessorn Joel Feinberg⁷⁹ delar Lernestedts definition av paternalism som självskada och annanskada. Feinberg anser att självskada inte föranleder skada på någon annan och ett samtycke till annanskada medför att en otillåten gärning inte vidtagits, trots att gärningen riktats mot en annan.⁸⁰ Samtyckets ansvarsbefriande verkan visar att individens självbestämmanderätt står högre än det faktum att personen tillfogat/skada.⁸¹ Feinberg förklarar att lagstiftning som förhindrar två samtyckande parter att orsaka varandra skada är paternalistiskt i det avseende att den ena partens samtycke till att den andra parten utför en gärning inte ger den andra parten rätt att utöva gärningen. Om den andra parten skulle utföra gärningen ändå skulle det vara brottsligt och hen skulle bli straffad. Feinberg menar dock att den första parten också blir straffad eftersom lagen hindrar hen från att få vad hen vill ha och inskränker således hens frihet med motiveringen att lagen vet vad som är individens bästa. Därför är lagen paternalistisk i förhållande till den första parten, även om det faktiska brottet är utfört av den andra.⁸²

Enligt Feinberg övertrumfar det individuella intresset för självbestämmanderätt alla andra värden som ett straffbud skyddar och att skydda människor från sitt oförnuft inte alltid är ett avgörande skäl för tvingande lagstiftning. En viss avvägning måste göras med andra intressen

⁷⁵ Definition av Joel Feinberg, Filosofiprofessor.

⁷⁶ Se Feinberg (1989) s. 8. – Aktiv paternalism är sådana lagar som kräver en handling, medan passiv paternalism avser lagar som förbjuder ett visst handlande.

⁷⁷ Definition av Gerald Dworkin, Professor i moralisk, politisk och juridisk filosofi.

⁷⁸ Lernestedt (2003) s. 218.

⁷⁹ Feinberg (1987).

⁸⁰ Feinberg (1987) s. 35 f; jfr. Lernestedt (2003) s. 218.

⁸¹ Lernestedt (2003) s. 218.

⁸² Feinberg (1989) s. 9.

och ibland kan dessa intressen väga tyngre. Som exempel nämner Feinberg respekt för personlig autonomitet.⁸³

1.5 Metod

Inledningsvis har den *rättsdogmatiska metoden* använts för att fastställa gällande rätt beträffande samtycke och misshandel genom att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt utifrån vedertagna rättskällor i enlighet med rättskälleläran.⁸⁴ Därför har främst lagtextens ordalydelse använts för att fastställa gällande rätt, varpå förarbeten och doktrin använts som tolkningsmedel av gällande rätt. Eftersom HD ännu inte har presenterat något prejudicerande rättsfall om BDSM i relation till samtycke eller social adekvans, har underrättspraxis analyserats. Enligt Sandgren kan *en empirisk metod* användas när vägledande rättspraxis saknas på området.⁸⁵ I den juridiska kontexten innebär den empiriska metoden att annat material än gängse rättskällor används i strävan att förbättra den juridiska argumentationen.⁸⁶ Underrättspraxis har därför använts som ett tillägg till redogörelsen av den sedvanliga gällande rätten, för att påvisa vilka problem och rättsfrågor som är viktiga i praktisk bemärkelse.⁸⁷ Underrättspraxis har således inte använts för att fastställa gällande rätt. Den empiriska metoden har även använts för att insamla material från icke-juridiska källor så som massmedia, artiklar om sexualitet samt social-och beteendevetenskapliga böcker. Det icke-juridiska materialet användes inte för att fastställa gällande rätt utan fick betydelse för min förståelse av BDSM-utövning som sedermera hade inverkan på mina diskussioner i avsnitt 3.4 och 5.3, min rättsfallsstudie i avsnitt 4.3 samt mina slutsatser i kapitel 6.

Eftersom syftet med uppsatsen även varit att analysera gällande rätt och rättspraxis, har uppsatsen genomsträvt av en *rättsanalytisk metod*. Den

⁸³ Feinberg (1989) s. 26.

⁸⁴ Sandgren (2019) s. 49.

⁸⁵ Sandgren (1995) s. 1037.

⁸⁶ Sandgren (2004) s. 308.

⁸⁷ Sandgren (1995) s. 1040.

rättsanalytiska metoden betraktar rättssystemet som öppet och fritt och bygger på att det inte enbart finns ett rätt svar på ett rättsligt problem.⁸⁸ Att använda metoden var väsentligt för att, med bakgrund av litteratur om BDSM, kunna diskutera eventuella brister i rättstillämpningen och genomföra normativa bedömningar utifrån vad som framkommit ur rättsfallsstudien, förarbeten, doktrin och lagtext. Redogörelsen för urvalsprocessen av underrättspraxis, samt hanteringssätt av rättsfallen presenteras under kapitel 4.

Vidare har den rättsanalytiska metoden varit behövlig för att kunna genomföra normativa bedömningar om samtycke, social adekvans och BDSM. Därtill har metoden bidragit till diskussionen om vilka motiv som föregått samtyckesgränsen, vilket involverat diskussioner om huruvida samtyckesgränsen kan vara paternalistiskt motiverad samt diskussioner om huruvida sexualitet kan utgöra ett skyddsintresse eller ej. Sammantaget har den rättsanalytiska metoden således föranlett slutsatser som inte hade varit möjliga om enbart en rättsdogmatisk metod använts. Enligt Sandgren ger den rättsanalytiska metoden även utrymme för att analysera uppsatsmaterialet från en viss synvinkel.⁸⁹ Därför har uppsatsmaterialet i uppsatsens avslutande kapitel analyserats utifrån perspektiv på rättssäkerhet och paternalism. Den för uppsatsen relevanta definitionen av rättssäkerhet och paternalism presenterades under avsnitt 1.4.

⁸⁸ Sandgren (2019) s. 51.

⁸⁹ Sandgren (2019) s. 52.

1.6 Material och forskningsläge

I samband med redogörelser för den rättsliga regleringen av straffansvar, misshandel och ansvarsfrihetsgrunden samtycke har lagbestämmelser och tillhörande lagförarbeten till 24 kap 7 § BrB och 3 kap. 5 § BrB redogjorts för. Därtill har även doktrin om samtycke och misshandel använts som tolkningsmaterial av 24 kap. 7 § BrB och 3 kap. 5 § BrB. Som exempel kan nämnas ”Kriminalrättens grunder” av Jareborg⁹⁰, Ulväng⁹¹ och Asp⁹², ”Allmän kriminalrätt” av Jareborg, samt ”Brotten mot person och förmögenhetsbrotten” av Jareborg, Friberg⁹³, Asp och Ulväng.

För att kunna förstå vad BDSM är har material inhämtats från RFSU⁹⁴, från Sveriges största hemsida för BDSM-utövning (Darkside) och från svenska publikationer inom olika discipliner som behandlar BDSM, som exempelvis filosofiedoktor⁹⁵ Charlotta Carlströms doktorsavhandling ”BDSM-Paradoxernas praktiker” från år 2016. Eftersom BDSM i grunden är ett utländskt begrepp har även utländskt material inom flera olika discipliner använts, som exempelvis psykologi, sociologi och genusvetenskap, för att förklara dess innebörd samt bidra till att förstå samtycket inom BDSM. Som exempel på material kan artikeln ”Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line” av Dulcinea Pitagora⁹⁶ nämnas samt boken ”Playing on the edge: sadomasochism, risk and intimacy” av Staci Newmahr⁹⁷.

I svensk rätt behandlas emellertid BDSM, samtycke och social adekvans knapphändigt. Det finns några artiklar skrivna av universitetslektorn Linnea Wegerstad. Hon har bland annat skrivit ”Befriar leken från ansvar? Om BDSM, samtycke och social adekvans” från 2012, ”Krönikeserie del I:

⁹⁰ Professor emeritus i straffrätt.

⁹¹ Professor i straffrätt.

⁹² Professor i straffrätt.

⁹³ Docent i civilrätt.

⁹⁴ Riksförbudet för sexuell upplysning.

⁹⁵ Filosofiedoktor i socialt arbete och sexualrätt.

⁹⁶ Filosofiedoktor och expert på alternativa sexualiteter.

⁹⁷ Filosofiedoktor, etnograf och sociolog.

BDSM – En straffrättsligt skyddsvärd sexualitet” från 2014 och ”BDSM ska inte vara ett sätt att rättfärdiga våld” från 2014.

Sammantaget kan det konstateras att frågan om BDSM, samtycke och social adekvans i svensk rätt således har berörts för några år sedan i begränsad omfattning. Min uppsats bidrar till att ge en uppdaterad version av rättsläget samt skiljer sig från tidigare forskning eftersom jag genomför djupgående analyser av underrättspraxis om domstolars samtyckesbedömning i misshandelsmål från de senaste sex åren. Därtill har jag använt mig av ny doktrin från år 2021 om social adekvans⁹⁸ som mig veterligen inte tidigare använts i något arbete om BDSM.

⁹⁸ Ågren (2021).

1.7 Avgränsningar

Uppsatsen avser inte att ge en heltäckande bild av BDSM-utövning inom straffrätten och även om BDSM-utövning är nära sammankopplat med sexualbrottslagstiftningen kommer den ej beröras mer än vid beskrivandet av sexualitet och sexuellt självbestämmande. Detta eftersom samtycke i sexualbrottslagstiftningen regleras på ett annat sätt och har en annan innebörd än samtycke som ansvarsfrihetsgrund.⁹⁹ Därtill redogörs inte för ursäktande omständigheter som är kopplade till gärningspersonens personliga ansvar, eftersom det inte direkt relaterar till samtycke som ansvarsfrihetsgrund på gärningsnivå. Angående redogörelsen för social adekvans kommer fokus ligga på idrottsutövning som socialadekvat, eftersom det är den aspekten som blir relevant för bedömningen av BDSM-utövning som socialadekvat. Beträffande rättsfallsstudien kommer underrätternas bevisvärdering och resonemang kring målsägandens trovärdighet och tillförlitlighet inte beröras mer än i det avseende målsägandens utsaga berör samtycket.

⁹⁹ Prop. 2017/18:177 s. 29–30.

1.8 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i sex kapitel. I *kapitel 1* presenteras uppsatsens utgångspunkter, definitioner, syfte, frågeställningar, metod, material, forskningsläge och avgränsningar. I *kapitel 2 och 3* besvaras frågeställning "I" genom redogörelser för de rättsliga grunderna för straffansvar, ansvarsfrihetsgrunden samtycke och läran om social adekvans. Även diskussionen om hur BDSM-utövning förhåller sig till samtycke och social adekvans bidrar till besvarandet av frågeställningen. I *kapitel 4* besvaras frågeställning "II" genom presenterandet av en rättsfallsstudie av fem underrättsavgörande beträffande vilka faktorer domstolarna tar hänsyn till i sin samtyckesbedömning, samt vilka invändningar den tilltalade gör. Studien granskar även hur konforma domstolarna är i sina samtyckesbedömningar i förhållande till varandra, förarbeten, doktrin och lagtext. I *kapitel 5* besvaras frågeställning "III" genom redogörelser för motiven bakom samtyckesgränsen i 24 kap. 7 § BrB, samt diskussion om BDSM kan betraktas som en sexualitet och utgöra ett skyddsintresse. Delfrågeställningen om paternalism besvaras i uppsatsens avslutande kapitel: kapitel 6. I *kapitel 6* besvaras även frågeställning "IV" och det redogörs för uppsatsens resultat och avslutande slutsatser.

2 Rättslig reglering av straffrättslig skuld

2.1 Inledande anmärkningar

För att förstå huvudföremålet för uppsatsen, ansvarsfrihetsgrunden samtycke, måste de grundläggande förutsättningarna för straffrättslig skuld redogöras för. Eftersom BDSM-utövning ofta uppfyller rekvisiten för misshandel och uppsatsens syfte handlar om samtycke till fysisk skada, redogörs även kort för misshandelsbrottet. Vid min granskning av underrättspraxis beträffande BDSM och samtycke har det framkommit att domstolarna i sina domskäl inte helt tydligt skiljer på gärningsansvar och personligt ansvar. Ibland flyter uppsåtsbedömningen ihop med huruvida ett samtycke förelegat. Därför presenteras även grunderna för personligt ansvar i avsnitt 2.2.2.

2.2 Straffrättslig skuld

För att ett brott ska anses begånget krävs det dels att gärningen är belagd med straff¹⁰⁰, dels att rekvisiten för otillåten gärning och personligt ansvar är uppfyllda. Rekvisiten otillåten gärning och personligt ansvar brukar benämnas som ”brottsbegreppet”.¹⁰¹ I svensk rätt talas det om ett tvådelat brottsbegrepp, varpå den första delen består av ”gärningsrekvisitet” som hänför sig till gärningen som sådan, och den andra delen består av ”ansvarsrekvisitet” som hänför sig till gärningspersonens personliga ansvar. Gärningsrekvisitet kan i sin tur delas in i två undergrupper som består av ett krav på att brottsbeskrivningsenlighet måste vara uppfyllt och ett krav på att det inte föreligger en ansvarsfrihetsgrund som rättfärdigar gärningen. Ansvarsrekvisitet kan också delas in i två undergrupper som består av ett

¹⁰⁰ Se 1 kap. 1 § BrB.

¹⁰¹ Jareborg (1995) s. 30–34.

krav på att det allmänna skuldkravet är uppfyllt, samt ett krav på att det inte finns några ursäktande omständigheter som ursäktar personens agerande.¹⁰² För att få en överskådlig bild av brottsbegreppet har en tabell framtagits som visas här nedan:

Brottsbegreppet	
1. Rekvisit för otillåten gärning (gärningsrekvisit)	2. Rekvisit för personligt ansvar (ansvarsrekvisit)
a) <i>Brottsbeskrivningsenlighet</i>	a) <i>Det allmänna skuldkravet</i>
b) <i>Rättfärdigande omständigheter</i>	b) <i>Ursäktande omständigheter</i>

2.2.1 Gärningsrekvisit

I bedömningen av huruvida ett brott förövats, måste en brottsbeskrivningsenlig gärning företagits. Att den är brottsbeskrivningsenlig innebär att den faller under en straffbestämmelse och utgör alltid en nödvändig förutsättning för straffansvar.¹⁰³ I begreppet ”gärning” inbegrips både handlande och underlåtenhet.¹⁰⁴ En handling är socialt konstruerad i det avseende att den är föremål för individens kontroll, till skillnad från kroppsrörelser som är rent fysiska och kan uppstå automatiskt, som exempelvis att hjärtat slår. I sammanhanget bör det därför påpekas att en handling alltid har en motsvarighet i en kroppsrörelse, men att detsamma inte gäller omvänt.¹⁰⁵ Underlåtenhet är också socialt konstruerad och är alltid anknuten till att personen haft en rättslig skyldighet att handla men underlåtit att göra detta.¹⁰⁶

¹⁰² Jareborg (1995) s. 29–36.

¹⁰³ Asp m.fl. (2013) s. 70.

¹⁰⁴ Asp m.fl. (2013) s. 72.

¹⁰⁵ Jareborg (2001) s. 128.

¹⁰⁶ Asp m.fl. (2013) s. 76; Jareborg (2001) s. 131.

2.2.1.1 Gärningsculpa

I varje brottsbestämmelse finns handlingsverb som uppger vad gärningspersonen måste göra för att uppfylla rekvisiten för en straffbelagd gärning. Som exempel kan nämnas 3 kap. 5 § BrB om misshandel där handlingsverben är ”tillfoga” eller ”försätta”. Gärningar som uppfyller rekvisiten kommer orsaka en viss följd, men huruvida orsakandet är tillräckligt relevant för att generera en följd som föranleder straffrättsligt ansvar, varierar.¹⁰⁷ Detta eftersom orsakerna till en följd kan vara oändliga beroende på hur extensivt ett handlingsverb tolkas. För att undvika att alltför många gärningar anses orsaka en viss följd som föranleder straffansvar bör en avgränsning för vad som är en brottsbeskrivningsenlig gärning dras någonstans. Modellen om gärningsculpa används för att bedöma om gärningen som sådan varit oaktsam, samt för att avskilja relevanta orsakanden av följd från irrelevanta orsakanden.¹⁰⁸ I sammanhanget bör det anmärkas att gärningsculpa bedömer gärningens oaktsamhet som sådan och inte gärningspersonens eventuella oaktsamhet eller uppsåt. Domstolen kan exempelvis finna att en gärning varit otillåten, men samtidigt frikänna gärningspersonen för att hen inte varit personligt oaktsam.¹⁰⁹

Bedömningen av gärningsculpa görs i tre steg:

1. Gärningspersonen har utfört en kontrollerad gärning.
2. Den kontrollerade gärningen har innefattat ett otillåtet risktagande, innebärande att gärningen varit oaktsam.
3. Det otillåtna risktagandet/den oaktsamma gärningen har orsakat en viss följd på ett relevant sätt.¹¹⁰

¹⁰⁷ Asp m.fl. (2013) s. 134.

¹⁰⁸ Asp m.fl. (2013) s. 135.

¹⁰⁹ A.a, s. 136.

¹¹⁰ A.a, s. 136.

Kontrollerad gärning

Huruvida en handling är kontrollerad eller ej beror på om gärningspersonen på order hade kunnat stoppa eller hejda det kausala förlopp som handlandet innebär. På motsatt vis är en underlåtenhet kontrollerad om gärningspersonen på order hade kunnat utföra handlingen.¹¹¹

I situationer där gärningspersonen kontrollerar hela händelseförloppet, som exempelvis vid strypning eller våldtäkt, anses rekvisitet om gärningsculpans automatiskt vara uppfyllt. Detta eftersom gärningen redan är gärningsculpös genom att strängare krav på gärningskontroll är uppfyllda.¹¹² Jack Ågren¹¹³ däremot förhåller sig kritisk till att en gärning automatiskt kan anses innefatta ett otillåtet risktagande enbart för att gärningspersonen haft kontroll över händelseförloppet och gör en jämförelse med viss idrottsutövning. En boxare som tar ett strypgrepp på motståndaren, som sedan leder till att motståndaren svimmar (en okontrollerad följd), anses inte företa ett otillåtet risktagande. Därför, menar Ågren, utgör gärningen i sådana fall ett tillåtet risktagande och bör accepteras redan på brottsbeskrivningsenlighetsnivå utan att ansvarsfrihetsgrunder behöver diskuteras.¹¹⁴

Otillåtet risktagande

Ett otillåtet risktagande är densamma som en oaktsam gärning. Gärningen anses vara oaktsam om den kontrollerade gärningen innebär en risk för att följden inträffar, och risken är sådan att det finns goda skäl att avstå från gärningen.¹¹⁵ Huruvida det finns goda skäl att avstå från en gärning baseras på en avvägning mellan olika intressen och varierar över tid, samhälle och kultur eftersom det sociala värdet en gärning tillmäts ständigt förändras.¹¹⁶ Därefter utför domstolen även en bedömning om vilka risker det finns för att följden inträffar. Bedömningen baseras på vilka kvalitativa- och

¹¹¹ Asp m.fl. (2013) s. 139.

¹¹² A.a, s. 143.

¹¹³ Universitetslektor i straffrätt.

¹¹⁴ Ågren (2021) s. 90–92.

¹¹⁵ Asp m.fl. (2013) s. 147–149.

¹¹⁶ Asp m.fl. (2013) s. 149 f.; jfr. Ågren (2021) s. 202.

kvantitativa risker som faktiskt finns, samt hur hög risken är att följden ska inträffa.¹¹⁷ Det är endast risker som är beaktansvärda som anses relevanta,¹¹⁸ och i den bedömningen utgår domstolen ifrån gärningspersonens perspektiv vid den tidpunkt gärningen företogs, samt om orsaksförbindelsen mellan gärning och följd varit så trolig och plausibel att gärningspersonen borde avstått från gärningen.¹¹⁹

I bedömningen av det otillåtna risktagandet försöker domstolarna även skapa aktsamhetsstandarder för godtagbart beteende.¹²⁰ Aktsamhetsstandarder kan återfinnas i bland annat ordningsregler, trafikregler, sportregler eller privata regler som exempelvis instruktioner från en arbetsledare till en anställd.¹²¹ Specifikt beträffande sportregler kan det nämnas att regelverk och säkerhetsföreskrifter vid organiserad sportutövning kan utgöra standarder för godtagbart beteende. Däremot beträffande oorganiserad sport och lek bör gränsen för det godtagbara sättas betydligt lägre eftersom det saknas tydliga regelverk som kan utgöra standarder för godtagbart beteende.¹²² I frånvaro av standarder faller domstolarna tillbaka på vilken bedömning en normalt aktsam person skulle gjort¹²³ eller utgår ifrån presumtionen att människor i allmänhet agerar rationellt och undviker att agera påtagligt oaktsamt eller utsätta sig för risker eller brottslighet.¹²⁴ Däremot ställs det högre krav på att personer med särskild kunskap, erfarenhet eller utbildning inom sitt yrke inte utför gärningar som innefattar ett otillåtet risktagande.¹²⁵ Samtidigt kan inte en person som vidtar en riskfylld gärning som kräver viss kompetens freda sig från ansvar genom att hävda att hen saknade aktuell kompetens.¹²⁶

¹¹⁷ Asp m.fl. (2013) s. 150.

