

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Linnéa Wegerstad

2012

Befriar leken från ansvar? Om BDSM, samtycke och social adekvans

Linnéa Wegerstad, *Lund University*



Available at: https://works.bepress.com/linnea_wegerstad/6/

BEFRIAR LEKEN FRÅN ANSVAR? - OM BDSM, SAMTYCKE OCH SOCIAL ADEKVANS

Av Linnéa Wegerstad¹

Våren 2012 arrangerade Juridisk Publikation i Lund en paneldebatt på temat "BDSM och samtycke" som jag fick förmånen att moderera. Debatten utgick från det så kallade Malmöfallet som rör åtal för misshandel i samband med BDSM-utövning.² Denna artikel tar avstamp i den fråga som fick avsluta debatten, nämligen om detta uppmärksammade fall har diskuterats klart. Min ståndpunkt är att genom fallet väcktes flera principiellt viktiga frågor som bör dryftas vidare. Dessa spörsmål, som rör hur sexuella praktiker som kan utgöra straffrättsligt relevant våld hanteras i straffrätten, vill jag synliggöra genom den här artikeln.³ Inledningsvis ges en redogörelse för samtyckes ansvarsbefriande verkan i straffrättslig mening, samt de frågor jag ställer och det material som har använts. Artikeln är därefter uppdelad i tre delar. I den första delen analyseras hur ett giltigt samtycke konstrueras teoretiskt och i den rättsliga praktiken. Den andra delen rör försvarlighetsbedömningen, det vill säga frågan om var gränsen för ett samtyckes ansvarsbefriande verkan går. Slutligen diskuteras om BDSM kan jämföras med sport och lek inom ramen för social adekvans.

I. GRÄNSLANDET MELLAN DET STRAFFVÄRDA OCH DET STRAFFRIA

Brottsbalkens lagrum kriminaliserar i princip allt fysiskt våld. Misshandelsstadgandet, 3 kap. 5 § brottsbalken (BrB), omfattar gärningar där en person har tillfogats kroppsskada, sjukdom eller smärta. Fler förutsättningar än att rekvisiten i den enskilda straffbestämmelsen är uppfyllda måste dock föreligga för att straffrättsligt ansvar ska kunna utkrävas. Självklart, men värt att upprepa, är att straffrättens gränser således inte definieras enbart genom enskilda kriminaliseringar. Betydelse har också det som brukar kallas för straffrättens allmänna del. Om vi följer det schematiska brottsbegreppet kan en indelning göras i å ena sidan rekvisit för otillåten gärning, å andra sidan rekvisit för personligt ansvar.⁴ När det gäller den första frågan – om en otillåten gärning har begåtts – är bland annat bestämmelserna i 24 kap. BrB tillämpliga, där samtycke som ansvarsbefriande grund stadgas om i 7 §. Den andra frågan – personligt ansvar

1 Doktorand vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet. Författaren vill tacka Per Ole Träskman, Ulrika Andersson, Aleksandra Popovic, Niklas Selberg, Sverker Jönsson och Charlotta Carlström, samt anonym granskare, för värdefulla kommentarer på tidigare utkast.

2 Hovrätten över Skåne och Blekinge (HSB) dom 2011-09-21, mål nr B 2802-10.

3 Dessa spörsmål har också aktualiserats i två nyligen meddelade tingsrättsdomar, Solna tingsrätt (TR) dom 2012-06-15, mål nr B 3694-12 samt Södertörns tingsrätt (TR) dom 2011-11-24, mål nr B 5148-11, som i skrivande stund ännu ej prövats i hovrätt.

4 Asp, Petter, et al., Kriminalrättsens grunder, Uppsala 2010, s. 42.

– innebär ställningstagande i fråga om uppsåt alternativt oaktsamhet. Frågan om samtycke aktualiseras alltså då det ska konstateras om en person har begått en otillåten gärning. Först måste fastställas att rekvisiten för exempelvis miss-handel är uppfyllda, därefter ställs frågan om det finns ett eventuellt samtycke från den som har blivit utsatt för den våldsamma handlingen.

24 kap. 7 § BrB stadgar att om vissa förutsättningar är uppfyllda kan ett samtycke från den som gärningen riktas mot vara ansvarsbefriande: ”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.” Som framgår av lagtexten måste två förutsättningar föreligga för att ansvarsfrihet ska kunna komma ifråga.⁵ För det första måste det föreligga ett giltigt samtycke, för det andra får gärningen inte vara oförsvarlig. Lagrummet består av begrepp som inte helt lätt låter sig definieras.

I den här artikeln undersöker jag vilket innehåll dessa begrepp har givits i förarbeten och i praxis. Jag argumenterar för att vi genom praxis kan se att samtyckesregleringen är flexibel och öppen inför många olika situationer, intresse-avvägningar och hänsynstaganden. Utgångspunkten för min analys är att rätten på samma gång både är kontextuellt öppen och normativt sluten.⁶ I sina bedömningar är domstolarna öppna inför annat än det rättsliga, men på samma gång hålls dömandet inom de gränser som kravet på rättslig giltighet sätter upp. Denna syn på det rättsliga systemet leder till frågorna: Vilka omständigheter, vilken kontext, är rätten öppen inför då den i varje (unik) situation ska tillämpa och tolka samtyckesregeln? Vilken diskurs, eller verklighetsbeskrivning, ligger till grund för de rättsliga slutsatser domstolarna gör? Samtycke är således en regel, bland många, som rör gränslandet mellan det straffria och det kriminaliserade, och ytterst handlar det om frågan när våld blir straffrättsligt relevant våld.

Även om artikeln syftar till att ge en översikt över samtyckesregleringen i svensk straffrätt, utgörs en central avgränsning av fokus på BDSM. BDSM brukar användas som ett samlingsbegrepp för bondage/disciplin, dominans/submission (underkastelse) och sadomasochism. Förkortningen ringar in ”sexualitetsuttryck där samtyckande vuxna hittar gemensamt välbefinnande genom olika former av maktutbyten”.⁷ Ett dilemma är att artikeln tar utgångs-

5 Asp, et al., *Kriminalrättens grunder*, s. 249.

6 Wandall, Rasmus, *Decisions to Imprison. Court Decision-Making Inside and Outside the Law*, Hampshire/Burlington 2008, s. 3. Se även Luhmann, Niklas, ”Law as a Social System” *Northwestern University Law Review* 1988, 83 nr. 1-2, s. 136-150.

7 RFSU Stockholms sexualpolitiska BDSM och fetischismgrupp, <http://www.rfsu.se/sv/RFSU-nara-dig/RFSU-Stockholm/Aktivera-dig/BDSM-gruppen/>, 2012-08-20.

punkt i ett instabilt fenomen, en praktik, som inte enkelt låter sig definieras.⁸ Själva utgångspunkten, BDSM, är således inte oproblematiserad och ett syfte med artikeln är att diskutera hur påstådda gärningar rättsligt begripliggörs genom olika diskurser. I artikeln använder jag dock BDSM som beteckning för en sexuell praktik där aktiviteter som kan utgöra straffrättsligt relevant våld förekommer, väl medveten om att också andra aktiviteter ryms under BDSM.

Som nämnts ovan tar artikeln utgångspunkt i det så kallade Malmöfallet, som rör BDSM och åtal för misshandel.⁹ Därutöver har publicerad praxis och förarbeten rörande samtycke använts för analysen.¹⁰ Artikeln gör inte anspråk på att vara en uttömmande studie av BDSM i straffrätten, men för att belysa vissa spörsmål har även två tingsrättsfall som rör BDSM och åtal för misshandel inkluderats.¹¹ Detsamma gäller tre hovrättsfall som rör BDSM och våldtäkt.¹² Ett mindre antal fall där samtycke förekommer i samband med misshandel, utan att BDSM aktualiseras, har också valts ut.¹³

I rättsfallen som valts ut nämns inte alltid uttryckligen BDSM, även om så är fallet i tre av målen.¹⁴ Andra termer som förekommer är ”sexuella aktiviteter av sado-masochistisk karaktär” och ”dominanssex”.¹⁵ I några fall förekommer längre uttryck såsom ”sexuella aktiviteter innefattat dominant inslag”, ”sex med ... vålds- och förnedringsinslag”, ”våld ... som ett led i den sexuella samvaron”.¹⁶ Liknande uttryck är ”sex med våldsinslag”, ”sex innehållande både våld och hot”, ”våldtäktssex”, samt ”hårdhänt sex”.¹⁷ I några av fallen talas

8 Kleinplatz, Peggy J. & Moser, Charles, *Sadomasochism. Powerful Pleasures*, New York 2006, s. 1-15. Se även Carlström, Charlotta, *Ett slag för njutningen. En studie om BDSM-utövande inom relationer, mastersuppsats i sexologi 2011 från Malmö Högskola.*

9 HSB mål nr B 2802-10.

10 NJA 1993 s. 553, NJA 1997 s. 636, NJA 1999 s. 460, NJA 2004 s. 176, RH 2009:47, RH 2011:62 respektive SOU 1988:7, *Frihet från ansvar. Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet. Slutbetänkande av Fängelsestraffkommittén och prop. 1993/94:130, Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.).*

11 Solna TR mål nr B 3694-12, Södertörns TR mål nr B 5148-11 (detta fall rör även åtal för våldtäkt). Båda målen har överklagats men i skrivande stund ännu inte prövats i hovrätt.

