

Juridiska institutionen
Examensarbete höstterminen 2012

Samtycke som ansvarsfrihetsgrund

En straffrättslig studie om samtyckets ansvarsbefriande verkan och då
huvudsakligen vid misshandelsbrotten

Johan Gredenius

Handledare: Robert Eneljung
Examinator: Marie Karlsson-Tuula



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 ÄMNETS RELEVANS	8
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	8
1.3 AVGRÄNSNINGAR.....	9
1.4 METOD OCH MATERIAL	9
1.5 DISPOSITION.....	10
2 ALLMÄNT OM STRAFFANSVAR	12
2.1 BROTTSBEGREPPET.....	12
2.2 OBJEKTIVA REKVISIT.....	12
2.3 SUBJEKTIVA REKVISIT.....	13
2.4 TÄCKNINGSPRINCIPEN.....	13
2.5 ALLMÄNNA ANSVARFRIHETSGRUNDER	14
3 HISTORISK BAKGRUND	16
3.1 ÄTTESAMHÄLLET.....	16
3.2 MEDELTIDEN.....	16
3.3 1500- OCH 1600-TALET.....	17
3.4 1700- OCH 1800-TALET.....	17
3.5 ÄMNETS BEHANDLING UNDER 1900-TALET.....	18
4 SAMTYCKE SOM ANSVARFRIHETSGRUND	20
4.1 BEGREPPET SAMTYCKE.....	20
4.2 TILLÄMPNINGSOMRÅDE	20
4.3 NIVÅ 1 – FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ETT GILTIGT SAMTYCKE.....	22
4.3.1 <i>Samtyckets form</i>	22
4.3.1.1 Uttryckligt samtycke.....	22
4.3.1.2 Tyst eller inre samtycke.....	23
4.3.1.3 Hypotetiskt samtycke	23
4.3.2 <i>Samtyckets omfattning</i>	26
4.3.3 <i>När samtycke ska föreligga</i>	26
4.3.4 <i>Behörig att lämna samtycke</i>	26
4.3.5 <i>Kapabel att förstå innebörden</i>	27
4.3.6 <i>Frivilligt</i>	28
4.3.7 <i>Insikt om relevanta förhållanden</i>	29
4.3.7.1 Villfarelse eller okunnighet	29
4.3.7.2 Samtycke till risk.....	29
4.3.8 <i>Allvarligt menat</i>	31
4.4 NIVÅ 2 – FÖRSVARLIGHETSBEDÖMNINGEN.....	31
4.4.1 <i>Uppsåttligt dödande</i>	31
4.4.2 <i>Misshandel</i>	33
4.4.2.1 Ringa misshandel.....	34
4.4.2.2 Misshandel av normalgraden	34
4.4.2.3 Grov och synnerligen grov misshandel	36
4.4.2.4 Sammanfattande riktlinjer.....	36
4.4.3 <i>Vållande till annans död, kroppsskada eller sjukdom</i>	38
4.4.4 <i>Framkallande av fara för annan</i>	39
4.4.5 <i>Övriga brott mot enskilda intressen</i>	40
4.5 DEN SUBJEKTIVA SIDAN.....	40

4.5.1 Putativt samtycke.....	40
5 SÄRSKILT OM ÅTGÄRDER INOM SJUKVÅRDEN SAMT LEK OCH IDROTT	42
5.1 ÅTGÄRDER INOM SJUKVÅRDEN	42
5.1.1 Betydelsen av samtycke vid medicinska ingrepp.....	42
5.1.2 Försvarlighetsbedömningen.....	43
5.2 LEK OCH IDROTT	43
5.2.1 Betydelsen av samtycke vid lek och idrott.....	44
5.2.2 Försvarlighetsbedömningen.....	44
5.2.2.1 Organiserad lagidrott.....	45
5.2.2.2 Organiserad kampsport.....	47
5.2.2.3 Oorganiserad idrott och lek.....	48
6 SAMTYCKETS MANIFESTATION OCH BEVISNING	49
6.1 BEVISBÖRDA OCH BEVISKRAV	49
6.2 SAMTYCKETS MANIFESTATION – RIKTLINJER FRÅN HD	50
6.2.1 NJA 1993 s. 553.....	50
6.2.2 NJA 1999 s. 460.....	51
6.2.3 Sammanfattning av Högsta domstolens praxis	51
6.3 SAMTYCKETS MANIFESTATION I HOVRÄTTSPRAXIS	52
6.3.1 Ansvarsbefriande samtycke har ansetts föreligga.....	52
6.3.2 Ansvarsbefriande samtycke har inte ansetts föreligga	55
6.3.3 Sammanfattning av hovrättspraxis	59
7 ANALYS.....	61
7.1 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ETT GILTIGT SAMTYCKE	61
7.1.1 Frivillighet.....	61
7.1.2 Rationell handlingsförmåga.....	62
7.2 SAMTYCKETS MANIFESTATION	62
7.2.1 Slagsmål	62
7.2.2 Gruppslagsmål.....	63
7.2.3 Samtyckets omfattning.....	64
7.2.4 Utvidgad skönsmässig bedömning?.....	65
7.3 FÖRSVARLIGHETSBEDÖMNINGEN	66
7.3.1 Godtagbart syfte	66
7.3.2 Slumpmässigt resultat?.....	67
7.3.3 Slagsmål i ringen och på gatan.....	67
8 AVSLUTANDE ANMÄRKNINGAR.....	69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	71

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att belysa den straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunden samtycke i 24 kap. 7 § BrB och dess betydelse vid framförallt misshandelsbrotten i 3 kap. BrB. Samtycke som ansvarsfrihetsgrund vilar på den ideologiska utgångspunkten att var och en i inte obetydlig utsträckning råder över sina egna intressen. Detta innebär att en i sig kriminaliserad gärning som företas med samtycke från den mot vilken gärningen riktas är utan ansvar. I såväl den straffrättsliga teorin som i praktiken har emellertid samtycke tillerkänts ansvarsbefriande verkan endast under vissa förutsättningar och inom vissa gränser. Detta beror på att det finns ett motstående intresse av att etiskt oförsvarbara gärningar inte straffritt ska få äga rum i samhället. Historiskt sett har samtycke sannolikt i alla tider haft någon, om än varierande, betydelse för straffansvaret men frågan har i modern tid sällan aktualiserats i rättstillämpningen. Mot bakgrund av framförallt NJA 1993 s. 553 tycks emellertid invändningen om samtycke ha blivit allt vanligare vid misshandelsbrotten.

För att ett samtycke ska ha ansvarsbefriande verkan måste två förutsättningar vara uppfyllda. För det första måste det föreligga ett giltigt samtycke till aktuell gärning och för det andra får denna gärning inte vara oförsvarlig. I syfte att säkerställa att den enskilde verkligen har gett upp sitt straffskyddade intresse uppställs ett antal förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett samtycke ska anses *giltigt*. Ett samtycke ska omfatta hela den aktuella gärningen och finnas senast vid tidpunkten för gärningens företagande. Samtycket ska vidare lämnas av någon som är behörig att lämna det, som är kapabel att förstå innebörden av det och som har insikt om relevanta förhållanden. Ett samtycke måste också vara frivilligt och allvarligt menat. I praktiken problematiseras däremot sällan giltigheten i samtyckets första nivå. Detta trots att vad som ska förstås med framförallt frivillighet och insikt delvis är oklart och föranleder gränsdragningssvårigheter. Mot bakgrund av den rättspraxis jag redovisat och analyserat tycks istället den primära frågeställningen i rättstillämpningen vara huruvida det *överbuvudtaget förelegat ett samtycke till gärningen*. Bedömningssvårigheter tycks framförallt uppkomma vid slagsmålssituationer. Ett samtycke behöver visserligen inte ur materiell synvinkel ha lämnats uttryckligen – svensk rätt bygger på den s.k. viljeinriktningsteorin i detta avseende – men ur bevissynpunkt har ett explicit viljeuttryck stor betydelse. Av den praxis jag gått igenom har jag funnit att frågan om samtyckets förekomst och omfattning många gånger tycks handla mindre om brottsoffrets vilja och avsikt och istället mer om gärningen och situationen som helhet samt om vad gärningsmannen uppfattat. Detta utesluter däremot inte att det i praxis ibland anförs vilka omständigheter som har ansetts konstituera samtycke. I flera avgöranden har tidigare beteende och beteende i anslutning till misshandeln ansetts tala för samtycke. Målsäganden har i dessa fall själv sökt upp, provocerat fram och/eller på något annat sätt varit aktivt bidragande till den uppkomna situationen. Att målsäganden själv varit aktiv innan eller i samband med misshandeln tycks således vara en omständighet som anses konstituera samtycke. Med aktiv menas ungefär lika aktiv som gärningsmannen – en person som inlåter sig i slagsmål anses som huvudregel inte ha samtyckt till att mötas av (avsevärt) grövre våld än vad denne själv utövat. En omständighet som trots målsägandens passivitet ansetts ge uttryck för att målsäganden varit införstådd med slagsmål och accepterat eventuella skador är att målsäganden på något sätt förberett sig för våld. Att målsäganden uppträtt aggressivt, provocerande eller uppmanat gärningsmannen att slå har däremot inte ensamt ansetts konstituera samtycke. Inte heller har samtycke konstituerats enbart genom parternas olika grupptillhörigheter.

Vad gäller ansvarsfrihetens andra förutsättning – att gärningen inte får vara oförsvarlig – går det konstatera att samtycke aldrig utesluter ansvar vid uppsåtligt dödande. Detta utesluter emellertid inte att samtycke i regel medför reducerat straffvärde i dessa fall. Vad gäller samtyckets ansvarsbefriande verkan vid misshandel bör gränsen enligt förarbetena dras på i princip samma sätt som gränsen mellan ringa och normalgraden av misshandel. Samtycke till ringa misshandel anses således ha ansvarsbefriande verkan medan motsatsen gäller vid samtycke till normalgraden, grov och synnerlig grov misshandel. Jag har emellertid försökt visa att denna gräns inte är absolut och att också samtycke till misshandel av normalgraden under vissa omständigheter kan ha ansvarsbefriande verkan. Med största sannolikhet kan samtycke till misshandel av normalgraden föranleda ansvarsfrihet under förutsättning att skadan är ringa eller att gärningen har ett godtagbart syfte. Vad som ska förstås med godtagbart syfte är emellertid oklart i svensk rätt. Gränsdragningen för oaktsamma brott sammanfaller sannolikt i huvudsak med gränsdragningen för uppsåtliga brott. Kravet på insikt om relevanta förhållanden medför emellertid generellt svårigheter i dessa fall. Samtycke till brottet framkallande av fara för annan torde i regel, med undantag för situationer då risken för allvarlig skada är stor, ha ansvarsbefriande verkan.

Inom *sjukvården* och *idrotten* är ansvarsfriheten kraftigt utvidgad och gränserna för acceptabelt våld betydligt högre än annars. Detta motiveras dock också av andra ansvarsfrihetsgrunder än samtycke. På sjukvårdens område anses i princip varje medicinskt motiverad åtgärd vara försvarlig. På idrottens område är ansvarsfrihetens utsträckning i huvudsak avhängigt våldets förenlighet med idrottens interna regler. Utgångspunkten är att regelenligt våld är ansvarsfritt medan regelstridigt våld som också strider mot idrottens idé är ansvarsgrundande. Våld som är regelstridigt men som håller sig inom idrottens idé befinner sig däremot i en gråzon. Bedömningen tycks i dessa fall vara beroende av i vilket sammanhang våldet sker och om regelöverträdelser varit uppenbart uppsåtliga eller inte. Annorlunda är det för vissa kampsporter där gränsdragningssvårigheter torde uppkomma också vid regelenligt våld. Rättsläget tycks däremot vara delvis oklart vad gäller dessa situationer.

Förord

Jag är både glad och tacksam för mina år på juristprogrammet i Göteborg. Jag är emellertid minst lika glad och tacksam för att nu snart få lämna skolan. Jag ser framtiden an med tillförsikt.

Det finns många som jag vill tacka – studiekamrater, lärare och vänner. Jag vill dock särskilt tacka Robert för engagemang och vägledning i denna uppsats. Jag vill också särskilt tacka mina föräldrar för allt stöd.

Ps. 25:4.

Lund, 23 december 2012

Johan Gredenius

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
BDSM	Bondage and Discipline, Sadism and Masochism
HD	Högsta domstolen
FB	Föräldrabalk (1949:381)
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avd. 1
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
Rf	Referat
RH	Rättsfall från hovrätterna
SL	1864 års strafflag
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UFC	Ultimate Fighting

1 Inledning

1.1 Ämnets relevans

Att var och en i inte obetydlig utsträckning råder över sin egen kropp och sina egna intressen är en grundläggande ideologisk utgångspunkt i västerländsk rättstradition. I svensk rätt återspeglas detta i bl.a. 24 kap. 7 § BrB. Denna reglering innebär att en i sig brottslig gärning som företas med samtycke från intressebäraren inte föranleder straffansvar. Ansvarsfriheten vid samtycke är emellertid inte absolut då det finns ett etiskt intresse av att inte tillåta allt för grova ingrepp i den enskildes kroppsliga integritet.

Den straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunden samtycke är en regel som rör gränslandet mellan det straffria och det kriminaliserade. Den grundläggande frågan om när våld blir straffrättsligt relevant torde vara en av straffrättens mest grundläggande frågor. Trots detta tog det lång tid innan läran om samtycke kodifierades i svensk rätt och historiskt sett har denna sällan aktualiserats i praxis. Istället har samtyckets förutsättningar och gränser närmast vanemässigt upprepats i doktrin och förarbeten. Under de senaste åren tycks det emellertid ha blivit allt vanligare att försvarsadvokater anför samtycke som grund för att bestrida ansvar vid åtal avseende misshandel, och då framförallt vid slagsmålssituationer. Jämte nödvärn torde detta vara en av de vanligare invändningarna. Har målsäganden t.ex. agerat provokativt och själv inlåtit sig i slagsmål med gärningsmannen anføres detta som tecken på att målsäganden har samtyckt till tillfogad smärta eller kroppsskada. Dessa situationer medför emellertid många bedömningssvårigheter som är relativt dåligt belysta i såväl förarbeten, praxis som doktrin. Bortsett från att förutsättningarna och gränserna för samtyckets ansvarsbefriande verkan delvis är oklara tycks det saknas tydliga riktlinjer om vilka yttre, ur bevissynpunkt nödvändiga, omständigheter som konstituerar ett samtycke. Mot denna bakgrund finns det god anledning att behandla ämnet mer ingående.

1.2 Syfte och frågeställningar

Den här uppsatsen tar sin utgångspunkt i den praktiskt relevanta och teoretiskt delvis oklara ansvarsfrihetsgrunden samtycke i 24 kap. 7 § BrB. Uppsatsen har en *regelorienterad* och primärt *inom-juridisk* ansats. Det övergripande *syftet* med uppsatsen är att närmare belysa samtycke såsom ansvarsfrihetsgrund utifrån ett straffrättsligt perspektiv. Ett mer specifikt syfte är att belysa samtyckets förutsättningar och gränser vid misshandelsbrotten. Ambitionen är att presentera det svenska rättsläget på ett pedagogiskt och klagörande sätt samt att ge en fördjupad analys av detta. Min förhoppning är att uppsatsen ska belysa samtyckets rättsliga förutsättningar och gränser på ett såväl deskriptivt som analyserande och problematiserande sätt. Särskilt fokus kommer ägnas åt den gränsdragningsproblematik som uppkommer i såväl teori som praxis.

Uppsatsens huvudsakliga *frågeställning* är hur straffrätten ser på de situationer där människor samtycker till att utsätta sig för brott, och då framförallt fysiska integritetskränkningar. Denna övergripande frågeställning kan preciseras i följande delfrågor.

1. Under vilka förutsättningar är ett samtycke rättsligt relevant?
2. Vilka omständigheter anses, vid en rättslig prövning, konstituera samtycke?

3. Hur ser försvarlighetsbedömningen ut? Vid vilka brott utesluter samtycke ansvar?

Inom ramen för dessa frågeställningar kommer jag under arbetets gång att utveckla nya och mindre omfattande delfrågor.

1.3 Avgränsningar

Den här uppsatsen kommer uteslutande att behandla *svensk rätt*. Samtycke har i Sverige en fundamental betydelse för juridiken i allmänhet och straffrätten i synnerhet. Vid många straffstadganden framgår det av brottsbeskrivningen att gärningen ska vara ”olovlig”, ”otillbörlig” eller ”obehörig”. Ett samtycke medför i dessa lägen att inget brott har begåtts. Exempel på ett sådant fall är stöld – ett tillgrepp sker inte ”olovligen” om ägaren har lämnat sitt samtycke till gärningen, jfr 8 kap. 1 § BrB. I dessa fall behöver samtycke således inte åberopas som en särskild ansvarsfrihetsgrund utan ansvarsfrihet följer redan av att de objektiva rekvisiten i brottsbeskrivningen inte är uppfyllda. Syftet med denna uppsats är emellertid inte att belysa samtyckets betydelse i den svenska straffrätten på ett generellt plan, utan framställningen begränsar sig till den särskilda ansvarsfrihetsgrunden samtycke i 24 kap. 7 § BrB. Situationer där samtycke får relevans på grund av tolkningen av brottsbeskrivningen kommer således inte att behandlas.