¹¹⁸ A.a, s. 139.

¹¹⁹ A.a, s. 149.

¹²⁰ A.a, s. 155.

¹²¹ A.a, s. 163.

¹²² A.a, s. 163.

¹²³ Asp m.fl. (2013) s. 156; jfr Jareborg (2001) s. 218; Strahl (1976) s. 171 f.

¹²⁴ Asp m.fl. (2013) s. 158 ff.; Jareborg (2001) s. 221 ff. – S.k. förtroendegrundsatsen.

¹²⁵ Jareborg (2001) s. 221. – S.k. övertagandegrundsatsen.

¹²⁶ Asp m.fl. (2013) s. 159.

Vid sidan av skapandet av aktsamhetsstandarder, tar domstolen även hänsyn till gärningspersonens sociala roll och allmänna kapacitet, samt yttre omständigheter som omger gärningen. Vissa risktaganden betraktas som tillåtna under förutsättningen att gärningen utförs i enlighet med gällande regler, råd och anvisningar, som exempelvis ingripanden av läkare och annan sjukvårdspersonal, organiserad sportutövning m.m.¹²⁷ Anledningen härtill är att vissa socialt nyttiga- och önskvärda verksamheter måste få bedrivas även om de kan innefatta risktaganden.¹²⁸ Ett tillåtet risktagande kallas då för socialadekvat och kommer förklaras närmre under avsnitt 3.3.

Ett risktagande är tillåtet under förutsättningen att rimliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder vidtas som kan anses krävas från samhällelig synpunkt.¹²⁹ Om skyddsåtgärder vidtas före, eller under tiden som den kontrollerade gärningen utförs kan risken även minimeras, begränsas eller helt undanröjas. Beträffande speciellt farliga verksamheter krävs regelmässigt att de deltagande frivilligt godtagit att utsättas för vissa risker.¹³⁰

Otillåtet risktagande som är relevant för följden

Bedömningen av om ett otillåtet risktagande är relevant för följden utgår från den kontext som den konkreta gärningen utspelade sig i. Därtill måste en avvägning göras av hur små risker som ska inkluderas för att avgöra om den oaktsamma gärningen orsakat följden.¹³¹ Även tidsaspekten har betydelse för bedömningen av om följden orsakats av gärningen. Ett orsakande får inte vara alltför avlägset och innebära exempelvis att en gärningsperson som misshandlat en annan person, i stället döms för mord för att misshandeln i sin tur resulterat i en psykisk skada som gjort att personen tagit livet av sig.¹³²

¹²⁷ Asp m.fl. (2013) s. 157.

¹²⁸ A.a, s. 160.

¹²⁹ A.a, s. 160.

¹³⁰ A.a, s. 151.

¹³¹ A.a, s. 166.

¹³² A.a, s. 167.

2.2.1.2 Ansvarsfrihetsgrunder

Brottsbalkens allmänna ansvarsfrihetsgrunder regleras i 24 kap. BrB och tillämpas när rekvisiten för gärningsculpa är uppfyllda, men gärningen ändå anses vara tillåten.¹³³ I denna uppsats kommer enbart ansvarsfrihetsgrunden ”samtycke” beröras eftersom det är den som är relevant för syftet om hur mycket skada en person kan samtycka till. Redogörelsen för ansvarsfrihetsgrunden samtycke görs i kapitel 3. Andra ansvarsfrihetsgrunder är nödvärn, nöd, laga befogenhet, förmans befallning och straffrättsvillfarelse.

2.2.2 Ansvarsrekvisit

Ansvarsrekvisitet handlar om gärningspersonens personliga skuldansvar. I svensk rätt tar det personliga ansvaret utgångspunkt i skuldprincipen som bygger på att gärningspersonen ska ha begått gärningen uppsåtligen eller av oaktsamhet för att kunna åläggas skuld. Skuldprincipen i sin tur kan härledas från konformitetsprincipen som innebär att det för straffrättsligt ansvar krävs att gärningspersonen har haft förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen. Om handlingen skett ofrivilligt, genom kroppsspasmer eller under ett medvetslöst tillstånd anses gärningspersonen inte ha haft förmåga att agera. Beträffande underlåtna handlingar kan situationen vara sådan att handlingarna är omöjliga att utföra för att gärningspersonen är paralyserad, saknar kroppsstyrka eller kunskap för att kunna utföra handlingen.¹³⁴ Avsaknad av förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen kan leda till uppsåtsbrist.¹³⁵

I lag har skuldformerna oaktsamhet eller uppsåt inte definierats, utan dessa har utformats i rättspraxis och doktrin.¹³⁶

¹³³ Holmqvist m.fl. (2020) s. 1.

¹³⁴ Asp m.fl. (2013) s. 272.

¹³⁵ A.a, s. 274.

¹³⁶ A.a, s. 269.

2.2.2.1 Uppsåt

Skuldformen ”uppsåt” innebär förenklat att gärningspersonen medvetet utfört en gärning och förstått innebörden av det hen gjort.¹³⁷ Kravet för medvetenheten är lågt ställd, vilket bland annat innebär att även berusade personer kan anses vara tillräckligt medvetna för att agera uppsåtligt.¹³⁸ Ett uppsåtligt agerande förutsätter inte att gärningspersonen varit medveten om samtliga tänkbara omständigheter och aktivt tänkt på dessa, utan det är tillräckligt att hen någon gång trott, blivit säker på eller misstänkt något och sedan inte har glömt detta.¹³⁹ För att gärningspersonen ska ha ansetts handla med uppsåt krävs det även att gärningspersonen haft uppsåt till de relevanta följderna som hen orsakat samt omständigheterna kring gärningen.¹⁴⁰

I svensk rätt finns det tre former av uppsåt: avsiktssuppsåt, insiktssuppsåt och likgiltighetsuppsåt. Avsiktssuppsåt innebär att gärningspersonen utfört gärningen i syfte att en viss följd ska inträffa,¹⁴¹ medan insiktssuppsåt innebär att gärningspersonen praktiskt taget är säker eller har en insikt om att en effekt kommer inträda, eller att en viss omständighet kommer föreligga som en följd av hens gärning.¹⁴² Likgiltighetsuppsåt utgör uppsåtets nedre gräns i förhållande till medveten oaktsamhet och innebär att gärningspersonen vid det konkreta gärningstillfället har insikt om de relevanta omständigheterna och följderna för brottsrekvisitet, men inte låter dessa utgöra skäl att avstå från gärningen.¹⁴³ Den likgiltighet som ska föreligga är således likgiltighet inför följdens inträde eller likgiltighet inför att de omständigheter som omger gärningen faktiskt föreligger.¹⁴⁴

Som huvudregel stadgar lagbestämmelserna ett okvalificerat uppsåt, vilket innebär att samtliga uppsåtsformer duger för ett straffrättsligt ansvar. Flera

¹³⁷ Asp. m.fl. (2013) s. 275.

¹³⁸ A.a, s. 275.

¹³⁹ A.a, s. 276.

¹⁴⁰ A.a, s. 286.

¹⁴¹ A.a, s. 287.

¹⁴² A.a, s. 289.

¹⁴³ A.a, s. 291; Se NJA 2004 s. 176.

¹⁴⁴ Asp m.fl. (2013) s. 292.

uppsåtsformer kan tillämpas för att uppfylla respektive rekvisit i en bestämmelse.¹⁴⁵

2.2.2.2 Oaktsamhet

Skuldformen ”oaktsamhet” innebär att gärningspersonen agerat utan full förståelse av innebörden i den företagna gärningen och dess konsekvenser, men att hen borde förstått innebörden.¹⁴⁶ Det finns två typer av oaktsamhet: medveten oaktsamhet och omedveten oaktsamhet.

Medveten oaktsamhet påminner om likgiltighetsuppsåtet, men skiljer sig i det avseendet att gärningspersonen inte är likgiltig inför följden vid medveten oaktsamhet. Däremot är gärningspersonen likgiltig inför risken.¹⁴⁷ Omedveten oaktsamhet däremot innebär att gärningspersonen haft skälig anledning att anta, eller borde förstått att en viss omständighet förelåg eller att en viss följd skulle inträffa. Den omedvetne oaktsammes agerande är inte lika klandervärt som den medvetne oaktsamme, eftersom hen enbart är likgiltig inför huruvida det *finns*¹⁴⁸ en risk.¹⁴⁹ Vid bedömningen om omedveten oaktsamhet förelegat undersöks det om gärningspersonen kunde ha gjort något för att komma till insikt, om gärningspersonen hade tillfälle och förmåga att komma till insikt och om det kan begäras av hen att hen skulle gjort det.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Asp. m.fl. (2013) s. 287.

¹⁴⁶ A.a, s. 274.

¹⁴⁷ A.a, s. 314.

¹⁴⁸ Egen kursivering.

¹⁴⁹ Asp m.fl. (2013) s. 315.

¹⁵⁰ A.a, s. 315.

2.3 Misshandel 3 kap. 5–6 §§ BrB

Misshandelsbrottet regleras i 3 kap. 5–6 §§ BrB. För straffansvar krävs det att någon tillfogat en annan person kroppsskada, sjukdom eller smärta, eller försatt personen i vanmakt eller ett annat sådant tillstånd.¹⁵¹ Rekviritet ”tillfoga” är öppet utformat, innebärande att misshandel kan utföras på flera olika sätt och ändå klassificeras som misshandel.¹⁵² Det kan utföras genom fysiska angrepp med hjälp av kroppen, vapen eller tillhyggen eller genom exempelvis förgiftning.¹⁵³ Även underlåtenhet kan föranleda straffansvar, under förutsättning att personen haft en skyldighet att handla. Personen måste således ha befunnit sig i en garantställning.¹⁵⁴

I förarbeten och doktrin har rekviritens innebörd förklarats närmre.¹⁵⁵ Med *kroppsskada* avses typiska skador som sår, svullnader, benbrott men även olika funktionsrubbingar som exempelvis försämrad, syn-, hörsel- eller rörelseförmåga.¹⁵⁶ Även tatuering och avlägsnande av kroppshår kan utgöra kroppsskador.¹⁵⁷ Med *sjukdom* avses fysisk- och psykisk sjukdom, psykisk invaliditet samt psykiskt lidande som medför en medicinskt påvisbar effekt, som exempelvis psykisk chock eller ångestneuros.¹⁵⁸ Hastigt övergående illamående omfattas inte.¹⁵⁹ Med *smärta* avses fysiskt lidande som inte är alltför obetydligt eller snabbt övergående.¹⁶⁰ Med *vanmakt* menas att en person befinner sig i en situation där hen saknar kroppslig kontroll, som exempelvis vid sömn, medvetslöshet eller total berusning av narkotika eller alkohol.¹⁶¹ Att tejpa fast någon med silver- och

¹⁵¹ Se 3 kap. 5 § BrB.

¹⁵² Jfr. Jareborg m.fl. (2015) s. 28.

¹⁵³ Prop. 1987/88:14 s. 17; SOU 1953:14 s. 135.

¹⁵⁴ Garantställning kan föreligga när någon har en skyldighet att avvärja risker som hotar någon eller något som personen har ansvar för att skydda. Exempelvis, föräldrar, styvföräldrar och barn, badvakt och badgäster; jfr NJA 2013 s. 588 om styvföräldrars garantansvar.

¹⁵⁵ Prop. 1987/88:14; Jareborg m.fl. (2015).

¹⁵⁶ Prop. 1987/88:14 s. 17.

¹⁵⁷ Jareborg m.fl. (2015) s. 28; jfr. SOU 1953:14 s. 134.

¹⁵⁸ Prop. 1987/88:14 s. 17; jfr. Jareborg m.fl. (2015) s. 28.

¹⁵⁹ SOU 1953:14 s. 134.

¹⁶⁰ Jfr även med SOU 1953:14 s. 135.

¹⁶¹ Jareborg m.fl. (2015) s. 29.

eltejp har i rättspraxis ansetts utgöra vanmakt.¹⁶² Med ett *annat sådant tillstånd* avses hel- eller delvis förlamning eller bedövning som kan uppkomma genom användning av exempelvis pepparspray eller tårgas.¹⁶³

Misshandelsbrottet delas in i fyra svårhetsgrader: ringa misshandel, misshandel av normalgraden, grov misshandel och synnerligen grov misshandel. Gränsdragningen mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden kan göras med utgångspunkt i den skada eller smärta som misshandeln lett till.¹⁶⁴ Många gånger bedöms slag med öppen hand som orsakat smärta eller rodnad som ringa misshandel,¹⁶⁵ men beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan även ett slag med öppen hand bedömas som misshandel av normalgraden. År 2010 infördes en särskild straffskala för misshandel som är synnerligen grov,¹⁶⁶ men det var inte förrän år 2017 som brottsbeteckningen “synnerligen grov misshandel” infördes.¹⁶⁷ Samtidigt höjdes minimistraffet för grov misshandel från fängelse i ett år till fängelse i ett år och sex månader. I förarbeten har det uttryckts att höjningen inte avsåg att ändra gränsdragningen mellan misshandel av normalgraden och grov misshandel.¹⁶⁸

¹⁶² NJA 2013 s. 397.

¹⁶³ Prop. 1987/88:14 s. 17; jfr. Jareborg m.fl. (2015) s. 29.

¹⁶⁴ NJA 2017 s. 1129.

¹⁶⁵ NJA 1999 s. 286; NJA 2003 s. 537; NJA 2017 s. 1129.

¹⁶⁶ Prop. 2009/10:147.

¹⁶⁷ Prop. 2016/17:108 s. 34.

¹⁶⁸ Prop. 2016/17:108 s. 51.

3 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund

Det ansvarsbefriande samtycket regleras i 24 kap. 7 § BrB. Eftersom syftet med uppsatsen delvis är att klargöra hur mycket våld en person kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke till inom BDSM-utövning, kommer följande redogörelse för ansvarsfrihetsgrunden samtycke enbart inbegripa redogörelser för samtycke i förhållande till tillfogande av kroppsskada, och inte rekvisiten om ”kränkning” eller ”fara”.

3.1 Förarbeten till 24 kap. 7 § BrB

Samtycke som ansvarsfrihetsgrund har länge i svensk rätt ansetts utgöra en oskriven regel.¹⁶⁹ Det bakomliggande motivet till att samtycket betraktas som ansvarsbefriande, är att var och en anses ha rätt att inom vissa gränser själv bestämma över sina egna intressen, och att staten inte har någon anledning att skydda en individs intressen om hen avstått från detta genom att ge sitt samtycke.¹⁷⁰

Vid införandet av brottsbalken uttalade straffrättskommittén att samtycke kan verka ansvarsbefriande i förhållande till misshandel av lindrigare beskaffenhet, förutsatt att en bedömning av gärningens art, bevekelsegrunder och omständigheter i övrigt görs.¹⁷¹ Med stöd av allmänna överväganden ansågs däremot inte samtycke kunna ha en ansvarsbefriande verkan vid allvarigare misshandel, dråp eller mord.¹⁷² Straffrättskommitténs förslag ledde dock inte fram till lagstiftning, utan det var först genom fängelsestraffkommitténs betänkande ”SOU 1988:7” som grogrunden till 24 kap.7 § BrB skapades.

¹⁶⁹ Jfr. SOU 1988:7 s. 99.

¹⁷⁰ SOU 1988:7 s. 99.

¹⁷¹ SOU 1953:14 s. 144.

¹⁷² SOU 1953:14 s. 144.

Den 1 juli 1994 infördes samtycke som ansvarsfrihetsgrund i 24 kap. 7 § BrB. Implementeringen motiverades av legalitets- och effektivitetsskäl där det bland annat diskuterades behovet av en uttrycklig bestämmelse om samtycke som kunde underlätta domstolarnas bedömning av komplicerade samtyckesfrågor och därmed ge säkrare avgöranden.¹⁷³ Bestämmelsen har störst betydelse vid brott mot person och speciellt vid angrepp på den kroppsliga integriteten.¹⁷⁴ Vidare poängterades vikten av att straffrättsliga problem löses enligt uttryckliga bestämmelser i lagen, för att undvika att agera i strid med legalitetsprincipen, konformitetsprincipen och förutsebarhetsprincipen.¹⁷⁵ I sammanhanget medgavs dock att en lagreglering inte kan undanröja samtliga oklarheter beträffande samtyckets ansvarsbefriande verkan och att det därför slutligen är domstolarnas prövning av gränsdragningen för ansvarsfriheten som klargör rättsläget.¹⁷⁶

¹⁷³ Prop. 1993/94:130 s. 38.

¹⁷⁴ Prop. 1993/94:130 s. 38; Asp m.fl. (2013) s. 231.

¹⁷⁵ Prop. 1993/94:130 s. 41.

¹⁷⁶ Prop. 1993/94:130 s. 42.

3.2 Det ansvarsbefriande samtycket i 24 kap. 7 § BrB

Det ansvarsbefriande samtycket regleras i 24 kap. 7 § BrB och lyder som följer:

”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.”¹⁷⁷

3.2.1 Förutsättningar för ett giltigt samtycke

Ett samtycke är endast ansvarsbefriande om det är giltigt. För att ett samtycke ska vara giltigt krävs det att:

- den som berörs av gärningen har samtyckt till den,
- samtycket har lämnats före eller senast vid gärningens företagande och omfattat hela gärningen,
- samtycket har lämnats av ett subjekt som är behörigt att förfoga över intresset som gärningen skyddar,
- subjektet måste förstått innebörden av gärningen hen samtyckt till och varit allvarligt menat,¹⁷⁸
- samtycket måste ha lämnats frivilligt och med insikt i relevanta förhållanden.

Tidsmässigt måste ett samtycke förelegat när den aktuella gärningen företogs och sedan föreligga under hela gärningsförloppet.¹⁷⁹ Däremot saknas formkrav för hur samtycket ska uttryckas. Samtycket behöver inte manifesterats för omvärlden utan även ett tyst, inre samtycke omfattas.¹⁸⁰ Därtill kan ett samtycke alltid återtas eller frånträdas och det kan göras uttryckligen eller genom konkludent handlande.¹⁸¹

¹⁷⁷ Se 24 kap. 7 § BrB.

¹⁷⁸ Asp m.fl. (2013) s. 229 – Ett samtycke givet som ett skämt är inte giltigt; jfr. SOU 1988:7 s. 106.

¹⁷⁹ SOU 1988:7 s. 106.

¹⁸⁰ Holmqvist m.fl. (2020) s. 2; jfr. NJA 2018 s. 512 I.

¹⁸¹ SOU 1988:7 s. 107.

3.2.2 Olika former av samtycken

Utöver ovanstående förutsättningar för ett giltigt samtycke har det i förarbetena och i lagkommentarer till 24 kap. 7 § BrB redogjorts för två olika former av samtycken: hypotetiska- och putativa samtycken.

Ett hypotetiskt samtycke är en form av ett presumerat samtycke och innebär att ett samtycke till en åtgärd inte rent faktiskt lämnats, men där ett samtycke ändå ansetts föreligga eftersom det presumeras att personen i fråga hade lämnat sitt samtycke om hen fått möjlighet att ta ställning i frågan.¹⁸²

Huruvida ett hypotetiskt samtycke anses ha en ansvarsbefriande verkan, råder det delade meningar om både i doktrin och praxis.¹⁸³ Agge menar att hypotetiska samtycken, till skillnad från tysta samtycken, inte utgör verkliga ställningstaganden.¹⁸⁴ Av samma åsikt är Asp m.fl. som uttrycker att ett hypotetiskt samtycke inte kan anses likvärdigt med ett faktiskt samtycke.

Vidare menar de att en acceptans av hypotetiska samtycken som ansvarsbefriande skulle kunna medföra problem inom rättsväsendet eftersom gärningspersonen troligtvis ofta hade lämnat invändningar om bristande uppsåt, och att detta i sin tur skulle vara svårt att vederlägga.¹⁸⁵ För de som accepterar hypotetiska samtycken anförs ofta att dessa behövs i det dagliga livet och att det under vissa omständigheter kan vara nödvändigt och försvarligt att göra små intrång i en enskilds rättssfär. Som exempel anges bagatellartade fall som lån av grannens bil, socker, smör eller bensin.¹⁸⁶ Samtidigt har både straffrättsutredningen och regeringen i förarbeten till 24 kap. 7 § BrB påtalat att bestämmelsen inte omfattar hypotetiska samtycken och att ett samtycke rent faktiskt måste ha förelegat

¹⁸² Prop. 1993/94:130 s. 39–41.

¹⁸³ Jfr. NJA 1946 B 1403 – Hypotetiskt samtycke accepteras. Köpte radio i stället för bil. NJA 1957 s. 337 – Hypotetiskt samtycke godtogs ej. Värnpliktig lånade tjänstefordon utan att fråga.

¹⁸⁴ Agge (1964) s. 424 f.

¹⁸⁵ Asp m.fl. (2013) s. 236; SOU 1988:7 s. 121.