12 Svea hovrätt (HSV) dom 2007-10-16, mål nr B 3806-07, HSV, dom 2010-10-19, mål nr B 4280-10, Hovrätten för Västra Sverige (HVS) dom 2011-11-29, mål nr B 3687-11.

13 HVS dom 2012-03-30, mål nr B 4191-10, HVS dom 2011-01-05, mål nr B 3462-10, HSB dom 2009-06-26, mål nr B 1082-09, HSB dom 2012-06-25, mål nr B 776-12, Göta hovrätt (HGO) dom 2012-07-03, mål nr B 1601-12.

14 HSV mål nr B 4280-10, HVS mål nr B 3687-11, HSB mål nr B 2802-10.

15 HSV mål nr B 4280-10.

16 HSV mål nr B 3806-07.

17 Solna TR mål nr B 3694-12, Södertörns TR mål nr B 5148-11.

om ”rollspel” och ”sexuella rollspel”.¹⁸ Slutligen förekommer uttryck såsom ”undergiven” och ”dominera”.¹⁹

I det följande avsnittet, som rör det giltiga samtycket, uppmärksammar jag spörsmål som har uppstått då gärningar som rör BDSM har prövats av domstol, men också potentiella problem som kan uppstå i framtiden. Det rör framför allt vilken position individens vilja intar i den rättsliga argumentationen kring samtycke, samt bevisfrågor kring det giltiga samtycket. I avsnittet som rör försvarlighetsbedömningen diskuteras hur gärningens syfte ska förstås mot bakgrund av både straffrättsliga och samhälleliga diskurser om sex och våld. Jag argumenterar för att den straffrättsliga uppdelningen i å ena sidan sexualbrott, å andra sidan våldsbrott, framstår som problematisk. Slutligen reflekterar jag över om BDSM kan förstås som socialt adekvat på samma sätt som sport och lek.

2. ETT GILTIGT SAMTYCKE

Sedan samtyckes ansvarsbefriande verkan lagreglerades i början på 1990-talet har en omfattande diskussion om samtycke på *sexualbrottens* område förts.²⁰ Det har diskuterats om det gränsdragande rekvisitet vid våldtäkt ska utgöras av tvång eller bristande samtycke. Asp har tydliggjort att samtycke är ett normativt begrepp vars innehåll är beroende av hur rätten ser på de medel som används för att ”få fram” ett accepterande från den samtyckandes sida och de omständigheter under vilka ett samtycke ges.²¹ Frågan är således vilka omständigheter som konstituerar ett giltigt, eller rättsligt relevant, samtycke (särskiljande samtycke). Då samtycke diskuterats inom ramen för sexualbrottsregleringen har kontextens betydelse och de förutsättningar under vilka en person samtycker till något framhållits. Motsvarande diskussion har dock inte förts kring ämnet för denna artikel, samtyckes ansvarsbefriande verkan vid *våldsbrott*. I förarbeten, liksom i doktrin, framkommer dock att ett antal kriterier måste vara uppfyllda för att ett samtycke ska anses vara rättsligt giltigt, särskiljande.

2.1 KRITERIERNA FÖR ETT GILTIGT SAMTYCKE

Kriterierna för ett giltigt samtycke måste ses mot bakgrund av intentionen med regeln om ansvarsfrihet. Denna intention uttrycks som att var och en har rätt att inom vissa gränser själv bestämma över sina intressen, och att staten

18 HSB mål nr B 2802-10, Solna TR mål nr B 3694-12, Södertörns TR mål nr B 5148-11.

19 HSB mål nr B 2802-10, Solna TR mål nr B 3694-12.

20 Wennberg, Suzanne, ”Våldtäkt - med eller mot kvinnans vilja?” Juridisk Tidskrift 2004, nr. 1, s. 113, Andersson, Ulrika, ”Hans våld eller hennes vilja? En diskussion om den rättsliga prövningen av våldtäkt” Juridisk Tidskrift 2004, nr. 1, s. 222, Leijonhufvud, Madeleine, Samtyckesutredningen. Med förslag till skydd för den sexuella integriteten Stockholm 2008, Berglund, Kerstin, ”Samtyckesutredningen” Juridisk Tidskrift 2009, nr. 3, s. 701, Asp, Petter, Sex & samtycke, Uppsala 2010, SOU 2010:71, Sexualbrottslagstiftningen - utvärdering och reformförslag. Betänkande av 2008 års sexualbrottsutredning.

21 Asp, Sex & samtycke, s. 83.

inte längre har intresse av att skydda ett intresse som individen har gett upp.²² ”Det förhåller sig uppenbarligen så att individen måste få bestämma över sin person i ganska stor utsträckning, även inom områden som är straffbelagda, utan inblandning av statens straffande verksamhet.”²³ I förarbeten anges att vissa garantier måste föreligga för att samtycket verkligen innebär att den enskilde har gett upp det straffskyddade intresse som det är frågan om.²⁴

I första hand krävs att samtycket lämnas av någon som är behörig att förfoga över det aktuella intresset. När det gäller brott mot 3 kap. BrB ”står det klart att var och en äger bestämma över sig själv”.²⁵ Därutöver krävs att den samtyckande är kapabel att förstå innebörden av samtycket. Det krävs inte någon rättslig handlingsförmåga i civilrättslig mening, utan även den som är ”omtydig på grund av låg ålder eller rubbad själsverksamhet” kan lämna ett giltigt samtycke.²⁶ Det handlar om att i varje enskilt fall göra en bedömning av om den samtyckande har förmåga att förstå handlingens innebörd.

För det tredje krävs att samtycket ges frivilligt.²⁷ Samtycke som lämnats under inflytande av fysiskt eller psykiskt tvång kan inte verka ansvarsbefriande. Det har ingen betydelse om tvånget utövats av motparten eller av tredje man. För det fjärde ska samtycket ha getts med full insikt om relevanta förhållanden. Villfarelse rörande någon omständighet av betydelse medför att samtycket blir utan verkan. Slutligen måste samtycket vara allvarligt menat. Ett samtycke som lämnats på skämt utesluter inte ansvar, även om det kan innebära att uppsåt inte föreligger om gärningspersonen trots sig ha fått ett samtycke.

Dessa krav på det giltiga samtycket kan diskuteras på flera nivåer. Exempelvis kan man fråga sig vad det innebär att vara kapabel att förstå innebörden av ett samtycke. Vilka omständigheter konstituerar ett *frivilligt* samtycke? Hur ska ”full insikt” förstås och vilka förhållanden är ”relevanta”? Min analys av praxis visar dock att det sällan är kriterierna för det giltiga samtycket som problematiseras. I de fall där så sker aktualiseras målsägandens ålder, berusning och psykiska tillstånd. I NJA 1997 s. 636 är det fråga om vårdnadshavare kan lämna ett giltigt samtycke till omskärelse av pojkar.²⁸ I fallet diskuteras hur

22 SOU 1988:7, s. 99.

23 SOU 1988:7, s. 116. Se även Asp, et al., *Kriminalrättens grunder*, s. 247.

24 Prop. 1993/94:130, s. 40.

25 SOU 1988:7, 105. Det bör noteras att vid vissa lagrum är bristande samtycke en del av brottskonstruktionen, såsom olaga frihetsberövande, hemfridsbrott, ofredande, förtal och förolämpning, samt flera av sexualbrotten.

26 SOU 1988:7, s. 105.

27 SOU 1988:7, s. 106.

28 Mer om fallet i avsnitt 3.1.

långt en vårdnadshavares samtycke kan sträcka sig, men betoningen ligger på försvarlighetsbedömningen och social adekvans.

I Malmöfallet, där den tilltalade åtalats för misshandel, redogörs för omständigheter som konstituerar det giltiga samtycket.²⁹ Hovrätten konstaterar att målsäganden var över 16 år gammal och därmed behörig att samtycka till de handlingar den tilltalade utsatte henne för. Vidare anförs att hon har lämnat sitt samtycke frivilligt, att hon själv tagit initiativet till kontakten med den tilltalade, samt under förhållandevis många dagar diskuterat vad hon ville göra när de träffades. Det anförs att hon har begett sig till hans bostad och att hon har haft möjlighet att när som helst återkalla sitt samtycke om hon inte velat fortsätta rollspelet. Det är enligt hovrätten inte visat att målsäganden ”på grund av sin ungdom, sitt självskadebeteende eller av någon annan orsak inte skulle ha förstått vad hon samtyckte till eller att hennes samtycke av andra skäl inte skulle ha varit allvarligt menat”.³⁰

I RH 2009:47, som rör åtal för misshandel, diskuteras målsägandens psykiska tillstånd. Hovrätten konstaterar att ett samtycke har lämnats, men att det måste ha stått klart för den tilltalade att målsäganden vid tillfället var i kraftig psykisk obalans till följd av sprit- och tablettmissbruk, samt att hennes medgivande till att låta sig bli skuren lämnades under speciella förhållanden och i ett sinnestillstånd som inte var hennes normala. Uttalandet rör dock mer vad den tilltalade insett än målsägandens förmåga att ge ett giltigt samtycke. Samtycke ansågs inte ha ansvarsbefriande verkan i fallet.