Samtyckesregeln har, som senare kommer att behandlas, sin största betydelse vid *brotten mot enskild* och då framförallt vid brotten i 3 kap BrB. Även om ansatsen är bred kommer framställningen av den anledningen primärt att fokusera på dessa situationer. Samtycke vid sexualbrott enligt 6 kap. BrB utelämnas helt då ansvarsfrihet p.g.a. samtycke följer av brottsbeskrivningen. Av brotten mot liv och hälsa i 3 kap. BrB kommer framställningen huvudsakligen att ta sikte på samtyckets ansvarsbefriande verkan vid *misshandelsbrotten* och då framförallt vid misshandel genom slagsmål. Slagsmål både på privatlivets och på idrottens område kommer att belysas. Frågan om t.ex. aktiv dödshjälps vara eller icke vara kommer inte att problematiseras i någon större utsträckning.

Eftersom uppsatsen har en regelorienterad och primärt inom-juridisk ansats faller kriminaliseringsprinciper etc. i huvudsak utanför framställningen. I syfte att skapa förståelse för dagens samtyckesreglering kommer dock rätts- och idéhistoriska inslag få visst utrymme. I övrigt är ambitionen att behandla uppsatsens huvudområde ingående men framställningen gör inget anspråk på att vara uttömmande.

1.4 Metod och material

Vid undersökningen av den svenska rätten på området har traditionell juridisk metod i betydelsen lag, förarbeten, praxis och doktrin använts. Arbetsmaterialet har således bestått i huvudsakligen etablerade rättskällor och utgångspunkt har av naturliga skäl tagits i *lagstadgandet*, 24 kap. 7 § BrB, och dess *förfarbeten*. I övrigt är ämnet relativt styvmoderligt behandlat i svensk *doktrin*, i regel endast inom ramen för traditionella läroböcker angående den allmänna straffrätten, och den doktrinära diskursen är delvis ålderstigen. Frågan om samtyckets betydelse har visserligen ingående behandlats på senare tid angående den rättsliga definitionen av våldtäkt men dessa aspekter saknar direkt relevans för denna uppsats. Också angående *praxis* kan det konstateras att det finns relativt få vägledande avgöranden från HD. Av den anledningen har jag valt att lyfta fram och analysera opublicerade hovrättsavgöranden i tidsspannet 2005-

2012. Även om dessa avgöranden inte har samma prejudiciella betydelse som avgöranden från HD ger de en bild av hur lagstiftarens och HD:s riktlinjer kommer till uttryck i rättstillämpningen. Materialsökningen har företagits på rättsdatabaserna Info Torg¹ och JP Infonet² som publicerar samtliga avgöranden från bl.a. HD, hovrätterna och tingsrätterna. Avgöranden där den tilltalade åtalats för misshandel och frågan om samtycke som grund för ansvarsfrihet på något sätt aktualiserats har valts ut. Bland dessa har därefter ett kvalitativt urval gjorts. Domar fram till december 2012 har kunnat beaktas.

Vad gäller *litteraturläget* måste det ledande verket i svensk doktrin alltså anses vara ”Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet” av Agge från 1964. Också Strahl (1976) har behandlat ämnet någorlunda ingående. Även om dessa verk är författade innan tillkomsten av 24 kap. 7 § BrB är de inte utan intresse då regleringen endast ansågs vara en kodifiering av gällande rätt.³ På senare tid är det huvudsakligen Asp m.fl., och till viss del Dahlström m.fl., som ägnat ämnet något större intresse. Detta har emellertid gjorts inom ramen för läroböcker i allmän straffrätt. Samtliga dessa verk är i huvudsak deskriptiva, med undantag från när samtyckets betydelse vid idrottsutövning behandlas. Deras respektive uppfattningar i denna del kommer att behandlas mer utförligt i kap. 5. Också Wegerstads artikel ”Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans” i Juridisk publikation och Bechmann Christensens avhandling ”Det strafferetlige samtykke” bör avslutningsvis nämnas. Den senare är visserligen en dansk avhandling men som också berör det svenska rättsläget.

1.5 Disposition

I *kapitel två* presenteras under vilka förutsättningar en gärning är straffbar. Syftet är att sätta in ansvarsfrihetsgrunden samtycke i sitt straffrättsliga sammanhang och göra ett avstamp inför resterande framställning.

I *kapitel tre* presenteras kortfattat den historiska och idéhistoriska bakgrunden till samtycke som ansvarsfrihetsgrund. I syfte att skapa förståelse för den rättsliga kontext som omgärdar den nuvarande svenska regleringen appliceras ett relativt brett och långt historiskt perspektiv.

I *kapitel fyra*, som utgör uppsatsens egentliga kärna, presenteras det svenska rättsläget avseende samtycke som straffrättslig ansvarsfrihetsgrund. Förutsättningar och gränser för ansvarsfrihet behandlas ingående.

I *kapitel fem* behandlas särskilt samtyckets betydelse och våldets gränser vid sjukvård och idrott. Också andra ansvarsfrihetsgrunder som har betydelse för bedömningen lyfts fram.

I *kapitel sex* undersöks relativt ingående den i praktiken betydelsefulla frågan om samtyckets manifestation vid misshandel. För detta syfte presenteras ett kvalitativt urval av rättsfall från HD och framförallt hovrätterna. Också några bevisfrågor lyfts kortfattat fram.

¹ <http://www.infotorg.sema.se/>

² <http://www.jpinfonet.se/Public/Templates/StartNew.aspx>

³ SOU 1988:7, s. 119 ff.

I *kapitel sju* analyseras resultatet av undersökningen. Särskilt fokus i analysen ligger på samtyckets uttryck och innebörd samt de gränsdragningsproblem som uppkommer därmed.

I *kapitel åtta* avslutas uppsatsen med en kortare reflektion.

2 Allmänt om straffansvar

2.1 Brottsbegreppet

Vad är ett brott? I 1 kap. 1 § BrB stadgas att ett brott är en gärning som är beskriven i BrB eller i annan lag eller författning och för vilken straff är föreskrivet. Eftersom det inte är möjligt att finna någon gemensam nämnare för ett materiellt brottsbegrepp används istället ett formellt sådant. Detta innebär att ett brott är detsamma som en straffbelagd gärning, d.v.s. enligt 1 kap. 3 § BrB böter eller fängelse. Eftersom endast människor kan straffas innebär det formella brottbegreppet vidare att endast människor kan begå brott. Även barn och psykiskt sjuka kan således begå brott i objektiv bemärkelse.⁴ För att en gärning ska vara straffbar måste ett antal brottsförutsättningar, s.k. *brotsrekvisit*, vara uppfyllda. Dessa kriterier framgår av brottsbeskrivningen i respektive straffstadgande, 3-22 kap. BrB, och delas upp i objektiva respektive subjektiva rekvisit.⁵

2.2 Objektiva rekvisit

De objektiva rekvisiten framgår av respektive brottsbeskrivning och anger förutsättningarna för att ett brott ska föreligga. Vad gäller de objektiva rekvisiten görs en distinktion mellan gärningsrekvisit, effektrekvisit och gärningsmoment.

Gärningsrekvisit innebär krav på handling eller underlåtenhet. Ofta begås brotten genom en handling från gärningsmannens sida. Med handling ska förstås ett mänskligt beteende som utspelar sig i yttvärlden. En handling kan t.ex. vara att någon slår eller sparkar annan, tillgriper egendom, säger något eller utför någon annan form av kroppsrörelse. Ibland, om än inte lika ofta, begås brottet genom underlåtenhet att göra något visst, t.ex. att inte tillkännage hittegods (10 kap. 8 § BrB). Medan en handling bryter mot ett förbud bryter underlåtenheten mot ett påbud. Vid sidan av gärningsrekvisit uppställer många brott krav på effekt av något slag. Detta formuleras genom *effektrekvisit*. Exempelvis förutsätter misshandel i 3 kap. 5 § BrB effekterna kroppsskada, sjukdom eller smärta och stöld i 8 kap. 1 § BrB förutsätter effekten skada för att brott ska anses föreligga. Frågan om hur gärningen ska gå till lämnas däremot öppen.⁶ Med *övriga objektiva rekvisit*⁷ förstås rekvisit som inte kan inordnas under gärningsrekvisit eller effektrekvisit. Rekvisitet kan vara hänförligt till offret. Det är nämligen skillnad på att misshandla en privatperson och en polisman i tjänst, det förre är att betrakta som misshandel (3 kap. 5 § BrB) medan det senare anses som våld mot tjänsteman (17 kap. 1 § BrB). Rekvisitet kan också vara hänförligt till gärningsmannen. Exempel på detta är tjänstefel (20 kap. 1 § BrB).⁸

⁴ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.)*, brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m., s. 1:2.

⁵ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 31 f. Asp m.fl. anser denna terminologi vilseledande och använder istället *gärningsrekvisit* respektive *ansvarsrekvisit*, se Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 33 ff.

⁶ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 33 f.

⁷ Denna benämning används av Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 60. Dahlström m.fl. använder benämningen "gärningsmoment".

⁸ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 12.

2.3 Subjektiva rekvisit

De subjektiva rekvisiten innebär ett krav på uppsåt eller oaktsamhet och anger förutsättningar för personligt ansvar. De latinska benämningarna *dolus* och *culpa* används ofta.

En gärning ska enligt 1 kap. 2 § BrB, om inget annat föreskrivs, anses som brott endast om den begås *uppsåtligen*. I svensk lag finns ingen definition av uppsåt men det kan förstås som att en gärning begås med vett och vilja. Uppsåtsbegreppet inbegriper således inte rörelser utanför jagets kontroll, såsom rörelser under sömn, medvetlöshet, hypnos eller rena reflexrörelser. I förhållande till den brottsliga effekten skiljer man mellan tre former av uppsåt; direkt uppsåt, indirekt uppsåt och likgiltighetsuppsåt. Direkt uppsåt, eller avsiktsuppsåt, föreligger i de fall då gärningsmannens avsikt med handlingen har varit att orsaka den uppkomna effekten. Det saknar betydelse om effekten är det slutliga målet eller enbart ett genomgångsled till ett annat mål. Direkt uppsåt anges i lagtexten med ”för att”, ”avsikt” eller ”söker”.⁹ Vid indirekt uppsåt, eller insiktsuppsåt, är effekten inte direkt åsyftad av gärningsmannen men trots det nödvändigt förbunden med handlingen. Gärningsmannen är dessutom övertygad om att denna nödvändiga biverkan kommer att inträffa. Likgiltighetsuppsåtet utgör uppsåtets nedre gräns. I detta ligger att gärningsmannen varit likgiltig inför såväl risken som riskens förverkligande. I förhållande till gärningsrekvisit och övriga objektiva rekvisit skiljer man däremot endast på två uppsåtsformer, nämligen insiktsuppsåt och likgiltighetsuppsåt.¹⁰

Till skillnad från vad gäller uppsåt måste det uttryckligen framgå i respektive straffstadgande att *oaktsamhet* är tillräckligt för straffansvar. Med oaktsamhet förstås en inte allt för obetydlig avvikelse från erforderlig aktsamhet. I svensk rätt skiljer man på medveten och omedveten oaktsamhet. Vid medveten oaktsamhet har gärningsmannen insett möjligheten av effektens inträde eller förekomsten av en omständighet men ändå tagit risken. I likhet med likgiltighetsuppsåt så är gärningsmannen likgiltig inför risken men, och häri ligger skillnaden, räknar med att den inte ska förverkligas. Vid omedveten oaktsamhet har gärningsmannen däremot inte alls misstänkt effekten, något han enligt domstolen borde ha gjort.¹¹

2.4 Täckningsprincipen

Täckningsprincipen innebär som huvudregel att alla objektiva rekvisit måste vara subjektivt täckta för att ansvar ska inträda. Kongruens måste med andra ord råda mellan brottets objektiva och subjektiva sida. De s.k. objektiva respektive subjektiva överskotten är dock undantag från detta. *Objektiva överskott* är ovanliga. Det har dock anförts i doktrinen att 21-22 kap. BrB utgör exempel härpå. Det objektiva rekvisitet att riket är i krig skulle då inte behöva någon subjektiv täckning. Brotts med *subjektiva överskott* är däremot vanliga och föreligger bl.a. vid förberedelse och försök till brott enligt 23 kap. BrB. I dessa situationer behöver gärningsmannens avsikt inte förverkligas på den objektiva sidan.¹²

Svårighet kan uppstå vid den subjektiva täckningen av framförallt normativa rekvisit och juridiska begrepp. *Normativa rekvisit* är rekvisit som bygger på värderingar,

⁹ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 1:14.

¹⁰ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 57 ff.

¹¹ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 1:20.

¹² Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 32.

t.ex. ”otillbörlig”, ”värdefull” och ”uppenbart missförhållande”. Även om gärningsmannen inte förstår att hans agerande är t.ex. otillbörligt så anses det subjektiva rekvisitet uppfyllt om han känner till de faktiska omständigheterna som ligger till grund för bedömningen. Exempel på *juridiska begrepp* är ”narkotika”, ”urkund” och ”ägarerätt”, något gärningsmannen också kan stå helt främmande inför. På samma sätt som vid normativa rekvisit anses det subjektiva rekvisitet i huvudregel uppfyllt om gärningsmannen är medveten om de faktiska omständigheterna.¹³

2.5 Allmänna ansvarsfrihetsgrunder

Utgångspunkten är att en gärning är straffbar om de objektiva och subjektiva rekvisiten i en brottsbeskrivning är uppfyllda. För vissa situationer har dock förbehåll gjorts genom s.k. allmänna ansvarsfrihetsgrunder. Är en sådan ansvarsfrihetsgrund tillämplig innebär det att gärningen inte är att betrakta som ett brott.¹⁴ Anledningen till detta är att strafflagstiftningen är ett resultat av en omfattande avvägningsprocess mellan olika kolliderande intressen. Läses straffbuden i BrB isolerat skulle det många gånger leda till stötande resultat varför lagstiftaren har försökt lösa detta problem genom att uppställa allmänna ansvarsfrihetsgrunder. Av lagtekniska skäl återfinns de allmänna ansvarsfrihetsgrunderna primärt i 24 kap. BrB.¹⁵ Detta utesluter dock inte att det i praxis också finns okodifierade undantagsregler. Enligt Asp m.fl. är en gärning som är tillåten med hänvisning till en sådan oskriven undantagsregel *socialadekvat*. Beteckningen social adekvans står däremot för en juridisk slutsats och är inte i sig beteckningen på en undantagsregel.¹⁶

Ansvarsfrihetsgrunderna i 24 kap. BrB är antingen objektiva eller subjektiva. De *objektiva ansvarsfrihetsgrunderna* består av nödvärn (24 kap. 1 § BrB), laga befogenhet att bruka våld (24 kap. 2 § BrB), laga befogenhet att bruka våld vid myteri (24 kap. 3 § BrB), nöd (24 kap. 4 § BrB) och samtycke (24 kap. 7 § BrB). Den objektiva karaktären medför att det inte spelar någon roll om gärningsmannen trots att gärningen omfattas av ansvarsfrihetsgrunden eller inte. För att ansvarsfrihet ska inträda är det tillräckligt att ansvarsfrihetsgrunden rent faktiskt förelegat. Dahlström m.fl. anför nödvärn som exempel: A och B blir osams på ett dansställe varpå A misshandlar B kraftigt. Senare på kvällen när A är på väg hem ser han B stå still en bit längre fram. Då A kommer närmre tar han några snabba steg och sparkar till B så att denne ramlar. I fallet tappar B en kniv. I själva verket hade B stått och väntat på A och tänkt attackera denna med kniven. I detta läge har det objektivt sett förelegat en nödvärnssituation och A:s spark är därför ansvarsfri.¹⁷

De *subjektiva ansvarsfrihetsgrunderna* är excess (24 kap. 6 § BrB), förmans befallning (24 kap. 8 § BrB), straffrättsvillfarelse (24 kap. 9 § BrB) och de putativa ansvarsfrihetsgrunderna. Den subjektiva karaktären medför att gärningsmannen går fri från ansvar även om själva gärningen utgör ett brott.¹⁸ Om gärningsmannen felaktigt trots att någon ansvarsfrihetsgrund förelegat kan han inte ställas till ansvar för uppsåtligt brott då kravet på subjektiv täckning inte är uppfyllt. Man talar i dessa fall om puta-

¹³ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 23 f.

¹⁴ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 83.