¹⁸⁶ SOU 1988:7 s. 109; jfr. Strahl (1976) s. 382.

för att vara ansvarsfriande.¹⁸⁷ En likartad uppfattning har uttryckts i uppdaterade lagkommentarer till 24 kap. 7 § BrB.¹⁸⁸

Med putativa samtycken avses sådana samtycken där den mot vilken samtycket riktats mot varit i faktisk villfarelse om att ett samtycke lämnats eller ej. En gärningsperson som felaktigt trott att ett samtycke lämnats kan undgå straffansvar på den grunden att gärningspersonen saknat uppsåt till att ett rättsligt relevant samtycke inte förelegat.¹⁸⁹

3.2.3 Försvarylighetsbedömningen

Av ordalydelsen i 24 kap. 7 § BrB utläses en försvarylighetsbedömning. Försvarylighetsbedömningen utgör en kodifiering av vad som tidigare ansetts vara gällande rätt.¹⁹⁰ Försvarylighetsbedömningen innebär att en gärning som någon begår med samtycke från den som gärningen riktas mot, utgör ett brott endast om gärningen med hänsyn till dess skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter är oförsvarlig.¹⁹¹ Försvarylighetsbedömningen blir främst aktuell vid allvarigare våldsbrott som misshandel av normalgraden, orsakande av dödsfall inom sjukvård, samt vid lek och sport. Vid orsakande av dödsfall inom sjukvård samt vid lek och sport måste en annorlunda gränsdragning av försvaryligheten göras.¹⁹² Detta berörs närmre under avsnitt 3.3 om social adekvans.

I förarbeten till 24 kap. 7 § BrB förklaras det att doktrin har godtagits som förklaringsmodell av försvarylighetsbedömningen.¹⁹³ Enligt doktrin bör försvarylighetsbedömningen inrikta sig på skadans art, faran för ytterligare skada, gärningspersonens syfte och gärningens sociala värde. Asp m.fl, menar att det finns särskild anledning att lägga vikt vid skadans art, för att

¹⁸⁷ Prop. 1993/94:130 s. 42; SOU 1988:7 s. 122.

¹⁸⁸ Holmqvist m.fl. (2020) s. 4. Holmqvist menar att det vid hypotetiska samtycken enbart föreligger en hypotes om ett faktiskt godtagande medan det föreligger ett faktiskt godtagande vid ett tyst samtycke.

¹⁸⁹ Zila (2020) kommentaren till 24 kap. 7 § BrB.

¹⁹⁰ Prop. 1993/94:130 s. 42.

¹⁹¹ 24 kap. 7 § BrB.

¹⁹² Holmqvist m.fl. (2020) s. 7.

¹⁹³ SOU 1988:7 s. 99; prop. 1993/94:130 s. 37; jfr. Jareborg (2001) s. 287.

skapa några klara gränser.¹⁹⁴ Samtidigt uttrycker de att det inte kan finnas ett sådant beaktansvärt intresse för en gärning som innebär grov misshandel och som medför att gärningen är ansvarsbefriande. Skadans art är således betydelselös för bedömningen av om ett samtycke till grov misshandel är ansvarsbefriande.¹⁹⁵ År 2018 fastslog HD i NJA 2018 s. 591 att försvarlighetsbedömningen ska utgå ifrån om gärningen från samhällelig synpunkt är försvarlig.¹⁹⁶

Beträffande rekvisitet ”skada” dras gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan vid uppsåtligt tillfogande av skada mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden.¹⁹⁷ Normalt sett är det inte straffbart att med någons samtycke tillfoga denna smärta eller ringa kroppsskada.¹⁹⁸ Däremot föranleder i regel inte samtycke av misshandel till normalgraden ansvarsfrihet¹⁹⁹ och enligt förarbeten är bestämmelsen heller inte avsedd att tillämpas på samtycke till grov misshandel²⁰⁰, eller mord, vilket är ett ställningstagande som fortfarande står fast i doktrin, förarbeten och rättspraxis.²⁰¹ Motivet bakom samtyckesgränsen har i förarbeten uttalats som en avvägning mellan respekten för människolivet och en individs självbestämmanderätt, varpå respekten för människolivet ansetts stå högre.²⁰² Av förarbetena framgår det dock att en absolut gränsdragning inte kan göras och att domstolarna i vissa fall kan ges utrymme att gå längre än till den övre gränsen för ringa misshandel.²⁰³ Det förutsätter emellertid att misshandeln med hänsyn till samtliga omständigheter, förutom att samtycke förelåg, ändå hade bedömts som ringa.²⁰⁴ Trots det sagda framhåller samma

¹⁹⁴ Asp m.fl. (2013) s. 233; Jareborg (2001) s. 288.

¹⁹⁵ Asp m.fl. (2013) s. 233.

¹⁹⁶ NJA 2018 s. 591 p. 7.

¹⁹⁷ Prop. 1993/94:130 s. 37; SOU 1988:7 s. 123; jfr. Jareborg (2001) s. 288; jfr. NJA 2018 s. 512 I p. 14.

¹⁹⁸ Prop. 1993/94:130 s. 38.

¹⁹⁹ Holmqvist m.fl. (2020) s. 5; jfr. NJA 2018 s. 512 I; Se SOU 1988:7 s. 122–123.

²⁰⁰ Prop. 1993/94:130 s. 37; jfr. SOU 1988:7 s. 101.

²⁰¹ Holmqvist m.fl. (2020) s. 5; Prop. 1993/94:130 s. 43; Asp m.fl. (2013) s. 233.

²⁰² SOU 1988:7 s. 99.

²⁰³ Prop. 1993/94:130 s. 43.

²⁰⁴ Prop. 1993/94:130 s. 38; jfr. NJA 2018 s. 512 I p. 40. Överenskommet slagsmål ansågs inte utgöra ett godtagbart syfte. Att misshandeln ej var ringa föranledde att ett ansvarsbefriande samtycke inte kunde ges.

förarbeten att även gärningar som, förutom att samtycke förelåg, utgör misshandel av normalgraden kan föranleda ansvarsfrihet om de omständigheter som talar för ansvarsfrihet är särskilt starka. I bedömningen av omständigheternas styrka tas hänsyn speciellt till gärningens syfte, men även till om gärningen precis överstigit ringa graden.²⁰⁵ I doktrin har ett liknande tankesätt anförts om att gärningens syfte särskilt bör beaktas i försvarlighetsbedömningen när den tillfogade skadan är mer än ringa.²⁰⁶ I doktrin talas det även om att särskild vikt bör tas till hur plausibelt det är att den samtyckande ångrar sig.²⁰⁷

Enligt ett relativt nytt avgörande från HD framstår det som att gärningens godtagbara syfte vid samtycke till misshandel av normalgraden fortfarande är relevant för ansvarsfrihetsbedömningen.²⁰⁸ Därtill uppger HD i ett senare rättsfall, NJA 2018 s. 591, att den i förarbetena diskuterade gränsdragningen av samtyckets ansvarsbefriande verkan vid tillfogande av kroppsskada enbart utgör en tumregel, och att även gärningar som bedöms som misshandel av normalgraden och som den drabbade samtyckt till kan vara tillåtna. Det beror dock på omständigheterna i det enskilda fallet.²⁰⁹

HD:s nuvarande resonemang är emellertid inte helt nytt. Redan i straffrättskommitténs betänkande år 1953 om ”förslag till brottsbalk” uttrycktes det att ansvarsfrihet kan förekomma vid skada som är så svår att den betraktas som misshandel av normalgraden, om syftet med gärningen varit godtagbart från allmän synpunkt. En bedömning görs med hänsyn till gärningens art, bevekelsegrunder och omständigheter i övrigt.²¹⁰ I ett senare betänkande från fängelsestraffkommittén, beträffande bestämmandet av gränsen för ansvarsbefriande samtycke till kroppsskada, resoneras det kring att en lämplig intresseavvägning bör företas mellan individens berättigade intresse av självbestämmande över sin kropp och samhällets krav att etiskt

²⁰⁵ Prop. 1993/94:130 s. 73.

²⁰⁶ Jareborg (2001) s. 288.

²⁰⁷ Asp m.fl. (2013) s. 234; Jareborg (2001) s. 288–289.

²⁰⁸ NJA 2018 s. 512 I p. 14.

²⁰⁹ NJA 2018 s. 591, p 8; jfr. Ågren (2018) s. 406.

²¹⁰ SOU 1953:14 s. 146; SOU 1988:7 s. 123.

oförsvarbara gärningar inte straffritt ska få förekomma.²¹¹

Intresseavvägningen är dock inget som tagits upp i den senaste propositionen till 24 kap. 7 § BrB.

Speciellt beträffande sadomasochism har både doktrin och förarbeten angivit att det vid samtyckande till uppsåtligt tillfogad kroppsskada som sadism eller masochism, är oväsentligt för samtyckets ansvarsbefriande verkan att gärningen är svår att försvara ur etisk vinkel, att gärningen är etiskt berättigad eller att gärningen är värdefull i någon mening.²¹²

Avslutningsvis kan det tilläggas att varken förarbeten²¹³, doktrin²¹⁴ eller lexinokommentarer²¹⁵ ger exempel på vad som inbegrips i rekvisitet ”övriga omständigheter”. I viss mån kan det utläsas att en bedömning ska göras av omständigheterna i det särskilda fallet.²¹⁶

3.3 Social adekvans

Det finns en oskriven undantagsregel om social adekvans som utgör ett komplement till de angivna ansvarsfrihetsgrunderna i 24 kap. BrB, och används när dessa inte längre kan förklara tillåtligheten av en gärning eller när tillåtligheten inte kan förklaras med stöd av vedertagna tolkningsprinciper. Utfallet blir att en annars otillåten gärning betraktas som tillåten, trots att det inte finns någon hänvisning till vedertagna tolkningsmetoder eller skrivna undantagsregler.²¹⁷ Gemensamt för undantagsfallen är att det finns ett *samhälleligt intresse* av att gärningen ska vara tillåten.²¹⁸ Ofta benämns undantagsfallen gemensamt som en ”lära om social adekvans”.

²¹¹ SOU 1988:7 s. 122.

²¹² Asp m.fl. (2013) s. 234; SOU 1988:7 s. 101.

²¹³ Prop. 1993:94/130; SOU 1988:7.

²¹⁴ Jareborg (2001) s. 287.

²¹⁵ Zila (2020) kommentaren till 24 kap. 7 § BrB.

²¹⁶ SOU 1953:14 s. 146.

²¹⁷ Ågren (2018) s. 407; NJA 2018 s. 591 p. 14; NJA 2018 s. 1051 p. 13; NJA 1997 s. 636; NJA 2009 s. 776; NJA 2014 s. 808 p. 24; SOU 1988:7 s. 130 ff.

²¹⁸ NJA 2018 s. 591 p. 10.

Läran om social adekvans baseras på allmänna överväganden om vad som från en *samhällelig synpunkt kan vara önskvärt eller tolerabelt*.²¹⁹ Hur denna intresseavvägning ska hanteras har varken lagstiftaren eller HD tagit ställning till och därför förespråkas det både i doktrin och rättspraxis att social adekvans bör tillämpas med viss restriktivitet för att undvika godtycklig tillämpning.²²⁰

I svensk rätt omnämns Strahl som den som först använde begreppet social adekvans. Strahl uttryckte att straffbud ska läsas på ett sätt som gör att all dagliga och oskyldiga gärningar inte omfattas.²²¹ Senare har även Jareborg beskrivit social adekvans som en beteckning på oskrivna undantagsregler som begränsar straffansvaret. Han påpekar att social adekvans är en *juridisk slutsats* att brott inte ska anses föreligga, som man kan komma fram till genom flera argument. Social adekvans är inte ett argument i sig för att brott inte ska anses föreligga.²²² Vidare påpekar han att begreppet social adekvans fungerar som en säkerhetsventil när en gärning inte kan anses vara ansvarsbefriande enligt givna rättsregler, men där det framstår som orimligt att ett straffrättsligt ingripande ska göras.²²³ I bedömningen av vad som framstår som ett orimligt straffrättsligt ingripande har gärningens syfte särskild betydelse.²²⁴

Inom hälso- och sjukvård och lek och idrott företas ofta gärningar som uppfyller rekvisiten för exempelvis misshandel och ofredande,²²⁵ men som ändå bedöms vara ansvarsbefriande med stöd av social adekvans.²²⁶ Beträffande idrottsutövning har det i förarbeten uttryckts att en deltagare som utgångspunkt inte bör åläggas straffansvar om hen följt den aktuella sportens regelverk som har karaktär av säkerhetsföreskrifter. Samtidigt

²¹⁹ NJA 2018 s. 591 p. 11.

²²⁰ NJA 2018 s. 591 p. 11; jfr. NJA 2018 s. 1051 p. 14.

²²¹ Strahl (1976) s. 408; jfr Svensson (2016) s. 402.

²²² Jareborg (2001) s. 291.

²²³ Jareborg (2001) s. 291; jfr med NJA 2014 s. 808.

²²⁴ NJA 2014 s. 808 p. 24.

²²⁵ Exempelvis operationer, fotboll och rugby.

²²⁶ Jareborg (2001) s. 290.

medges det att det finns somliga sporter som bedrivs på ett sådant sätt att förorsakande av personskador blir oundvikliga, som exempelvis inom olika sporter med kroppskontakt och kampsporter.²²⁷ I boxning utgör uppsåtlig misshandel till och med den centrala delen av sporten. Under förutsättning att deltagandet varit frivilligt och att det finns en acceptabel säkerhetsnivå för deltagarna, har lagstiftaren ansett verksamheten vara tillåten för att värna om den allsidiga motionen och de sociala värden som kännetecknar kampsportsutövning.²²⁸

Generellt vid sportutövning anses det frivilliga deltagandet i sporten utgöra ett tecken på att personen är medveten om skaderisken, samt att hen måste anses ha samtyckt till våldsanvändning inom spelets regler.²²⁹ Däremot innebär inte det frivilliga deltagandet att personen generellt godtar varje skada i det enskilda fallet.²³⁰ I stället kan ansvarsfrihet i sådana situationer där samtycket inte kan läggas till grund för ansvarsfriheten följa av att vissa regelöverträdelser betraktas som allmänt godtagna i samhället.²³¹

Anledningen till att idrottsutövning kan vara ansvarsbefriande med stöd av läran om social adekvans är för att idrott anses innebära *samhällsnytta*. Enligt Malmsten utgör idrottens hälsofrämjande effekter och dess förmåga att genom sitt normsystem styra mänsklig samlevnad ett stort allmänintresse.²³² Han menar vidare att det är effekterna av idrottsutövning som legitimerar de brottsliga gärningarna, inte idrottsutövningen i sig. De nyttoeffekter som idrottsutövning medför har således bedömts vara viktigare att värna om än skydd av individens personliga integritet.²³³ Huruvida en verksamhet innebär ”samhällsnytta” har inte tydligt preciserats i något avgörande från HD. Ågren har föreslagit att statistiska uppgifter om verksamheten kan utgöra eventuella faktorer som kan bidra till

²²⁷ Prop. 1993/94:130 s. 40.

²²⁸ Prop. 2005/06:147 s. 16; Ågren (2018) s. 404 ff.; Ågren (2021) s. 138.

²²⁹ Jareborg (2001) s. 295; jfr. RH 2012:56 – Slag med innebandyklubba på motspelares bröst. Hänsyn togs till att slaget orsakat lindrig skada samt att den som deltar i sport som innebandy måste ha viss beredskap för att skador som blåmärken kan uppstå.

²³⁰ Prop. 1993/94:130 s. 40.

²³¹ Prop. 1993/94:130 s. 41.

²³² Malmsten (1997) s. 248.

²³³ A.a, s. 248.

bedömningen, som exempelvis om verksamheten får ekonomiskt stöd från kommun, vilket värde verksamheten har för folkhälsan, bildning, fostran och dess sociala betydelse för deltagarna.²³⁴

I doktrin och rättspraxis har det argumenterats för att våldsgärningar som är oförenliga med spelets regler, men samtidigt förenliga med *spelets idé*, inte behöver samtyckas till av den som utsätts för våldet.²³⁵ Ett liknande resonemang förs av HD i NJA 2018 s. 591, där frågan om social adekvans inom ishockey hanteras, men även frågan om social adekvans i allmänhet. I målet uttrycker HD att gärningar som visserligen inte är tillåtna med stöd av deltagarnas samtycke, men som sker inom *spelets ramar*, anses som tillåtna.²³⁶ Huruvida gärningarna är tillåtna ska grundas på en undantagsregel som utformats för idrottslig verksamhet och som baseras på att det finns ett samhälleligt intresse av idrottsutövning.²³⁷ Exakt vilka gärningar som anses vara inom *spelets ramar* har förklarats av HD som gärningar som är ”naturliga och därmed påräkneliga”.²³⁸ Däremot förklarar HD inte vilka kriterier som ska användas för att avgöra när en gärning är naturligt förbunden med idrottsaktiviteten.²³⁹ I vart fall poängterar HD att uppsåtligt orsakande av allvarlig skada aldrig kan anses ligga inom *spelets ramar*.²⁴⁰

Vidare fortsätter HD resonera kring hur handlingar företagna utan direkt koppling till spelet ska betraktas. HD påtalar att somliga handlingar som företas utan direkt koppling till spelet kan vara tillåtna, men att gränserna för tillåtligheten måste sättas snävare när det inte finns någon direkt koppling till spelet.²⁴¹ Även situationer där ett föregående samtycke inte har

²³⁴ Ågren (2021) s. 117.

²³⁵ Jareborg (2001) s. 295; RH 2011:62 – Allvarlig våldsutövning under fotbollsmatch ägde rum på annan del av planen än där spelet ägde rum. Ansågs inte vara ett led i spelet ”fotboll” samt saknade relation till fotbollens idé.

²³⁶ NJA 2018 s. 591 p. 19.

²³⁷ NJA 2018 s. 591 p. 19.

²³⁸ NJA 2018 s. 591 p. 19; jfr. Malmsten (1997) s. 248.

²³⁹ Ågren (2018) s. 412.

²⁴⁰ NJA 2018 s. 591 p. 24.

²⁴¹ NJA 2018 s. 591 p. 20–22.

förelegat kan betraktas som tillåtna. Som exempel anges situationen där någon vidtar en handling mot någon som är på väg till avbytarbänken. HD diskuterar emellertid inte vad ”utan direkt koppling till spelet”²⁴² innebär. Beträffande oorganiserat idrottsutövande är HD dock mer beskrivande. HD uttrycker att oorganiserat idrottsutövande måste ha ett snävare utrymme för det tillåtna eftersom det saknas regelverk, en domarfunktion och i övrigt godtagbara system för att hantera regelöverträdelser.²⁴³

Likt förarbeten är HD även av åsikten att läran om social adekvans bör användas som en ansvarsfrihetsgrund när ansvarsfrihet inte kan motiveras på något annat sätt genom exempelvis tillämpning av ansvarsfrihetsgrunderna i 24 kap BrB, uttalanden i förarbetena, av normskyddsskäl eller genom användning av vedertagna tolkningsmetoder.²⁴⁴ HD poängterar dock att social adekvans även kan diskuteras som ett skäl för att reducera tillämpningsområdet för en viss straffbestämmelse.²⁴⁵

I rättsfallet kommenterar även HD samtyckets relation till social adekvans. HD anför att social adekvans inte kan bedömas separat när ansvarsfrihetsgrunden samtycke är inblandad, eftersom försvarlighetsbedömningen vid samtycket påverkas av att en verksamhet har ett visst samhällligt värde som bör tolereras från samhälllig synpunkt.²⁴⁶ För en gärning eller verksamhet som har ett samhällligt värde, kan gränsen dras högre för vad som inte är oförsvarligt.²⁴⁷ Med andra ord kan gränsen för vad som anses försvarligt sättas lägre. Som exempel nämns frivilligt deltagande i idrott.²⁴⁸ Eftersom HD inte utformat några bedömningsgrunder för när en gärning från samhälllig synpunkt kan anses som straffrättsligt tolerabel²⁴⁹, har det i doktrin diskuterats om bedömningen av en gärnings

²⁴² NJA 2018 s. 591 p. 20–22.

²⁴³ NJA 2018 s. 591 p. 23.

²⁴⁴ Jfr. med NJA 2018 s. 591 p. 11–12.

²⁴⁵ NJA 2018 s. 591 p. 13.

²⁴⁶ NJA 2018 s. 591 p. 14–15.

²⁴⁷ NJA 2018 s. 591 p. 15.

²⁴⁸ NJA 2018 s. 591 p. 15.