Berusning aktualiseras i NJA 2004 s. 176 som rör åtal för grov misshandel bestående i att den tilltalade, som var HIV-smittad, haft oskyddat samlag med en person som samtyckt till detta.³¹ Målsäganden har uppgivit att orsaken till att de orala samlagen med den tilltalade genomfördes utan skydd var berusning. Högsta domstolen (HD) konstaterar att en förutsättning för att samtycke ska ha ansvarsbefriande verkan är att den som samtyckte var kapabel att förstå innebörden av samtycket, samt att det inte är säkert att samtycke som lämnats av en berusad person har ansvarsbefriande verkan. Dock finner HD att den utredning som förebringats i målet inte kan anges ge underlag för att målsäganden inte skulle ha förstått innebörden av sitt samtycke.

Butler ställer frågan om hur vi ska förstå ett frivilligt samtycke: Är samtycke alltid uttryck för en ren och spontan frihet, eller är samtycke inget annat än en

29 HSB mål nr B 2802-10.

30 HSB mål nr B 2802-10, s. 7.

31 NJA 2004 s. 176.

diskurs som genomsyrar oss alla, som bara bekräftar vår ofrihet³² Det handlar ytterst om en problematik kring hur individens vilja ska förstås i förhållande till samhälleliga normer och strukturer som begränsar denna vilja. En feministisk kritik av straffrätten brukar anföra att det straffrättsliga subjektet är konstruerat som en autonom individ med förmåga att fatta rationella beslut om sin kropp.³³ Detta straffrättsliga subjekt förväntas göra fria och rationella val oberoende av strukturella förutsättningar.

Den rättsliga konstruktionen av samtycke ger uttryck för sådana antaganden om individen. Samtidigt kan anföras att konstruktionen av det giltiga samtycket också, liksom fallen ovan visar, ger utrymme att beakta omständigheter som på olika sätt anses begränsa individens autonomi och möjlighet att göra frivilliga val. Ålder, berusning och psykiskt tillstånd har diskuterats i praxis, en öppen fråga är om också mer strukturella faktorer kan beaktas, såsom exempelvis könsojämlikhet. En diskussion om den problematiska frivilligheten överstiger utrymmet för denna artikel. Dock vill jag väcka frågan om hur den straffrättsliga diskursen konstruerar skillnad mellan å ena sidan en ömsesidig, lustfylld, BDSM-relation, där de inblandade personerna betraktas som kapabla och autonoma att ge giltiga samtycken, och å andra sidan, destruktivt våld i nära relationer där tidigare våldsutövning inte betraktas som bevis för samtycke, utan som uttryck för patriarkala normer. I denna fråga ligger den spänning mellan offer och aktörskap som har analyserats inom feministisk teori och rättsvetenskap, särskilt rörande våldtäkt, liksom vilka alternativa uppfattningar om subjektet som kan leda ut ur denna dikotomi.³⁴

Som nämnts ovan är det dock sällan samtyckets giltighet som framträder som problematiskt i praxis. Istället är det fråga om vilka slutsatser som kan dras utifrån en persons faktiska handlande, vilket är ämne för följande avsnitt, samt vad som kan bevisas om det påstådda samtycket, som tas upp i avsnitt 2.3.

32 Butler, Judith, "Sexual Consent: Some Thoughts on Psychoanalysis and Law", *Columbia Journal of Gender & Law* 2011, (21) nr. 2, s. 405-429.

33 Andersson, Ulrika, "Våld mot kvinnor i straffrätten. Utsatta individer i strukturell och diskursiv belysning", i På vei: Kjønn og rett i Norden. (red.) Svensson, Eva-Maria, et al., Göteborg/Stockholm 2012, s. 421, Niemi-Kiesiläinen, Johanna, "The Reform of Sex Crime Law and the Gender-Neutral Subject", i *Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference*. (red.) Svensson, Eva-Maria, et al., Aldershot 2004, Lacey, Nicola, "Unspeakable Subjects, Impossible Rights. Sexuality, Integrity and Criminal Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, (11) nr. 1, s. 47-68.

34 Se exempelvis Hunter, Rosemary C. & Cowan, Sharon, *Choice and consent: Feminist engagements with law and subjectivity*, Abingdon 2007.

2.2 MANIFESTATIONER AV ETT SAMTYCKE

Ett samtycke behöver inte ha en viss form för att vara rättsligt giltigt. Utgångspunkten är att det rent faktiskt föreligger ett samtycke, oavsett om, och hur, det kommer till uttryck.³⁵ Det räcker således med vad som brukar kallas för inre samtycke, vilket innebär att samtycket inte behöver ha manifesterats för omvärlden. När det väl kommer till domstolsprövning får dock de yttre manifestationerna av viljeinriktningen betydelse från bevissynpunkt. Att personen tidigare har lämnat medgivande till liknande intrång, samt yttranden och konkludent handlande, är enligt förarbeten exempel på bevis för att samtycke förelegat. Dessa förarbetsuttalanden tar sikte på frågan om samtycke rent faktiskt förelegat. Dock kan man, utifrån de rättsfall jag går igenom nedan, diskutera betydelsen av situationen för denna bedömning.

NJA 1993 s. 553, som avgjordes innan samtycke lagreglerades i 24 kap. 7 § BrB, rör åtal för misshandel på en skola. Frågan huruvida målsäganden har lämnat ett giltigt samtycke diskuteras inte i domskälen. HD uttalar: "När två ungdomar inlåter sig i bråk med varandra följer därav att båda är inställda på att ofreda den andre och i någon utsträckning tillfoga varandra smärta och ringare övergående skador, t ex i form av blåmärken och mindre svullnader."³⁶ Domstolen tycks utgå från en bedömning av situationen, snarare än de enskilda personernas viljeuttryck.

NJA 1999 s. 460 å andra sidan, indikerar att utrymmet för att anta att ett samtycke föreligger i situationer där målsäganden utövat våld eller varit provocerande är relativt litet. HD konstaterar att det är tillräckligt med ett så kallat inre samtycke och att ett ansvarsbefriande samtycke kan framgå av omständigheterna utan att det har uttalats. Det uttalas dock att utifrån den omständigheten att någon riktat våld mot en annan person kan slutsatsen inte dras att han också accepterat att bemötas med våld. Enligt HD skiljer sig fallet från 1993 års fall; det är fråga om två för varandra okända personer och, även om de var unga, kan den häftiga ordväxlingen inte anses innebära något ömsesidigt medgivande till att den andre också skulle få gå över till direkta handgripligheter. Liksom i 1993 års fall handlar det framför allt om vilka slutsatser som kan dras från situationen.

Det hade varit intressant att göra en mer omfattande studie av underrättspraxis för att undersöka hur riktlinjerna från dessa två fall kommer till uttryck. Jag ska endast nämna ett par fall. Ett hovrättsfall rör misshandel i samband med en

35 SOU 1988:7, s. 107.

36 NJA 1993 s. 553.

fotbollsmatch.³⁷ Hovrätten uttalar att den grundläggande förutsättningen är att ett samtycke till den aktuella gärningen faktiskt har förelegat. Från denna utgångspunkt, anför hovrätten, finns det anledning att ifrågasätta om NJA 1993 s. 553 fortfarande kan anses ge uttryck för gällande rätt. Det finns i vart fall fog för slutsatsen att målsägandens frivilliga deltagande i fotbollsmatchen inte innebär att han lämnade samtycke till att bli misshandlad med knytnävsslag.

I ett annat hovrättsfall konstateras att den omständigheten att målsäganden uppträdde aggressivt inte kan uppfattas som ett medgivande till att den tilltalade fick gå över till direkta handgripligheter.³⁸ I ett tredje hovrättsfall var det också fråga om målsägandens beteende kan föranleda ansvarsfrihet på grund av samtycke.³⁹ Hovrätten konstaterar att målsägandens beteende tidigare under kvällen och hans beteende i anslutning till misshandeln var sådant att han får anses ha samtyckt till att ge sig in i slagsmål med den tilltalade och till att han därmed skulle tillfogas smärta och skador. Bedömningen i detta fall uppvisar likheter med NJA 1993 s. 553. I ett sista fall, rörande åtal för misshandel, har det enligt tingsrätten framkommit att målsäganden i olika sammanhang tycks ha gett intryck av att vilja bli utsatt för visst våld.⁴⁰ Men den nu aktuella situationen kan enligt tingsrätten knappast varit sådan att den tilltalade kan ha haft anledning att utgå från att målsäganden lämnat sitt samtycke.