¹⁵ Ansvarsfrihetsgrunderna skulle kunna formuleras som negativa rekvisit i respektive straffstadgande men det har ansetts erbjuda lagtekniska fördelar att ha ansvarsfrihetsgrunderna samlade på ett ställe, Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 39.

¹⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 280.

¹⁷ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 54.

¹⁸ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 54 f.

tivt nödvärn, nöd, samtycke etc.¹⁹ Dahlström m.fl. anför som exempel att A felaktigt tror han är angripen av B och därför slår till B och tillfogar denne en kroppsskada. Även om de objektiva rekvisiten för misshandel är uppfyllda är gärningen fri från ansvar p.g.a. nödvärn, under förutsättning att våldshandlingen inte är uppenbart oförsvarlig. Är misstaget oaktsamt kan ansvar för oaktsamhetsbrott aktualiseras.²⁰

¹⁹ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 83.

²⁰ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 55. Se nedan kap. 4.5.1.

3 Historisk bakgrund

Den nuvarande synen på samtycke som objektiv ansvarsfrihetsgrund går att spåra tillbaka till 1800-talet i svensk rätt. Det är dock antagligen ett allt för kort perspektiv för att förstå dess roll och betydelse som ansvarsuteslutande omständighet vid brotten mot enskild. Det är nämligen troligt att samtycke från målsäganden i alla tider, om än det varierat kraftigt, tillmätts någon betydelse. Redan det romersrättliga begreppet ”volenti non fit iniuria” tyder på detta.²¹ Då samtycke som grund för ansvarsfrihet historiskt sett har varit avhängigt synen på brott och straff samt relationen mellan stat och individ måste redogörelsen röra sig bortom begreppet samtycke som sådant. Mot denna bakgrund kommer några allmänna historiska utvecklingslinjer i straffrätten att presenteras som en horisont för förståelsen av samtycke som rättsligt fenomen. Avslutningsvis kommer de offentliga utredningar som föregått och mer direkt utgjort grund för dagens reglering att presenteras.

3.1 Ättesamhället

I det tidiga Sverige, i ättesamhället²², existerade ingen stark centralmakt utan makten var koncentrerad till de olika lokala ätterna. Ättesamhällets straffrätt var således inte en straffrätt i dagens mening utan handlade snarare om en slags *försoningsteknik* mellan de olika ätterna. Systemet upprätthölls av en slags maktbalans. Om ett brott trots detta begicks kunde det beivras på två sätt; antingen genom fejd eller förlikning. Sådan förlikning ägde rum på tinget och kompenserades genom bot.²³ Samtyckets ansvarsbefriande verkan under denna tid är visserligen oklar men mycket talar för att ett samtycke innebar att det heller inte fanns någon oförrätt att kompenseras för.

3.2 Medeltiden

Under medeltiden²⁴ skedde en rad stora samhällsförändringar i Sverige som också kom att påverka straffrätten. Två etablerade maktinstanser, *kungen* och *kyrkan*, trädde in på den politiska scenen. Genom kungamaktens inträde växte en premodern stat fram och kyrkan etablerades relativt snabbt en position i denna som ideologisk auktoritet.²⁵ Härmed, och av inflytande från europeisk rätt, kom synen på straffrätten att förändras. Genom kyrkans försorg fick den teokratiska *vedergällningsläran* och den gammaltestamentliga talionsprincipen – d.v.s. principen lika för lika – genomslag.²⁶ Också *avskräckningstanken* kom genom kungamaktens framväxt att påverka straffrätten. Eftersom statsmaktens resurser att bekämpa brottsligheten var begränsade bestraffades de brottslingar som ertappades mycket hårt i syfte att statuera exempel och avskräcka andra från att begå liknande brott.²⁷

²¹ Den samtyckande sker ingen orätt, se Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 376. Av detta går det emellertid inte att dra slutsatsen att den romerska rätten kände samtycke som ansvarsfrihetsgrund i dagens mening. Kränkningar av kropp och egendom uppfattades nämligen som privatdelikt inom den romerska rätten. Straffrätten var således inte så pass utvecklad att man kan tala om samtycke som ansvarsfrihetsgrund i dagens mening. Se Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 180 f.

²² D.v.s. tiden före medeltiden (som i Sverige anses inträda i och med vikingatidens slut och kristendomens inträde, ca år 1050 e.Kr.)

²³ Anners, *Svensk straffrätts historia, del 1*, s. 5 f.

²⁴ Medeltiden i Sverige brukar omfatta tiden mellan ca 1050 e.Kr. och 1520-talet e.Kr.

²⁵ Inger, *Svensk rätts historia*, s 9 ff.

²⁶ 3 Mos 24:17-20.

²⁷ Anners, *Svensk straffrätts historia, del 1*, s. 6 ff.

Under 1100- och 1200-talet kom den första kungliga *lagstiftningen* och landskapslagarna nedtecknades. De kungliga lagarna, de s.k. edsöreslagarna, syftade till att förhindra blodiga fejder mellan ätterna och kan ses som en början till rikslagstiftning då de gällde i hela riket. Vid överträdelse av dessa lagar föreskrevs böter till målsäganden och, om brottet var grovt, också till kungen och rättsväsendet. De grövre våldshandlingarna sågs således inte endast som brott mot individen utan också som brott mot samhället i stort.²⁸ Det var i dessa fall inte längre bara ätten (målsägandens) intresse utan också kungens och Guds intressen som kränktes vid brott mot individen. Mot denna bakgrund är det troligt att betydelsen av individens samtycke också minskade.

3.3 1500- och 1600-talet

Under 1500- och 1600-talet grundades straffrätten fortfarande primärt på avskräcknings- och vedergällningsteorierna. På grund av *protestantismens* införande i Sverige kom dock straffrätten i än högre grad att påverkas av religiösa strömningar. Den lutherska läran betonade att de kristna sanningarna var att finna i bibeln och inte i katolska kyrkans dogmatiska tradition. Av denna anledning kom den mosaiska rätten, som börjat vinna intåg redan under medeltiden, att få stor betydelse i straffrättsligt hänseende.²⁹ Den mosaiska rätten och talionsprincipens reception, som bl.a. kom till uttryck i Erik XIV förordning om högmålssaker 1563 och Karl IX stadfästelse av landskapslagen 1608, medförde en brutalisering av straffrätten.³⁰ Brott mot den mosaiska lagen sågs inte enbart som brott mot en annan individ eller mot staten utan också mot Guds vilja. För att inte folket skulle drabbas av Guds vrede var staten således tvungen att straffa dessa brott.³¹

1500- och 1600-talet präglades också av *statens expansion* och konsolidering. Genom ett ökat skatteupptag och ökade militära resurser kunde staten befästa sitt våldsmonopol.³² Straffrätten fick således en mer offentlighetsrättslig karaktär. Förlikning som tidigare hade kunnat äga rum mellan parterna saknade avskräckande funktion och straffet blev således allt viktigare.³³ Mot bakgrund av detta torde samtyckets ansvarsbefriande verkan under denna tid ha varit betydligt mer begränsad än i ättensamhället och under medeltiden

3.4 1700- och 1800-talet

Avskräckningsteorin och vedergällningsläran dominerade alltjämt även om den senare fick en mer undanskymd plats under 1700-talet.³⁴ Den svenska straffrätten kom annars att influeras av framförallt *upplysningen*, *naturrätten* och *pietismen* (inklusive herrnhutismen). Dessa disparata idéströmningar kom gemensamt att ha en ”humaniserande” effekt i svensk praxis.³⁵

²⁸ Inger, *Svensk rätts historia*, s. 68 ff.

²⁹ Anners, *Svensk straffrätts historia*, del 1, s. 14 f.

³⁰ Talionsprincipen i 3 Mos hade ursprungligen ett humaniserande inflytande på straffrätten då den i sig ger uttryck för en proportionalitetsprincip. Principen kom dock att misstolkas av kyrkan så att man utan förbarmande kunde utdöma samma straff för varje liden oförrätt, Inger, *Svensk rätts historia*, s. 74 och 146 f.

³¹ Inger, *Svensk rätts historia*, s. 145 ff.

³² Inger, *Svensk rätts historia*, s. 75 f och 84 f.

³³ Anners, *Svensk straffrätts historia*, del 1, s. 16.

³⁴ Anners, *Svensk straffrätts historia*, del 1, s. 30 f.

³⁵ Inger, *Svensk rätts historia*, s. 157 ff och 196 f.

1800-talets Europa och Sverige präglades av olika politiska strömningar. Dels gjorde *liberala* strömningar sitt intåg med fokus på individen och dennes frihet. Samtidigt fanns starka *konservativa* och *nationalistiska* strömningarna i Europa. Mot bakgrund av framförallt dessa liberala idéer tedde sig 1734 års lag i början av 1800-talet föråldrad. Som följd av detta tillsattes ”Stora lagkommittén” som 1832 utkom med ”Förslag till Allmän Criminallag”. Förslaget innebar vissa lagtekniska nyheter, som t.ex. en allmän del som behandlade bl.a. objektiva ansvarsfrihetsgrunder. Någon bestämelse om samtycke som ansvarsuteslutande omständighet fanns däremot inte.³⁶

Med anledning av vedergällningslärans försvagning och liberalismens idéer om individens frihet torde utrymmet för samtycke som ansvarsfrihetsgrund ha ökat. Trots att varken 1734 års lag eller 1864 års lag innehöll något stadgande om samtycke som ansvarsfrihetsgrund existerade, i vart fall under senare delen av 1800-talet, en sådan lära i någon form. Detta går att utläsa av dåvarande doktrin. Samtycke till t.ex. ringare kroppsskada verkar haft ansvarsbefriande verkan medan motsatsen torde ha gällt för samtycke till grövre kränkningar av liv och lem.³⁷ Vilka förutsättningar som krävdes för ett giltigt samtycke och gränsen för dess verkan är dock något oklart.³⁸

3.5 Ämnets behandling under 1900-talet

Även om samtycke sannolikt har haft ansvarsbefriande verkan under lång tid och att en sådan lära, som vi känner den idag, började växa fram under 1800-talet är det först på 1900-talet frågan aktualiserades på lagstiftningsnivå. Bedömningsgrunden behöver av det skälet inte längre sökas i den straffrättsliga och idéhistoriska kontexten utan återfinns istället direkt i den offentliga diskussionen.

År 1916 kom professor Johan Thyrén med ett förberedande utkast till strafflag i straffrättens speciella och allmänna del. I den allmänna delen fanns en bestämmelse i 4 kap. 8 § om samtycke som var tänkt att utesluta alla brott mot enskild om inget annat var stadgat. Även om Thyrén inte motiverade sitt ställningstagande anförde han att samtycke till ringa ingrepp borde vara ansvarsfritt medan det motsatta skulle gälla vid allvarligare ingrepp.³⁹ Thyréns förslag ledde inte till lagstiftning men låg däremot till grund för SOU 1923:9. Detta förslag hade följande lydelse:

”Har genom uttryckliga ord eller annorledes samtycket till viss handling frivilligt lämnats av den, vars rätt eljest skulle kränkas genom gärning, då skall denne icke anses såsom uppsåtligt brott, utan så är att i lagen för särskilda fall annorledes finnes stadgat eller samtycket med gärningsmannens vetskap före handlingen återkallats, där det med laga verkan kunde ske, eller gärningsmannen insatt, att den, som lämnat samtycket, därvid befann sig i väsentlig villfarelse angående faran.

Saknade den, som lämnade sitt samtycke, rättslig handlingsförmåga, pröve domstolen efter omständigheterna, huruvida uppsåtlig brottslighet dock skall anses utesluten genom samtycket.”⁴⁰

Förslaget innefattade krav på frivillighet, behörighet, insikt och rättslig handlingsförmåga. Förslaget innebar vidare att samtycke, som huvudregel, hade ansvarsbefriande verkan vid brott mot enskild. Detta motiverades med att ett intresse sällan är så skyddsvärt att det bör skyddas även mot angrepp där intressebäraren accepterat att utsättas för en intressekränkning. Undantag borde dock enligt förslaget göras beträff-

³⁶ Inger, *Svensk rättshistoria*, s. 297.

³⁷ Winroth, *Anteckningar efter professor Winroths rättshistoriska föreläsningar i straffrätt*, s. 70 f.

³⁸ Viss vägledning återfinns dock i Hagströmer, *Svensk straffrätt, första bandet*, s. 109 ff.

³⁹ Thyrén, *Förberedande utkast till strafflag. Kap I-XIII. Allmänna delen*, s. 49 f.

⁴⁰ SOU 1923:9, s. 9.

fande dödande och svår misshandel.⁴¹ Förslaget ledde emellertid inte heller denna gång till lagstiftning.

Det dröjde ända till 1950-talet innan frågan aktualiserades på nytt. Straffrättskommittén konstaterade då i sitt slutbetänkande SOU 1953:14 att en generell reglering av samtyckesfrågan, d.v.s. placerad i straffrättens allmänna del, skulle medföra att undantag från huvudregeln skulle få införas vid alla brott där samtycke inte skulle vara tillämpligt. Eftersom en bestämmelse av detta slag inte skulle fylla något egentligt praktiskt behov föreslogs istället en bestämmelse om samtycke i kapitlet om mord, dråp och misshandel. Förslaget hade följande lydelse:

”Har samtycke till gärning som i detta kapitel sägs lämnats av den mot vilken gärningen riktade sig må, alltefter gärningens art, bevekelsegrunderna och omständigheterna i övrigt, straffet nedsättas eller från straff frias.”⁴²

Vid bedömningen av strafffrihet skulle man enligt straffrättskommittén fästa särskild vikt vid gärningens art. Misshandel som föranledde endast ringa kroppsskada borde vara straffri medan väsentligt högre krav borde ställas på misshandel som medförde allvarlig skada eller sjukdom. Vid dödande borde endast i mycket speciella undantagsfall samtycke medföra ansvarsfrihet. Förutom gärningens art skulle också hänsyn tas till bevekelsegrunderna och omständigheterna i övrigt.⁴³ Vid remissbehandlingen fick förslaget utstå kraftig kritik. Denna bestod huvudsakligen i ett ifrågasättande av bestämmelsens nytta. Farhågor om att samtyckesbestämmelsen skulle tolkas e contrario avseende andra brott än mord, dråp och misshandel anfördes. Också den föreslagna analoga tillämpningen ifrågasattes. Den kanske kraftigaste kritiken riktade dock in sig på diskussionen om samtyckets verkan vid dödande. Departementschefen fann kritiken värd att beakta varför förslaget inte resulterade i lagstiftning. Samtyckets ansvarsbefriande verkan bedömdes vara en fråga för rättstillämpningen också i fortsättningen.⁴⁴

När fängelsestraffkommittén kom med sitt betänkande SOU 1988:7 var det tredje gången under 1900-talet frågan om samtycke aktualiserades för lagstiftning. Denna gång föll emellertid förslaget i god jord och ledde fram till prop. 1993/94:130. Mot bakgrund av detta infördes 1994, genom lag (1994:458) om ändring av brottsbalken, en bestämmelse om samtycke som ansvarsfrihetsgrund i 24 kap. 7 § BrB. Denna bestämmelse kommer att vara utgångspunkt för resterande del av uppsatsen.

⁴¹ SOU 1923:9, s. 140 ff.

⁴² SOU 1953:14, s. 18.

⁴³ SOU 1953:14, s. 143 ff.

⁴⁴ Prop. 1962:10, del C, s. 377 ff.

4 Samtycke som ansvarsfrihetsgrund

Enligt 24 kap. 7 § BrB gäller att:

”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.”

Bestämmelsen måste förstås mot bakgrund av intentionen och *ändamålet* med ansvarsfrihetsgrunden. Att samtycke tillmäts verkan kan ytterst hänföras till den ideologiska utgångspunkten att var och en har rätt att bestämma över sina egna intressen. Har individen gett upp sitt skyddade intresse har staten inte längre någon anledning av att skydda detta. Samtyckets ansvarsbefriande verkan är däremot inte utan begränsningar vilket finner sin grund i samhällets intresse av att stävja etiskt oförsvarbara gärningar.⁴⁵

Vad gäller samtycke är det viktigt att skilja på två nivåer i tänkandet. Som framgår av lagtexten måste två förutsättningar vara uppfyllda för att ansvarsfrihet ska inträda. För det första, om än självklart, måste det föreligga ett *rättsligt relevant samtycke* och för det andra får gärningen inte vara *oförsvarlig*. I syfte att tydligt särskilja dessa nivåer presenteras i det följande först förutsättningarna för samtyckets giltighet (nivå 1) och därefter försvarlighetsbedömningen eller samtyckets gränser (nivå 2). Kapitlet inleds emellertid med att kort belysa vad som terminologiskt avses med begreppet samtycke och ansvarsfrihetsgrundens tillämpningsområde. Kapitlet avslutas med att belysa några viktiga aspekter rörande den subjektiva sidan av ansvarsfrihetsgrunden.