²⁴⁹ Ågren (2018) s. 413.

tillåtlighet vid idrottsutövning också bör väga in om gärningen är vanligt förekommande inom sporten, starkt förknippad med sporten, eller har stöd i skick och bruk inom sporten.²⁵⁰

Även om HD:s ovan nämnda avgörande berör ishockey, anser Ågren att de skäl som nedtecknats för att bedöma tillåtlighet av idrott också bör utgöra utgångspunkt för vad som sagts om liknande verksamhet, som lek.²⁵¹ I förarbeten och doktrin förtydligas inte närmre vad som menas med begreppet ”lek”. Enligt Riksidrottsförbundet anses rörelse, fysisk aktivitet och träning vara synonymt med idrott.²⁵² Enligt nationalencyklopedin definieras lek som en verksamhet som alltid innefattar inslag av föreställande, varpå bland annat ”vuxnas sällskapliga nöjen”²⁵³ omfattats av begreppet.²⁵⁴ Även SAOB förklarar att lek är avsett att bereda nöje och förströelse, både bland barn och mellan vuxna.²⁵⁵ Eftersom straffrättslig doktrin och förarbeten i frågor om ansvarsfrihet refererar till idrott och lek tillsammans, anser Ågren att det finns en möjlighet att begreppet lek ska förstås på samma sätt som det definieras i allmänhet.²⁵⁶ Däremot finns det skäl att sätta gränsen för godtagbart beteende lägre, dels eftersom det kan vara svårt att härleda ett uttryckligt regelverk till lekande, dels eftersom utövningen ofta förekommer oorganiserat och spontant.²⁵⁷

Enligt Ågren kvarstår oklarheter i huruvida social adekvans ska bedömas på brottsbeskrivningsenlighetsnivå eller som en rättfärdigande omständighet, eftersom HD ger stöd för båda slutsatserna.²⁵⁸ Slutsatsen att ett otillåtet risktagande anses tillåtet är dock densamma oavsett vart läran placeras inom brottsbegreppet. Den enda skillnaden är att det finns vägledande

²⁵⁰ Ågren (2018) s. 413.

²⁵¹ Ågren (2021) s. 150.

²⁵² Ågren (2021) s. 138.

²⁵³ Se Nationalencyklopedin, Sökord: *Lek*.

²⁵⁴ Se Nationalencyklopedin, Sökord: *Lek*; jfr. Ågren (2021) s. 139; Wegerstad (2012) s. 239 ff.

²⁵⁵ SAOB, Sökord: *Lek, leka*; Även varjehanda sällskapliga förströelser bland vuxna personer omfattas av begreppet.

²⁵⁶ Ågren (2021) s. 139.

²⁵⁷ Ågren (2021) s. 150; jfr. SOU 1988:7 s. 137 f; Jareborg (2001) s. 240.

²⁵⁸ Ågren (2021) s. 151.

utgångspunkter för vad som utgör ett tillåtet risktagande i gärningsculpabedömningen, men inte för social adekvans som rättfärdigande omständighet. Det blir en legitimitetsfråga.²⁵⁹

3.4 Diskussion

I följande avsnitt kommer olika forskare diskutera samtycket inom BDSM, för att skapa en djupare förståelse om vilken betydelse samtyckesgivande har inom BDSM. Därefter kommer det även diskuteras om gärningar företagna inom BDSM-utövning kan anses vara socialt adekvata. Av redogörelsen i avsnitt 1.3 framgår det att begreppet BDSM är mångfacetterat och komplext, vilket delvis beror på att personer som utövar praktiker inom BDSM inte nödvändigtvis benämner sig själva som BDSM-utövare och heller inte nödvändigtvis använder sig av begreppet ”BDSM” utan i stället begrepp som exempelvis rollspel, dominanssex eller hårt sex. Gemensamt för all BDSM-utövning är dock att samvaron är baserad på samtycke.

I avsnitt 3.4.1 och 3.4.2 kommer enbart olika forskares åsikter belysas och de slutsatser som dras av diskussionen kommer presenteras i uppsatsens avslutande kapitel.

3.4.1 BDSM och samtycke

Samtycke har en väsentlig och definierande roll vid BDSM-utövning.²⁶⁰ Det är samtycket som skiljer BDSM-utövning från olagligt våld. Parterna väljer att delta i aktiviteter/scener som de samtyckt till och har en ömsesidig förståelse om vad dessa aktiviteter innebär.²⁶¹ En scen föregås av noggrann planering och diskussion mellan parterna om vad som ska vara tillåtet i den aktuella scenen.²⁶² I diskussionen om samtycket kommer parterna överens

²⁵⁹ Ågren (2021) s. 151.

²⁶⁰ Se Langdridge & Barker (2013); Sagarin m.fl. (2009); Yost (2010); Pitagora (2013) s. 33.

²⁶¹ Pitagora (2013) s. 33.

²⁶² Cross & Matheson (2006) s. 154; Taylor & Ussher (2001) s. 298; Landgridge & Barker (2013) s. 298.

om ett stoppord som kan användas för att uttrycka att samtycket till aktiviteten har upphört.²⁶³ Stoppordet fungerar som ett bevis på att den undergivna alltid har kontroll över scenen i det avseende att hen alltid kan avbryta scenen.²⁶⁴ Säkerhetsordet ger en indikation på att det finns ett gemensamt språk och en gemensam förståelse före scenen, som föranleder klarhet om huruvida samtycke föreligger under hela BDSM-utövningen.²⁶⁵ Det är inte ovanligt att parterna utformar fysiska kontrakt om vad som blivit överenskommet.²⁶⁶

Möjligheten att avbryta sitt samtycke har sin grund i BDSM-praktikernas överhängande principer om SSC eller RACK.²⁶⁷ Flera författare understryker vikten av ständig kontroll av samtycke före-, under- och efter BDSM-utövning.²⁶⁸ En person som inte kommunicerar med sin partner samt agerar respektlöst när ett säkerhetsord uttryckts, ger en indikation på att det inte är verklig BDSM-utövning utan enbart ett missbruk av begreppet.²⁶⁹ Samtidigt finns det en paradox inom BDSM-utövning eftersom en väsentlig del av utövningen många gånger innefattar ett mål om att utmana gränserna, och att det är en del av spänningen att inte veta vad som kommer hända under en session. Som en lösning på det paradoxala problemet föreslås att gärningar som går utöver samtycket ska betraktas som en del av leken och därmed anses vara socialadekvata.²⁷⁰ Enligt Carlström och Wegerstad kan andra praktiker än de som diskuterats förekomma, eftersom det inte anses möjligt att samtycka till allt i förväg.²⁷¹ Även Taylor och Ussher²⁷² uttrycker att det för BDSM-utövare är allmänt förstått att en lyckad scen inkluderar att parterna testar varandras gränser, men tillägger samtidigt innebörden av att

²⁶³ Jozifkova (2013) s. 2.

²⁶⁴ Pitagora (2013) s. 29; jfr. Taylor & Ussher (2001) s. 298.

²⁶⁵ Bennett (2018) s. 8.

²⁶⁶ Harvard Law Journal (2014) s. 717.

²⁶⁷ Pitagora (2013) s. 30.

²⁶⁸ Cross & Matheson (2006); Taylor & Ussher (2001); Landgridge & Barker (2013); Bennett (2020).

²⁶⁹ Jozifkova (2013) s. 2.

²⁷⁰ Carlström (2016) s. 174.

²⁷¹ Carlström (2016) s. 175; Wegerstad (2012) s. 260.

²⁷² Taylor är biträdande direktör för en psykologiskola i Sussex och Ussher är docent på psykologihögskolan i Sydney.

en part avslutar sitt handlande om hen överträtt de överenskomna gränserna.²⁷³ En part som fortsätter BDSM-utövningen trots att ett stoppard använts eller ett återtagande av samtycket har blivit kommunicerat på något annat sätt begår ett våldsbrott. Eftersom samtycket är flytande och föränderligt uppstår en gråzon mellan vad som utgör ett för parterna ömsesidigt maktutbyte och vad som utgör osamtyckt tvång.²⁷⁴

Ett kontinuerligt samtyckesgivande under en pågående scen kan förmedlas av den undergivna genom reaktioner på den dominantens agerande, verbalt eller vokalt. Om den undergivna plötsligt blir tyst kan det leda till att dominanten avbryter den aktuella aktiviteten och om den undergivna ger ifrån sig högre läten vid en viss aktivitet kan det indikera att den dominante ska fortsätta med- eller intensifiera aktuell handling.²⁷⁵ Sociologi- och etnografiprofessorn Staci Newmahr trycker på innebörden av att olika signaler och reaktioner betyder olika mellan olika deltagare. Direkt kommunikation under scenen kan vara svår att föra, eftersom det blir svårt för den dominante att avgöra om den undergivnes kommunikation avser vad hen verkligen vill, eller vad hen vill i sin roll.²⁷⁶ Kontrollen av ett giltigt samtycke genomförs även efter scenen när deltagarna genomför så kallad ”aftercare” som innebär att den dominante kontrollerar att alla aktiviteter skett med den undergivnes samtycke, och möter den undergivnas behov genom att exempelvis krama, smeka och mysa med hen.²⁷⁷

I sammanhanget bör det förtydligas att SM-deltagare vanligtvis inte anser att de samtycker till våldsanvändning, och de beskriver vanligtvis heller inte sina lekar som våldsamma. Enligt Newmahr går det inte att förneka de olika sätt som SM faktiskt är våldsamt²⁷⁸, men att det snarare är betraktelsesättet av begreppet smärta som gör att våldsamheten betraktas olika. SM-deltagarna menar att lekarna inte är våldsamma eftersom de utövas mellan

²⁷³ Pitagora (2013) s. 32.

²⁷⁴ Pitagora (2013) s. 32; Grønli Rosten (2019) s. 34; jfr. Taylor & Ussher (2001) s. 298.

²⁷⁵ Newmahr (2011) s. 77.

²⁷⁶ Newmahr (2011) s. 77.

²⁷⁷ Newmahr (2011) s. 76.

²⁷⁸ Newmahr (2011) s. 126.

samtyckande parter. En del beskriver det som att de varken vill få ont eller har det som målsättning.²⁷⁹ Detta för att de gör en distinktion mellan att uppleva smärta och att få ont. Smärtan transformeras snarare till njutning.²⁸⁰ Därför är det inte våldsamt. En del beskriver inte smärtan som njutning utan snarare som en obehaglig stimulans som fungerar som en önskvärd katalysator till en framtida belöning.²⁸¹ Andra beskriver det som att tillfogas smärta gör ont, men att det gör ont är det som gör att det känns bra.²⁸² Det finns således olika synsätt på vad som är smärta inom SM, men den gemensamma grundpelaren är att det inte anses vara något som orsakar skada.

Samtidigt kan det inte ignoreras att övergrepp kan förekomma inom en BDSM-relation, likt andra relationer, och det finns exempel på ohälsosamma BDSM-förhållanden, precis som det finns ohälsosamma partnerförhållanden.²⁸³ Anledningen kan till viss del bero på den komplexa relation som råder mellan sexualitet och maktutbyten inom BDSM. Ett tecken på ett ohälsosamt BDSM-förhållande är att leken övergår till det verkliga livet, vilket kan identifieras av att en av parterna börjar tilltala den andra på ett förnedrande sätt eller att de genomför sexuella aktiviteter som straff för något en part gjort i sitt vardagliga liv.²⁸⁴

²⁷⁹ Jfr. Truscott (1991) s. 30; Newmahr (2011) s. 128.

²⁸⁰ Newmahr (2011) s. 135.

²⁸¹ Newmahr (2011) s. 138.

²⁸² Newmahr (2011) s. 139.

²⁸³ Joznikova (2013) s. 4; jfr. Grønli Rosten (2019) s. 33, s. 43.

²⁸⁴ Joznikova (2013) s. 4; Jfr. Bennett (2018) s. 8.

3.4.2 BDSM och social adekvans

BDSM-utövning som socialadekvat har i svensk rätt diskuterats av Linnea Wegerstad. Wegerstad har främst diskuterat om BDSM-utövning kan betraktas som en lek och om BDSM-utövning som sträcker sig utöver ett givet samtycke i sådana fall kan anses vara socialadekvat.²⁸⁵ Beträffande social adekvans finns det ny doktrin av Jack Ågren som gavs ut i mars 2021.

I övrigt saknas det svensk forskning om BDSM som socialadekvat. Däremot finns det flera utländska källor som diskuterar om BDSM bör betraktas som lek och som en fritidsaktivitet.²⁸⁶ Grundaren av begreppet ”RACK”, DJ Williams, menar att BDSM-livsstilen kan förstås ur ett fritidsperspektiv i det avseende att många BDSM-utövare spenderar flera timmar åt att bygga leksaker och utrustning, skapa event och lära sig mer om olika aktiviteter inom BDSM.²⁸⁷ I en studie genomförd av Taylor & Ussher har BDSM-utövare beskrivit sina upplevelser av BDSM som en lek, något som ger en endorfinkick, en vardagsflykt, frihet och spiritualitet.²⁸⁸ Även i en norsk studie har intervjuade deltagare beskrivit sin BDSM-utövning som ”lek” och skiljer det från att ha sex.²⁸⁹ Det finns även jämförelser mellan BDSM-utövning och MMA där det konstaterats att båda aktiviteterna fyller samma emotionella behov som inkluderar behov av tillfällig verklighetsflykt, övervinna svårigheter och utmana sig själv.²⁹⁰ Flera moralfilosofier har belyst det instrikala värdet av nöje²⁹¹ och enligt Kaplan är sexuellt nöje minst lika värdefullt som nöje som kommer från andra typer av aktiviteter, som exempelvis idrott.²⁹²

Athanassoulis menar att BDSM-utövning påminner om sportutövning i det avseende att samtycke har lämnats till en aktivitet och att det finns regler

²⁸⁵ Wegerstad (2012).

²⁸⁶ Se exempelvis Newmahr (2010); Williams (2009).

²⁸⁷ Williams (2009) s. 209.

²⁸⁸ Taylor & Ussher (2001) s. 293–312.

²⁸⁹ Grønli Rosten (2019) s. 37.

²⁹⁰ Weimer (2017) s. 265.

²⁹¹ Jfr. Bentham (1996) s. 96.

²⁹² Kaplan (2014) s. 97.

och gränser som bevakas av de inblandade parterna, eller om personen är på en BDSM-klubb: av en klubbmästare (Dungeon Master).²⁹³ På en BDSM-klubb är aktiviteterna ofta styrda av olika regler och begränsningar och dess efterlevnad kontrolleras av Dungeon Masters.²⁹⁴ Det är främst privat BDSM-utövning som gör det svårt för BDSM-hemsidor som Darkside att kontrollera sina medlemmars efterlevande av principer om kommunikation och samtycke. Om en grov överträdelse emellertid uppdagas kan repressalier tilldelas en medlem, så som nekat tillträde, avstängt konto eller polisanmälan.²⁹⁵

Samtycket utgör kärnan för legitimerande av farlig sportutövning och sadomasochism. Reglerna finns nämligen för att klargöra naturen- och gränsen av samtycket. Motståndare menar att sport, till skillnad från sadomasochism, är legitimt eftersom det samtyckta våldet sker oavsiktligt eller olycksmässigt och att det inte är syftet med sportutövningen.²⁹⁶ Även Ågren har uttryckt att vissa våldsamma sporter som exempelvis ishockey, rugby och fotboll som kräver aggression och fysisk kontakt kan accepteras för att deltagarna bara anses spela.²⁹⁷ Resonemanget bygger på att deltagandet i sporten varit frivilligt samt att deltagandet enbart utgör en lek eftersom orsakandet av skada inte är målet med sporten och sporten förstås inte som en sexuell upplevelse. Därtill har andra kritiker hävdad att sadomasochism inte är likställt med idrottsutövning eftersom det erotiserar våld.²⁹⁸

Ovan anförda resonemang om att orsakande av skada vid idrottsutövning inte är målet med sporten kan ifrågasättas eftersom gärningar som företas inom sporter som boxning, rugby och MMA kan anses vara socialt adekvata, även om avsiktlig våldsutövning utgör en central del av sporten. Dessutom är inte syftet med BDSM nödvändigtvis våldsutövning utan

²⁹³ Athanassoulis (2002) s. 148.

²⁹⁴ Bennett (2020) s. 13.

²⁹⁵ Redaktion (2021).

²⁹⁶ Athanassoulis (2002) s. 149.

²⁹⁷ Ågren (2021) s. 129.

²⁹⁸ Newmahr (2011) s. 142 – Newmahr refererar till andra författares kritik.

snarare att våldsutövning i viss mån kan användas som ett medel för att uppnå ett annat syfte, som exempelvis sexuell tillfredställelse. Därtill används aggressivt beteende och våld inom BDSM enbart mot de som önskar det, till skillnad från andra våldsamma sporter som uppmanar deltagarna att agera aggressivt i syfte att uppnå det uppsatta målet.²⁹⁹ Det är främst den konkurrenspräglade naturen av sport som uppmanar till aggressivt beteende, men också coacher, fans och incitament som lön och stipendium. Det är inte alltid lika lätt att förutse vilka skador som kan förekomma när deltagarna har som målsättning att undvika tacklingar och skador. I kontrast till det nyss nämnda är BDSM byggt på samspel utan konkurrenspräglade inslag.³⁰⁰ BDSM-utövning påminner om sådan sportutövning vars generella syfte är att njuta av aktiviteten och där våldsutövning förhåller en underlägsen ställning i förhållande till syftet.³⁰¹ Athanassoulis menar att det är motsägelsefullt att acceptera att individer kan orsaka självskada för olika intressen som fåfänga eller sportsligt nöje, och samtidigt förneka individer att orsaka självskada för sexuell tillfredställelse.³⁰² Av liknande åsikt är Kaplan som kritiserar att BDSM behandlas som misshandel eller ett övergrepp, medan andra potentiellt skadliga aktiviteter som kontaktsport är tillåtna.³⁰³ Att behandla BDSM som socialadekvat likt sport och kosmetiska ingrepp, erkänner värdet i sexuell njutning och uppmanar till en juridisk miljö som är mer respektfull mot den sexuella autonomiteten. Den respekten kan i sin tur resultera i att rättsväsendet reagerar mer när brott mot den sexuella autonomiteten görs.³⁰⁴

Beträffande påståendet att BDSM inte kan betraktas som idrottsutövning på grund av dess sexuella karaktär, har det ifrågasatts att BDSM-utövning måste innebära någon sexuell aktivitet. Newmahr förklarar att många som identifierar sig som SM-personer betraktar BDSM som en livsstil och anser inte att deras aktiviteter är beroende av en sexuell kontext, och att det

²⁹⁹ Kaplan (2014) s. 128–133.

³⁰⁰ Kaplan (2014) s. 133.

³⁰¹ Athanassoulis (2002) s. 149.

³⁰² Athanassoulis (2002) s. 153.

³⁰³ Kaplan (2014) s. 155.

³⁰⁴ Kaplan (2014) s. 155.

således är problematiskt att förneka SM-utövares motiv.³⁰⁵ Deltagarna har ofta kläderna på, kysser varandra väldigt sällan, är sällan attraherade av sin partner, vidrör inte varandras genitalier och brukar gå ut och äta efter aktiviteten.³⁰⁶ En likartad ståndpunkt har uttryckts i ett annat samfund som undersökts i Norge, där deltagarna har beskrivit BDSM som deras identitet och inte bara något som är en praktik eller en sexuell läggning.³⁰⁷

Som nämnt i föregående avsnitt innebär ett frivilligt deltagande i sport och lek att alla gärningar som företas inom utövningen anses vara tillåtna risktaganden och därmed socialt adekvata. Wegerstad anför att samma resonemang kan föras angående BDSM-utövning som socialt adekvat eftersom BDSM-utövning inte nödvändigtvis innebär att ett samtycke lämnas till varje enskild handling utan snarare till ”att leka” med en eller flera personer under en viss tid. Samtycket lämnas således till gärningar som företas inom spelets ramar vilket föranleder att BDSM-utövare kan utmana gränserna och varandra utan att deras risktaganden anses otillåtna. Det skulle kunna innebära att skador som anses vara på den övre gränsen av normalgraden av misshandel, kan föranleda ansvarsfrihet med stöd av social adekvans.³⁰⁸ Samtidigt påpekar hon oklarheten i innebörden av ”frivilligt deltagande” och att det kan resultera i att fler använder BDSM-utövning som en ursäkt för våldsutövning genom att påstå att hen förhållit sig inom lekens ramar.³⁰⁹ Det kan vara problematiskt att bevisa våld i nära relationer och misshandel när en person frivilligt deltagit i leken, men inte förstått allt leken kan innebära.³¹⁰ Bennett däremot menar att det är möjligt att skilja på BDSM-utövning och våldsamt, osamtyckt sex och menar att det snarare är domare, advokater och polis som måste förvärva kunskap och utbildas om BDSM. Det kan även vara nödvändigt att kalla expertvittnen som förklarar BDSM och hur det kan åtskiljas från osamtyckt våld, som exempelvis våld i

³⁰⁵ Newmahr (2011) s. 67.

³⁰⁶ Newmahr (2011) s. 68.

³⁰⁷ Grønli Rosten (2019) s. 37.

³⁰⁸ Wegerstad (2012) s. 260.

³⁰⁹ Wegerstad & Carlström (2014).

³¹⁰ Hanna (2001) s. 268; Kaplan (2014) s. 135; jfr Wegerstad (2012) s. 261.

nära relationer.³¹¹ Om BDSM-utövning betraktas som socialadekvat skulle det eventuellt öka förutsebarheten för verkliga BDSM-utövare.

³¹¹ Bennett (2020) s. 13.