I dessa fall rör det sig om bedömningar av en situation och när det är rimligt att *anta* att ett samtycke föreligger. Den rättsliga konstruktionen samtycke kan sägas befinna sig i gränslandet till provokation, men också till nödvärn. Vilka normer och värderingar som ska underbygga sådana bedömningar är, menar jag, oklart. Likaså kan det diskuteras om sådana bedömningar korresponderar med utgångspunkten för ansvarsfrihetsgrunden – att själv bestämma över sin person. Om dessa slutsatser relateras till BDSM-utövning måste vi således ställa frågan hur rätten ska bedöma sådana situationer. Exempelvis, om en person går in på en BDSM-klubb, har han eller hon då gett ett inre samtycke till att utöva BDSM med de personer som befinner sig där?

Som framgår i det sista hovrättsfallet ovan är en bedömning av situationen tätt förknippad med vad som kan anses styrkt om vad den tilltalade insett. Den tilltalades uppfattning har i hög grad betydelse för straffbarhet eftersom uppsåt inte bara ska föreligga till den påstådda gärningen, utan också till frånvaro av

37 HSB mål nr B 1082-09.

38 HSB mål nr B 776-12.

39 HVS mål nr B 4191-10.

40 HGO mål nr B 1601-12. Då denna åtalspunkt inte har överklagats redogörs endast för tingsrättens domskäl.

omständighet som gör gärningen rättsenlig.⁴¹ Ett felaktigt antagande, även om det är oursäktligt, om att en person godtagit ett intrång i sitt intresse, utesluter att uppsåtsbrott föreligger. En förutsättning är dock att gärningspersonen håller sig inom ramarna för vad som hade varit tillåtet om situationen varit såsom han eller hon trodde.⁴² Den som felaktigt tror sig ha ett samtycke från den som gärningen riktar sig emot, kan inte dömas för uppsåtligt brott. Det är då fråga om så kallat putativt samtycke, vilket aktualiserades i ett hovrättsfall rörande tatuering av en person som uteslutits ur en motorcykelklubb.⁴³ Även om utgångspunkten är att samtycke ska föreligga rent faktiskt hos den som utsätts för gärningen, blir i praxis frågan om vad som kan bevisas avgörande.

2.3 ATT BEVISA ETT SAMTYCKE

I de tre fall som rör BDSM och misshandel aktualiseras frågan om vad som kan bevisas då målsäganden förnekar att samtycke har lämnats till den åtalade gärningen, men den tilltalade hävdar motsatsen. I samtliga fall uppger målsäganden att hon inte har samtyckt, men domstolarna finner att så är fallet.⁴⁴ Åklagaren har bevisbördan också för att det saknas omständigheter som medför ansvarsfrihet, såsom samtycke. För fällande dom krävs att åklagaren framlägger bevisning som gör att en invändning om samtycke framstår som obefogad.⁴⁵ Utifrån dessa fall som rör BDSM pekar jag på två dilemman som båda rör bevisfrågan.

I Malmöfallet finner hovrätten att endast en begränsad tilltro kan fästas till målsägandens uppgifter, samt att den tilltalades påstående om samtycke får stöd av omständigheter i målet.⁴⁶ Här nämns parternas kommunikation över internet, målsägandens egna uppgifter om att hon tog kontakt med den tilltalade på grund av att han utövade BDSM, ett brev målsägandens skickat till den tilltalade efter händelsen, samt att hon efter händelsen fortsatt söka kontakter som undergivet i BDSM-sammanhang. Sammantaget finner hovrätten att i vändningen om samtycke framstår som i mycket hög grad sannolik och med god marginal som inte obefogad.

41 Asp, et al., Kriminalrättens grunder, s. 352 ff.

42 SOU 1988:7, s. 107-108.

43 HVS mål nr B 3462-10.

44 I Malmöfallet är det endast i hovrätten som åklagaren gör gällande att samtycke ej förelagat från målsägandens sida. Se HSB mål nr B 2802-10, Solna TR mål nr B 3694-12, Södertörns TR mål nr B 5148-11.

45 Nordh, Robert, Praktisk process VII. Bevisrätt B. Bevisbördan och beviskrav., Uppsala 2011, s. 59-60.

46 HSB mål nr B 2802-10.

I fallet från Solna tingsrätt har den tilltalade vidgått att han gjort sig skyldig till det påstådda våldet, av åklagaren rubricerat som grov misshandel och olaga hot, men förnekar brott med hänvisning till att handlandet skett på målsägandens uppmaning och som en del av deras sexuella rollspel.⁴⁷ Tingsrätten konstaterar att den tilltalades invändning om att målsäganden samtyckt inte anses så orimlig att den kan lämnas utan avseende, samt att den motbevisning som åklagaren har lagt fram inte kan anses så stark att den tilltalades invändning om samtycke framstår som obefogad. Detta innebär att den tilltalades uppgifter om samtycke ska läggas till grund för bedömningen av åtalet. Slutligen konstateras att utredningen i målet inte ger anledning att bedöma målsägandens samtycke som ogiltigt.

I fallet från Södertörns tingsrätt, som förutom åtal för misshandel också rör åtal för våldtäkt, finner tingsrätten att den tilltalades uppfattning om att det fanns ett giltigt samtycke om bestraffning inte framstår som orimligt.⁴⁸ Till grund för detta konstaterande läggs bland annat att det funnits en jargong mellan den tilltalade och målsäganden, ”som tingsrätten uppfattar som ett slags rollspel”.⁴⁹ Eftersom den tilltalade uppfattat det som att han och målsäganden kommit överens om att han ska straffa målsäganden, anför tingsrätten, har han inte haft erforderligt uppsåt att skada målsäganden på det sätt som krävs för misshandel.

Avgörande i de båda tingsrättsfallen är att målsäganden och den tilltalade vid flertalet tillfällen innan den åtalade gärningen utövade en viss typ av sex med målsägandens samtycke. Som nämnts ovan kan det faktum att en personen tidigare har lämnat medgivande till liknande intrång som den åtalade gärningen utgöra bevis för att samtycke föreligger. Det finns anledning att fråga sig om den som en gång utövade BDSM hamnar i en position där det blir svårt att i en straffprocess hävda att misshandel utanför ramen för BDSM-utövningen har ägt rum.⁵⁰ Dilemmat jag vill uppmärksamma är således vilken betydelse en persons intresse för BDSM, såväl före som efter den åtalade händelsen, ska tillmätas i den rättsliga bedömningen.

47 Solna TR mål nr B 3694-12.

48 Södertörns TR mål nr B 5148-11, åtalpunkt 3-4.

49 Södertörns TR mål nr B 5148-11, 32.

50 Samma fråga kan ställas också vad gäller våldtäkt och BDSM. I ett hovrättsfall ges målsägandens intresse för BDSM betydelse för trovärdighetsbedömningen. I hovrättens domskäl uttalas att målsäganden varit mer intresserad av ”dominanssex” än vad hon velat tillstå, och den omständigheten är ägnad att minska hennes trovärdighet och tillförlitligheten i hennes berättelse, se HSV mål nr B 4280-10. Jämför åtalpunkterna 1 och 2 som rör våldtäkt, Södertörns TR mål nr B 5148-11. Notera dock HVS mål nr B 3687-11 och HSV mål nr B 3806-07, två andra våldtäktsfall där BDSM aktualiserats i domskälen. I båda dessa fall läggs målsägandenas berättelse till grund för bedömningen och samtycke anses inte föreligga, vilket de tilltalade också haft uppsåt till.

Det andra dilemma rör att målsägandens vilja tycks ha liten betydelse i den straffprocessuella bedömningen, även om det i två av fallen anges att regeln om ansvarsfrihet vid samtycke bygger på uppfattningen att var och en har rätt att inom vissa gränser själv bestämma över sina intressen. Utifrån målsägandens synpunkt framstår bedömningen som paradoxal: Du säger att du inte samtyckte. Men rätten konstaterar att du gjorde det. Och eftersom du har rätt att själv bestämma över dina intressen – oavsett om dina intressen så som du uppfattar dem inte kan tillgodoses – har staten inte längre anledning att ingripa. Detta kan naturligtvis förklaras utifrån en straffrättslig och straffprocessuell logik; åklagaren har bevisbördan och ansvar kräver att den tilltalade har haft uppsåt till att samtycke ej förelegat. På en diskursiv nivå framträder dock en motsägelsefull situation.