4.1 Begreppet samtycke

I allmänt språkbruk används samtycke synonymt med ”medgivande”, ”tillstånd” eller ”gå med på”.⁴⁶ Samtycke innebär med andra ord att en person har en positiv inställning till någon annans handlande. Asp m.fl. anför: ”[a]tt samtycka till att någon annan utför en gärning är [...] att godta eller acceptera gärningen, att tillåta den; den andre får genom samtycket tillåtelse att utföra gärningen”.⁴⁷ Asp anför på ett annat ställe att ett samtycke förändrar någon annans rättsliga och moraliska position. Ett samtycke innebär att någon annan får företa en handling som samtycket förutan hade varit otillåten. Ett samtycke är dock också ett normativt begrepp vars innehåll i stor utsträckning bestäms av yttre faktorer.⁴⁸ Även om en analytisk begreppsdefinition svårligen låter sig göras är det således relativt klart vad som avses med ett samtycke.

4.2 Tillämpningsområde

Placering av bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § BrB indikerar att den är generell tillämplig för brotten i BrB. Av lagtextens lydelse framgår det emellertid att samtycke ska ha lämnats av den mot vilken gärningen riktas varför dess tillämplighet endast torde aktualiseras vid *brott mot enskild*. Den enskilde måste följaktligen disponera över aktuellt skyddsintresse för att med ansvarsbefriande verkan kunna samtycka till att det kränks. Med anledning av detta saknar samtyckesregeln i princip an-

⁴⁵ SOU 1988:7, s. 99 och 122.

⁴⁶ Malmström m.fl., *Bonniers svenska ordbok*, s. 502.

⁴⁷ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 249.

⁴⁸ Asp, *Sex och samtycke*, s. 83 ff.

svarsbefriande verkan vid brott mot allmänheten (13-15 kap. BrB), brott mot staten (16-22 kap. BrB) samt de specialstraffrättsliga brotten då det i dessa fall inte finns någon enskild person som kan lämna ett giltigt samtycke.⁴⁹ Detta innebär emellertid inte att samtycke saknar straffrättslig betydelse utan endast att samtycke saknar självständig betydelse som ansvarsfrihetsgrund vid dessa brott.⁵⁰ Enda undantaget torde enligt Asp m.fl. vara samtycke till mordbrand som endast avser fara för omfattande förstörelse av annan persons egendom (13 kap. 1 § BrB).⁵¹

Samtyckesregeln tillämpningsområde vid brotten mot enskild får i första hand sökas i de konkreta straffbudena. Vid många av dessa är brottsbeskrivningens beroende av att gärningen skett olovligt, obehörigen etc. Samtycke medför i dessa fall att de objektiva rekvisiten inte anses uppfyllda varför frågan om ansvarsfrihet enligt 24 kap. 7 § BrB aldrig ens aktualiseras – det finns inget brott att få ansvarsfrihet ifrån. Så är fallet med förmögenhetsbrotten (8-12 kap. BrB) och detta gäller inte bara brott som ska ha skett olovligt utan också skadegörelse (12 kap. 1 § BrB), trolöshet mot huvudman och behörighetsmissbruk (10 kap. 5-6 §§ BrB) omfattas. De enda brott där samtycke skulle kunna få en självständig betydelse som ansvarsfrihetsgrund är enligt Asp m.fl. sakhäleri (9 kap. 6 § 1st. 1p. BrB) och vissa brott mot borgenärer (11 kap. 1-4 §§ BrB). Dessa situationer torde dock sakna praktisk betydelse.⁵²

Mot denna bakgrund framgår det att samtycke som ansvarsfrihetsgrund har sin största betydelse vid brotten mot person (3-7 kap. BrB) och då huvudsakligen vid *brott mot liv och hälsa* i 3 kap. BrB.⁵³ Viss relevans äger samtyckesregeln i 24 kap. 7 § BrB också vid olaga frihetsberövande (4 kap. 2 § BrB) och vid ärekränkning (5 kap. BrB).⁵⁴ Gällande sexualbrotten i 6 kap. BrB varierar samtyckets relevans men genomgående är det också här fråga om tolkning av brottsbeskrivningarna.⁵⁵ Exempelvis är avsaknaden av samtycke en förutsättning för uppfyllelsen av gärningsbeskrivningarna om t.ex. våldtäkt och sexuellt tvång (6 kap. 1-2 §§ BrB). Vid en del andra brott, t.ex. där sexuella handlingar är straffbelagda p.g.a. någons ålder, saknar samtycke helt verkan – jfr våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn och sexuellt övergrepp mot barn (6 kap. 4-6 §§ BrB).⁵⁶ Vid brott mot familjen i 7 kap. BrB och brott mot frihet och frid i 4 kap. BrB, med undantag för olaga frihetsberövande, har samtycke främst betydelse vid tolkning av brottsbeskrivningen.⁵⁷

Sammanfattningsvis går det konstatera att tillämpningsområdet för samtycke som ansvarsfrihetsgrund huvudsakligen är brotten mot liv och hälsa i 3 kap. BrB. Det är dessa situationer lagstiftaren haft i åtanke vid införandet av 24 kap. 7 § BrB och det är också dessa situationer som historiskt sett har fallit in under läran om samtycke.⁵⁸

⁴⁹ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.)*, brotten mot allmänheten och staten m.m., s. 24:66.

⁵⁰ Dahlström m.fl. framhåller t.ex. att ett eventuellt samtycke har betydelse vid urkundsförfalskning (14 kap. 1 § BrB). Gärningen blir då straffri inte p.g.a. reglerna om samtycke i 24 kap. 7 § BrB utan p.g.a. att åtgärden företagits med samtycke eller med "behörighet". Urkunden är därmed äkta, Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 76.

⁵¹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 254.

⁵² Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 254.

⁵³ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 97.

⁵⁴ SOU 1988:7, s. 103 f. Se nedan kap. 4.4.5.

⁵⁵ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 254.

⁵⁶ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 75.

⁵⁷ SOU 1988:7, s. 104.

⁵⁸ Se prop. 1993/94:130, s. 38 ff och SOU 1988:7, s. 99 ff.

4.3 Nivå 1 – Förutsättningar för ett giltigt samtycke

För att ett samtycke ska ha ansvarsbefriande verkan måste ett antal förutsättningar eller garantier vara uppfyllda. Dessa garantier syftar till att säkerställa att den samtyckande verkligen gett upp sitt straffskyddade integritetsintresse.⁵⁹ Samtycket måste med andra ord vara giltigt.

4.3.1 Samtyckets form

Ett samtycke till en viss gärning handlar, som ovan nämnts, i grunden om att godta eller acceptera en viss gärning. Ett första, om än helt självklart, krav för ansvarsbefriande verkan är därför att det faktiskt föreligger ett verkligt samtycke till aktuell gärning. Med anledning av detta vore det inte orimligt att tänka sig att det i svensk straffrätt uppställdes ett krav på att samtycket måste ta sig uttryck i viss form för att äga juridisk relevans. Två huvudsakliga inriktningar vad gäller samtyckets form kan skönjas i den juridiska doktrinen.

Den första inriktningen – *viljeuttrycksteorin* – menar att ett samtycke på något sätt måste ha meddelats gärningsmannen eller på annat sätt kommit till yttre uttryck genom en viljeförklaring eller s.k. konkludent handlande. Den andra inriktningen – *viljeinriktningsteorin* – menar att det för frågan om samtyckets giltighet är tillräckligt att ett samtycke förelegat i någon form av viljeinriktning hos den samtyckande och att det saknar relevans huruvida detta kommit till yttre uttryck eller inte.⁶⁰ Enligt Agge kan viljeuttrycksteorin jämföras med, och bygger sannolikt på en analogi från, civilrätten och dess rättshandlingslära. Agge framhåller dock att denna analogi inte kan anses vara tillräckligt motiverad då viljeuttrycksteorin inte tar hänsyn till samtyckets objektiva karaktär. Att samtycket är en objektiv ansvarsfrihetsgrund innebär som ovan nämnts att det inte spelar någon roll huruvida gärningsmannen, d.v.s. den som utfört gärningen, uppfattat att det funnits ett samtycke eller inte. Mer förenligt med samtyckets objektiva karaktär enligt Agge är viljeinriktningsteorin där det är samtyckets faktiska existens, och inte samtyckets form, som är avgörande.⁶¹

Även om det historiskt sett rått delade meningar om samtyckets form är rättsläget idag tydligt. Ett samtycke behöver inte ha viss form eller tagit sig yttre uttryck för att vara giltigt.⁶² Detta innebär emellertid inte att frågan om samtyckets form inte kan medföra bedömningssvårigheter. Framförallt den historiskt omdebatterade frågan om hypotetiskt samtycke bör i detta sammanhang uppmärksammas. Först ska dock något nämnas om olika sätt att lämna samtycke på.

4.3.1.1 Uttryckligt samtycke

Ett uttryckligt samtycke har, *prima facie*, ansvarsbefriande verkan. Med hänsyn till samtyckets objektiva karaktär gäller detta oberoende av om gärningsmannen känner till förhållandet eller inte.⁶³ Vad menas då med ett uttryckligt samtycke?

Ett samtycke uttryckt i *ord* eller *skrift* är av naturliga skäl ett uttryckligt samtycke. Samtycket kan emellertid också uttryckas på andra sätt än genom ord. Beroende på sammanhang och övriga omständigheter skulle kroppsspråk, rörelser eller andra *hand-*

⁵⁹ Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁶⁰ SOU 1988:7, s. 107. Agge använder istället för ”viljeinriktningsteorin” benämningen ”viljeriktningsteorin”, Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 417 ff.

⁶¹ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 417 ff.

⁶² Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁶³ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 382.

lingar, även om de förvisso är tysta, kunna uppfattas som uttryckliga. Detta torde gälla vid situationer där någon t.ex. nickar med huvudet, räcker upp handen eller visar tummen upp. I praktiken är det ovanligt att ett ansvarsbefriande samtycke lämnas muntligen, skriftligen eller på annat sätt uttrycks direkt. Ett samtycke kan emellertid, och detta torde istället vara det vanliga, anses föreligga om det framgår av en persons handlande, t.ex. att denne medverkar till eller underlättar gärningens utförande. Samtycket är då underförstått eller annorlunda uttryckt *konkludent*.⁶⁴ I praxis har samtycke ansetts föreligga när två personer inlåter sig i slagsmål.⁶⁵ Asp m.fl. menar, med stöd av främst NJA 1993 s. 553, att det i vissa situationer föreligger s.k. ömsesidigt samtycke till misshandel. Förekomsten av ett sådant samtycke framgår i regel av den skadelidandes konkludenta samtycke.⁶⁶ Också passivitet torde i vissa fall kunna tolkas som ett konkludent samtycke. Har en person tidigare lämnat sitt samtycke till viss gärning måste emellertid dennes passivitet vid gärningens utförande stödjas av andra omständigheter för att passiviteten ska kunna tolkas som ett konkludent samtycke.⁶⁷

4.3.1.2 Tyst eller inre samtycke

Eftersom svensk rätt baseras på den s.k. viljeinriktningsteorin är också ett tyst eller, kanske bättre formulerat, ett inre samtycke rättsligt relevant.⁶⁸ Samtycket behöver således inte ha formulerats eller manifesterats för omvärlden för att ha ansvarsbefriande verkan utan det avgörande är huruvida intressen bäraren rent faktiskt har samtyckt till gärningen eller inte. I praktiken tycks emellertid detta vara en i huvudsak teoretisk konstruktion då det inre samtycket är förenat med betydande bevissvårigheter. I motiven framhålls att det får krävas att det finns yttre omständigheter som tyder på förekomst av samtycke om saken kommer under rättslig prövning. Yttre manifestationer får därför i praktiken avgörande betydelse.⁶⁹

4.3.1.3 Hypotetiskt samtycke

Om det vid gärningens utförande varken funnits något uttryckligt eller inre samtycke, men det på objektiva grunder skulle vara antagligt att intressen bäraren skulle ha lämnat sitt samtycke om denne på förhand hade fått möjlighet att ta ställning i frågan, kan man tala om hypotetiskt samtycke. Eventuellt innefattar det hypotetiska samtycket också situationer där samtycke förvägrats men skulle ha getts om intressen bäraren haft full insikt om samtliga relevanta förhållanden.⁷⁰ ”Presumerat samtycke” används ibland synonymt med hypotetiskt samtycke.⁷¹ Denna samtyckesform tillhör enligt Agge ett av straffrättens mest kontroversiella ämnen och har behandlats på olika sätt i olika rättssystem.⁷² Mot denna bakgrund kommer jag här endast att lyfta fram de

⁶⁴ SOU 1988:7, s. 107.

⁶⁵ Se nedan kap. 6.

⁶⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 251.

⁶⁷ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 419.

⁶⁸ Benämningen ”tyst” samtycke tycks i sin lydelse också kunna omfatta de ovan nämnda formerna av icke-verbalt uttryckligt samtycke. Enligt mitt förmenande är därför benämningen ”inre samtycke” mer passande ur terminologisk synvinkel. Jfr t.ex. Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 99 och Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalansen*, s. 77 som använder benämningen ”tyst samtycke” med Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 249 och Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 418 som använder ”inre samtycke”. I motiven, prop. 1993/94:130, s. 39 används ”tyst inre samtycke”.

⁶⁹ Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁷⁰ Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁷¹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 258.

⁷² Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 423.

viktigaste huvudlinjerna och belysa vilken betydelse, om någon, det hypotetiska samtycket har vid fysiska integritetskränkningar.

Vid en jämförelse av det hypotetiska samtycket med de bakomliggande teorierna kan det konstateras att det ligger någorlunda i linje med viljeinriktningsteorin att godkända hypotetiskt samtycke. Det finns dock en grundläggande brist i samstämmigheten. Vid ett verkligt samtycke, såväl uttryckligt som inre, utesluts brottslighet av att ett faktiskt samtycke till gärningen har förelegat vid tidpunkten för dess utförande. Vid ett hypotetiskt samtycke baseras däremot ansvarsfriheten endast på en hypotes, ett antagande, om samtycke under vissa omständigheter. Eventuell ansvarsfrihet bygger följaktligen på ett antagande om intressebärandens viljeinriktning, dock vid en tidpunkt då hela frågan inte varit aktuell för denne.⁷³

Det finns som ovan antytt olika meningar om hypotetiskt samtycke som ansvarsfrihetsgrund. Uppfattningen i doktrin och praxis är långt ifrån enhetlig, även om den dominerande meningen tycks vara ett avvisande av hypotetiskt samtycke som ansvarsfrihetsgrund. Asp m.fl. anser att det inte går att likställa ett hypotetiskt samtycke med ett verkligt samtycke eftersom sådana invändningar, d.v.s. att gärningsmannen trodde att han skulle ha fått ett samtycke om han bara hade frågat, därmed skulle bli alltför vanliga och svåra att vederlägga. Det ansvarsfria området skulle vid ett sådant generellt godtagande av hypotetiskt samtycke bli allt för stort.⁷⁴ Också Agge ställer sig avvisande till hypotetiskt samtycke som ansvarsfrihetsgrund. Skillnaden mellan det hypotetiska och det verkliga samtycket är enligt honom så betydande att det hypotetiska samtycket måste avvisas. Den eftersträlvade objektiva bedömningen av den kränktes hypotetiska vilja framstår enligt honom som en illusion och grundas i alla lägen på en efterhandsvärdering. Hypotetiskt samtycke brister därmed ur legalitetssynpunkt eftersom gränsen för det ansvarsfria området inte kan avgöras vid gärningens företagande. Vidare poängterar han att ett godtagande av ett hypotetiskt samtycke i sin tur skulle medföra att en felbedömning från den handlandes sida angående intressebärandens hypotetiska inställning skulle kunna leda till ansvarsfrihet av subjektiva skäl, med hänvisning till någon form av s.k. putativt hypotetiskt samtycke. En sådan rättslig konstruktion riskerar att medföra ett svagt skydd för intressebäranden mot andras felaktiga uppfattningar.⁷⁵ Inte heller Strahl godtar det hypotetiska samtycket och anför att det behövs ett straffbud för att avhålla människor från att i allt för hög grad bestämma över andras angelägenheter.⁷⁶

Till stöd för denna kritiska linje angående hypotetiskt samtycke finns framförallt två rättsfall. I det första, NJA 1957 s. 337, hade en värnpliktig furir utan befälets samtycke använt ett militärt fordon. Det fanns ingen anledning att anta att befälet inte hade lämnat sitt samtycke om denne hade tillfrågats. HD dömde trots detta furiren för olovligt brukande och avvisade det hypotetiska samtycket som ansvarsfrihetsgrund. Leijonhufvud och Wennberg menar dock att man antagligen inte kan dra alltför generella slutsatser av detta fall då det rörde sig om militära förhållanden.⁷⁷ I det andra vanligtvis återopade rättsfallet, SvJT 1963 rf s. 61 II, hade en hyresvärd släppt in några reparatörer i en lägenhet utan hyresgästens samtycke. Hovrätten accepterade inte hyresvärdens invändning om att hyresgästen skulle ha godkänt handlingen om denne blivit tillfrågad.