4 Rättsfallsstudie

I kapitel 3 förklarades att gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan enbart utgör en tumregel och rättstillämparna måste göra en bedömning i det enskilda fallet. Följande kapitel bidrar till att uppnå uppsatsens syfte om hur mycket skada en person kan samtycka till genom att presentera ett praktiskt synsätt på hur underrätterna behandlar 24 kap. 7 § BrB. Studien avser att besvara frågeställning ”II” om vilka faktorer underrätterna tar hänsyn till i samtyckesbedömningen, vilka invändningar om BDSM den tilltalade gör och om underrätternas bedömningar beträffande samtyckesgränsen för tillfogande av skada är enhetliga. Fem hovrättsdomar med tillhörande tingsrättsdomar om misshandel har analyserats

4.1 Inledande urvalssvårigheter

Eftersom BDSM utgör ett samlingsbegrepp för flera olika former av beteenden som står för bondage/disciplin, dominans/underkastelse och sadism/sadomasochism, förekommer det även att andra begrepp än ”BDSM” används för att beskriva BDSM-utövning. I flera rättsfall har den tilltalade använt uttryck som exempelvis ”hårt sex”³¹², ”hårdhänt sex”³¹³, ”våldtäktssex”³¹⁴, ”dominanssex”³¹⁵ och ”dominerande sex”³¹⁶. Att inkludera samtliga synonyma uttryck till BDSM i studien skulle, dels vara komplicerat eftersom det inte finns någon officiell lista på vilka begrepp som är synonyma, dels medföra ett alldeles för stort urval för uppsatsens omfattning och även inkludera rättsfall som inte berör BDSM-utövning i relation till ansvarsfrihetsgrunden samtycke.

³¹² Nacka tingsrätt i mål B 4517-15; Hovrätten Västra Sverige i mål B 4289-16.

³¹³ Hovrätten nedre Norrland i mål B 952-18.

³¹⁴ Göta hovrätt i mål B 3114-16.

³¹⁵ Hovrätten övre Norrland i mål B 14-20; Svea hovrätt i mål B 6202-17.

³¹⁶ Göta hovrätt i mål B 2926-19; Helsingborgs tingsrätt i mål B 302-19.

Samtidigt är det inte representativt att enbart undersöka rättsfall där samlingsbegreppet ”BDSM” uttryckligen omnämns, eftersom det skulle resultera i åsidosättande av väsentliga rättsfall. Därför har även andra rättsfall tagits med i studien, där något av de ord BDSM är en förkortning av använts eller där uttrycket ”rollspel” i samband med ”misshandel” och ”samtycke” använts. Anledningen till att sökord på ”hårt sex”³¹⁷, ”hårdhänt sex”³¹⁸ och ”våldtäktssex”³¹⁹ uteslutits från detta urval är för att undvika ett urval som riskerar att inkludera praktiker som jag inte utan eget godtycke kan avgöra utgör BDSM-utövning. Därtill har de sökningarna även genererat i rättsfall om sexualbrott som relaterar till en annan samtyckesbedömning enligt samtyckeslagen än den som görs i 24 kap. 7 § BrB.

4.2 Urvalets tre teman

Urvalsprocessen presenteras nedan i kronologisk ordning utifrån tre teman om tid, uttryckliga kriterier och sökord.

4.2.1 Tidsurval

För att kunna redogöra för de senaste rättsfallen på området och samtidigt presentera ett rättsfallsurval som, i förhållande till vad som är möjligt för uppsatsens omfattning, är lämpligt för att ge ett väl underbyggt svar på syftet, har underrättspraxis från den 1 januari 2016–15 april 2021 utgjort det första urvalet. Utöver att rättsfallen avser de senaste rättsfallen på området, valdes tidsintervallet 2016–2021 även för att inkludera av ytterligare ett år skulle genererat i ett alltför omfattande material i relation till den ingående utredning som avsågs genomföras av varje utvalt rättsfall och skulle därför ha inneburit ett alltför tidskrävande söknings- och sällningsarbete.

³¹⁷ 157 träffar JPinfonet; 75 träffar Infotorg.

³¹⁸ 100 träffar JPinfonet; 49 träffar Infotorg.

³¹⁹ 12 träffar JPinfonet; 5 träffar Infotorg.

4.2.2 Urvalskriterier

Inom vald tidsperiod har enbart rättsfall som uppfyller samtliga av följande kriterier använts:

- att den tilltalade antingen dömts eller frikänts från någon grad av misshandel,
- att den tilltalade invänt att målsäganden samtyckt till utövande av praktiker med BDSM-inslag, samt,
- att domstolarna i domskälen har redogjort för sin bedömning av samtycket.

Kriterierna har utformats för att besvara frågeställning ”II” om vilka faktorer domstolarna tar hänsyn till i sin samtyckesbedömning i misshandelsmål och vilka invändningar den tilltalade gör relaterat till BDSM-utövning. Eftersom gärningar företagna inom BDSM-utövning kan uppfylla rekvisiten för flera brottstyper som exempelvis ofredande, kvinnofridskränkning, misshandel, olaga hot och våldtäkt var det nödvändigt att avgränsa uppsatsen till enbart en brottstyp: misshandel. Att inkludera ytterligare en brottstyp skulle ha resulterat i ett alldeles för omfattande material som hade försvårat möjligheten att ingående analysera underrätternas samtyckesbedömning och den tilltalades invändningar om BDSM. Eftersom frågan om samtycke och BDSM-utövning i en rättstvist ofta uppkommer som en invändning från den tilltalade, valdes även det kriteriet.

För att kunna studera och analysera underrätternas samtyckesbedömningar har det varit nödvändigt att enbart inkludera rättsfall där domstolarna uttryckligen redogjort för sin samtyckesbedömning. Det innebär inte att rättsfall där domstolarna inte motiverar samtyckesbedömningen är ointressanta, utan enbart att den aspekten inte behandlas inom ramen för denna uppsats eftersom det inte på ett utförligt sätt skulle kunna förklara vilka faktorer i samtyckesbedömningen som domstolarna beaktar.

4.2.3 Sökordsurval

Utifrån den fastställda tidsramen och urvalskriterierna har ett sökordsurval genomförts som korresponderar med urvalskriterierna. Sökningar i juridiska databaser³²⁰ har således genomförts inom tidsperioden 1 januari 2016–15 april 2021 och tagit utgångspunkt i de gemensamma sökorden: ”misshandel, samtycke och 24 kap. 7 § BrB” och ”misshandel och samtycke”. Därefter har de gemensamma sökorden kombinerats med följande sökord: ”BDSM”³²¹, ”dominerande rollspel”³²², ”rollspel”³²³, ”dominanssex”³²⁴, ”sadosomochism”³²⁵, ”sadism”³²⁶, ”bondage”³²⁷, ”dominant”³²⁸ och ”undergiven”³²⁹.

4.2.4 Resultat av slutligt urval

Resultatet av samtliga urvalsteman har lett fram till fem hovrättsdomar med tillhörande tingsrättsdomar och det är dessa som rättsfallsstudien kommer behandla:

Rättsfallsbenämning	Tingsrätter	Hovrätter
”Ödehusfallet”	Göteborgs tingsrätt B 11068-20	Hovrätten för Västra Sverige B 4958-20
”Bältesfallet”	Uppsala tingsrätt B 257-17	Svea hovrätt B 4879-17
”Badkarsfallet”	Södertörns tingsrätt B 1328-17	Svea hovrätt B 4455-17
”Bröstnyppfallet”	Göteborgs tingsrätt B 8261-15	Hovrätten för Västra Sverige B 1355-16
”Stekspadefallet”	Nacka tingsrätt B 4517-15	Svea hovrätt B 165-16

Eftersom avgörandena kommer från olika hovrätter och tingsrätter och från olika år är det intressant om samtyckesbedömningarna och den tilltalades invändningar är likartade. Det bör återigen uppmärksammas att rättsfallen valts ut efter ovanstående kriterier och således inte kan föranleda en generell

³²⁰ JPinfonet, Infotorg.

³²¹ 40 träffar JPinfonet; 35 träffar Infotorg.

³²² 5 träffar JPinfonet; 2 träffar Infotorg.

³²³ 4 träffar JPinfonet; 9 träffar Infotorg.

³²⁴ 7 träffar JPinfonet; 5 träffar Infotorg.

³²⁵ 1 träff JPinfonet; 2 träffar Infotorg.

³²⁶ 1 träff JPinfonet; 2 träffar Infotorg.

³²⁷ 6 träffar JPinfonet; 7 träffar Infotorg.

³²⁸ 5 träffar JPinfonet; 3 träffar Infotorg.

³²⁹ 5 träffar JPinfonet; 1 träff Infotorg.

slutsats om hur underrätterna genomför samtyckesbedömningar i misshandelsmål med BDSM-inslag. Däremot kan rättsfallen visa om det i underrättspraxis innehållande ovanstående urvalskriterier finns en koherens (överensstämmelse) i samtyckesbedömningen och om det finns återkommande faktorer som beaktas i misshandelsmål med BDSM-inslag.

4.3 Studien

I studien refereras det till de utvalda rättsfallen utifrån två teman: domstolarnas samtyckesbedömning och den tilltalades invändningar om utövning av praktiker med BDSM-inslag. Jämförelse rättsfallen sinsemellan genomförs för att bedöma om det finns någon överensstämmelse i domstolarnas rättsliga bedömning av samtycket i förhållande till varandra, doktrin, förarbeten och lagtext. Därefter presenteras den tilltalades invändningar för att se om det finns någon överensstämmelse i dennes rättfärdigande av sina gärningar. Avsikten är inte att bedöma huruvida ett giltigt samtycke förelegat eller ej, utan enbart vilka *faktorer*³³⁰ domstolen tar hänsyn till i samtyckesbedömningen.

4.3.1 Domstolarnas samtyckesbedömning

Vid en genomläsning av rättsfallen konstateras det att domstolarna understödjer sina samtyckesresonemang med hänvisning till den uttryckliga lagtexten, doktrin och förarbeten.³³¹ Rättsfallsstudien visar att domstolarnas samtyckesbedömning i viss mån överensstämmer med uttalanden i förarbetena och doktrin, om att ett ansvarsbefriande samtycke inte kan lämnas till grov misshandel³³² och att samtycke till misshandel av ringa graden kan vara ansvarsbefriande.³³³ Som exempel kan B 11068-20 nämnas, där den tilltalade döms för grov misshandel och tingsrätten uttrycker att den tilltalades uppfattning om huruvida ett samtycke förelegat är oväsentligt eftersom ”det i en sådan situation inte ens är möjligt att lämna ett samtycke

³³⁰ Egen kursivering.

³³¹ Se samtliga utvalda rättsfall.

³³² Se exempelvis B 4879-17 s. 9; B 8261-15 s. 5.

³³³ B 4958-20 s. 15–16.

som skulle kunna medföra strafffrihet³³⁴. Huruvida samtycke kan lämnas till misshandel av normalgraden specificeras inte. I stället ges något diffusa motiveringar, som exempelvis att det, som ovan, inte är möjligt att lämna ett samtycke med straffbefriande verkan i en sådan situation³³⁵, eller att det inte är möjligt att samtycka till våld som ger upphov till kraftig smärta och som i förening med skador från slag med ett bälte, vars sömmar avtecknat sig på målsägandens kropp, inneburit sådan våldsutövning som inte är möjlig att samtycka till.³³⁶ Att det således i ett fall inte ansetts möjligt att samtycka till att bli slagen med ett bälte med sådan kraft att det ger märken från bältets sömmar, i ett annat fall ansetts vara möjligt att samtycka till att tillfogas 10–15 slag på stjärten med en slickepott, samt i ett tredje fall utgöra grov misshandel att hänga upp, piska, binda fast och tejpa målsäganden ger föga vägledning för gränsdragningen, eftersom omständigheterna i det enskilda fallet påverkar väldigt mycket.³³⁷ Även om det i förarbeten och doktrin angivits att domstolarna i varje enskilt fall ska avgöra samtyckets ansvarsbefriande gräns, innebär det inte att den utgångspunkten i sig är oproblematiserad. Oliktigheterna i domstolarnas bedömningar innebär att det saknas konformitet och förutsebarhet för medborgaren om vilka domslut de kan förvänta sig.

Av rättsfallen kan det vidare utläsas att underrätterna i samtyckesbedömningen tar fasta på de kriterier som krävs för ett giltigt samtycke och som återfinnes i doktrin och förarbeten: Att den utsatte kontinuerligt samtyckt till hela gärningen, att samtycket gavs vid gärningens utförande, att den samtyckande varit behörig att förfoga över sitt intresse och förstod innebörden av gärningen, att samtycket gavs med full insikt om relevanta förhållanden och var allvarligt menat. Därtill krävs det att gärningen varit försvarlig.³³⁸

³³⁴ B 11068-20 s. 16.

³³⁵ B 11068-20 s. 16.

³³⁶ B 257-17 s. 43–44.

³³⁷ B 165-16; B 4958-20.

³³⁸ B 165-16 s. 5; B 4517-15 s. 9; B 4879-17 s. 7–8; B 8261-15 s. 5; B 4517-15 s. 9; jfr. Prop. 1993/94:130 s. 43; SOU 1988:7 s. 99.

I samtyckesbedömningarna har domstolarna vidareutvecklat kriterierna genom att beskriva vad som utgör ett giltigt samtycke i situationer som involverar misshandel och BDSM. Som exempel kan nämnas att de fäster vikt vid att den tilltalade kontinuerligt försäkrar sig om att målsäganden ger sitt samtycke och att denna skyldighet föreligger oavsett om målsäganden givit intryck av att hon accepterar sex med visst våldsinslag.³³⁹ I ett fall har det även uttryckts att det för en tilltalad som aldrig utfört dominans- och våldsrelaterade aktiviteter förut, speciellt finns anledning att kontrollera att samtycket består.³⁴⁰ Beträffande återkallande av samtycke har tingsrätten i B 257-17 belyst rättigheten att alltid kunna återkalla sitt samtycke och att en överenskommelse om ett stoppord saknar betydelse om det inte är reellt möjligt för parterna att återkalla sitt samtycke.³⁴¹ Vidare har tingsrätten i B 4527-15 ansett att det bör finnas ett visst skäligt rådrum för den tilltalade att avbryta handlingen när målsäganden återkallat samtycket.³⁴² Det bör återigen betonas att underrättsavgöranden inte är prejudicerande och att det inte finns något rättsligt stöd för att domstolarna i sin bedömning av ett återkallat samtycke faktiskt måste ta hänsyn till att den tilltalade fått ett skäligt rådrum att avbryta handlingen.

Fortsättningsvis har domstolarna även betonat vikten av att samtycke lämnas till en specifik handling och att exempelvis en överenskommelse om sexuellt umgänge med sexleksaker inte innebär att parterna också samtyckt till att utsättas för strypvåld, nedtryckningar m.m.³⁴³ Likaledes konstituerar inte målsägandens tidigare sexuella preferenser med andra än den tilltalade att ett relevant samtycke därför förelegat till den tilltalade.³⁴⁴ Däremot framhåller samma hovrätt att en person som tidigare lämnat ett medgivande om intrång i den personliga sfären till den som utövat våld, kan få viss betydelse för samtyckesbedömningen. Vilken betydelse tidigare sexuella preferenser mellan samma personer har för samtyckesbedömningen är

³³⁹ B 1355-16 s. 5; B 8261-15 s. 6.

³⁴⁰ B 8261-15 s. 6.

³⁴¹ B 257-17 s. 26.

³⁴² B 4517-15 s. 35.

³⁴³ B 4455-17 s. 25.

³⁴⁴ B 4879-17 s. 9.

därmed inte helt klarlagt. Däremot finns det likheter avseende hur underrätterna i rättsfallsstudien beaktar förekomsten av sexuellt umgänge med dominansinslag i samtyckesbedömningen. I B 165-16 har den tilltalade frikänts för att underrätterna tagit hänsyn till att den tilltalade kunde ha trott att målsäganden velat bli slagen (putativt samtycke) och att våldet inte ansågs ha orsakat bestående skador på målsäganden. I bedömningen av skadornas allvarlighet beaktades att parterna haft och har en dominans- och underkastelserelation som inte varit helt kortvarig och som innehållit sexuella aktiviteter med dominans- och våldsinslag.³⁴⁵ I ett annat fall har en tingsrätt bedömt att avsaknaden av att parterna regelbundet haft sex med våldsinslag föranleder att det är osannolikt att målsäganden senare skulle samtycka till mer omfattande våld.³⁴⁶ I Nacka tingsrätt B 4517-15 framhåller tingsrätten att det har viss betydelse att parterna tidigare vid flertalet tillfällen ägnat sig åt sexuella aktiviteter med dominanta och våldsamma inslag, utan att förklara närmre vilken betydelse det har för samtycket.³⁴⁷ Det framstår alltså som att förekomsten av ett dominansförhållande kan utgöra ett skäl för att viss våldsanvändning kan accepteras och omfattas av samtycket. Ett sådant tankesätt stämmer överens med idén om individens självbestämmanderätt. Samtidigt strider resonemanget mot idén att samtycket ska bedömas utifrån omständigheterna vid den aktuella händelsen och inte utefter vilka generella sexuella preferenser personen har eller har haft.

Beträffande individens självbestämmanderätt kan det utläsas att underrätterna i samtyckesbedömningen gör en avvägning mellan individens självbestämmanderätt och rättsväsendets intresse att förhindra tillfogande av skada av viss grad. Både hovrätter och tingsrätter resonerar kring en individs självbestämmanderätt om att var och en har rätt att inom vissa gränser bestämma över sina egna intressen och att staten inte har anledning att skydda ett intresse som någon givit upp.³⁴⁸ I ett rättsfall har Svea hovrätt

³⁴⁵ B 165-16 s. 6–7; B 4517-15 s. 37.

³⁴⁶ B 257-17 s. 41.

³⁴⁷ Nacka TR B 4517-15 s. 33.

³⁴⁸ B 4879-17 s. 7; B 8261-15 s. 5 – Båda rättsfallen hänvisar till SOU 1988:7s. 99.

uttalat att ramarna för vilka aktiviteter som inom en varaktig, sexuell relation kan utövas utan att riskera straffansvar, bör vara förhållandevis vida till förmån för självbestämmanderätten.³⁴⁹

Samtidigt är det intressant att underrätterna i studien gör uttalanden om självbestämmanderättens räckvidd när de³⁵⁰ varken åberopar expertvittnen i målet som kan understödja deras resonemang eller baserar sina resonemang på grundprinciperna inom BDSM. Som exempel kan nämnas att tingsrätt och hovrätt i B 4879-17 och B 257-17 har framhållit att en person inte har rätt att utöva våld mot sin partner även om det har ett s.k. ”24/7-förhållande”, där den ena ständigt är undergiven den andra och att utdelande av bestraffningar inte karakteriserar en fritt vald kärleksrelation, oavsett vilken etikett som sätts på relationen.³⁵¹ Domstolarna bestämmer krasst vad som utgör en fritt vald kärleksrelation utan att ta hänsyn till grundprinciperna inom BDSM där bestraffning kan vara en del av utövningen. I B 4958-20 uttrycker domstolen att ”det inte har framkommit någon omständighet som talar för att händelserna i ödehuset skulle haft något med ’BDSM-sex’ eller något rollspel att göra”³⁵², utan att presentera ett resonemang för den slutsatsen mer än att händelseförloppet varit utdraget, våldet omfattande och att målsäganden varit fastbunden och således inte haft möjlighet att freda sig eller påkalla hjälp. Även i B 1328-17 tas hänsyn till att målsäganden varit fastbunden och inte kunnat freda sig. Baserat på definitionen av BDSM i avsnitt 1.3.1 kan bestraffning, våldsutövning och fastbindning utgöra en form av BDSM-utövning, under förutsättning att SSC och RACK respekteras. Det framstår således som att domstolarnas slutsatser om huruvida samtycke förelegat eller ej inte tar hänsyn till karaktären av BDSM. Domstolarna måste erhålla kunskap om BDSM för att kunna skilja på oönskat våld och samtyckt våld inom ramen för ett BDSM-förhållande. De måste exempelvis vara medvetna om att narkotikapåverkan eller alkoholpåverkan inom BDSM-samfundet generellt

³⁴⁹ B 165-16 s. 7.

³⁵⁰ B 4879-17; B 1355-16; B 165-16.

³⁵¹ B 257-17 s. 42.

³⁵² B 4958-20 s. 15.

sett inte anses uppfylla förnuftighetskriteriet inom ”SSC”.³⁵³

I sammanhanget bör det också belysas ett fall där hovrätten faktiskt åberopar ett expertvittne, men där hovrätten varken resonerar kring hennes utlåtande eller uttrycker att de beaktat hennes utlåtande i bedömningen.³⁵⁴

Även om uppsatsen inte syftar till att bedöma målsägandens trovärdighet och tillförlitlighet och således tangera bevisvärderingsområdet, måste det ändå belysas att domstolarna tar hänsyn till målsägandens utsaga även i samtyckesbedömningen. Som exempel kan nämnas Göteborgs tingsrätt i B 11068-20 där vittnesutsagor om att målsäganden sett rädd ut samt att hon lämnat den tilltalade så fort möjlighet gavs, ansetts tala starkt för att ett samtycke inte förelegat.³⁵⁵ I B 257-17 har tingsrätten konstaterat att gärningen ”helt klart var något som skedde mot hennes vilja”³⁵⁶ baserat på hur tydlig målsäganden varit i sitt beskrivande av vad hon utsatts för, att den tilltalade bekräftat de uppgifter målsäganden lämnat i väsentliga delar, samt hur farligt det, enligt rättsläkaren, är att hänga upp någon med ett bälte runt halsen.³⁵⁷ I B 1328-17 anser tingsrätten att den tilltalades invändning om att skador på målsäganden uppkommit vid samtyckt BDSM-sex motbevisad, delvis med hänsyn till hennes trovärdiga uppgifter om hur hon tillfogats skadorna och hennes beteende efter händelse.³⁵⁸ Av rättsfallen framstår det som att det finns en gemensam tanke om att misshandel som innebär andnöd är något som betraktas som livsfarligt och som kan klassificera gärningen som allvarligare, oavsett om andnöden ingått som en del av en lek.³⁵⁹ Rättsväsendet ser allvarligt på andnöd eftersom det relaterar till skyddsintresset för mänskligt liv och enligt expertutlåtanden betraktar även BDSM-samfundet lekar med andningskontroll som farliga och som enbart

³⁵³ B 4455-17 s. 4–5, expertutlåtande av Charlotta Carlström; B 1328-17 s. 13. Målsäganden menar att parterna måste vara nyktra vid utövandet; Rosten, s. 39.