Jag ser ingen självklar lösning på dessa dilemman. Vad jag vill framhäva är att samtyckeskonstruktionen i praxis rymmer mer än vad samtyckesbegreppet, såsom det definieras i förarbetena, ger uttryck för. Frågan måste då ställas vilka värderingar och normer som ska avgöra om en samtyckessituation föreligger, och hur rätten hanterar bevisning om målsägandens intresse för BDSM. BDSM som en rättsligt relevant omständighet ökar eventuellt möjligheterna för den tilltalade att göra invändningar om samtycke då våld förekommit mellan parterna vid tidigare tillfällen. Draget till sin spets: Hur gör rätten skillnad, både i konkret och diskursiv mening, mellan upprepat våld i nära relation (exempelvis grov fridskränkning enligt 4 kap. 4a § BrB) och fall som ska hänföras till BDSM med antagande om samtycke till våld? Att våld upprepade gånger utövats i en relation utan att den som utsatts för våldet reagerat med missnöje kan begripliggöras på olika sätt. Avgörande för den rättsliga slutsatsen är hur en påstådd gärning diskursivt konstrueras i den straffrättsliga praktiken, vilka omständigheter som görs rättsligt relevanta och hur dessa konstrueras i det enskilda fallet.

3. EN OFÖRSVARLIG GÄRNING

Förutsatt att ett giltigt samtycke föreligger, krävs för ansvarsfrihet dessutom att gärningen med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, inte är oförsvarlig. Enligt förarbetena finns ett etiskt intresse som går ut på att samhället inte bör tillåta hur grova ingrepp som helst i den enskildes kroppsliga integritet.⁵¹ Försvarlighetsbedömningen tar sikte på att göra en lämplig avvägning mellan individens intresse att få bestämma över sin egen person och samhällets krav på att etiskt oförsvarbara gärnin-

51 SOU 1988:7, s. 119.

gar inte straffritt ska få äga rum.⁵² Gränsen mellan tillåten och otillåten misshandel som skett med samtycke torde, enligt förarbetena, gå genom området för normalgraden av misshandel om man endast ser till skadans omfattning. Om skadan är så svår att den leder till ansvar för normalgraden av misshandel, krävs att syftet är godtagbart från allmän synpunkt för att ansvarsfrihet ska kunna inträda.⁵³ Någon absolut gränsdragning är det dock inte fråga om, och i undantagsfall bör det vara tillåtet att sträcka ansvarsfriheten något längre. Hur dessa undantagsfall ser ut blir en fråga som överlämnas åt domstolarna att avgöra. Klart är enligt förarbetena att ansvarsfrihet aldrig kan medges vid gärningar som bedöms som grov misshandel.⁵⁴

Sammanfattningsvis kan konstateras att förarbetena ger intryck av att många olika hänsyn kan beaktas i försvarlighetsbedömningen. Uttalandena kan förstås som att det är först då skadan överskrider en viss gräns som gärningens syfte aktualiseras, och då krävs för ansvarsfrihet att syftet är godtagbart från allmän synpunkt. En sådan uppfattning kommer till uttryck i Asp med flera: ”När det gäller uppsåtligt orsakande av ringa kroppsskada eller sjukdom (jfr t.ex. sadism, masochism, tatuering osv.) torde behovet av en relativt enkel regel vara så påtagligt, att man bör avstå från att lägga vikt vid t.ex. att gärningen är etiskt berättigad eller värdefull i någon mening.”⁵⁵ Enligt brottsbalkskommentaren är försvarligheten inte något tungt rekvisit.⁵⁶

Paragrafens lydelse kan dock tolkas som att det alltid är fråga om en helhetsbedömning, där skada, kränkning, fara, syfte och övriga omständigheter ska vägas samman. Oavsett vilket, ges domstolarna stor frihet att avgöra i vilka fall ansvarsfrihet ska inträda och vilka syften som är godtagbara från allmän synpunkt. Man måste således fråga sig vilka normer och värderingar som väger in i domstolarnas resonemang om huruvida en påstådd gärning är etiskt försvarbar eller ej. I det följande redogör jag översiktligt för hur försvarlighetsbedömningen har kommit till uttryck i praxis. Denna redogörelse mynnar ut i en diskussion om hur ”godtagbart syfte” kan förstås i förhållande till BDSM.

3.1 FÖRSVARLIGHETSBEDÖMNINGEN I PRAXIS

I flertalet fall diskuteras i domskålen endast den skada som uppstått, utan att domstolen närmare tar ställning till syftet med gärningen. I NJA 1993 s. 553,

52 SOU 1988:7, s. 122.

53 SOU 1988:7, s. 123.

54 I utredningen ansågs dock att ansvarsfrihet på grund av samtycke kan ges i exceptionella fall av dödande, vilket regeringen ställde sig nekande till, prop. 1993/94:130, s. 38.

55 Asp, et al., *Kriminalrättens grunder*, s. 256-257.

56 Berggren, Nils-Olof, et al., *Brottsbalken - En kommentar; nätupplaga, uppdaterad maj 2012, kommentar till 24 kap. 7 §.*

som rör skolbråk, diskuteras inte syftet med gärningen explicit. Däremot anges en gräns för den skada som kan tolereras i situationer där ungdomar inlåter sig i bråk, nämligen smärta och ringare övergående skador, såsom blåmärken och mindre svullnader. I linje med HD:s avgörande uttalar hovrätten i en ovan nämnd hovrättsdom att det våld målsäganden kan anses ha samtyckt till med ansvarsbefriande verkan är ett fåtal slag av inte alltför allvarlig art.⁵⁷ Samtycket ansågs inte omfatta de slag och sparkar den tilltalade utövade mot målsäganden då han låg på marken. I det hovrättsfall som rör tatuering uttalar hovrätten att smärtan och kroppsskadan har varit begränsad samt att omständigheterna inte varit sådana att det varit oförsvarligt att utföra tatueringen.⁵⁸ Syftet diskuteras inte, men formuleringen lämnar öppet för att det skulle kunna finnas omständigheter som gör att tatuering med samtycke kan anses som oförsvarlig.

Inte heller i NJA 2004 s. 176, som rör risk för överföring av HIV-smitta, aktualiseras syftet med den påstådda gärningen. HD uttalar att det inte kan uteslutas att en gärning som utgör framkallande av fara för annan i vissa fall är att bedöma som oförsvarlig trots att samtycke föreläggat. ”Vad som främst skulle kunna tala för en sådan bedömning är allvaret i den skada som faran avser och hur stor risken varit för att den skulle förverkligas.”⁵⁹ Vilka syften som i sådana fall skulle kunna vara godtagbara uttalar sig HD inte om. I det konkreta fallet fann HD att då risken för smittoöverföring var mycket låg hade samtycket ansvarsbefriande verkan.

Varken i fallet från Södertörns tingsrätt eller i fallet från Solna tingsrätt, som båda rör BDSM, aktualiseras syftet med gärningen.⁶⁰ Solna tingsrätt finner det utrett att den tilltalade gjort sig skyldig till att ha tillfogat målsäganden smärta, svullnad och försvårad andning genom att ta upprepade grepp och klämma åt kring hennes hals och mun, samt att han i samband därmed uttalat att målsäganden skulle dö.⁶¹ Gärningen ska enligt tingsrätten bedömas som normalgraden av misshandel då det är fråga om relativt måttliga skador av övergående natur. Tingsrättens slutsats är att det våld och hot som den tilltalade utsatt målsäganden för inte kan bedömas som oförsvarligt. Det våld som utövats i fallet från Södertörns tingsrätt består i örfilar, samt att den tilltalade lagt ett strypkoppel om målsägandens hals. Gärningarna ansågs inte vara oförsvarliga. Däremot nämns syftet i Malmöfallet, där den påstådda gärningen bedöms vara av normalgraden av misshandel.⁶² Hovrätten finner att den tilltalade vid

57 HVS mål nr B 4191-10.

58 HVS mål nr B 3462-10.

59 NJA 2004 s. 176, s. 203.

60 Södertörns TR mål nr B 5148-11, Solna TR mål nr B 3694-12.

61 Solna TR mål nr B 3694-12.

62 HSB mål nr B 2802-10.

flera tillfällen har slagit målsäganden ett stort antal gånger med en rotting på benen och stjärten då hon var naken, att han fäst krokodilklämmor i målsägandens bröst, samt att han vid flera tillfällen slagit målsäganden ett stort antal gånger med en linjal på blygdbenet. Hovrätten konstaterar att skadorna och smärtan varit förhållandevis lindriga och av övergående natur, men att inte enbart misshandelns svårighetsgrad ska ligga till grund för bedömningen; en helhetsbedömning ska göras. Hänsyn får då tas till gärningens syfte, och i detta hänseende har inget annat framkommit än att den tilltalade ”avsett att tillgodose [målsägandens] egna önskemål”.⁶³ Syftet relateras således inte till samhälleliga normer kring godtagbart våld, utan förstås i mera snäv mening som individens vilja.