⁷³ SOU 1988:7, s. 108.

⁷⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 258 f.

⁷⁵ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 424 f. Se mer om putativt samtycke nedan i kap. 4.5.1.

⁷⁶ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 383.

⁷⁷ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 100.

Det som däremot talar för att tillerkänna hypotetiskt samtycke ansvarsbefriande verkan är att det i det dagliga, praktiska livet ibland framstår som försvarligt att göra mindre ingrepp i annans rättssfär. Detta gäller främst avseende vissa nödliknande situationer där handlingen företas i intressebärandens intresse. Strahl anför, även om han tar avstånd från ett generellt godtagande av hypotetiskt samtycke, att ett sådant samtycke borde tillerkännas ansvarsbefriande verkan vid bagatellartade fall där gärningen företas i intressebärandens intresse.⁷⁸ Det finns skäl att anta att människor ofta begår gärningar som, samtycke förutom, bör betraktas som brottsliga. Detta görs utifrån tanken om hypotetiskt samtycke. Exempel som ofta lyfts fram i doktrinen är att någon utan att fråga bryter sig in i en grannes hus för att stänga av en sprucken vattenkran eller utan att fråga lånar något, t.ex. ett trädgårdsredskap, av en granne eller vän.⁷⁹ Det torde i många av dessa fall saknas rättspolitiska skäl att kriminalisera gärningen.

I praxis finns det några rättsfall från 1940-talet som kan tolkas som stöd för hypotetiskt samtycke som ansvarsfrihetsgrund. I SvJT 1941 rf s. 56 körde en bilist på några fotgängare. Tre män som var bekanta med bilisten kom till platsen och tog en till bilisten tillhörande brännvinsflaska ur bilen. Hovrätten fann att männen inte kunde hållas straffrättsligt ansvariga med hänsyn till att de av omständigheterna haft anledning att anta att ägaren inte skulle ha haft något emot deras handlande. I SvJT 1942 rf s. 62 fann hovrätten att en grupp sjömän som hade tagit sprit och tobak från ett övergivet skepp de bärgat inte kunde ställas till ansvar eftersom de trott sig handla med samtycke. Slutligen är NJA 1946 B 1403 av intresse. En man åtalades för förskingring då han med pengar från en kvinna köpte en radio istället för, som utlovat, en bil. Hovrätten friade emellertid mannen då han haft grundad anledning att anta att kvinnan skulle ha lämnat honom tillstånd om hon hade tillfrågats därom.⁸⁰

Om det svenska rättsläget i doktrin och praxis är något oklart tydliggörs detta i viss mån genom förarbetena till 24 kap. 7 § BrB. Där stadgas att hypotetiskt samtycke som huvudregel inte omfattas av bestämmelsen. Det framhålls emellertid att det inte helt kan uteslutas att hypotetiskt samtycke kan få ansvarsbefriande verkan i vissa situationer.⁸¹ Vilka dessa situationer är preciseras däremot inte närmare. Enligt Asp m.fl. kan detta tolkas som att hypotetiskt samtycke kan medföra att huvudsakligen vissa bagatellartade besittningsrubbingar blir att betrakta som ”lovliga”. Ofta torde dessa handlingar kunna betraktas som socialadekvata.⁸² Dahlström m.fl. anser att ett möjligt exempel på ett straffritt samtycke är att en person oanmäld går in till grannen och lånar dennes gräsklippare, då hans egen gått sönder. Grannarna har en god relation och har tidigare lånat saker av varandra.⁸³

Det hypotetiska samtycket vid fysiska integritetskränkningar har däremot inte varit föremål för diskussion i svensk doktrin eller praxis. I dansk doktrin har däremot det hypotetiska samtyckets betydelse vid fysisk integritetskränkning, t.ex. tatuering och hårklippning, diskuterats. Att olovligen klippa av håret på en annan person kan både i dansk och svensk rätt uppfylla rekvisiten för misshandel.⁸⁴ Vid ett frisörbesök är detta dock en lovlig handling, främst p.g.a. kundens samtycke. När lovligheten bygger på kundens samtycke kan problem uppstå vad gäller främst begåvningshandikappade eller dementa personer. Bechman Christensen menar att också en person

⁷⁸ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 383.

⁷⁹ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 422 ff.

⁸⁰ HD hade inte anledning att uttala sig om den aktuella frågan.

⁸¹ Prop. 1993/94:130, s. 42.

⁸² Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 259 och 284.

⁸³ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, 2011, s. 81.

⁸⁴ För svensk rätt, se Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 3:28.

som lider av demens och som därför inte kan samtycka bör kunna bli klippt utan att detta blir att betrakta som en straffbar gärning. I sådana situationer menar hon att det måste vara möjligt att använda ett hypotetiskt samtycke då det kan antas att personen i fråga vill se fin ut och därför också vill bli klippt.⁸⁵ Det är inte helt klart hur en sådan situation hade hanterats i svensk rätt.

4.3.2 Samtyckets omfattning

Ett lämnat samtycke ska omfatta *hela den aktuella gärningen* för att vara giltigt.⁸⁶ Eftersom ett lämnat samtycke ur formell synvinkel i princip alltid är begränsat medför detta ibland bevisvärigheter. Vid ett begränsat samtycke föreligger nämligen ett kategoriskt samtycke inom en viss ram (t.ex. ”du får slå mig om du håller dig inom vissa gränser”). Frågor om t.ex. målsäganden har samtyckt till att bli slagen på det sätt som skedde eller om samtycket endast omfattade slag av ringare art kan uppkomma. Vid bedömningen av huruvida ett samtycke överhuvudtaget har lämnats måste man därför ha en uppfattning om vad samtycket avser, d.v.s. samtyckets omfattning.⁸⁷

För gärningar som är utsträckta över tid eller som företas i etapper innebär detta att samtycket måste omfatta hela händelseförloppet. Ett samtycke som lämnas under ett sådant pågående händelseförlopp har ansvarsbefriande verkan för angrepp därefter, men inte för gärningar företagna innan samtycket lämnades.⁸⁸

4.3.3 När samtycke ska föreligga

Ett samtycke måste finnas *senast vid tidpunkten för gärningens företagande*.⁸⁹ Ett tidigare lämnat samtycke måste därför alltså kvarstå när gärningen utförs. Samtycket kan nämligen i regel återkallas när som helst och detta kan ske såväl uttryckligen som konkludent.⁹⁰ Dahlström m.fl. illustrerar detta med ett påhittat exempel där A och B frivilligt beslutar sig för att gå ut på gatan för att ”göra upp”. Väl ute på gatan slår A till B i ansiktet, varpå han innan B har hunnit slå tillbaka återkallar sitt samtycke genom att säga ”jag vill inte vara med längre”. Därefter går han från platsen. Skulle B i detta läge springa efter A och slå till denne är slaget att betrakta som ett brottsligt angrepp alldeles oavsett det tidigare samtycket från A:s sida, och A skulle då ha rätt att freda sig enligt nödvärnsreglerna.⁹¹ Ett i efterhand givet samtycke – s.k. ratihabering – utesluter normalt sett inte ansvar.⁹²

4.3.4 Behörig att lämna samtycke

Den som lämnar ett samtycke måste vara behörig att förfoga över det aktuella intresset.⁹³ Utgångspunkten är i princip att man bara har rätt att bestämma över sig själv

⁸⁵ Bechmann Christensen, *Det strafferetlige samtykke*, s. 78 f.

⁸⁶ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 77.

⁸⁷ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 250.

⁸⁸ SOU 1988:7, s. 106 f.

⁸⁹ Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁹⁰ Noteras bör dock att ett samtycke inte kan återkallas i situationer där samtycket utgjort en civilrättsligt giltig disposition och allmänna avtalsrättsliga regler är tillämpliga, se Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 251. Den som dock fått betalt för att t.ex. underkasta sig misshandel kan återkalla samtycket när som helst, SOU 1988:7, s. 107.

⁹¹ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 78.

⁹² I praktiken är dock ett sådant samtycke viktigt, dels eftersom det inte sker någon anmälan och dels ur bevishänseende.

⁹³ Prop. 1993/94:130, s. 39.

och ingen annan. Detta gäller dock inte undantagslöst. Exempelvis kan *vårdnadshavare* enligt 6 kap. 2 § FB med ansvarsbefriande verkan lämna samtycke till att utsätta sitt barn för ingrepp som samtycket förutom hade varit att anse som brott. Frågan torde primärt aktualiseras inom hälso- och sjukvårdens område. Enligt Rynning är det sannolikt så att denna behörighet för barnets räkning inte sträcker sig lika långt som om handlingen varit riktad mot vårdnadshavarens egen rättsfär. Vårdnadshavaren kan inte utöva sin bestämmanderätt på ett sätt som innebär påtaglig risk för barnets hälsa eller utveckling.⁹⁴ Ett rättsfall där denna fråga prövades är NJA 1997 s. 636 som handlade om omskärelse av små pojkar utan bedövning. Den tilltalade hade kommit som flykting till Sverige 1992 och hade innan dess varit verksam som läkare. I Sverige kom han i kontakt med en familj som önskade att han skulle omskära deras pojkar i åldern 1,5 till 7 år. Efter omskärelsen, som skedde i en lägenhet och utan bedövning, åtalades mannen för misshandel. Angående vårdnadshavarens rätt och skyldighet att bestämma över barnen anförde HD:

Även om en vårdnadshavare således i princip är behörig att med ansvarsbefriande verkan ge ett samtycke för sitt barns räkning, är det inte givet att denna behörighet sträcker sig lika långt som om det gäller ett handlande som riktar sig mot vårdnadshavarens egen intressesfär.⁹⁵

I det aktuella fallet bedömdes omskärelserna inte innebära en sådan stor smärta för pojkarna att föräldrarna saknade behörighet att samtycka därtill. Mot bakgrund av detta och att omskärelse bedömdes vara en socialadekvat gärning friades mannen.

Viss osäkerhet tycks råda om vilken behörighet barnet själv har och hur en eventuell intressekonflikt mellan vårdnadshavare och barn skulle lösas. Agge anför att varje situation måste bedömas med hänsyn till det positiva intresset som motiverar åtgärden, åtgärdens ingripande natur och barnets förståndsutveckling. Detta innebär att vårdnadshavarens bestämmanderätt i stort korrelerar med barnets mentala utveckling. I takt med att barnet mentala mognad ökar måste det positiva intresset som motiverar åtgärden också bli starkare för att motivera en handling mot barnets vilja.⁹⁶ Gränsdragningen borde, upp till en viss ålder, bli svårare ju äldre barnet är.

4.3.5 Kapabel att förstå innebörden

För att ett samtycke ska anses som giltigt måste den samtyckande vara kapabel att förstå innebörden av samtycket.⁹⁷ Ett samtycke har följaktligen inte ansvarsbefriande verkan om den samtyckande inte har en sådan mognadsgrad eller bedömningsförmåga att han eller hon har möjlighet att förstå omfattningen av handlingen och värdera dess betydelse och konsekvenser. Förekomsten av en sådan rationell handlingsförmåga kan i vissa fall vara svårbedömd. I fängelsestraffkommitténs slutbetänkande framhålls det att det inte finns något krav på civilrättslig handlingsförmåga hos den samtyckande. Berusning, låg ålder eller psykisk sjukdom utesluter inte att personen i vissa lägen kan göra en rationell bedömning i det enskilda fallet. På samma sätt som en psykiskt sjuk person kan samtycka till läkarvård av inte allt för allvarligt slag borde, verkar kommittén hävda, en underårig kunna samtycka till misshandel vid t.ex. en boxningsmatch.⁹⁸ Några generella riktlinjer avseende ålder eller övriga omständigheter, t.ex. berusning eller psykisk störning, som kan ogiltiggöra en rättshandling

⁹⁴ Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie*, s. 294 f.

⁹⁵ NJA 1997 s. 636, s. 643.

⁹⁶ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 414 f.

⁹⁷ Prop. 1993/94:130, s. 39.

⁹⁸ SOU 1988:7, s. 105.

finns emellertid inte i svensk rätt.⁹⁹ Holmqvist m.fl. framhåller dock att det måste ställas högre krav på den samtyckandes mognad när gärningen är allvarlig.¹⁰⁰

Även om vägledningen i praxis är begränsad finns det några avgöranden av intresse. I NJA 1974 s. 614 diskuterades målsägandens *ålder*. En man hade i berusat tillstånd bortrövat en femårig flicka från en lekplats till sitt hem. Mannen hade dagen därpå, vid tillnyktrat tillstånd, återfört flickan. Mannen bestred ansvar eftersom han menade att flickan frivilligt, utan tvång eller övertalning, följt med honom hem. Tingsrätten fann det visserligen utrett att flickan följt med mannen frivilligt men dömde honom ändå för olaga frihetsberövande.¹⁰¹ Dahlström m.fl. menar att domen, inte bara kan läggas till grund för att en femåring inte kan anses samtycka till olaga frihetsberövande, utan också vidare kan läggas till grund för att anse att så unga barn som huvudregel inte kan lämna samtycke till att utsättas för någon form av brott.¹⁰² Detta ska jämföras med NJA 1993 s. 553¹⁰³ där två femtonåriga killar hamnat i slagsmål med varandra. HD konstaterade att ansvar för ofredande eller misshandel inte kunde komma ifråga eftersom det förelegat ett ömsesidigt samtycke. HD:s avgörande innebär bl.a. att en femtonåring i vissa fall kan vara kapabel att förstå innebörden av ett lämnat samtycke.

Målsägandens *berusning* behandlades i NJA 2004 s. 176 som rörde åtal för försök till grov misshandel alternativt framkallande av fara för annan.¹⁰⁴ Målsäganden hade flera gånger i berusat tillstånd samtyckt till att ha oskyddat samlag med en HIV-smittad man. HD konstaterade initialt att det är en förutsättning att den samtyckande är kapabel att förstå innebörden av samtycket för att det ska vara giltigt och att det därför inte är säkert att ett samtycke som lämnas av en berusad person har ansvarsbefriande verkan. HD fann dock att den utredning som hade förebringats inte gav underlag till att anse att målsäganden inte hade förstått innebörden av sitt samtycke.

I RH 2009:47 som rörde åtal för misshandel diskuteras målsägandens *psykiska tillstånd*. En ung kvinna hade skurit en annan ung kvinna med en glasbit i underarmen. Den tilltalade vitsordade de faktiska omständigheterna men invände att målsäganden gett sitt samtycke till handlingen. Hovrätten konstaterade att ett samtycke visserligen hade lämnats men att målsäganden vid det aktuella tillfället var i kraftig psykisk obalans till följd av sprit- och tablettmissbruk. Hovrätten konstaterade vidare att samtycket hade givits under alldeles speciella förhållanden och i ett annat sinnes-tillstånd än målsägandens normala. Samtycket saknade således ansvarsbefriande verkan. Intressant att notera är dock att hovrätten primärt fokuserade på vad den tilltalade insett och inte på målsägandens möjlighet att ge samtycke.

4.3.6 Frivilligt

Ett samtycke ska avlämnas frivilligt.¹⁰⁵ Frivilligheten innebär att ett samtycke som lämnas under starkare eller svagare fysiskt eller psykiskt tvång inte anses som giltigt. Det saknar egentlig betydelse om det är motpart eller tredje man som har utövat tvånget.¹⁰⁶ I rättsfallet NJA 1899 s. 106 hade en soldat ertappats med att olovligen

⁹⁹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 252.

¹⁰⁰ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.), brotten mot allmänheten och staten m.m.*, s. 24:61.

¹⁰¹ Frågan i hovrätt och HD var om mannen skulle stanna kvar i häkte, varför primärt tingsrättens domskäl är av intresse för uppsatsens vidkommande.

¹⁰² Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 79.

¹⁰³ Se mer utförligt nedan, kap. 6.2.1.

¹⁰⁴ Se mer utförligt nedan, kap. 4.4.4.

¹⁰⁵ Prop. 1993/94:130, s. 39.

¹⁰⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 252.

bruka ett fordon. Soldaten fick av överordnad välja mellan att händelsen anmäldes eller att utstå prygel, varvid soldaten valde det senare. Officeren dömdes av HD för misshandel p.g.a. att soldaten samtycke inte ansågs vara frivilligt. Ett annat fall där frågan aktualiserades var NJA 1942 s. 3 där gärningsmannen dömdes för våldtäkt. Den våldtagna kvinnan hade visserligen lämnat sitt samtycke till samlag, men samtycket ansågs inte vara frivilligt då det lämnats av fruktan för att utsättas för mer våld och av utmattning efter långvarigt motstånd.