³⁵⁴ B 4455-17 s. 3.

³⁵⁵ B 11068-20 s. 15.

³⁵⁶ B 257-17 s. 65.

³⁵⁷ B 257-17 s. 8; B 4879-17 s. 11.

³⁵⁸ B 1328-17 s. 25.

³⁵⁹ Jfr. B 1328-17 s. 28; B 257-17 s. 8; B 4879-17 s. 11.

bör utföras när parterna har full kontroll på sina handlingar och är opåverkade av narkotika eller alkohol.³⁶⁰

Både tingsrätt och skiljaktiga nämndemän i hovrätt har i ett avgörande varit överens att det för giltigheten av underårigas samtycke bör ställas högre krav på målsägandens vilja när parterna är underåriga och ingreppet allvarligare, men att vilka krav som ska ställas på samtycket får avgöras i varje enskilt fall.³⁶¹ Samtidigt konstaterade samma tingsrätt att målsäganden inte alltid på ett tydligt sätt givit uttryck för sitt bristande samtycke även om hon sagt ”aj det gör ont”³⁶², eftersom hon sedermera inte sagt något när den tilltalade fortsatt samvaron utan enbart hoppats att det skulle ta slut, samt att hon före umgänget sagt att den tilltalade fick göra vad han ville med henne.³⁶³ Tingsrättens bedömning är inte förenlig med att frivillighet ska uttryckas av deltagarna och att frånvaron av verbala motsättningar inte föranleder att personen samtyckt. I ett annat avgörande ansåg hovrätten att det inte var tillräckligt att målsäganden sagt ”sluta”³⁶⁴ när den tilltalade nöp henne i bröstet, dels eftersom hon inte sagt att det gjorde ont, dels för att det saknades utredning om hur rodnaden på hennes bröst uppkommit.³⁶⁵ Jag förhåller mig inte kritisk till att hovrätten frikände den tilltalade på grund av brist i utredningen, eftersom oskuldspresumtion är en grundläggande del av rättssystemet. Däremot är jag kritisk till att det inte anses tillräckligt att en person sagt ”sluta” utan att hen även måste säga att det gör ont.

³⁶⁰ B 4455-17 s. 4.

³⁶¹ B 4517-15 s. 33; B 165-16 s. 10.

³⁶² B 4517-15 s. 37.

³⁶³ B 4517-15 s. 37.

³⁶⁴ B 1355-16 s. 5.

³⁶⁵ B 1355-16 s. 5.

4.3.2 Den tilltalades invändningar

Beträffande den tilltalades invändningar om utövning av praktiker med BDSM-inslag kan det framhållas att invändningarna i samtliga rättsfall bygger på att målsäganden ska ha samtyckt till sexuellt umgänge med BDSM-inslag, alternativt inom en BDSM-relation, eller att målsäganden samtyckt till de aktuella gärningarna som företagits.³⁶⁶ I tre rättsfall förnekar den tilltalade att visst våld över huvud taget utövats.³⁶⁷ I några rättsfall invänds det även att gärningar utförts inom ramen för parternas "rollspel", eller som ett led i parternas sexuella relation.³⁶⁸ Den tilltalade har i några rättsfall rättfärdigat sitt handlande med att målsäganden vid andra tillfällen än det aktuella sagt att hon gillar våld samt att de tidigare haft sex med BDSM-inslag och att målsäganden då samtyckt.³⁶⁹ Ytterligare en invändning har varit att den tilltalade tidigare fått göra vad han ville med målsäganden.³⁷⁰ I B 4715-15 uppger tingsrätten att den tilltalade måste haft visst fog för att samtycke förelegat för att hon före samvaron sagt att han fick göra vad han ville med henne och för att de tidigare haft våldsex. Tingsrättens resonemang stämmer illa överens med uttalanden både i doktrin och förarbeten angående att samtycke ska ges till varje enskild handling och lämnas kontinuerligt. Vilka sexuella preferenser en individ har/haft tidigare bör inte tillmätas betydelse för huruvida samtycke förelegat i den aktuella situationen.

I ett rättsfall har domstolen lämnat den tilltalades invändning utan avseende när han medgivit att han vid en åtalspunkt överskridit parternas överenskomna gräns inom BDSM-relationen³⁷¹, samt att han flera gånger under parternas förhållande överträtt gränsen för överenskommen våldsanvändning.³⁷²

³⁶⁶ Se exempelvis B 11068-20 s. 4; B 4879-17 s. 7.

³⁶⁷ B 1328-17 s. 6; B 8261-15 s. 3; B 4517-15 s. 22.

³⁶⁸ B 4517-15 s. 22–23; B 257-17 s. 13–15; B 4879-17 s. 7; B 1328-17 s. 6; B 1355-16 s. 4.

³⁶⁹ B 4958-20 s. 6; B 1328-17 s. 16; B 11068-20 s. 14.

³⁷⁰ B 1328-17 s. 16.

³⁷¹ B 257-17 s. 14.

³⁷² B 257-17 s. 37.

Sammantaget framstår det som att det finns en viss överensstämmelse i de tilltalades invändningar. Antingen påstås att våldet inte ens företagits, eller så påstås det att målsäganden samtyckt i den aktuella situationen, samtyckt i tidigare situationer eller generellt samtyckt till våldsutövning för att hen har en viss sexuell preferens.

5 Skyddsintressen

5.1 Inledning

I uppsatsens inledande kapitel redogjordes för vad kriminalisering är, vilka syften kriminalisering har samt vad ett skyddsintresse är. Följande kapitel avser att mer djupgående beröra skyddsintressen.

I avsnitt 3.2.3 om samtyckets försvarlighetsbedömning förklaras det att motivet bakom samtyckesgränsen baseras på respekten för människolivet. Således ansågs ”mänskligt liv” utgöra ett skyddsvärt intresse. I förarbetena uttalades det att skyddsintresset för mänskligt liv står högre än en individs rätt att bestämma över sitt liv, men att domstolarna i det enskilda fallet avgör var samtyckesgränsen går.³⁷³ Syftet med aktuellt kapitel är således att besvara frågeställning ”III” om BDSM kan betraktas som en sexualitet och utgöra ett skyddsintresse och om så är fallet, om sexualitet kan anses stå över skyddsintresset för mänskligt liv. I skyddsintresset för mänskligt liv inbegrips skyddet från att utsättas för fysisk skada som diskuteras nedan.

5.2 Skyddsintressen

I normalfallet kan skyddsintresset återfinnas i förarbeten under beskrivningen av syftet med den aktuella kriminaliseringen.³⁷⁴ Eftersom kriminalisering förutsätter att ett godtagbart intresse skyddas har det i förarbeten påtalats att skyddsintresset bör omnämnas i kriminaliseringsmotiveringen. Hur utförlig motivering som krävs beror på hur högt ett skyddsintresse är rangordnat. För kriminalisering som ska skydda självklara skyddsintressen som mänskligt liv behöver en motivering oftast inte ges.³⁷⁵

³⁷³ SOU 1988:7 s. 99.

³⁷⁴ Lernestedt (2003) s. 166.

³⁷⁵ Ågren (2021) s. 46; SOU 2013:38 s. 482 f.

Eftersom kriminalisering främst bör avse de mest förkastliga gärningarna och tillgripas i sista hand, bör det särskilt beaktas om ett skyddsintresse kan skyddas på ett annat, mindre ingripande sätt, som exempelvis genom samhällsupplysning eller skadeståndsskyldighet. I förarbeten till brottsbalken har departementschefen givit uttryck för samma inställning när han uttalat att kriminalisering bör tillgodose samhällets krav och skydd för allmänna- och enskilda intressen utan att individers handlingsfrihet inskränks mer än vad som oundgängligen är nödvändigt. Mindre ingripande åtgärder bör överses först.³⁷⁶ Det är även väsentligt att kriminalisering sker med hänsyn till samhällsutvecklingen och att bundenhet inte ska vidhållas vid historiska värderingar och tankesätt.³⁷⁷ I praktiken tillgrips kriminalisering dock ofta som en förstahandsåtgärd på grund av kostnadsskäl.³⁷⁸

5.2.1 Skydd från att utsättas för fysisk skada

Som nämnt i avsnitt 1.4.2 bör kriminalisering främst förekomma för att försöka hindra skada mot enskilda, allmän verksamhet och värdefulla gemensamma institutioner. Exakt vad som avses med ”skada” har inte berörts närmre i förarbetena.³⁷⁹

Att tillfoga annan skada har länge varit kriminaliserat och utgör en beståndsdel av skyddsintresset ”mänskligt liv”. Redan i den första straffrättsliga rikslagstiftningen under medeltiden står det att verbala och fysiska angrepp är otillåtna.³⁸⁰ I samband med införandet³⁸¹ och reformerandet av brottsbalken har det betonats hur allvarligt statsmakten ser på våldsbrottslighet och att det finns ett intresse från statsmaktens håll att hantera våldsbrottslighet som är särskilt kränkande för den personliga

³⁷⁶ Prop. 1962:10 s. B 40 f; jfr. Lernestedt (2003) s. 52.

³⁷⁷ Prop. 1962:10 s. B 40 f.

³⁷⁸ Asp m.fl. (2013) s. 41; jfr. Prop. 1962:10 s. B 40 f.

³⁷⁹ Jfr. Prop. 1962:10 B 40 f.

³⁸⁰ Lernestedt (2003) s. 38; jfr. Äldre Västgötalagen; Upplandslagen.

³⁸¹ Se SOU 1953:14.

integriteten.³⁸² I korrelation med samhällsutvecklingen har synen på våldsbrott blivit allvarligare. Individens rättigheter har förstärkts inom familj, skola och samhället i övrigt och intresset av att skydda enskildas fysiska integritet har betonats mer.³⁸³ I doktrin har till och med individens fysiska och psykiska hälsa beskrivits som ett straffrättsligt skyddsintresse.³⁸⁴ Det allvarliga betraktelsesättet av våldsbrott har resulterat i att fler brott mot person betraktas som grova och att straffskalorna för misshandelsbrottet har höjts.³⁸⁵ Kriminalisering av våldsbrott har således en djup, traditionell förankring i vad individer anser vara etiskt och moraliskt riktigt, och gärningar som misshandel utgör en del av kärnan i vad som bör vara kriminaliserat.³⁸⁶

Avslutningsvis kan nämnas att det finns en grundlagsstadgad absolut rätt att skyddas mot kroppsstraff i 2 kap. 5 § RF, men den gäller enbart i förhållandet individ och stat. Således omfattas inte BDSM-utövning mellan två eller flera individer av bestämmelsen.³⁸⁷

5.2.2 Sexualitet som skyddsintresse

Sexualitet är ett mångfacetterat begrepp som bland annat inbegriper identitetsskapande, integritet, intimitet, erotik, nöje, reproduktion och sexuell läggning. Sexualitet är således inte synonymt med samlag eller sexuell läggning utan utgör en central aspekt av att vara människa. Sexualitet kan även upplevas och uttryckas på olika sätt i tankar, fantasier, attityder, värderingar, praktiker, roller och förhållanden.³⁸⁸

Betydelsen av sexuellt självbestämmande har utgjort en viktig fråga för utformande av sexualbrottslagstiftningen och skyddet för sexuell integritet och sexuellt självbestämmande har successivt förstärkts genom olika

³⁸² Prop. 1987/88:14 s. 15; SOU 1953:14 s. 105.

³⁸³ Prop. 2009/10:147 s. 10; jfr. Prop. 2016/17:108 s. 19.

³⁸⁴ Lernestedt (2003) s. 174.

³⁸⁵ Prop. 2009/10:147 s. 10.

³⁸⁶ SOU 2013:38 s. 442.

³⁸⁷ SOU 1975:75 s. 198; SOU 2020:44, s. 137.

³⁸⁸ Folkhälsomyndigheten (2017) s. 7; WHO (2006) s. 5.

reformer på området.³⁸⁹ Den 13 november 2014 bildades den s.k. sexualbrottskommittén³⁹⁰ och i oktober 2016 överlämnade kommittén betänkandet ”Ett starkare skydd för den sexuella integriteten”.³⁹¹ Betänkandet bygger på grundtanken om en människas självklara rätt till personlig- och sexuell integritet samt sexuellt självbestämmande.³⁹² Den grundtanken är något som regeringen i den efterföljande propositionen belyste, bland annat genom att uttala: ”en sexualbrottslagstiftning som tar sin utgångspunkt i om samtycke föreligger stämmer bättre överens med den allmänna uppfattningen om sexuellt självbestämmande och innebär ett naturligt steg för att åstadkomma ett heltäckande och tydligt straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp”³⁹³. Propositionen resulterade i en ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet och reformen återspeglar visionen om att det sexuella självbestämmandet ska få ett fullgott skydd i straffrätten.³⁹⁴

År 2008 avfördes sadomasochism som en psykisk sjukdom från Socialstyrelsens sjukdomsregister³⁹⁵ och år 2009 tog Socialstyrelsen bort klassificeringen³⁹⁶ med motiveringen att klassifikation på ett olyckligt sätt gav en sjukdomsstämpel till sådant som relaterar till könsidentitet och sexuella preferenser.³⁹⁷ Därtill har både BDSM-utövare och forskare beskrivit att BDSM kan utgöra en sexualitet³⁹⁸, även om BDSM-utövning i svensk rätt inte anses vara en sexuell läggning och således inte är skyddad av diskrimineringsgrunderna i diskrimineringslagen (2008:567). Trots att sadomasochism avfördes från Socialstyrelsens sjukdomsregister, betraktas BDSM-utövning många gånger som perverst och patologiskt³⁹⁹ och i queerlitteraturen har Sverige kritiserats för att enbart ha en sexliberal

³⁸⁹ Bexar (2019) karnovkommentaren till 6 kap. 1 § BrB.

³⁹⁰ Dir. 2014:14.

³⁹¹ SOU 2016:16.

³⁹² Prop. 2017/18:177 s. 15.

³⁹³ Prop. 2017/18:177 s 22; Bet. 2017/18:JuU29 s. 18.

³⁹⁴ Asp (2019) lexinokommentaren till 6 kap. 1 § BrB.

³⁹⁵ Motion 2008/09:So329.

³⁹⁶ Socialstyrelsen (1997) – Benämnd F 65.5, s. 30.

³⁹⁷ Socialstyrelsen (2008).

³⁹⁸ Wegerstad (2014).

³⁹⁹ Carlström (2016) s. 27.

inställning till sexualiteter som anses vara ”goda”. Sadomasochism är bland andra en sexualitet som inte klassificeras under den benämningen.⁴⁰⁰

Enligt Lena Gunnarsson, docent i genusvetenskap vid Lunds universitet, börjar emellertid synen på BDSM bli mer sexpositiv och BDSM inkorporeras mer frekvent i frågor om rättigheter och sexuell läggning.⁴⁰¹ Gunnarssons resonemang har visst stöd då BDSM omnämns både i lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.⁴⁰² Även Wegerstad argumenterar för de fördelar det innebär att betrakta BDSM som en skyddsvärd sexualitet. Det innebär att BDSM-utövning uppmärksammas och domstolarna blir tvungna att lära sig om BDSM-kulturens normer om samtycke, kommunikation, stoppord, säkerhet m.m. för att kunna genomföra en rättssäker process.⁴⁰³

5.3 Diskussion och slutsatser

I besvarandet av frågeställning ”III” om vilka skyddsintressena som föregår samtyckesgränsen framstår det som att samtyckesgränsen baserats på en intresseavvägning mellan å ena sidan intressena för personlig integritet, mänskligt liv och däri skydd från att ej tillfogas skada, å andra sidan rätten till självbestämmande. Bevisligen fick skyddsintresset för mänskligt liv och personlig integritet väga tyngre. Med hänsyn till att departementschefen i förarbeten till brottsbalken uttalat att kriminalisering bör följa samhällsutvecklingen och att enskildas handlingsfrihet inte ska inskränkas mer än nödvändigt vid en kriminalisering, finns en möjlighet att skyddsintresseavvägningen ser annorlunda ut idag. Det finns stöd för att BDSM-utövning betraktas som en sexualitet⁴⁰⁴ och med hänsyn till den centrala roll sexualitet och sexuellt självbestämmande har i förarbeten till

⁴⁰⁰ Kulick (2005) s. 76.

⁴⁰¹ Gunnarsson (2020) s. 42.

⁴⁰² Se exempelvis prop. 2017/18:177 s. 38, s. 81.

⁴⁰³ Wegerstad (2014).

⁴⁰⁴ Se avsnitt 5.2.2.

sexualbrottslagstiftningen och i rättspraxis⁴⁰⁵, kan det diskuteras om BDSM-utövning ska betraktas som en sexualitet och således utgöra ett skyddsintresse. ”SM” betraktas ju redan som en sexuell läggning och används dessutom ibland som en synonym till samlingsbegreppet BDSM.⁴⁰⁶ Huruvida skyddsintresset för sexualitet och sexuellt självbestämmande kan stå över mänskligt liv är diskutabelt. Med hänsyn till att viss BDSM-utövning, som exempelvis ”Edgeplay”, står väldigt nära skyddsintresset mänskligt liv, är det sannolikt att intresset för sexuellt självbestämmande får ge vika för intresset för mänskligt liv. Därtill talar även de höga straffskalorna för misshandel att skyddsintresset mänskligt liv fortfarande värderas väldigt högt.⁴⁰⁷ Samtidigt bör det beaktas att motivet bakom en allvarligare kriminalisering av våldsbrottslighet grundats i att förhindra att skyddsintresset ”personlig integritet” kränks och mellan samtyckande individer kränks inte den personliga integriteten. Med ett sådant betraktelsesätt kan sexualitet och sexuellt självbestämmande eventuellt värderas framför skyddsintresset för mänskligt liv och att tillfogas skada. Individen har ju redan givit upp sitt intresse att skyddas av staten till förmån för självbestämmanderätten.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Jfr. med rättsfallsstudien.

⁴⁰⁶ Se avsnitt 1.3.1.

⁴⁰⁷ Jfr. avsnitt 2.3.

⁴⁰⁸ Jfr. rättsfallsutredningen och SOU 1988:7.

6 Resultat och slutsatser

I kapitel 2 och 3 besvarades frågeställning ”I” om vilka rättsliga grunder det finns för straffansvar, misshandel och ansvarsfrihetsgrunden samtycke samt hur BDSM-utövning förhåller sig till det ansvarsbefriande samtycket i 24 kap. 7 § BrB och social adekvans. Det framkom bland annat att samtyckesgränsen i 24 kap. 7 § BrB är flytande, att samtycket inom BDSM-utövning är avgörande för att utövningen ska betraktas som BDSM och inte som osamtyckt våldsutövning, samt att det finns visst stöd för att BDSM-utövning kan betraktas som en fritidssyssla, idrott, lek eller sex.

I kapitel 4 besvarades frågeställning ”II” om vilka faktorer domstolarna tar hänsyn till i samtyckesbedömningen, samt vilka invändningar den tilltalade gör om BDSM. Det framkom att domstolarna tar hänsyn till att parterna tidigare haft sexuellt umgänge med dominansinslag, individens självbestämmanderätt, målsägandens berättelse om samtycket, och att ett giltigt samtycke i enlighet med de kriterier som uppställts i doktrin och förarbeten lämnats. Det klargjordes även att den tilltalades invändningar många gånger är homogen och baserad på påståenden om att målsäganden tidigare ska ha samtyckt till utövningen, har samtyckt i aktuell situation, eller har en sexuell preferens för våldsutövning. Av redogörelserna i kapitel 5 besvarades frågeställning ”III” när det klargjordes att BDSM kan betraktas som en sexualitet, men att det framstår som oklart om skyddsintresset för sexualitet och sexuellt självbestämmande kan värderas högre än skyddsintresset för mänskligt liv.