RH 2009:47 är ett exempel på en gärning som bedöms vara oförsvarlig. Hovrätten konstaterar att den tilltalade som skäl för sitt agerande angett att hon var rädd för att målsäganden skulle tillfoga sig själv livshotande skador och att hon visste hur man skulle skära sig för att enbart lindra ångest utan att ta livet av sig. Dock, uttalar hovrätten, utsattes målsäganden för betydande risker när hon på en redan nedblodad underarm skar målsäganden med en bit glas. Därtill resonerar hovrätten kring vad den tilltalade borde ha gjort om hon ville lindra ångesten hos målsäganden, nämligen kontakta personalen och se till att målsäganden fick professionell hjälp. Den tilltalades uppgifter om att hon på grund av lojalitet med målsäganden inte ville kontakta personalen kan enligt hovrätten inte motivera hennes aktiva stöd i målsägandens skadebeteende. Sammantaget, menar hovrätten, kan det inte anses ha varit försvarligt av den tilltalade att agera på det sätt som hon gjort.

Till skillnad från de ovan nämnda fallen är syftet med gärningen centralt i NJA 1997 s. 636, som rör omskärelse av pojkar. Rättsfallet rör främst social adekvans, vilket jag återkommer till nedan, men ett giltigt samtycke från föräldrarna är en grundläggande förutsättning och de uttalanden som görs har betydelse för hur försvarlighetsrekvisitet kan tolkas. I domen konstateras att det finns utrymme för tillämpning av oskrivna regler om ansvarsfrihet när det föreligger en kollision mellan ett straffrättsligt skyddat intresse och något annat intresse som bör sättas före. En jämförelse görs med plastikoperationer, där ett giltigt samtycke (som dock förutsätter insikt om relevanta risker) kan ha ansvarsbefriande verkan även vid ”betydande ingrepp”. En avgörande skillnad

⁶³ HSB mål nr B 2802-10, s. 8. I tingsrättens domskäl aktualiseras inte heller syftet med gärningen vid försvarlighetsbedömningen. Dock nämns i den delen som rör huruvida misshandeln är att anses som grov, att det ska beaktas att den tilltalades syfte med gärningarna var att ge målsäganden sexuell njutning.

är dock att ingreppen i detta fall skedde utanför hälso- och sjukvårdens område och utan bedövning. HD konstaterar därefter att omskärelse av personer av manligt kön förekommer bland judar och muslimer av religiösa skäl, samt att sådana ingrepp företas i övrigt av hygieniska och medicinska orsaker. Vidare konstateras att religiöst motiverad omskärelse av judiska barn har förekommit länge i Sverige och också utförs utanför den vanliga hälso- och sjukvården och av andra personer än hälso- och sjukvårdspersonal. Det får även antas att omskärelse blivit vanligare. Mot bakgrund av detta får det enligt HD anses att omskärelse av religiösa skäl i och för sig uppfyller kriteriet social adekvans och därför, om samtycke föreligger, bör kunna medföra frihet från ansvar trots att handlandet annars skulle vara att bedöma som misshandel. Det bör då inte ha betydelse huruvida gärningen ligger under eller över gränsen mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden.

Men, resonerar HD, i kravet på social adekvans måste villkoret läggas att ingreppet utförs på ett sådant sätt att barnet inte utsätts för onödigt smärta eller hälsorisker på grund av förhållandena vid omskärelsen. Frågan är då om föräldrars samtycke till omskärelse utan bedövning bör kunna godtas som ansvarsfrihetsgrund. Som argument för ansvarsfrihet anförs att ett krav på bedövning torde innebära att ingreppet endast skulle kunna utföras av personal inom hälso- och sjukvården, vilket skulle innebära ett brott mot traditioner bland judar och muslimer. HD konstaterar att hänsyn till dessa traditioner måste ge vika om barn utsätts för alltför stor smärta vid sådana ingrepp utan bedövning. Men, huruvida så är fallet generellt kan HD inte uttala sig om utifrån den utredning som förebringats i målet. I detta fall, kan det enligt HD, inte anses visat att det har förelegat sådana hygieniska brister att föräldrarnas samtycke inte skulle befria från ansvar.

Schiratzki menar i en rättsfallscommentar att HD motiverar den frikännande domen genom en normalitetsbedömning, att omskärelse är vanligt förekommande bland judar och muslimer i Sverige.⁶⁴ Därtill kommer hänvisningar till att det är fråga om en långvarig tradition. Den straffrättsliga hanteringen av omskärelse av pojkar och de intressekonflikter som genomsyrar fallet är ett ämne stort nog för en egen artikel.⁶⁵ Frågan jag vill uppmärksamma är hur ”syfte” vid försvarlighetsbedömningen förhåller sig till huruvida en viss företeelse är vanligt förekommande och hur länge denna företeelse har funnits.

64 Schiratzki, Johanna, “Social adekvans och barnets bästa - HD om omskärelse”, Juridisk Tidskrift, 1997/1998, nr. 2, s. 491-495.

65 Rättsfallet kan också anses som mindre relevant sedan lag (2001:499) om omskärelse av pojkar trädde i kraft.

Sammanfattningsvis är det svårt att utifrån praxis dra någon slutsats om hur ”gärningens syfte” ska förstås. Det som har prövats är enskilda gärningar inom vitt skilda områden, där framför allt skadan, eller risken för skada, varit central för bedömningen. Möjligtvis kan man genom konstaterandet att vissa typer av våldshandlingar inte förs in i straffrättsprocessen konkludera att rättsordningen förhåller sig accepterande till våld i vissa situationer.⁶⁶ Det som kan sägas med säkerhet är att samtyckesregleringen är i allra högsta grad flexibel, vilket kan uttryckas som att rätten är kontextuellt öppen men på samma gång normativt slutet. För trots att omständigheter och normer som inte har något entydigt rättsligt innehåll förs in i resonemangen (såsom etiska överväganden), har rätten en förmåga att alltid komma till en rättslig slutsats. En fråga som uppstår är *vilka* värderingar och etiska resonemang som förs in i domskälen. Jag kommer nu att utifrån den ovan gjorda redogörelsen, samt genom paralleller till sexualbrotten, problematisera försvarlighetsbedömningen i relation till BDSM.

3.2 VAD ÄR ETT GODTAGBART SYFTE?

Godtar rättsordningen våld i sexuella sammanhang? Ett enkelt svar är att rättsordningen förhåller sig likgiltig inför vilket sammanhang och med vilka syften en viss våldsam gärning utförs i, så länge den utförs med samtycke och skadorna inte är alltför allvarliga eller risken för allvarliga skador eller sjukdomar alltför hög.⁶⁷ Uttalanden i doktrin som refererats ovan, samt Malmöfallet och Solna tingsrätts dom, ger stöd för detta. Att frågan om syftet är godtagbart eller ej inte tas upp i något av dessa fall kan förklaras med uttalanden i förarbeten om att det är först då skadan, eller risken för skada, övergår en viss nivå (normalgraden av misshandel), som försvarlighetsbedömningen och därmed frågan om det godtagbara syftet, aktualiseras.

Svaret tycks bli mer komplicerat då våldsgärningen är av allvarligare art. Hur ska då rekvisitet ”gärningens syfte” förstås? I förarbeten talas om ett samhällsligt intresse av att etiskt oförsvarbara gärningar inte straffritt ska få äga rum. Men hur bedömningen av det ”etiska” ska göras kan förstås på olika sätt. Är

66 Jämför Bibbings, Lois, “Boys Will Be Boys: Masculinity and Offences Against the Person”, i *Feminist perspectives on criminal law*, (red.) Bibbings, Lois & Nicolson, Donald, London (2000). Bibbings argumenterar, utifrån praxis som rör samtyckes ansvarsbefriande verkan i brittisk rätt, för att rätten uttrycker en tolerans gentemot våld mellan unga män. Bibbings tolkar dessa fall som uttryck för en tillåtande hållning mot våldsamma ”skämt” mellan män i sammanhang som kan karakteriseras såsom uttryck för hegemonisk maskulinitet. Bibbings slutsats är att rätten reproducerar en konstruktion av maskulinitet innehållande ett antagande om våld som en naturlig del av manlighet.

67 Dock måste noteras att frågan om gradering av skada inte är en exakt vetenskap.

det, liksom i NJA 1997 s. 636, en fråga om hur vanligt förekommande en viss praktik är? I så fall blir det aktuellt för rätten att undersöka i vilken omfattning människor utövar den påstådda gärningen. Eller ska det godtagbara syftet förstås i en mer snäv betydelse, som i Malmöfallet, såsom syftet att uppfylla den enskildes önskan. Om så är fallet måste man gå vidare och fråga sig vilken betydelse motiven till den enskildes önskan bör ges. Exempelvis, ska rätten utröna om motivet för den enskilda är att genom smärta få sexuell njutning eller lindra ångest (jämför RH 2009:47) och har det någon betydelse vilket av alternativen som är aktuellt vid en bedömning av gärningens försvarlighet? Kan sexuell njutning anses mer etiskt försvarbart än att lindra ångest? Och hur avgör rätten om motivet är det ena eller det andra? Därtill bör man fråga sig om lagtextens formulering ”gärningens syfte” tar sikte på den samtyckandes syfte eller våldsutövarens syfte.