4.3.7 Insikt om relevanta förhållanden

4.3.7.1 Villfarelse eller okunnighet

Ett samtycke ska vara lämnat under *full insikt om relevanta förhållanden*.¹⁰⁷ Saknas en sådan insikt ska, under förutsättning att samtycke inte hade lämnats om personen haft kännedom om det riktiga förhållandet, samtycket inte tillerkännas ansvarsbefriande verkan. I likhet med kravet på frivillighet saknar det betydelse vem eller vad som orsakat villfarelsen.¹⁰⁸ Insiktskravet tar sikte på samtliga relevanta förhållanden, t.ex. vilken risk den samtyckande utsätter sig för. Om gärningsmannen utgår från andra förutsättningar avseende riskens storlek än den samtyckande blir samtycket utan verkan eftersom detta då är lämnat under oriktiga förutsättningar och utan insikt om relevanta förhållanden.¹⁰⁹ Rättsfallet SvJT 1969 rf s. 20 exemplifierar detta. Där hade en man injicerat läkemedel i två flickor för att dessa skulle få en behaglig kick. På en av flickorna medförde injektionen dock också svullnad, feber, värk samt ömhet. Hovrätten fann att flickan visserligen hade samtyckt till injektionerna men att detta inte befriade mannen från straffrättsligt ansvar eftersom flickan inte förstod att injektionen var förenad med risk.

4.3.7.2 Samtycke till risk

Villfarelse eller okunnighet om riskens förekomst eller omfattning måste skiljas från situationen att den samtyckande är medveten om risken men inte räknar med att den ska förverkligas. Skillnaden mellan samtycke som grund för ansvarsfrihet vid uppsåtliga respektive oaktsamma brott blir här tydlig. Vid uppsåtliga brott som exempelvis misshandel är konsekvenserna i regel klara för båda parter innan gärningens företagande. Ett ansvarsbefriande samtycke innebär i dessa fall ett godtagande av en förväntad effekt – ett slag, ett nålstick etc. Vid oaktsamma brott är läget emellertid något annorlunda då effektens inträde många gånger är osannolik och svår att förutse.¹¹⁰ Ett samtycke innebär i dessa fall acceptering av en risk. Som exempel kan nämnas att åka med i en bil som körs av en berusad förare eller att med kännedom om smittorisken ha oskyddat samlag med en HIV-smittad person.¹¹¹ Om den samtyckande personen i dessa fall skulle skadas p.g.a. oaktsamhet av den andre personen (bilföraren eller den HIV-smittade personen) uppkommer frågan om vilken betydelse samtycket har för ansvarsfrågan. Anses den samtyckande haft insikt om relevanta förhål-

¹⁰⁷ Prop. 1993/94:130, s. 39.

¹⁰⁸ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 252.

¹⁰⁹ SOU 1988:7, s. 102.

¹¹⁰ Här åsyftas främst vållande till annans död (3 kap. 7 § BrB) och vållande till kroppsskada eller sjukdom (3 kap. 8 § BrB).

¹¹¹ Se Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 81 för exemplen.

landen om konsekvenserna inte är klara? Innebär ett samtycke att utsättas för viss risk också att denna risk kan förverkligas?¹¹²

Den dominerande uppfattningen i doktrinen är att ett samtycke till risk inte omfattar riskens förverkligande. Som Asp m.fl. uttrycker det; ”[a]tt godta en risk eller fara för skada är inte detsamma som att godta en skada. Samtycke enbart till att någon gör ett otillåtet risktagande i viss riktning innebär alltså inte automatiskt ett samtycke till orsakande av en plausibel följd därav”.¹¹³ Agge anser också att samtycke till att utsättas för viss risk inte ska anses innefatta den effekt som kan följa därpå. Denna huvudregel är dock enligt honom inte utan undantag då det i vissa fall kan föreligga omständigheter som talar för att handlingens skadliga följder omfattas av ett tyst eller inre samtycke. Detta är t.ex. fallet vid utövning av vissa sporter. Vilka övriga omständigheter eller situationer som avses preciseras däremot inte.¹¹⁴ Strahl anför att den omständigheten ”[a]tt någon samtyckt till att utsätta sig för vad som för honom ter sig allenast som en risk torde i själva verket ganska sällan kunna tolkas såsom ett samtycke till riskens förverkligande.” För att återkoppla till tidigare exempel menar Strahl att den som frivilligt följer med en berusad förare i dennes bil därmed inte har samtyckt till att utsättas för kroppsskada vid en eventuell krock. Rattfylleristen undgår inte ansvar för vållande av kroppsskada om den samtyckande skadas eftersom samtycket inte anses omfatta riskens förverkligande.¹¹⁵ Dahlström m.fl. tycks också omfatta denna ståndpunkt, i vart fall avseende risk för allvarlig skada, då de anför: ”[a]tt samtycka till att utsätta sig för en risk eller fara innebär, som huvudregel, inte ett samtycke till att risken eller faran förverkligas”.¹¹⁶

Denna uppfattning står dock prima facie i strid med uttalanden i SOU 1953:14 och prop. 1993/94:130. I de förra framhålls att: ”[h]ar någon samtyckt till att bli utsatt för fara av visst slag, får han i regel anses ha lämnat sitt samtycke även till att faran förverkligas på det sätt som är typiskt för faresituationer av det slag varom är fråga”.¹¹⁷ Enligt de senare motiven måste dock också den inträffade skadans omfattning tillmätas relevans. Om skadan är allvarlig talar mycket för att samtycke till att utsätta sig för fara inte ska anses omfatta även riskens förverkligande.¹¹⁸ Dessa uttalanden får stöd av Holmqvist m.fl. Samtycke till risk omfattar i regel riskens förverkligande om sannolikheten för detta är så stor att den samtyckande måste ha räknat med det.¹¹⁹

Mot bakgrund av denna diskrepans i juridiskt relevant material får det konstateras att rättsläget klarhet inte är helt tillfredsställande. Det troliga är dock, då förarbeten har företrädare framför doktrin, att ett samtycke till att bli utsatt för viss risk i många fall anses omfatta också samtycke till att riskens förverkligas på ett typiskt sätt. Denna presumtion bör dock inte tillämpas vid de allvarligare brotten. Var gränsen går är något oklart.

¹¹² Det förekommer såklart att samtycke till risk också uttryckligen avser att omfatta skadans eventuella förverkligande. Detta torde dock inte vara det normala.

¹¹³ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 250.

¹¹⁴ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 395 f.

¹¹⁵ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 380.

¹¹⁶ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 81.

¹¹⁷ SOU 1953:14, s. 148.

¹¹⁸ Prop. 1993/94:130, s. 73.

¹¹⁹ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.), brotten mot allmänheten och staten m.m.*, s. 24:63.

4.3.8 Allvarligt menat

Ett lämnat samtycke måste slutligen vara allvarligt menat.¹²⁰ Det innebär att ett samtycke inte har ansvarsbefriande verkan vid bl.a. skämt eller som replik i teaterpjäs.¹²¹ Omständigheterna kan emellertid vara sådana att någon missuppfattar ett icke allvarligt menat samtycke som just allvarligt menat och handlar därefter. Uppsåtsrekvisitet är därmed inte uppfyllt och trots att det saknas ett giltigt samtycke kan denne gå fri med hänvisning till reglerna om putativt samtycke.¹²²

4.4 Nivå 2 – Försvarlighetsbedömningen

Förutsatt att ett giltigt samtycke föreligger krävs för ansvarsfrihet enligt 24 kap. 7 § BrB också att gärningen ”med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter” inte är oförsvarlig. Som ovan antytt måste försvarlighetsbedömningen förstås som uttryck för en etisk intresseavvägning. På en grundläggande nivå handlar det om en intressekonflikt mellan individens självbestämmanderätt och samhällets vilja att på straffrättslig väg stävja etiskt oförsvarbara gärningar.¹²³ Som Agge anför finner denna i viss mån paternalistiska hållning sin normativa grund huvudsakligen i västerländska sociala värderingar rörande respekten för människolivet.¹²⁴

Enligt lagtexten ska gärningens försvarlighet bedömas in casu utifrån (1) den skada eller kränkning den medför, (2) dess syfte och (3) övriga omständigheter. Om man bortser från det svårpreciserade rekvisitet övriga omständigheter så kan försvarlighetsbedömningen anses bestå i två kriterium, dels ett *proportionalitets*kriterium och dels ett *ändamåls*kriterium. Skadans art och gärningens syfte utgör således centrala bedömningsgrunder.

4.4.1 Uppsåttligt dödande

Varje person har som utgångspunkt full rådighet över sitt eget liv och sin egen kropp varför t.ex. försök till självmord och självstymning inte är kriminaliserade gärningar i svensk rätt.¹²⁵ På samma sätt är medhjälp till självmord eller självstymning inte kriminaliserade. Vid berövande av annans liv, trots dennes samtycke, är rättsläget däremot annorlunda. Samtycke kan nämligen aldrig ensamt utesluta ansvar i sådana situationer, s.k. aktiv dödshjälp eller eutanasi.¹²⁶ Detta slog HD fast i NJA 1979 s. 802. I detta, det s.k. dödshjälps- eller Hedebymålet, stod en kvinnlig journalist åtalad för att ha hjälpt en allvarligt handikappad och sjuk man att dö genom att stoppa tabletter i mannens mun och därefter injicera insulin i hans armveck. HD anförde att det faktum att kvinnan hade handlat i enlighet med mannens vilja inte frantog henne ansvar. Hon dömdes således för dråp. Det är mot bakgrund av detta klart att sam-

¹²⁰ Prop. 1993/94:130, s. 39.

¹²¹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 252.

¹²² Se nedan kap. 4.5.1.

¹²³ SOU 1988:7, s. 122.

¹²⁴ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 379.

¹²⁵ Att självmord och självstymning inte är straffbelagda gärningar framgår direkt av lagen. I 3 kap. 1 § BrB talas det att beröva ”annan” livet och i 3 kap. 5 § BrB om att tillfoga ”annan” kroppsskada, sjukdom etc.

¹²⁶ Se t.ex. prop. 1993/94:130, s. 43, Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.)*, brotten mot allmänheten och staten m.m., s. 24:64, Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 255, Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 79, Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 379 och Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 378.

tycke saknar betydelse vid mord (3 kap. 1 § BrB), dråp (3 kap. 2 § BrB), barnadråp (3 kap. 3 § BrB) och motsvarande arbetsmiljöbrott (3 kap. 10 § BrB).

Frågan om inte samtycke undantagsvis bör kunna ha ansvarsbefriande verkan har emellertid aktualiserats ett antal gånger under åren. Fängelsestraffkommittén föreslog i sitt slutbetänkande SOU 1988:7 att samtyckesbestämmelsen också skulle omfatta dödande. Undantagsbestämmelsen skulle endast nyttjas i exceptionella fall där det vore uppenbart stötande för rättskänslan att döma en person till ansvar som endast agerat på uppmaning av offret. En annan ordning skulle enligt fängelsestraffkommittén vara orimlig.¹²⁷ Förslaget kom dock att bli kraftigt kritiserat varför regeringen avsåg detta och istället fastslog att samtycke till dödande ”inte i något fall bör leda till frihet från ansvar”.¹²⁸

Även om samtycke inte har ansvarsbefriande verkan vid dödande i svensk rätt saknar det inte betydelse. Vid framförallt barmhärtighetsdödande av svårt sjuk person och misslyckat utvidgat självmord reduceras straffvärdet. Med misslyckat utvidgat självmord menas situationen där två personer kommer överens om att begå självmord genom att den ena först ska ta den andres liv, eventuellt med dennes hjälp, för att sedan själv ta sitt liv, varvid någon misslyckas. En variant är att båda samtidigt försöker ta sina liv varav den ena misslyckas.¹²⁹ Den kvinnliga journalisten i döds-hjälpsmålet ovan friades på motsvarande sätt inte från ansvar men påföljden reducerades kraftigt med stöd av dåvarande 33 kap. 4 § 2 st. BrB (jfr nuvarande 29 kap. 3 § BrB).

Eftersom samtycke saknar ansvarsbefriande verkan vid uppsåtligt dödande av annan kan gränsdragningssvårigheter uppstå mot *medhjälp till självmord*. Eftersom självmord inte är straffbart är nämligen inte heller medhjälp till sådant ansvarsgrundande. I dödshjälps- eller Hedebymålet hade den sjuke mannen själv svält tabletterna medan kvinnan utfört insulininjektionen. HD anförde att gärningsförloppet präglades av ett sådant mått av självständigt handlande att kvinnans gärning var att bedöma som gärningsmannaskap. I ett liknande fall, RH 1996:69, stod en kvinna åtalad för dråp av sin dotter som led av Huntingtons sjukdom. Kvinnan hade under ett antal timmar fört in medicin och andra tabletter i dotterns mun som dottern själv hade svält. Hovrätten konstaterade att det inte förebragts någon utredning som visat att kvinnans handlande varit tillräckligt för dotterns död och att kvinnan således endast möjliggjort för denna. Åtalet lämnades därför utan bifall då det var tal om medhjälp till självmord och inte om gärningsmannaskap. Tingsrätten försökte sammanfatta gränsdragningen i gällande rätt på följande sätt:

”Enligt tingsrättens mening innebär gällande rätt, att den som bispringer en person som önskar begå självmord måste utföra ett aktivt och självständigt handlande för att hans medverkan skall anses utgöra ett gärningsmannaskap. Om man endast ställer dödande medel till den sjukas förfogande eller på annat sätt bereder denne möjlighet att själv vidta den åtgärd som leder till döden föreligger inte gärningsmannaskap. För att detta skall vara fallet krävs således också att den medverkande även vidtar en aktiv självständig och avgörande åtgärd.”

Asp m.fl. framhåller att medhjälp till självmord kan utgöra dödande såsom gärningsman om en person medvetet hjälper en annan att begå självmord och det framstår som att båda gemensamt berövar den ena livet. Gränsen är emellertid ofta subtil.¹³⁰

¹²⁷ SOU 1988:7, s. 123 f.

¹²⁸ Prop. 1993/94:130, s. 43.

¹²⁹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 255 f.

¹³⁰ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 487 f.

4.4.2 Misshandel

Enligt 3 kap. 5 § BrB ska den som tillfogar annan ”kroppsskada, sjukdom eller smärta eller försätter honom eller henne i vanmakt eller något annat sådant tillstånd” dömas för misshandel. Med kroppsskada avses bl.a. sår, svullnader och benbrott men också funktionsrubbningsar av olika slag, t.ex. förlamning eller syn- och hörselskador. Sjukdom innebär både psykisk och fysisk sjukdom och med smärta avses ett handlande som inneburit ett fysiskt lidande som inte är allt för obetydligt i intensitet och varaktighet.¹³¹

När det gäller misshandelsbrotten är försvarlighetsbedömningen inte lika enkel som vid dödande. Eftersom misshandel i vid mening omfattar allt från övergående smärta och ringa kroppsskada till mycket allvarliga och livshotande skador kan svåriligen alla grader av misshandelsbrott bedömas på samma sätt. Det är också tydligt med beaktande av att t.ex. transplantation, sterilisering, kastrering, abort etc. har ansetts behöva lagregleras att vissa typer av misshandel är tillåtna men inte andra. Dessa ingrepp skulle, samtycke förutom, klassas som grov misshandel.¹³² Vad närmare gäller denna gränsdragning finns det tyvärr få vägledande avgöranden på senare tid varför det initialt kan vara relevant att kort belysa vad som i ett modernt historiskt perspektiv har ansetts vara gällande rätt.

Före BrB:s tillkomst var det huvudsakligen gärningens effekt, d.v.s. skadans art, som var av betydelse för samtyckets ansvarsbefriande verkan. I gamla strafflagen graderades misshandel utifrån ringa kroppsskada (14 kap. 13 § SL), medelsvår kroppsskada (14 kap. 12 § SL) och svår kroppsskada (14 kap. 10 § SL). Gränsen för samtyckets verkan ansågs gå mellan ringa och medelsvår kroppsskada. Samtycke till orsakande av smärta eller ringa kroppsskada som avsågs i 14 kap. 13 § SL ansågs således falla utanför det straffbara området medan det motsatta gällde vid orsakande av medelsvår eller svår skada. Samtyckets gräns baserades följaktligen uteslutande på skadans allvarlighet.¹³³ Till ringa kroppsskada hänfördes i praxis bl.a. käppslag (NJA 1899 s. 106), slag medförande hjärnskakning (NJA 1947 s. 328) och slag medförande tandlossning och efterföljande varinflammation (NJA 1921 s. 387).

I och med BrB:s tillkomst förändrades indelningen av misshandelsbrotten. Tidigare hade skadans art ensamt varit avgörande för indelningen, men i och med BrB:s tillkomst kom samtliga omständigheter vid brottet in casu att beaktas. Eftersom brottsindelningen i BrB baserades, och alltså baseras, på andra omständigheter än i SL är äldre praxis inte direkt överförbar.¹³⁴ Med ett sådant synsätt skulle samtycke kunna ha ansvarsbefriande verkan så länge själva skadan är ringa oberoende av om misshandeln på grund av övriga omständigheter ska betraktas som ringa brott, av normalgrad eller grovt brott.¹³⁵ Fängelsestraffkommittén framhöll dock att lagstiftaren förmodligen inte hade till avsikt att förändra rättsläget varför skadans art fortfarande borde kunna tas som utgångspunkt vid försvarlighetsbedömningen.¹³⁶ Även Asp m.fl. anser att särskild vikt bör läggas vid skadans art eller beskaffenhet då det är önskvärt med någorlunda klara gränser avseende samtyckets verkan. Omständigheter

¹³¹ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 3:28.