Baserat på vad som framkommit vid besvarandet av frågeställning I–III och uppsatsens redogörelser i övrigt kommer det nu utrönas om syftet har uppfyllts beträffande hur mycket skada en person kan samtycka till inom BDSM-utövning och om skada utöver samtycket kan anses ansvarsbefriande i enlighet med läran om social adekvans. För att uppfylla syftet om motiven bakom samtyckesgränsen och hur avsaknaden av ett

prejudicerande avgörande från HD påverkar den rättsliga förutsebarheten, besvaras frågeställning ”IV” om förutsebarhet, samt delfrågeställningen ”III: a” om paternalism i avsnitt 6.2 och 6.3. Motivet bakom samtyckesgränsen har även redan tangerats i redogörelser för ansvarsfrihetsgrunden samtycke, skyddsintressen och misshandelsbrottet.

6.1 BDSM, samtycke och social adekvans

Av både rättsfallsstudien och uppsatsen i övrigt framgår det att domstolarna avgör var gränsdragningen för samtyckets ansvarsbefriande verkan går, men att det är doktrin som utgör källan för information om samtyckets innebörd. Bland annat används ”Allmän kriminalrätt” och ”Kriminalrättens grunder” som vägledande information. Av doktrin framgår det att gränsdragningen fastställs i försvarlighetsbedömningen och att särskild hänsyn ska tas till gärningspersonens syfte med gärningen. Förarbeten, doktrin och rättspraxis är konforma i att det inte är möjligt att ge ett ansvarsbefriande samtycke till grov misshandel och att gränsen normalt dras mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden. Samtidigt utgör inte gränsen en absolut gränsdragning och i NJA 2018 s. 591 har HD även uttalat att gränsdragningen enbart utgör en tumregel och att även gärningar som utgör misshandel av normalgraden kan vara ansvarsbefriande, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. HD preciserar emellertid inte närmre vilka omständigheter som kan beaktas. Vid skador som är mer än ringa bör domstolarna särskilt beakta syftet med gärningen och om *syftet är godtagbart från samhällelig synpunkt*. Vid BDSM-utövning kan skadorna vara mer än ringa och i sådana fall bör syftet med utövandet beaktas. Gärningens syfte ska även särskilt beaktas i bedömningen av om gärningen är socialadekvat och ett straffrättsligt ingripande därför skulle anses vara orimligt. Inom idrott, sport och lek har gärningar som företagits inom spelets ramar ansetts vara socialt adekvata. Detta främst med hänsyn till syftet med idrott: att skapa/bidra till samhällsnytta, men även med hänsyn till andra idrottsliga syften som bidrag till allsidig motion och sociala värden. Det kan då konstateras att BDSM-utövares syften är snarlika de

syftet som anges för idrott eftersom BDSM-utövare både upplever och avser att ge sina partners liknande känslor som idrottsdeltagare vill uppleva och ge, som exempelvis endorfinkickar, känslor av välbefinnande, nöjen, vardagsflykt, självbefinnande och social tillhörighet. Syftet är således inte att skada eller göra något mot partens vilja.⁴⁰⁹ I sammanhanget kan en jämförelse göras med diverse kampsporter där syftet ibland är att uppsåtligt skada motparten, men där gärningen ändå betraktas som socialt adekvat med hänsyn till det goda syftet med sport. Det är motsägelsefullt att tillåta våldsgärningar företagna inom MMA, boxning, rugby men inte tillåta våldsgärningar företagna inom BDSM.⁴¹⁰ Utifrån samma resonemang som Malmsten för om att idrottsutövningens nyttoeffekter legitimerar grövre våldsutövning, bör de nyttoeffekter som skapas av BDSM-utövning värderas framför att någon faktiskt skada uppvisas. Jämväl bör BDSM-utövares frivilliga deltagande i scenerna betraktas på samma sätt som att det vid ett frivilligt deltagande i en idrottsaktivitet antas att deltagaren är medveten om och godtar riskerna med viss våldsutövning. Redan i förarbeten har det uttryckts att det för ett ansvarsbefriande samtycke inte ska bedömas huruvida gärningen är etiskt berättigad eller värdefull, vilket jag anser möjliggör för en tolkning om att ansvarsbefriande samtycken ska kunna lämnas mellan BDSM-utövare oavsett vilka etiska värderingar lagstiftaren, domaren eller gemene man har om BDSM-utövning.

För att gärningar företagna inom BDSM-utövning ska anses vara socialt adekvata bör verksamheten, BDSM-utövning, innebära ett *samhälleligt eller ett enskilt värde som bör tolereras från allmän synpunkt*.⁴¹¹ En avvägning måste göras utifrån vad som anses önskvärt och tolerabelt i samhället, men det finns inga riktlinjer för hur intresseavvägningen ska göras. Utifrån uppsatsens redogörelser argumenteras det för att BDSM-utövning kan betraktas som ett uttryck för sexualitet och anses vara ett värde som bör tolereras från allmän synpunkt. Därtill argumenteras det även för att BDSM-

⁴⁰⁹ Jfr. avsnitt 1.3.1.

⁴¹⁰ Jfr. Kaplan (2014).

⁴¹¹ NJA 2018 s. 591 p. 10. och p. 15.

utövning kan utgöra idrottsutövning eller lek som bör tolereras på grund av de nyttoeffekter och samhällsintresse som idrott har.

Resonemanget om att BDSM-utövning utgör ett **uttryck för sexualitet** baseras på att BDSM, liksom sexualitet, är identitetsskapande, erotiskt, nöjesfullt och intimt. Med hänsyn till den ökade ställning sexualitet och sexuellt självbestämmande tagit i förarbeten till sexualbrottsregleringen och i rättspraxis, samt att redogörelser för kriminaliseringsgrunder och skyddsintressen talar för att sexualitet och sexuellt självbestämmande kan utgöra ett skyddsintresse,⁴¹² finns det en möjlighet att viss BDSM-utövning kan tolereras från allmän synpunkt och därmed vara socialadekvat. Det förutsätter dock att sexualitet och sexuellt självbestämmande står över intresset att inte tillfogas skada. Slutsatsen för den intresseavvägningen anfördes under rubrik 5.3.

Beträffande resonemanget om BDSM-utövning som **idrottsutövning eller lek** kan, utöver vad som nämnts ovan om deras likartade syften, anföras att BDSM-utövning påminner om idrotts- och lekutövning definitionsmässigt och praktiskt. Både BDSM-utövare och BDSM-samfundet definierar utövningen som lek, rollspelsutövning eller nöje.⁴¹³ Definitionen stämmer överens med definitionen som encyklopedier framtagit om begreppet ”lek” som innefattande av inslag av ”föreställningar”, ”sällskapliga förströelser” mellan vuxna och för vuxnas ”sällskapliga nöje”.

Vidare kan BDSM-utövning rent praktiskt både liknas vid organiserad- och oorganiserad idrottsutövning. BDSM-klubbar kan liknas vid organiserad idrottsutövning eftersom det finns regler för aktivitetens utförande, hur aktiviteten övervakas, vilka säkerhetsåtgärder som måste vidtas, vilka principer som måste följas och vilka repressalier som kan utdelas för den som inte efterlever de uppsatta reglerna. Det finns även deltagare och klubbar som anordnar event där mer erfarna deltagare lär mindre erfarna

⁴¹² Jfr. Wegerstad, avsnitt 5.2.2.

⁴¹³ Jfr. Carlström, Newmahr, Rosten.

deltagare tekniker för lekens utförande. Det finns instruktionsböcker och instruktionsvideor att tillgå och event för leksaksskapande.⁴¹⁴

BDSM-utövning som utövas privat kan liknas vid oorganiserad idrottsutövning och lekar som vanligtvis inte har ”tydliga” regler. En del upprättar skriftliga dokument för vad som anses tillåtet inom ramen för de enskilda parternas relation och de överhängande koncepten om SSC, RACK och 4C erfordras beaktande. Däremot eftersom det i dessa situationer oftast saknas en tredje part som kontrollerar aktiviteten och det saknas ett system för regelöverträdelser,⁴¹⁵ bör viss restriktivitet tas till vilka gärningar som anses socialt adekvata.⁴¹⁶ För medlemmar på Darkside finns emellertid vissa repressalier, som kontoavstängning eller polisanmälan.⁴¹⁷ Det förutsätter dock att överträdelser kommer till Darksides kännedom av någon och kan bestyrkas på något sätt. Dessutom varierar innebörden av koncepten SSC och RACK från person till person, eftersom alla utövare har olika preferenser och syn på vad som anses säkert, förnuftigt och samtyckande i en situation. Parterna måste klargöra för varandra vad RACK och SSC betyder för just dem i en viss situation.

Om BDSM-utövning skulle behandlas på samma sätt som lek, skulle förmodligen en bedömning av rättsläget lik den som presenterats i NJA 2018 s. 591 göras. Huruvida den företagna gärningen skulle vara socialt adekvat hade bedömts utifrån om gärningen hållits inom spelets ramar och vad som ansetts ligga inom spelets ramar hade bedömts utifrån om gärningen varit *naturlig och därmed påräknelig* för spelet. Visserligen finns det visst stöd för att parterna bör kommunicera och göra riskbedömningar före utövningen i enlighet med SSC, RACK eller 4C. Samtidigt ger HD inga svar på vilka gärningar som är naturliga och därmed påräkneliga. Det är förvisso rimligt eftersom vad som är naturligt och påräkneligt varierar från idrott till idrott. Ågrens förslag om att hänsyn bör tas till om gärningen är

⁴¹⁴ Se avsnitt 3.4.2; Bennett (2020) s. 12.

⁴¹⁵ Jfr. NJA 2018 s. 591.

⁴¹⁶ Jfr. NJA 2018 s. 591.

⁴¹⁷ Redaktion (2021).

vanligt förekommande eller har stöd i skick och bruk inom aktiviteten, kan möjligen ge viss vägledning.⁴¹⁸ Precis som annan idrottsutövning är BDSM-utövning variationsrik och kan utövas på olika sätt mellan olika personer. Jag skulle dock vilja påstå att BDSM-utövning är mer individualiserat och preferensstyrt än annan idrottsutövning som exempelvis fotboll, rugby eller innebandy och vad som anses vara naturligt och påräkneligt inom en viss BDSM-relation, vid en viss tidpunkt, kan ses som onaturligt och opåräkneligt mellan samma- eller olika parter vid en annan tidpunkt. Någon tycker om bondage, en annan bara sadism. Därför menar jag att även om rättsväsendet införskaffar mer kunskap om de normer och konventioner som finns inom BDSM-utövning samt kallar in fler expertvittnen kommer det förmodligen vara svårt att avgöra om en gärning företagen inom BDSM varit socialt adekvat, eftersom lekens innehåll är högst individuell och baserad på individuella preferenser.⁴¹⁹ Det kommer vara svårt att finna kriterier för vad som ska anses vara inom ”lekens ramar” om inte ett fysiskt avtal upprättats mellan parterna.

Avslutningsvis bör det betonas att även om BDSM-utövning skulle betraktas som socialadekvat finns det, precis som inom idrott, en yttersta gräns för samtyckes ansvarsbefriande verkan. All BDSM-utövning som går utöver ett givet samtycke kan därför inte vara socialadekvat. Som exempel kan ”Edgeplay” nämnas.

⁴¹⁸ Se avsnitt 3.3.

⁴¹⁹ Bennett (2020) s. 13.

6.2 Samtycke och BDSM i relation till förutsebar rättstillämpning

Samtycket som ansvarsfrihetsgrund är förutsebar i det avseende att den är kodifierad i svensk rätt samt att försvarlighetsbedömningen varit förankrad i svensk rätt redan före dess kodifierande och således är stabil och öppen i sin ordalydelse. Förutsebarhetsproblematiken grundas snarare i att förarbeten hänvisar till rättstillämparen som ytterst ansvarig för att avgöra försvarlighetsbedömningen. Det i sig är inte märkligt eftersom lagstiftaren omöjlig kan lagstifta om alla möjliga situationer som kan uppkomma och att det är rimligt att rättstillämpningen avgör i det enskilda fallet vad som är försvarligt. Det som är problematiskt är att HD inte presenterat ett prejudicerande avgörande om BDSM i relation till samtycke som kan vägleda underrätterna om vilka faktorer de bör beakta i sina samtyckesbedömningar i relation till BDSM. I viss mån har underrätterna i rättsfallsstudien visat viss överensstämmelse i sina samtyckesbedömningar när de förankrat sina resonemang i doktrin och förarbeten om vad som krävs för ett giltigt samtycke. Beträffande om eller vilken hänsyn som bör tas till dominansförhållanden eller sexuella preferenser presenterar, domskälen varierande meningar som saknar förankring i rättspraxis och förarbeten.

På grund av oklarheten i bedömningsfaktorerna riskerar samtyckande BDSM-utövare försättas i en rättsosäker situation där de inte kan förutse hur de ska agera för att inte begå ett brott. Som redan konstaterat i avsnitt 1.1 är det problematiskt att något som är njutningsfullt och dessutom önskvärt mellan två parter skulle utgöra ett brott.⁴²⁰ Därtill finns en risk att förutsebarhetsbristen utnyttjas av personer som står anklagade för brott och som använder BDSM-utövning som ett rättfärdigande för dennes våldsanvändning, även om hen inte följt de normer som härskar inom BDSM.⁴²¹ Även Wegerstad uttrycker att domstolar måste göra åtskillnad på olagligt våld och BDSM, vilket förutsätter att rättstillämparna införskaffar

⁴²⁰ Wegerstad (2014).

⁴²¹ Wegerstad (2014); jfr. den tilltalades invändningar i rättsfallstudien.

kunskaper om de normer och regler som existerar mellan BDSM-utövare. Annars finns en risk att BDSM blir ett sätt att rättfärdiga våld.⁴²² Att domstolen exempelvis finner att gärningspersonen brustit i sitt uppsåt i förhållande till om samtycke förelegat hos målsäganden kan inte hänföra sig till att den tilltalade *trodde* att målsäganden ville ha dominanssex, hårt sex eller liknande som i B 165-16, utan domstolarna måste vara medvetna om att BDSM-praktiker bygger på samtycke, tillit och ömsesidighet.⁴²³ Det innebär inte att putativa samtycken aldrig kan anses föreligga i mål där BDSM-utövning förekommit, utan snarare att domstolarna har ett bredare kunskapsunderlag att förstå och värdera de omständigheter i fallet som rör BDSM-utövning och således mer välgrundat kan bedöma den tilltalades eventuella uppsåt till om samtycke förelegat eller ej.

I enlighet med Peczeniks filosofi behöver det inte nödvändigtvis vara problematiskt att en lagbestämmelse som 24 kap. 7 § BrB är bred och oklar i sin lydelse. Det förutsätter dock att bestämmelsen genom välformulerade avgöranden från underrätterna gör den juridiska argumentationen mer förutsebar för den enskilde. Enligt min uppfattning kan 24 kap. 7 § BrB vidöppna försvarlighetsbedömning för närvarande inte öka förutsebarheten för den enskilde med stöd av välformulerade avgöranden från underrätterna, eftersom deras avgöranden inte är prejudicerande samt att domstolarna ej förankrar sina resonemang i avgöranden från HD. Samtidigt vill jag poängtera att sådan absolut förutsebarhet med största sannolikhet inte är avsedd eller ens önskvärd i 24 kap. 7 § BrB. Samhällsutvecklingen sker dynamiskt och rättssystemet måste vara mer flexibelt och anpassningsbart.⁴²⁴ Med hänsyn till bestämmelsens vida utformning framstår det som att förutsebarheten i 24 kap. 7 § BrB har fått ge vika till förmån för den materiella rätten och bestämmelsen möjliggör för domstolarna att göra en intresseavvägning mellan förutsebarhet och andra materiella intressen i rättstillämpningen. Beträffande ett sådant känsligt

⁴²² Wegerstad & Carlström (2014).

⁴²³ Wegerstad, jfr. avsnitt 1.3.1.

⁴²⁴ Jfr. Peczenik (1995) s. 45.

ämne som förevarande, som innefattar bland annat sexualitet, samtycke, identitet och våld kan det reflekteras över om det är mer lämpligt att låta domstolarna genomföra en skönsmässig bedömning i det enskilda fallet, men på bekostnad av att rättsläget blir mindre förutsebart för en enskild som hamnar i en likartad situation.

Som redogjorts för i uppsatsens inledande kapitel är jag av ståndpunkten att ett avgörande från HD i ökande riktning kan påverka förutsebarheten för den enskilde. Frändberg däremot förhåller sig kritisk. I avsnitt 1.4.2.1 uttrycker han att ett prejudicerande avgörande från HD inte nödvändigtvis främjar förutsebarhet för rättstillämpningen, eftersom avgörandet kommer avse ett specifikt fall med unika omständigheter. Mot kritiken skulle jag vilja anföra att det normalt är möjligt att utläsa några generella utgångspunkter baserat på de redogörelser för rättsläget som HD presenterar i sina avgöranden. Om HD hade exemplifierat vilka faktorer som kan påverka samtyckesbedömningen när ett samtycke lämnats inom en relation med våldsinslag, hade förutsebarheten kunnat öka i viss mån. Därtill kunde rättstillämparna bidra till ett mer förutsebart rättsläge genom att bringa klarhet i vilka utövanden som hamnar under samlingsbegreppet BDSM. Eftersom flera praktiker ryms under samlingsbegreppet kan det uppstå komplikationer för hur det ska förstås, både för rättsväsendet och för den enskilde utövaren. En del utövare använder andra begrepp som dominanssex, hårt sex, våldsamt sex, men åsyftar sådana praktiker som kan inordnas under samlingsbegreppet. Rättstillämparna kan utvidga sin förståelse av samlingsbegreppet så att den tilltalades benämning av gärningen framstår som oväsentlig, och det som anses väsentligt för domstolen är om den tilltalades beskrivning stämmer överens med de koncept och normer som BDSM styrs av. Som exempel kan nämnas att påstådd BDSM-utövning mellan narkotika- eller alkoholpåverkade individer inte stämmer överens med de koncept som bör beaktas vid BDSM, och således kan domstolarna konstatera att verklig BDSM-utövning inte

förekommit även om det har påståtts.⁴²⁵ Att föra samma resonemang beträffande individer som utövar BDSM-praktiker utan att anse sig vara BDSM-utövare, utan enbart uttrycker sig tycka om ”dominanssex” eller ”hårdare sex”, kan däremot medföra förutsebarhetssvårigheter. Orsaken till detta är att den enskilde får svårt att förutse rättsläget när domstolen bedömer dennes gärning med hänsyn till de normer och koncept som härskar inom BDSM, när den personen på grund av att hen inte betraktar sig som BDSM-utövare inte nödvändigtvis anser att hen behöver följa de normer och koncept som finns inom BDSM, eller ens är medveten om dess existens.

För att anknyta till avsnitt 6.1, kan ett betraktande av BDSM-utövning som socialadekvat bidra till förutsebarheten om vad den enskilde kan samtycka till och också ge ett större skydd för självbestämmanderätten. Samtidigt kan det inte förbises att läran om social adekvans inte är kodifierad, vilket också är ett problem för förutsebarheten, eftersom det blir oklart vad läran egentligen innehåller. Det måste emellertid framhållas att läran har viss förutsebarhet, eftersom den har några gemensamma nämnare för dess användning: den ska användas som en säkerhetsventil när inget annat kan förklara gärningens otillåtlighet, samt när det finns ett samhällsligt intresse av att gärningen ska tillåtas. Därtill måste det även påminnas om att samtycke som ansvarsfrihetsgrund kodifierades i svensk rätt relativt sent och har återopats som ansvarsfrihetsgrund även när den inte var kodifierad.

Eventuellt skulle Ågrens resonemang om betraktande av social adekvans redan i bedömningen av gärningens brottsbeskrivningsenlighet bidra till förutsebarheten på grund av att det finns tydliga utgångspunkter för vilka intresseavvägningar som ska genomföras i bedömningen av gärningens tillåtlighet. Som rättfärdigande grund finns nämligen inte detta.⁴²⁶ Därtill är läran om social adekvans legitim i förhållande till syftet med kriminalisering i det avseendet att det är orimligt att bestraffa sådant beteende som från

⁴²⁵ Jfr. Carlström (2016); Bennett (2020).

⁴²⁶ Ågren (2021) s. 203.

allmän synpunkt är acceptabel och att lagstiftaren omöjligen kan lagstifta om alla situationer där ansvarsfrihet bör förekomma.⁴²⁷ Sammantaget finns det visst stöd för att en lära om social adekvans bringar viss förutsebarhet och inte är en ogrundad lära bara för att den inte är kodifierad.

6.3 Samtycke och BDSM i relation till paternalistisk kriminalisering

I förevarande avsnitt diskuteras om motivet bakom samtyckesgränsen indirekt utgör paternalistisk kriminalisering.

Doktrin, förarbeten och praxis är samstämmiga om att kriminalisering på paternalistiska grunder inte bör förekomma. Paternalism innebär att staten skyddar individen från att tillfogas något som hen vill. Beroende på om man betraktar Paternalism som självskada eller både självskada och annanskada, kan det bakomliggande motivet för gränsdragningen vara paternalistisk eller ej. En person som utgår ifrån Lernestedts och Feinbergs tankesätt, där både självskada och annanskada är inkluderat i begreppet, kan samtyckesgränsen utgöra en indirekt paternalistisk kriminalisering av BDSM. Detta eftersom den hindrar en person från att tillfoga sig själv skada och låta sig tillfogas skada av annan. En person som däremot enbart betraktar paternalism som skydd mot självskada anser enbart att kriminalisering som förhindrar självskada inte bör förekomma och att tillfogande av annanskada utgör en rimlig kriminaliseringsgrund. Eftersom svensk rätt har satt en övre gräns för samtyckets ansvarsbefriande verkan kan det argumenteras för att tillfogande av annanskada med samtycke får begränsas med hänsyn till skyddsintresset ”mänskligt liv” utan att det betraktas som paternalistiskt. Svensk rätt verkar således inom detta område betrakta Paternalism utifrån Jareborgs synsätt.