Något enkelt svar går inte att uppbringa. Vad som blir intressant att diskutera är *vilken* verklighetsbeskrivning rätten utgår från, eller *vilken* samhällelig diskurs den påstådda gärningen begripliggörs i och genom. En jämförelse kan göras med plastikkirurgi. Såsom Essén och Johnsdotter påpekar kan kvinnor som gör kosmetiska operationer som exempelvis ansiktslyftning, näsoperationer och bröstförstoring betraktas som offer för patriarkatet, som offer för skönhetsindustrin och påtvingade skönhetsideal, eller som offer för sin egen osäkerhet.⁶⁸ Men en annan kulturell värdering är på samma gång förhärskande, nämligen den att kosmetiska operationer är ett uttryck för deras rätt att göra fria val och besluta om sin egen kropp.

På samma sätt kan kombinationer av våld och sex förstås genom olika diskurser.⁶⁹ Detta framkom tydligt i den mediadebatt som följde Malmöfallet. Spänningar finns också mellan olika feministiska förståelser av BDSM.⁷⁰ Samtidigt kan konstateras att rätten är en samhällelig institution som både konstruerar och reproducerar diskurser om sex, våld och normalitet. Hur rätten hanterar sådana sexuella antinomier, är en fråga som jag måste lämna obesvarad.⁷¹ Dock

68 Johnsdotter, Sara & Essén, Birgitta, "Genitals and ethnicity: the politics of genital modifications", *Reproductive Health Matters* 2010, (18) nr. 35, s. 29-37.

69 Exempelvis kan man diskutera betydelsen av att sado-masochism sedan 2009 inte längre klassificeras som psykisk sjukdom enligt diagnossystemet ICD-10. Se Socialstyrelsen, *Ändringar i och tillägg till Internationell statistisk klassifikation av sjukdomar och relaterade hälsoproblem (ICD-10-SE)*. Kumulativ lista 1997-2012. 2012.

70 Se exempelvis Califia, Pat, "Feminism and Sadomasochism" resp. Jeffreys, Sheila, "Sadomasochism", i *Feminism and Sexuality. A Reader*. (red.) Scott, Sue & Jackson, Stevi, New York 1996.

71 Jackson, Stevi & Scott, Sue, "Sexual Antinomies in Late Modernity", *Sexualities* 2004, (7) nr.

menar jag att svar måste sökas också på sexualbrottens område. I straffrätten dras en, i formell mening, skarp gräns mellan å ena sidan sexualbrott, å andra sidan våldsbrott. Fenomenet BDSM sätter denna gräns ifråga: Vad är det som gör att en viss gärning begripliggörs som ett sexualbrott respektive ett våldsbrott?⁷² Det uttrycks i förarbeten att avsaknaden av samtycke är en förutsättning för att gärningsbeskrivningarna om våldtäkt och sexuellt tvång, 6 kap. 1 respektive 2 §§ BrB, ska vara uppfyllda.⁷³ I brottsbalkskommentaren uttrycks det som att samtycke till vad som annars vore att bedöma som våldtäkt får ansvarsbefriande verkan genom att kravet på tvång inte uppfylls.⁷⁴ Dock anges att om våldsinslaget skulle vara allvarligt kan gärningspersonen bli ansvarig för grov misshandel.

En fråga som måste ställas är om så görs i praktiken. Exempelvis, Leijonhufvud ifrågasätter tingsrättens friande dom i det så kallade Stureplansfallet, där två män stod åtalade för våldtäkt.⁷⁵ Enligt Leijonhufvud är det en brist i domen att rätten inte resonerar kring att samtycke inte per automatik friar våldsutövaren från ansvar i svensk rätt. Om våldet och skadorna var för allvarliga för att samtycke skulle kunna fria, då saknar det betydelse huruvida kvinnan ville vara med om det, argumenterar Leijonhufvud. Frågan är, menar jag, om distinktionen mellan samtycke vid sexuella handlingar och samtycke vid våldshandlingar bör upprätthållas och i så fall på vilka grunder. Eventuellt kan det påstås att våldtäktsregleringen ger uttryck för acceptans mot våld i sammanhang som av rättsordningen klassificeras som sexuella; i synnerhet om gärningen som orsakat skada förstås som sexuell i sig, exempelvis våldsam penetration av vagina eller anus.⁷⁶ En mer systematisk genomgång av våldtäktsmål skulle dock krävas för att underbygga ett sådant påstående.

2, s. 15. En tydlig uppfattning uttrycks av MacKinnon, Catharine, A., "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", *Signs* 1983, (8) nr. 4, s. 635-658.

72 Detta analyseras i Wegerstad, Linnéa, "Om erotik, makt och sexualbrottens sexualitet", i På vei: Kjønn og rett i nordn. (red.) Svensson, Eva-Maria, et al., Göteborg/Stockholm 2011.

73 SOU 1988:7, 103, prop. 1993/94:130, s. 40. Notera att samtycke har olika betydelse vid de olika sexualbrotten. Exempelvis är samtycke utan betydelse vid samlag med syskon/avkomling (6 kap. 7 §) och köp av sexuell tjänst (6 kap. 11 §). Vid våldtäkt som begås genom att otillbörligt utnyttja ett hjälplöst tillstånd (6 kap. 1 § st. 2) saknar samtycke i regel relevans. Vid sexualbrott mot barn (6 kap. 4-6, 8-10 §§) är utgångspunkten att samtycke från den som är under 15 år (i vissa fall under 18 år) inte har betydelse för ansvarsfrågan, även om undantag finns (se ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § BrB). För en diskussion om betydelsen av målsägandens vilja och samtycke vid våldtäkt, se Andersson, Ulrika Hans (ord) eller hennes? En konstteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp, Lund 2004, s. 98-100.

74 Berggren, et al., Brottsbalken - En kommentar, nätupplaga, kommentar till 24 kap. 27 §.

75 Leijonhufvud, Madeleine, "Vilket våld ska man kunna samtycka till?", Svenska Dagbladet 18 maj 2007, se även HSV mål nr B 3806-07 (Stureplansfallet).

76 Exempelvis Södertörns TR mål nr B 5148-11 ger uttryck för detta.

På lagstiftningsnivå är det inte främmande för straffrätten att beakta ojämlika maktrelationer som ett skäl för att samtycke inte ska ha ansvarsbefriande verkan. Kriminaliseringen av köp av sexuella tjänster är ett, om än omstritt, exempel. Ett annat exempel är den 15-årsgräns som gäller vid sexualbrotten, och som det underförstått hänvisas till i Malmöfallet. Det är fråga om en i princip absolut gräns innebärande att den som är under 15 år inte kan lämna ett ansvarsbefriande samtycke vid sexuella handlingar med en person som är över 15 år. En jämförelse bör också göras med den utveckling som skett kring våld i nära relationer. 1982 kom all misshandel att falla under allmänt åtal, en förändring av åtalsreglerna som innebar att andra omständigheter än den enskilda individens vilja sattes i fokus.⁷⁷ I och med kvinnofridsutredningen kom mäns våld mot kvinnor i nära relationer att konstrueras som ett jämställdhetsproblem som bör uppmärksammas av straffrätten.⁷⁸

Ett ytterligare exempel är lagen (1982:316) med förbud mot könsstympling av kvinnor. Oavsett ålder och samtycke är ingrepp i de kvinnliga yttre könsorganen i syfte att stympa dessa eller åstadkomma andra bestående förändringar av dem (könsstympling) kriminaliserade (1 §). I förarbetena framhålls som motiv att det är fråga om kvinnans rätt att bestämma över sig själv, att leva ett liv efter sina egna förutsättningar och behov. ”Kampen mot bruket att omskära kvinnor förs alltså både av det skälet att det utgör en inhuman kroppskränkning av individerna och att det utgör ett utslag av förnekande av kvinnors rätt och möjlighet att vara självständiga.”⁷⁹ Enligt den språkliga utformningen omfattar kriminaliseringen också plastikkirurgiska förändringar av könet. Trots detta har i praktiken något sådant fall inte beivrats straffrättsligt.⁸⁰ Johndotter och Essén menar att lagstiftningen bygger på olika antaganden om i princip samma ingrepp, där skillnad görs mellan europeiska och afrikanska kvinnliga könsorgan. Detta får konsekvenser för läkare som utför plastikkirurgi: Ska en viss patient betraktas som ett offer för patriarkala strukturer eller som en kvinna med rätt att göra fria val rörande sin kropp?⁸¹

En liknande fråga ställs den straffrättsliga praktiken inför då den ska ta ställning till det eventuellt straffvärda i en våldshandling som påstås ha utförts såsom en

77 Prop. 1981/82:43, Om ändring i brottsbalken (åtalsregler vid misshandel), s. 4.

78 SOU 1995:60, Kvinnofrid. Huvudbetänkande av Kvinnovaldscommissionen, prop. 1997/98:55, Kvinnofrid. Se även Burman, Monica, Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet, Uppsala 2007.