¹³² För att inte tala om det ofödda barnet som dödas med hänvisning till moderns samtycke vid abort. Detta är dock inte straffbart i svensk rätt.

¹³³ SOU 1988:7, s. 100.

¹³⁴ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 378 f.

¹³⁵ Utrymmet för att bedöma en ringa kroppsskada som grov misshandel torde dock vara nästan obefintligt, se 3 kap. 6 § BrB.

¹³⁶ SOU 1988:7, s. 100.

som fara för ytterligare skada, gärningsmannens syfte och gärningens sociala värde måste dock också beaktas.¹³⁷

I syfte att närmare åskådliggöra samtyckets ansvarsbefriande verkan vid misshandelsbrotten kommer jag i det följande att behandla detta i relation till ringa, normalgrad och grov misshandel.¹³⁸ Syftet är att belysa dels vilka gärningar som faller in under aktuell brottsbeskrivning och dels hur försvarlighetsbedömningen ser ut avseende sådana handlingar. Eftersom försvarlighetsbedömningen av olika anledningar ser annorlunda ut när kroppsskada uppstått i samband med hälso- och sjukvård samt idrott och lek kommer dessa områden att behandlas separat.¹³⁹

4.4.2.1 Ringa misshandel

Gränsdragningen mellan ringa misshandel och normalgraden av misshandel är generellt svår att dra eftersom samtliga omständigheter vid brottet in casu ska beaktas vid bedömningen. Skadans art torde trots detta ha en stor betydelse. Följande två exempel kan vara belysande. I rättsfallet NJA 1996 s. 782 fann HD en man skyldig till ringa misshandel då denne med knytnäven slagit en annan man i ansiktet. Slaget orsakade ett tre centimeter långt sår och svullnad kring såret. Slaget hade dock föranletts av provokation från målsägandens sida. I ett annat fall, NJA 2003 s. 537, hade en kvinna i uppfostringsyfte agat sin son genom att slå pojken på lår och stjärt med en lång stekspade. Genom gärningen som bedömdes som ringa misshandel åsamkades pojken smärta, blåmärken och rodnad.

Vad gäller samtyckets verkan vid ringa misshandel är rättsläget relativt klart. Enligt motiven till 24 kap. 7 § BrB bör gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan vid uppsåtligt tillfogande av kroppsskada dras på i princip samma sätt som gränsen mellan ringa misshandel och normalgraden av misshandel.¹⁴⁰ Uttalandet innebär att ansvarsfrihet inträder om misshandeln, samtycket förutom, skulle bedömas som ringa, och detta gäller sannolikt oberoende av gärningens syfte. Utrymmet för att inte tillerkänna samtycke ansvarsbefriande verkan i dessa fall torde mot denna bakgrund vara mycket litet.

4.4.2.2 Misshandel av normalgraden

Enligt de ovan anförda motiven sammanfaller som huvudregel gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan med gränsen för ringa och normalgraden av misshandel. Detta innebär att samtycke som utgångspunkt saknar relevans vid normalgraden av misshandel. I motiven framhålls det emellertid att:

”[E]n absolut gränsdragning är svår att göra och att utrymme bör ges till domstolarna att i vissa fall gå längre än till övre gränsen för ringa misshandel. Fall kan finnas där gärningen i och för sig är att bedöma som normalgraden av brottet men omständigheterna ändå är sådana att ett samtycke bör medföra ansvarsfrihet.”¹⁴¹

¹³⁷ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 256.

¹³⁸ Som ovan berört är utgångspunkten för försvarlighetsbedömningen skadans art, något som också ligger i linje med äldre praxis. Det hade således varit en möjlighet att disponera framställningen utifrån detta. Jag har dock valt att disponera framställningen utifrån BrB:s och förarbetenas systematik, jfr prop. 1993/94:130, s. 37 ff.

¹³⁹ Se nedan kap. 5.

¹⁴⁰ Prop. 1993/94:130, s. 42 f.

¹⁴¹ Prop. 1993/94:130, s. 43.

Vilka fall som avses och vilka omständigheter som i det sammanhanget ska föreligga preciseras däremot inte.¹⁴² Av primär betydelse för bedömningen torde dock återigen skadans art och också gärningens syfte vara. Det finns anledning att separera försvarlighetsbedömningen utifrån vilken effekt gärningen har haft.

När det gäller misshandel av normalgraden där skadan består i *ringa kroppsskada eller sjukdom* (jfr 14 kap. 13 § SL) menar Asp m.fl. att åtgärdens syfte bör ha underordnad betydelse eftersom det torde finnas ett starkt behov av en relativ enkel regel i dessa situationer. Även om gärningen inte ligger i linje med rådande etiska uppfattningar – sadism nämns som exempel i Fängelsestraffkommitténs slutbetänkande¹⁴³ – tycks det rimligt att samtycke utesluter ansvar oberoende om misshandeln i övrigt klassificeras som ringa eller normalgraden av misshandel.¹⁴⁴ Detta tycks ligga i linje med HD:s ställningstagande i NJA 1993 s. 553 där den åtalade friades då målsäganden endast tillfogats smärta och ringare övergående skador.¹⁴⁵ Hur väl denna uppfattning korrelerar med lagtextens lydelse är dock oklart. 24 kap. 7 § BrB skulle kunna tolkas som att det alltid är fråga om en helhetsbedömning av skada, kränkning, fara, syfte och övriga omständigheter.

När det däremot gäller misshandel av normalgraden där skadan består i *icke-ringa kroppsskada eller sjukdom* (jfr 14 kap. 12 § SL) är rättsläget mer oklart och samtyckets relevans är som mest svårbedömd vid dessa fall. Det som torde vara avgörande för om gärningen kan anses vara ansvarsfri med hänvisning till samtycke är huruvida *gärningens syfte* kan anses godtagbart.¹⁴⁶ I motiven anförs det att "[i] de fall syftet med handlingen är godtagbart kan samtycke således verka ansvarsbefriande även beträffande allvarligare skador än sådana som föll under bestämmelsen i 14 kap. 13 § strafflagen".¹⁴⁷ Strahl anför i linje med detta att utrymmet för samtyckets ansvarsbefriande verkan måste vara större om gärningens ändamål är lovvärt.¹⁴⁸

Vad som ska betraktas som godtagbart syfte är inte helt klart då det är svårt att finna exempel i praxis där samtycke friar från ansvar vid icke-ringa kroppsskada eller sjukdom. Strahl anför som exempel att en injektion som sker i *vetenskapligt syfte*, till skillnad från berusningssyfte som i SvJT 1969 rf s. 20, kan vara godtagbar.¹⁴⁹ Också gärningar på *idrottens område* och inom *hälso- och sjukvården* anses ha godtagbara syften.¹⁵⁰ Enligt Agge måste denna bedömning ta sikte på gärningstypen in abstracto. Med detta avses det generella syftet baserat på yttre kriterier och inte det subjektiva syftet med en gärning.¹⁵¹ Denna uppfattning motsägs emellertid av Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i det s.k. BDSM-målet.¹⁵² Omständigheterna såg i korthet ut enligt följande: En 32-årig man hade stämt träff med en 16-årig tjej som han träffat på internet i syfte att utöva våldsex (s.k. BDSM). De träffades i mannens hem under en helg. Under helgen fick tjejen utstå slag och annat våld som resulterade i smärta, blånader och sårskador på rumpa, lår och underliv. Hovrätten bedömde smärtan och kroppsskadorna som "förhållandevis lindriga och av övergående natur". Eftersom tjejen ansågs ha samtyckt till våldet ogillade hovrätten åtalet för misshandel. Avgörande för bedömningen var enligt hovrätten att den tilltalade "avsett att

¹⁴² Prop. 1993/94:130, s. 42 f.

¹⁴³ SOU 1988:7, s. 101.

¹⁴⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 256 f.

¹⁴⁵ Se för mer utförlig beskrivning nedan i kap. 6.2.1.

¹⁴⁶ Prop. 1993/94:130, s. 38.

¹⁴⁷ SOU 1988:7, s. 122.

¹⁴⁸ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 379.

¹⁴⁹ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 379.

¹⁵⁰ Se nedan kap. 5.

¹⁵¹ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 390.

¹⁵² Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i mål B 2802-10, meddelad 2011-09-21.

tillgodose [målsägandens] egna önskemål”. Syftet relaterades därmed inte till gärningstypen in abstracto utan till individens subjektiva vilja i mer snäv bemärkelse.

Ett annat avgörande där syftet med gärningen också var centralt för bedömningen är det s.k. omskärelemålet, NJA 1997 s. 636.¹⁵³ Även om målet huvudsakligen behandlade social adekvans var föräldrarnas samtycke en grundläggande förutsättning för att omskärelsen inte ledde till ansvar. HD anförde bl.a. att omskärelse motiveras av religiösa skäl och att sådan har förekommit länge i Sverige. Enligt Schiratzki motiverade HD den frikännande domen med en slags normalitetsbedömning – omskärelse är vanligt förekommande bland judar och muslimer i Sverige.¹⁵⁴

Slutligen bör väsentligt vikt enligt Asp m.fl. också läggas på hur sannolikt det är att den samtyckande ångrar sig.¹⁵⁵ Detta måste tolkas som att området för samtyckets ansvarsbefriande verkan ska minskas om det finns större risk att den samtyckande ångrar sig.

4.4.2.3 Grov och synnerligen grov misshandel

Grov och synnerligen grov misshandel regleras i 3 kap. 6 § BrB. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det enligt lagtexten ”särskilt beaktas om gärningen var livsfarlig eller om gärningsmannen har tillfogat en svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet”. Vid bedömningen av om brottet är synnerligen grovt ska det ”särskilt beaktas om kroppsskadan är bestående eller om gärningen har orsakat synnerligt lidande eller om gärningsmannen har visat synnerlig hänsynslöshet”. Som tidigare anförts ska samtliga omständigheter vid gärningen beaktas. Ett exempel på grov misshandel är rättsfallet NJA 1981 s. 967 där gärningsmannen utdelade flera slag med en yxa mot målsäganden, vissa av dem utdelades när målsäganden satt på knä eller låg ner. Gärningen ansågs vara livsfarlig trots att skadorna hade blivit förhållandevis små. Andra exempel på grov misshandel som anförts i doktrin är misshandel med användande av gift, misshandel vid gatüverfall, att sparka på den som redan ligger och att vårdnadshavare tillfogar barn skada genom att uppsåtligen underlåta att skaffa barnet adekvat läkarvård.¹⁵⁶

Vad gäller försvarlighetsbedömningen är huvudregeln stark; samtycke leder inte till ansvarsfrihet vid grov misshandel.¹⁵⁷ Huvudregeln måste vara än starkare vid synnerlig grov misshandel. Bortsett från vid vissa medicinska ingrepp och möjligtvis vissa kampsporter torde gärningens syfte vara närmast irrelevant i dessa fall. Asp m.fl. framhåller dock att samtycke möjligtvis kan föranleda att en grov misshandel istället rubriceras som misshandel av normalgraden.¹⁵⁸

4.4.2.4 Sammanfattande riktlinjer

Enligt svensk rätt har ett giltigt samtycke i princip alltid ansvarsbefriande verkan vid ringa misshandel, men däremot inte vid normalgraden eller grov misshandel. Att gränsen går mellan ringa misshandel och misshandel av normalgraden utgör dock bara en huvudregel. Som ovan anförts finns det nämligen situationer där samtycke till

¹⁵³ Se ovan kap. 4.3.4.

¹⁵⁴ Schiratzki, *Social adekvans och barnets bästa – HD om omskärelse*, JT 1997/98, s. 494.

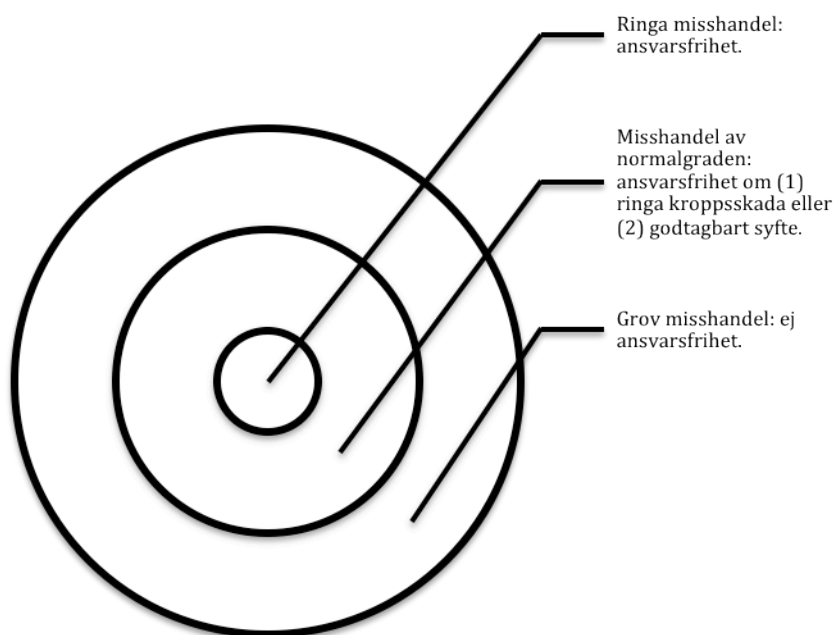
¹⁵⁵ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 257.

¹⁵⁶ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 3:39 ff. Det bör dock noteras att rubriceringen ”synnerligen grov misshandel” infördes först 2010 och att äldre praxis som funnit misshandeln vara grov numera skulle kunna finna den synnerligt grov.

¹⁵⁷ Prop. 1993/94:130, s. 38 f.

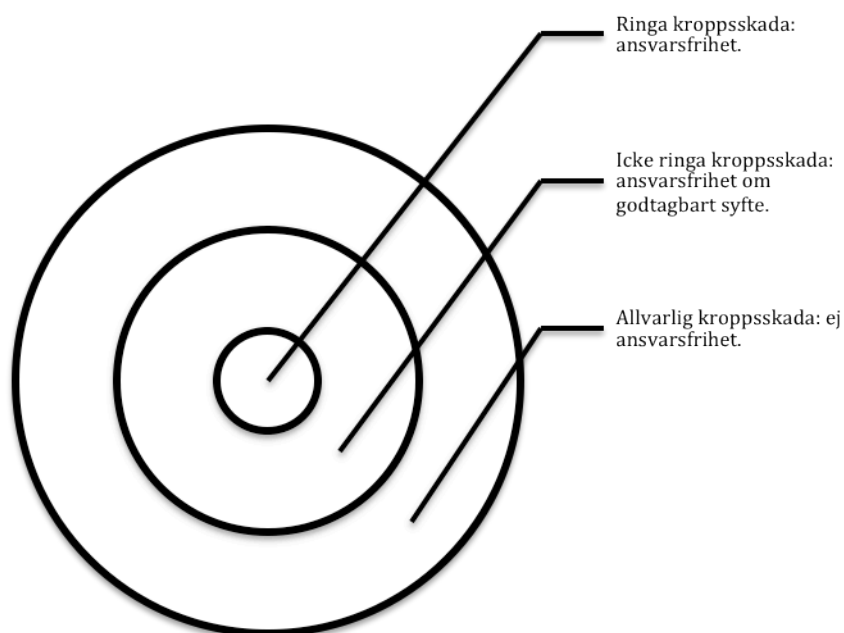
¹⁵⁸ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 256.

misshandel av normalgraden leder till ansvarsfrihet. Gränsen mellan tillåten och otillåten misshandel vid samtycke tycks således skära rakt igenom området för misshandel av normalgraden. Med största sannolikhet kan ett samtycke till misshandel av normalgraden föranleda ansvarsfrihet i två situationer. Ansvarsfrihet torde dels inträda om skadan är ringa, och dels om gärningen har ett godtagbart syfte. Gränsdragningen kan illustreras enligt följande bild.



Ett alternativt sätt att presentera rådande rättsläge och som ansluter sig till äldre systematik är att inte fästa avseende vid brottsrubriceringen utan endast vid *skadans art*. Med en sådan ansats kan man konstatera att samtycke till ringa kroppsskada nästan undantagslöst är ansvarsfritt medan det motsatta gäller för tillfogande av allvarlig kroppsskada.¹⁵⁹ Vid både ringa och allvarlig kroppsskada är syftet med gärningen närmast irrelevant. När det gäller mellanskiktet av skador har syftet däremot en avgörande betydelse. Är gärningens syfte godtagbart har samtycke ansvarsbefriande verkan.