Med hänsyn till den starka ställning sexualitet och sexuellt självbestämmande fått i rättsordningen bör lagstiftaren beakta om även tillfogande av annanskada med samtycke ska anses utgöra en otillåten

⁴²⁷ Ågren (2021) s. 244.

kriminaliseringsgrund. Om det skulle göras skulle även en del uttalanden av domstolarna i rättsfallsstudien förmodligen betraktas som paternalistiska. Som exempel kan nämnas B 4879-17 och B 257-17 där domstolen bestämt att bestraffning inte utgör en fritt vald kärleksrelation och B 1328-17 där det anses vara en försvårande omständighet att en person varit fastbunden även om det skett med hens vilja.

Huruvida begreppet paternalism även ska innefatta tillfogande av annanskada förutsätter att en intresseavvägning görs mellan skyddsintresset för mänskligt liv och sexuellt självbestämmande. Som konstaterat i kapitel 5, framstår det som att mänskligt liv står högst i hierarkin av skyddsintressen och för närvarande är det förmodligen svårt att med säkerhet fastställa att sexuellt självbestämmande klassificeras över mänskligt liv. Däremot finns möjlighet att sexualitet och sexuellt självbestämmande som skyddsintresse kan få inverkan på om BDSM-utövning kan betraktas som socialt adekvat, utifrån dess betydelse för enskilda och dess samhällsnyttiga värde.

6.4 Vidare forskning

För vidare forskning hade det varit intressant att undersöka om frivillighetsrekvisitet i 6 kap. BrB om sexualbrott ("samtyckeslagen"), påverkat bedömningen av samtycke inom BDSM-utövning.

Beträffande urvalskriterierna för rättsfallsstudien hade det varit intressant att undersöka i vilken utsträckning domstolarna inte motiverar sin samtyckesbedömning och hur det i sig påverkar den rättsliga förutsebarheten.

Käll- och litteraturlförteckning

KÄLLOR

Otryckta källor

David, webmaster på hemsidan Darkside, e-post <redaktion@darkside.se> den 10 april 2021. [cit: Redaktion].

Tryckta källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 1953:14	Förslag till brottsbalk.
SOU 1975:75	Medborgerliga fri- och rättigheter.
SOU 1988:7	Frihet från ansvar: Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet.
SOU 2013:38	Vad bör straffas?
SOU 2016:16	Ett starkare skydd för den sexuella integriteten.
SOU 2020:44	Grundlagsskadestånd – ett rättighetsskydd för enskilda.

Regeringens propositioner

Prop. 1962:10 B	Med förslag till brottsbalk.
Prop. 1987/88:14	Om ändring i brottsbalken (grov misshandel och grov stöld).
Prop. 1993/94:130	Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m).
Prop. 2005/06:147	Lag om tillståndsplikt för vissa kampsportsmatcher.
Prop. 2009/10:147	Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.
Prop. 2016/17:108	Straffskalorna för vissa allvarliga våldsbrott.

Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på
frivillighet.

Övrigt offentligt tryck

Socialstyrelsen (1997) Klassifikation av sjukdomar och hälsoproblem
(KSH97) (ändringar 1997–2011).

Socialstyrelsen (2008) Dnr 51-11459/2008 Socialstyrelsen tar bort koder.

Mot. 2008/09:So329, Christer Winbäck (fp), Sadomasochism som sjukdom.

Dir. 2014:14 Tilläggsdirektiv till Utredningen om
säkerhetsskyddslagen (Ju 2011:14).

Bet. 2017/18:JuU29 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på
frivillighet.

Övrigt

Asp, Petter (2019), *Brottsbalken med kommentarer*, (19 augusti 2019)
lexinokommentaren till 6 kap. 1 §. <<http://www.juno.se>> Hämtad 2021-02-
04.

Athanassoulis, Nafiska (2002), 'The Role of Consent in Sado-masochistic
Practices'. *Res Publica*, vol. 8 nr. 2., s. 141–155.
< [https://search-ebscohost-
com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=phl&AN=PHL1703706&
site=eds-live&scope=site](https://search-ebscohost-com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=phl&AN=PHL1703706&site=eds-live&scope=site)> Hämtad 2021-03-12.

BDSM-institutet (2015), 'Bortom SCC och RACK – 4C som ett alternativ.'
<<https://bdsminstitutet.se/rack-ssc-4c-bra-alternativ/>> Hämtad 2021-02-01.

Bennett, Theodore (2020), 'A Fine Line Between Pleasure and Pain: Would Decriminalising BDSM Permit Nonconsensual Abuse?'. *Liverpool Law Review*. *EBSCOhost*, doi:10.1007/s10991-020-09268-7.

Hämtad 2021-01-18.

Bennett, Theodore (2018), 'Unorthodox Rules: The Instructive Potential of BDSM Consent for Law'. *Journal of Positive Sexuality*, vol. 4 nr. 1., s. 4–11. <<https://journalofpositivesexuality.org/>> Hämtad 2021-01-18.

Bentham, Jeremy (1996), 'An Introduction to the Principles of Morals and Legislation'. *Clarendon Press*. *EBSCOhost*, <search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07147a&AN=lub.962486&site=eds-live&scope=site.> Hämtad 2021-03-02.

Bexar, Mikaela, brottsbalken (19 augusti 2019) kommentaren till 6 kap. 1 §. <https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/527533?annotation_id=SFS1962-0700_NKAR286&st=karnov&t=annotations#SFS1962-0700_K6_P1> Hämtad 2021-04-14.

Cross, Patricia & Matheson, Kim (2006), 'Understanding sadomasochism: An empirical examination of four perspectives'. *Journal of Homosexuality*, vol. 50 nr. (2–3), s. 133–166. *EBSCOhost*, doi: 10.1300 /J082v50n02_07. Hämtad 2021-02-20.

Dworkin, Gerald (1972), 'PATERNALISM '. *The Monist*, vol. 56 nr. 1., s. 64–84. *JSTOR*, < <http://www.jstor.org/stable/27902250>> Hämtad 2021-02-12.

Darkside (u.å), 'Om darkside.' <<https://www.darkside.se/info.php?a=o>> Hämtad 2021-01-18.

Falk, Elin (2013) 'Tio månaders fängelse för urspårade sexleken'.

Folkbladet, publicerad 2 mars 2013.

< <https://retriever-info.com>> Hämtad 2021-02-13.

Folkhälsomyndigheten (2019), 'Sexuell och reproduktiv hälsa och rättigheter (SRHR) i Sverige 2017.'

<[https://www.folkhalsomyndigheten.se/publicerat-](https://www.folkhalsomyndigheten.se/publicerat-material/publikationsarkiv/s/sexuell-och-reproduktiv-halsa-och-rattigheter-i-sverige-2017/?pub=60999)

[material/publikationsarkiv/s/sexuell-och-reproduktiv-halsa-och-rattigheter-i-sverige-2017/?pub=60999](https://www.folkhalsomyndigheten.se/publicerat-material/publikationsarkiv/s/sexuell-och-reproduktiv-halsa-och-rattigheter-i-sverige-2017/?pub=60999)> Hämtad 2021-03-10.

Hanna, Cheryl (2001), 'Sex is not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law'. *Boston College Law Review*, vol. 42 nr. 2., s. 239–290.

<<http://heinonline.org.ludwig.lub.lu.se/HOL/Page?handle=hein.journals/bclr42&div=15>> Hämtad 2021-03-05.

Hariz, Viktor (2015), 'Oenig HD provar inte BDSM-mål.' *SVT*, publicerad 26 oktober 2015.

<<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/gavleborg/oenig-hd-provar-inte-bdsm-mal>> Hämtad 2021-02-02.

Harvard Law Review (2014), 'Nonbinding Bondage'. *Harvard Law Review*, vol. 128 nr. 2., s. 713–734.

< *EBSCOhost*, search-ebscobhost-com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.hlr128.21&site=eds-live&scope=site.> Hämtad 2021-03-15.

Jozifkova, Eva (2013), 'Consensual Sadomasochistic Sex (BDSM): The Roots, the Risks, and the Distinctions Between BDSM and Violence'.

Current Psychiatry Reports, vol. 15 nr. 9, *EBSCOhost*, doi:10.1007/s11920-013-0392-1. Hämtad 2021-03-15.

JPinfonet & Infotorg, sökord: ”misshandel, samtycke och 24 kap. 7 § BrB”, ”misshandel och samtycke”, ”BDSM”, ”dominerande rollspel”, ”rollspel”, ”dominanssex”, ”somasochism”, ”sadism”, ”bondage”, ”dominant”, ”undergiven”, ”hårt sex”, ”hårdhänt sex”, ”våldtäktssex”, ”dominerande sex”.

<www.JPinfonet.se> <www.infotorg.se> Hämtad 2021-02-13.

Kaplan, Margo (2014), 'Sex-Positive Law'. *New York University Law Review*, vol. 89 nr. 1., s. 89–164.

<[EBSCOhost, search-ebshost-com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.nylr89.6&site=eds-live&scope=site](http://EBSCOhost.com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.nylr89.6&site=eds-live&scope=site)> Hämtad 2021-03-14.

Kungliga biblioteket, Äldre Västgötalagen, Litteraturbanken.

<www.litteraturbanken.se> Hämtad 2021-04-10.

Kungliga biblioteket, Upplandslagen, Litteraturbanken.

<www.litteraturbanken.se> Hämtad 2021-04-10.

Nationalencyklopedin, sökord: lek.

<http://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/lek>>
Hämtad 2021-04-14.

Newmahr, Staci (2010), 'Rethinking Kink: Sadomasochism as Serious Leisure'. *Qualitative Sociology*, vol. 33 nr. 3., s. 313–331.

[EBSCOhost](http://EBSCOhost.com), doi.10.1007/s11133-010-9158-9. Hämtad 2021-03-15.

Pitagora, Dulcinea (2013), 'Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line'. *The new school for Social Research*, vol. 10 nr. 1., s. 27–36.

<[EBSCOhost, search-ebshost-com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=90546932&site=eds-live&scope=site](http://EBSCOhost.com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=90546932&site=eds-live&scope=site)> Hämtad 2021-03-12.

Profossgbg (u.å), 'Några ord om edgeplay.' Bdsminfo.se,
<<https://www.bdsminfo.se/edgeplay/>> Hämtad 2021-03-12.

RFSU Stockholms sexualpolitiska BDSM- och fetischismgrupp (2008),
'BDSM & Fetischism – så funkar det. Njutning med höga klackar, rep och
ögonbindel.' *RFSU* s. 1–18. [Pdf].
<<https://www.rfsu.se/globalassets/pdf/bdsm-fetischism2008.pdf>> Hämtad
2021-01-28.

Rydhagen, Maria (2014), 'Synd att domaren inte följer lagen.' *Kvällsposten
AB*, publicerad 17 juni 2014. <<https://retriever-info.com>> Hämtad 2021-1-
23.

Sagarin, Brad, Cutler, Bert, Cutler, Nadine, Lawler-Sagarin, Kimberly &
Matuszewich, Leslie (2009), 'Hormonal changes and couple bonding in
consensual sadomasochistic activity'. *Archives of Sexual Behavior*, vol. 38
nr 2., s. 186–200. *EBSCOhost*, doi: 10.1007/s10508-008- 9374-5. Hämtad
2021-03-12.

Stein, David (2000), 'Safe Sane Consensual'.
<<http://www.leatherleadership.org/library/safesanestein.htm>>
Hämtad 2021-02-04.

Svenska Akademiens Ordbok, sökord: Lek, leka.
<https://www.saob.se/artikel/?unik=L_0401-0146.6S6H&pz=5 > Hämtad
2021-04-14.

Switch, Gary (2001), 'Origin of RACK; RACK vs. SSC'. *Prometheus
Magazine*.
<<http://www.leathernroses.com/generalbdsm/garyswitchrack.htm>>
Hämtad 2021-02-04.

Taylor, Gary & Ussher, Jane (2001), 'Making sense of S&M: A discourse analytic account'. *Sexualities*, vol. 4 nr. 2., s. 293–314. *EBSCOhost*, doi: 10.1177/136346001004003002. Hämtad 2021-03-25.

Weimer, Steven (2017), 'On the alleged intrinsic immorality of mixed martial arts'. *Journal of the Philosophy of Sport*, vol. 44 nr. 2., s. 258–275. *EBSCOhost*, doi:10.1080/00948705.2017.1320944. Hämtad 2021-04-12.

Wegerstad, Linnéa & Carlström, Charlotta (2014), 'BDSM ska inte vara ett sätt att rättfärdiga våld.' *SVT Opinion*, publicerad den 17 juni 2014. <<https://www.svt.se/opinion/bdsm-ska-inte-vara-ett-satt-att-rattfardiga-vald>> Hämtad 2021-01-17.

WHO (2006), 'Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002, Geneva'. *Sexual health document series*. [pdf]. <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/defining_sexual_health.pdf> Hämtad 2021-03-15.

Williams, D.J (2014), 'From "SCC" and "RACK" to the "4Cs": Introducing a new Framework for Negotiating BDSM Participation'. *Electronic Journal of Human Sexuality*, vol. 17, s. 1–13. Hämtad 2021-01-20.

Williams, D.J (2009), 'Deviant Leisure: Rethinking "The Good, the Bad, and the Ugly"'. *Leisure Sciences*, vol. 31 nr. 2., s. 207–213, *EBSCOhost*, doi:10.1080/01490400802686110. Hämtad 2021-03-15.

Yost, Megan (2010), 'Development and validation of the attitudes about sadomasochism scale'. *Journal of Sex Research*, vol. 47 nr. 1., s. 79–91. *EBSCOhost*, doi:10.1080/00224490902999286. Hämtad 2021-03-15.

Zila, Josef (2020), *Brottsbalken med kommentarer* (24 augusti 2020),
lexinokommentaren till 24 kap. 7 § BrB.
<<https://www.juno.se> > Hämtad 2021-03-10.

Doktorsavhandlingar

Carlström, Charlotta (2016), *BDSM–Paradoxernas praktiker*. Diss., Malmö
Universitet.

Lernestedt, Claes (2003), *Kriminalisering: problem och principer*. Iustus,
Diss. Stockholm: Univ., 2003, Uppsala.

Litteratur

Agge, Ivar (1964), *Straffrättens allmänna del: föreläsningar. H. 3*.
Stockholm: Norstedts juridik.

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils (2013), *Kriminalrättens
grunder. 2., omarb. uppl.*, Uppsala: Iustus. [cit: Asp m.fl.]

Axberger, Hans-Gunnar (1988), *EKO-brott, EKO-lagar och EKO-
domstolar, en rättspolitisk utvärdering av lagstiftningen mot ekonomisk
brottslighet*. BRÅ forskning 1988:3. Stockholm: Allmänna förlag.

Feinberg, Joel (1987), *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1:
Harm to Others*. New York: Oxford University Press.

- (1989), *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 3: Harm to
Self*. New York: Oxford University Press.

- Frändberg, Åke (1982), *Some Reflections of Legal Security*. Ingår i: Pauli, Tom. *Philosophical Essays Dedicated to Lennart Åqvist on his fiftieth birthday*. Uppsala: Filosofiska studier.
- (2005), *Rättsordningens idé: en antologi i allmän rättslära*. Uppsala: Iustus.
- Gunnarsson, Lena (2020), *Samtyckesdynamiker: Sex, våldtäkt och gråzonen däremellan*. Lund: Studentlitteratur.
- Hart, H.L.A (1963), *Law, Liberty and morality*. London: Oxford University Press.
- Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne, Johansson, Stefan, Trost, Hedvig (2020), *24 kap. Om allmänna grunder för ansvarsfrihet*. Ingår i: *Brottsbalken en kommentar kap. 13–24*, Supplement 17 juli 2020. Stockholm: Nordstedts juridik.
- Jareborg, Nils (1995), *Straffrättens gärningslära*. Malmö: Norstedts juridik.
- (2001), *Allmän kriminalrätt*. Uppsala: Iustus.
- Jareborg, Nils, Friberg, Sandra, Asp, Petter & Ulväng, Magnus (2015), *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*. 2 uppl., Uppsala: Iustus.
- Kulick, Don (red.) (2005), *Queersverige*. Stockholm: Natur och Kultur.
- Langdridge, Darren & Barker, Meg-John (red.) (2013), *'Safe, sane, and consensual: contemporary perspectives on sadomasochism'*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Malmsten, Krister (1997), 'Idrottsnorm som juridisk standard'. *SvJT* s. 240–249.
- Mill, John Stuart (2002), *On Liberty*. New York: Dover publications.

Newmahr, Staci (2011), *Playing on the edge: sadomasochism, risk, and intimacy*. Bloomington: Indiana University Press.

Peczenik, Alexander (1995), *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes förlag AB.

Rosten Grønli, Monika (2019), *Cultivating ethical negotiation or fetishising consent in BDSM?* Ingår i: Stefansen, Kari, Skilbrei, May-Len & Heinskou Bruvik, Marie, *Rape in the Nordic Countries- continuity and change*, 1st ed, u.o: Routledge Research in Gender and Society.

Sandgren, Claes (1995), 'Om empiri och rättsvetenskap' (del II). *JT*, vol. 7, nr 4. 1995/96, s. 1035–1059.

- (2004), 'Om teoribildning och rättsvetenskap'. *JT*, nr. 2. 2004/05 s. 297–333.
- (2019), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare ämne, material, metod och argumentation*. Johanneshov: MTM.

Strahl, Ivar (1976), *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, Stockholm: Norstedts juridik.

Strömholm, Stig (1988), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. 3 uppl., Stockholm: Norstedts juridik.

Svensson, Erik (2016), 'Social adekvans i straffrättsdogmatiken'. *SvJT* s. 399–416.

Truscott, Carol (1991), 'S/M: Some Questions and a Few Answers'. Ingår i: Thompson, Mark, *Leatherfolk: Radical Sex, Politics and Practice*. U.o: Daedalus Publishing.

Wegerstad, Linnéa (2012), 'Befriar leken från ansvar? Om BDSM, samtycke och social adekvans'. *Juridisk publikation nr. 2*, s. 239–261.

- (2014), 'Krönikeserie del I: BDSM – En straffrättsligt skyddsvärd sexualitet'. *Karnov Group*.

Ågren, Jack (2018), 'Är HD ute på hal is? Cross-checking, samtycke och social adekvans'. *JT nr. 2*, s. 404–414.

- (2021), *Social adekvans: Ansvarsfrihet utan lagstöd*. Stockholm: Norstedts juridik.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1946 B 1403.
NJA 1957 s. 337.
NJA 1997 s. 636.
NJA 1999 s. 286.
NJA 2003 s. 537.
NJA 2004 s. 176.
NJA 2009 s. 776.
NJA 2013 s. 397.
NJA 2013 s. 588.
NJA 2014 s. 808.
NJA 2017 s. 1129.
NJA 2018 s. 512 I.
NJA 2018 s. 591.
NJA 2018 s. 1051.

Hovrätt

RH 2011:42.
RH 2012:56.
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 21 september 2011 i mål B 2802-10.
HovR Västra Sverige den 29 november 2011 i mål B 3687-11.
Svea hovrätt dom den 27 juni 2016 i mål nr B 165-16.
Hovrätten Västra Sverige dom den 30 november 2016 i mål B 4289-16.
Hovrätten för Västra Sverige dom den 27 september 2016 mål nr B 1355-16.
Göta hovrätt dom den 13 januari 2017 i mål B 3114-16.
Svea hovrätt dom den 29 juni 2017 i mål nr B 4455-17.
Svea hovrätt dom den 14 juli 2017 i mål nr B 4879-17.
Svea hovrätt dom den 23 augusti 2017 i mål B 6202-17.

Hovrätten nedre Norrland dom den 10 april 2019 i mål B 952-18.

Göta hovrätt dom den 22 november 2019 i mål B 2926-19.

Hovrätten för Västra Sverige dom den 7 december 2020 i mål nr B 4958-20.

Hovrätten övre Norrland dom den 14 februari 2020 i mål B 14-20.

Tingsrätt

Umeå Tingsrätt dom den 1 mars 2013 i mål B 2505-12.

Nacka tingsrätt dom den 23 december 2015 i mål nr B 4517-15.

Göteborgs tingsrätt dom den 5 januari 2016 i mål nr B 8261-15.

Södertörns tingsrätt dom den 21 april 2017 i mål nr B 1328-17.

Uppsala tingsrätt dom den 3 mars 2017 i mål nr B 257-17.

Helsingborgs tingsrätt dom den 18 juni 2020 i mål B 302-19.

Göteborgs tingsrätt dom den 28 september 2020 i mål nr B 11068-20.

Opublicerade rättsfall

Högsta domstolens slutliga beslut om tillståndsprövning den 23 oktober 2015 i mål B 4609-15.