79 Prop. 1981/82:172, Om förbud mot omskärelse av kvinnor, s. 6.

80 Johndotter, Sara & Essén, Birgitta, "Genitals and ethnicity: the politics of genital modifications", *Reproductive health matters*. vol. 18, 29-37.

81 Johndotter, Sara & Essén, Birgitta "Genitals and ethnicity: the politics of genital modifications", *Reproductive health matters*. vol. 18, s. 33.

sexuell lek. Jag har genomgående i artikeln väckt frågan om vilka normer och värderingar som ska underbygga ett sådant ställningstagande. Detta spörsmål blir i allra högsta grad relevant vid social adekvans.

4. ÄR BDSM EN LEK? OM SOCIAL ADEKVANS

Som nämnts ovan finns det i straffrätten oskrivna regler om ansvarsfrihet när det föreligger en kollision mellan ett straffrättsligt skyddat intresse och något annat intresse som bör sättas före. Detta brukar benämnas social adekvans. Av förarbeten till 24 kap. 7 § framhålls att samtyckesregleringen inte alltid är tillämplig på två områden, nämligen det medicinska fältet samt lek och idrott.⁸² Det konstateras att det finns situationer som formellt täcks av straffbud, men som rimligtvis inte kan vara avsedda att träffas av kriminalisering, och där ansvarsfrihet på objektiv grund ska inträda utan stöd av lag.⁸³ Dessa situationer kan enligt förarbetena inte enkelt beskrivas i lagtext, nya situationer uppkommer och förändrade sociala värderingar kan medföra att tidigare inte förutsedda intressekollisioner uppstår.⁸⁴ Av skäl som jag strax återkommer till finns det anledning att diskutera om BDSM-utövning kan, och bör, behandlas på samma sätt som lek och sport.

Det konstateras i förarbeten att åtskilliga handlingar som förekommer vid lek och idrott uppfyller rekvisiten för brott, samt att reglerna om ansvarsfrihet på grund av samtycke kan tillämpas i vissa fall, men inte andra.⁸⁵ Inom lek och idrott godtas svårare misshandel än som i allmänhet accepteras på grund av enbart samtycke. Den som frivilligt deltar i sporter såsom exempelvis fotboll, handboll, bandy och rugby är medveten om skaderisken. Detta innebär dock inte att man generellt kan säga att han eller hon godtar skadan i det enskilda fallet. Det är därför inte möjligt att använda samtycke som grund för ansvarsfrihet i alla situationer. Ansvarsfriheten följer i stället av att vissa regelöverträdelser är allmänt godtagna i samhället.⁸⁶ Att så är fallet beror enligt förarbetena på att ”utövning av sport allmänt sett värderas positivt och att intresset av att människor deltar i organiserad idrottsutövning får vägas mot intresset att skydda mot uppkomsten av personskador.”⁸⁷ Det anförs vidare att vid oorganiserad eller improviserad sportutövning, liksom vid lek, torde

82 SOU 1988:7, s. 117.

83 SOU 1988:7, s. 128.

84 SOU 1988:7, s. 129. Dock anges att domstolarna bör iakttä största försiktighet när det gäller att tillämpa någon icke lagreglerad ansvarsfrihetsgrund, och att det inte rör sig om en fri avvägning mellan varandra motstående intressen.

85 SOU 1988:7, 137, prop. 1993/94:130, s. 73.

86 Prop. 1993/94:130, 40-41, SOU 1988:7, s. 137.

87 SOU 1988:7, s. 137-138.

gränsen för godtagbart beteende sätts lägre, även om det är klart att man kan räkna med ansvarsfrihet för annars brottsliga gärningar i dessa situationer.

Asp med flera formulerar en allmän regel om ansvarsfrihet som lyder: ”Under förutsättning att det rör sig om frivilligt deltagande i utövningen av sport, lek e.dyl., är alla gärningar, som angivits icke innebära ett otillåtet risktagande, dvs. sådana gärningar som med beaktande av spelets regler och idé är att betrakta som tillåtna risktaganden, också i sig att anse som socialadekvata.”⁸⁸ Författarna finner det angeläget att de regler som gäller för sportutövning inte är alltför invecklade, och samtyckesregleringen bör skjutas i bakgrunden eftersom tillämpning av den inte kan förväntas leda till ansvarsfrihet i alla fall där man vill avstå från att utkräva ansvar.

Dessa överväganden kan också ha bäring på BDSM-utövning. Samtycke ges nödvändigtvis inte till varje specifik handling, utan till att ”leka” med en eller flera personer under en viss tidsrymd. Även om förhandlingar om gränser görs innan kanske inte alla aktiviteter som sedan förekommer har diskuterats. BDSM kan handla om att tänja på de egna gränserna, att pröva sådant man inte prövat innan.⁸⁹ Alltså kan risktagande förekomma som den samtyckande inte är medveten om. Så länge det är fråga om tillåtet risktagande skulle ansvarsfrihet kunna inträda med hänvisning till social adekvans. Att betrakta BDSM som i sig socialt adekvat skulle innebära att våldsgärningar som går utöver samtycket, exempelvis skador eller smärta som samtycke inte lämnats till, kan betraktas som en del av lekens idé och därmed som inte straffbara. Att betrakta BDSM som ett sådant särområde skulle också kunna innebära att i fall då giltigt samtycke konstateras, men skadorna bedöms vara av värre än vad som ryms inom normalgraden av misshandel, skulle ansvarsfrihet kunna beviljas utifrån social adekvans (jämför NJA 1997 s. 636).

Allt våld behöver nödvändigtvis inte vara straffrättsligt klandervärt. Deckha påminner oss om hur våld och smärta förekommer i olika former i den västerländska kulturen och ses som bra, eller i alla fall godtagbart: smärtsfulla skönhetsbehandlingar, träning som ger värk, sorgliga filmer, piercing osv.⁹⁰ Och kanske kan njutningsfull smärta inom ramen för BDSM-utövning, också placeras inom den godtagbara kulturen. Uttalanden i förarbeten öppnar upp för att ställa frågan om BDSM ska anses som ett sådant område, som liksom

88 Asp, et al., *Kriminalrättens grunder*, s. 287.

89 Jämför Butler, ”Sexual Consent: Some Thoughts on Psychoanalysis and Law”, s. 427.

90 Deckha, Maneesha, ”Pain as culture: A postcolonial feminist approach to S/M and women’s agency”, *Sexualities* 2011, (14) nr. 2, s. 129-149.

idrott och lek, karakteriseras av regelöverträdelser som är allmänt godtagna i samhället. Den problematik jag pekat på i avsnitten ovan om det giltiga samtycket gör sig dock gällande även här. En förutsättning för att betrakta BDSM som socialt adekvat är att det rör sig om frivilligt deltagande i utövningen av BDSM, och frivillighet är inte ett oproblemiskt begrepp. Om frivilligheten nu handlar om att frivilligt ge sig in i leken, finns risk för att sexuella övergrepp osynliggörs, eftersom de sker inom ramen för lekens idé. Den problematisering jag gjort ovan kring det godtagbara syftet ekar också här. Hur vet rätten att sport allmänt värderas positivt, och hur kan den veta om BDSM bör värderas på detta sätt? Vilka diskurser gör sig gällande i rätten och vilka utesluts? Var går gränserna för det sunda, det normala, det straffria? Det är frågor som inte har något enkelt svar, men som bör dryftas vidare.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Jag konstaterade inledningsvis att samtycke som ansvarsbefriande grund är en regel, bland många, som rör gränslandet mellan det straffria och det kriminaliserade. I artikeln har jag visat att detta gränsland innehåller av många frågetecken rörande hur frivillighet ska förstås och på vilka grunder etiska bedömningar ska göras. Jag har visat att frågan huruvida samtycke föreligger eller ej handlar mindre om brottsoffrets vilja och mer om situationen som sådan, om vad den tilltalade uppfattat, och om vad som kan antas utifrån målsägandens tidigare beteende. Såsom samtyckesbestämmelsen är utformad idag finns utrymme för nyanserade bedömningar, där det rättsliga systemet opererar samtidigt både med kontextuell öppenhet och normativ slutenhet. Vad vi mer ingående behöver diskutera är vilka kontexter som görs rättsligt relevanta. Även om rätten ofta opererar i termer av binära kategorier – antingen eller – är det viktigt när det gäller detta område att synliggöra komplexiteten. Inom ramen för straffrätten ryms många olika intressen, som inte enbart kan begränsas till att avse relationen mellan staten och den individ som eventuellt ska bestraffas. Här ryms också jämställdhets- och sexualpolitiska överväganden. Eller, för den delen, idrottspolitiska hänsynstaganden. 