¹⁵⁹ SOU 1988:7, s. 122.



Även om den teoretiska diskursen är relativt klar tycks bedömningen i undersökt hovrättspraxis spreta en aning.¹⁶⁰ Det är dock svårt att avgöra huruvida detta alla gånger har att göra med att gärningen anses oförsvarlig eller omständigheterna inte ger stöd för att något giltigt samtycke i relevant omfattning förelegat. Även i de fall samtycke saknar ansvarsbefriande verkan kan samtycke emellertid ha betydelse för brottets straffvärde, jfr 29 kap. 3 §§ BrB.

4.4.3 Vållande till annans död, kroppsskada eller sjukdom

Samtycke till vållandebrotten medför, som ovan anförts, svårigheter att avgöra vad intressebäraren verkligen samtyckt till.¹⁶¹ Vad däremot gäller försvarlighetsbedömningen är det i svensk rätt klart att samtycke saknar ansvarsbefriande verkan vid *vållande till annans död*, 3 kap 7 § BrB. Ett samtycke har emellertid betydelse för brottets straffvärde.¹⁶² Vid *vållande till kroppsskada eller sjukdom*, 3 kap. 8 § BrB, är rättsläget mer osäkert. Det enda som anförs i motiven är att ansvarsfrihet kan komma i fråga vid dessa situationer. Var gränserna går preciseras emellertid inte. Gränsdragningen har istället huvudsakligen skett i den juridiska doktrinen. Agge anför att samtycke till grövre culpösa integritetskränkningar – d.v.s. handling som medför svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom – saknar ansvarsbefriande verkan. Vid mindre svår kroppsskada eller sjukdom, som dock inte är att betrakta som ringa, är rättsläget däremot mer oklart enligt honom. Detta sammanfaller med rättsläget vid misshandel av normalgraden. Agge menar att gränsen bör dras på samma sätt vid vållande till kroppsskada eller sjukdom som vid motsvarande uppsåtliga gärningar. Dock är en större försiktighet påkallad. Både gärningens art och syfte har i sammanhanget en avgörande betydelse.¹⁶³ Asp m.fl. framhåller i linje med detta att samtycke har ansvarsbefriande verkan om gärningen, om den hade varit uppsåtlig, skulle klassificeras som

¹⁶⁰ Se nedan kap. 6.

¹⁶¹ Se ovan kap. 4.3.7.2.

¹⁶² Prop. 1993/94:130, s. 38.

¹⁶³ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 397 ff.

ringa misshandel.¹⁶⁴ Vad Agge menar med större försiktighet och var gränsen egentligen går är något oklart. Ämnet har behandlats förvånansvärt lite i svensk rätt.

4.4.4 Framkallande av fara för annan

Samtycke vid brottet framkallande av fara för annan (3 kap. 9 § BrB) medför som huvudregel ansvarsfrihet. Det torde emellertid inte kunna uteslutas att en gärning som utgör framkallande av fara för annan i vissa fall skulle kunna anses oförsvarlig trots förekomst av samtycke.

Till skillnad från vållandebrotten i föregående kapitel har risken vid framkallande av fara för annan per definition inte realiserats. För lagrummets tillämplighet fodras nämligen att det ska ha förelegat en konkret fara men någon effekt förutsätts inte.¹⁶⁵ Noteras bör att lagstadgandet inte tar sikte på den omständigheten att någon själv utsätter sig för fara eller att två eller flera personer gemensamt utsätter sig för fara.¹⁶⁶ Situationen är istället den att någon utsätter en annan person för fara. Enligt motiven bör samtycke vid framkallande av fara för annan medföra att gärningen inte utgör brott.¹⁶⁷ Detta är också uppfattningen i den juridiska doktrinen. Asp m.fl. menar t.ex. att det är svårt att motivera varför samtycke inte ska ha ansvarsbefriande verkan i sådana situationer.¹⁶⁸ Dahlström m.fl. framhåller att det måste vara upp till den enskilde att själv avgöra om denne vill utsätta sig för en (icke-realiserad) risk.¹⁶⁹ Detta får också stöd av NJA 2004 s. 176. En HIV-smittad man stod där åtalad för försök till grov misshandel alternativt framkallande av fara för annan då han haft oskyddat samlag med tio olika personer. Ingen av kvinnorna hade dock blivit smittad. Eftersom mannen under tiden för samlagen behandlades med bromsmedicin var smittorisken mycket liten, vilket också mannen anförde till sitt försvar. HD fann mot bakgrund av detta att mannen inte haft uppsåt till försök till grov misshandel. Däremot dömdes han för framkallande av fara för annan då han varit grovt oaktsam. En av målsägandena hade däremot, med kännedom om mannens sjukdom, samtyckt till att ha oskyddat samlag med mannen. HD fann att målsägandens samtycke hade ansvarsbefriande verkan i det aktuella fallet men konstaterade samtidigt att:

Det torde dock inte kunna uteslutas att en gärning som utgör framkallande av fara för annan i vissa fall är att bedöma som oförsvarlig trots att samtycke förelegat. 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.¹⁷⁰

Enligt HD:s uttalande kan alltså framkallande av fara för annan i vissa fall bedömas som oförsvarlig trots att samtycke förelegat. Främst torde det gälla situationer där faran för allvarliga skador är stor. Agge menar att en culpös handling som medför livsfara eller fara för allvarlig kroppsskada eller sjukdom i princip ska sakna ansvarsbefriande verkan.¹⁷¹ Detta tycks också stödjas av äldre praxis som NJA 1908 s. 209 och NJA 1934 s. 415. Om detta ger uttryck för nuvarande rättsläge efter BrB:s tillkomst är mer osäkert.

¹⁶⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 257.

¹⁶⁵ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.), brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, s. 3:59 f.

¹⁶⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 257 f.

¹⁶⁷ Prop. 1993/94:130, s. 73.

¹⁶⁸ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 257 f.

¹⁶⁹ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 81.

¹⁷⁰ NJA 2004 s. 176, s. 202.

¹⁷¹ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 397.

4.4.5 Övriga brott mot enskilda intressen

I svensk rätt är det i princip möjligt att samtycka till att bli *olaga frihetsberövad* (4 kap. 2 § BrB).¹⁷² Ett tänkbart exempel är att en student inför stundande tentamen ber en kamrat att låsa in honom i ett rum så att han inte ska kunna undgå att studera. Enligt Asp m.fl. ska ett kortvarigt frihetsberövande som företas med samtycke vara ansvarsfritt även om det saknar ett vettigt syfte.¹⁷³

Också vid *ärekränkning* har samtycke ansvarsbefriande verkan. Ansvar för förtal och förolämpning (5 kap. 1-2 §§ BrB) inträder inte om intressen bäraren samtyckt till spridning av nedsättande uppgifter om honom på så sätt som skett.¹⁷⁴ Undantag görs för vissa fall av förtal av avliden (5 kap. 4 § BrB) eftersom det då inte finns någon som kan lämna sitt samtycke.¹⁷⁵

4.5 Den subjektiva sidan

4.5.1 Putativt samtycke

Enligt täckningsprincipen måste alla objektiva rekvisit vara subjektivt täckta.¹⁷⁶ Täckningsprincipen kräver följaktligen att den handlandes uppfattning av händelseförloppet står i överensstämmelse med verkligheten. Vid villfarelse om en omständighet uppstår diskrepans mellan dessa två sidor. Ett exempel på detta är att gärningsmannen felaktigt tror att någon har lämnat samtycke och därför tillfogar denne kroppsskada på något sätt. Sådana situationer kallas putativsituationer och är som utgångspunkt straffrättsligt relevanta. Detta gäller dock bara under förutsättning att gärningen skulle vara rättsenlig om förhållandena var sådana som gärningsmannen felaktigt trodde.¹⁷⁷

Vad gäller ansvarsfrihetsgrunden samtycke föreligger en putativsituation om gärningsmannen felaktigt tror att intressen bäraren samtyckt till viss integritetskränkning. Ett exempel på detta är Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 3462-10. En medlem i Hells Angels hade blivit utesluten ur organisationen och enligt klubbens stadgar har endast medlemmar rätt att bära organisationens tatuering, en s.k. AFFA-tatuering (Angels Forever, Forever Angels). Den uteslutna mannen var väl införstådd med detta – han själv hade avlägsnat en annan medlems tatuering med vinkelslip vid ett tidigare tillfälle. I samband med uteslutningen tatuades därför mannens tatuering över med orden ”OUT”. Tatueringen som skedde på plats i Hells Angels lokaler varade endast några minuter. Tingsrätten dömde tatueringen för misshandel. Hovrätten konstaterade dock att målsäganden inte protesterat och att det såvitt gärningsmannen ”i vart fall förelegat ett putativt samtycke till tatueringen”.¹⁷⁸

Även om putativt samtycke skulle medföra ansvarsfrihet för uppsåttligt brott kan gärningsmannen fortfarande dömas för eventuellt oaktsamhetsbrott. Avgörande är om den handlandes missuppfattning kan uppfattas som oaktsam eller inte.¹⁷⁹ Avse-

¹⁷² SOU 1988:7, s. 103.

¹⁷³ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 258.

¹⁷⁴ SOU 1988:7, s. 103.

¹⁷⁵ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 258.

¹⁷⁶ Se ovan kap. 2.4.

¹⁷⁷ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 374.

¹⁷⁸ Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 3462-10, meddelad 2011-01-05.

¹⁷⁹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 375.

ende putativt samtycke torde det huvudsakligen handla om att ansvar för vållande till kroppsskada (3 kap. 8 § BrB) aktualiseras istället för misshandel (3 kap. 5 § BrB).

Putativt samtycke ska inte sammanblandas med hypotetiskt samtycke. Vid ett putativt samtycke tror sig den handlande felaktigt ha fått ett samtycke att utföra en viss gärning. Vid ett hypotetiskt samtycke ska det däremot på objektiva grunder vara antagligt att intressbäraren skulle ha lämnat sitt samtycke om denne på förhand hade fått möjlighet att ta ställning i frågan.

5 Särskilt om åtgärder inom sjukvården samt lek och idrott

Inom såväl sjukvården som inom idrotten utförs många handlingar som i sig uppfyller rekvisiten för bl.a. misshandel (3 kap. 5 § BrB), vållande till kroppsskada eller sjukdom (3 kap. 8 § BrB) eller ofredande (4 kap. 7 § BrB). Med anledning huvudsakligen av sjukvårdens och idrottens nyttiga syfte ser dock försvarlighetsbedömningen annorlunda ut än vid tillfogande av kroppsskada på privatlivets område. Många skadevållande handlingar som på privatlivets område skulle vara brottsliga är om de utförs inom sjukvården eller under idrottsutövande ansvarsfria.

Den följande framställningen behandlar medicinska ingrepp samt idrott och lek var för sig. Då också andra intressen och ansvarsfrihetsgrunder än samtycke i viss mån gör sig gällande kommer respektive del inledas med att belysa vilka intressen och ansvarsfrihetsgrunder som motiverar en utvidgad försvarlighetsbedömning. Därefter presenteras dess närmare gränser.

5.1 Åtgärder inom sjukvården

5.1.1 Betydelsen av samtycke vid medicinska ingrepp

Inom sjukvården förekommer som nämnts regelbundet åtgärder som om de hade företagits i något annat sammanhang skulle ha bedömas som bl.a. misshandel (3 kap. 5 § BrB). Främst gäller detta vid operationer och andra kroppsliga ingrepp. Att normala medicinska ingrepp skulle omfattas av misshandelsdefinitionen har visserligen ifrågasatts i doktrinen då en typisk misshandel sker i avsikt att skada motparten medan operationens syfte är det motsatta.¹⁸⁰ I motiven till 24 kap. 7 § BrB anförs emellertid att också en otypisk handling kan utgöra misshandel i BrB:s mening, d.v.s. innefattande också medicinska åtgärder. I vart fall torde en medicinsk åtgärd som utförs på dåligt sätt kunna uppfylla rekvisiten för vållande till kroppsskada eller sjukdom (3 kap. 8 § BrB).¹⁸¹

Patientens *samtycke* är många gånger en grundförutsättning för åtgärder inom sjukvården och den allmänna bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § BrB är således i och för sig tillämplig.¹⁸² För speciella medicinska ingrepp som bl.a. abort, transplantation, kastrering och fastställande av könstillhörighet finns särskilda regler om samtycke.¹⁸³ Som tidigare berörts förutsätter dock ett giltigt samtycke att patienten har insikt om relevanta omständigheter och risker.¹⁸⁴ Inom sjukvården är detta problematiskt då patienten många gånger saknar en sådan insikt, t.ex. vid medvetlöshet.

Förekomsten av samtycke är dock inte det enda som styr en medicinsk åtgärds tillåtlighet. Agge anför att också *nödsynpunkter* och *allmänna intressen* har betydelse vid bedömningen varför problemet bäst bör behandlas som en ansvarsfrihetsgrund av s.k. blandad natur.¹⁸⁵ Bestämmelserna om nöd i 24 kap. 4 § BrB kan således göra en

¹⁸⁰ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 384 f.

¹⁸¹ Prop. 1933/94:130, s. 40.

¹⁸² Holmqvist m.fl., *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.)*, brotten mot allmänheten och staten m.m., s. 24:65.

¹⁸³ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 289.

¹⁸⁴ Se ovan kap. 4.3.7.

¹⁸⁵ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 393.

medicinsk åtgärd tillåten. Vad som gäller härutöver, när varken ansvarsfrihetsgrunderna samtycke eller nöd kan tillämpas, är däremot delvis oklart. Klart är emellertid att medicinska åtgärder rent faktiskt utförs i sådana situationer och att det tas för givet att dessa åtgärder också får företas.¹⁸⁶ Att en medicinsk åtgärd i vissa fall kan vara ansvarsfri även utan direkt lagstöd är klart enligt motiven, dock under förutsättning att åtgärden utförs i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet och att patienten inte motsätter sig den.¹⁸⁷ Detta motiveras sannolikt utifrån allmänna intressen eller oskrivna undantagsregler. Gärningen blir att betrakta som *socialadekvat*. Som Asp m.fl. påpekar kan emellertid det grundlagsstiftande skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF medföra juridiska komplikationer.¹⁸⁸ Oavsett vad som gäller är läkarens utrymme att utföra medicinska ingrepp, ofta riskfyllda sådana, inte reglerat. Krav på dess reglering har emellertid framförts under lång tid.¹⁸⁹

5.1.2 Försvarlighetsbedömningen

Med anledning av huvudsakligen sjukvårdens nyttiga syfte anses ansvarsfriheten vara utvidgad inom detta område. Av motiven till 24 kap. 7 BrB framgår inte hur, utan endast att, en annorlunda gränsdragning ska göras än på privatlivets område i övrigt.¹⁹⁰ Uppfattningen i doktrinen är däremot tydlig. Enligt Asp m.fl. bör varje medicinskt motiverad åtgärd anses vara försvarlig, detta även om ingreppet i annat fall skulle bedömas som grov misshandel.¹⁹¹ Dahlström m.fl. anser att samtycke till medicinskt ingrepp hos exempelvis läkare eller tandläkare har ansvarsbefriande verkan ända upp till grov misshandel.¹⁹² Också Leijonhufvud och Wennberg anför att ”[a]nsvaret blir självfallet inte aktuellt i de fall patienten samtyckt till operationen...”.¹⁹³ Detta gäller också åtgärder inom hälso- och sjukvården som svårligen kan anses tjäna något nyttigt syfte, som t.ex. plastikoperationer.¹⁹⁴ Sammantaget innebär detta att försvarlighetsbedömningen i praktiken torde ha begränsad betydelse.

5.2 Lek och idrott

”Derom knobblas, skiötas, stötas och slås de, så att bloden står om dem både uhr näsa och mun, rijfwa sönder skiorta och kläder för hwar annan, så att tapprast skattas den, som med rijfwit skinn kommer der ifrån. En modig hielte war ibland dem som sprang med kroppen helt naken öfwer byxorna, tuifuelsuthan effter han tillförne måste sätta skiortan i pant före att en gång sparka bollen. De andra alla woro swettige och blodige öfwer näsa och mun, satte händerna i sijdan och flåsade öfwer sitt swära arbete.”¹⁹⁵

¹⁸⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 291.

¹⁸⁷ Prop. 1933/94:130, s. 40.

¹⁸⁸ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 291 f.

¹⁸⁹ Se b.l.a. SOU 1988:7, s. 117 och Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 289 och Leijonhufvud & Lynøe, *Lagen gör läkarens roll oklar*, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/lagen-gor-lakarens-roll-oklar_7582214.svd.

¹⁹⁰ Prop. 1993/94:130, s. 43 f.

¹⁹¹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 290.

¹⁹² Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 81.

¹⁹³ Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 98.

¹⁹⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 294.

¹⁹⁵ Göran Vallerius, 1683-1744, om fotboll i England år 1710. Citat hämtat från Malmsten, *Idrottsväld – regelkonformitet och rättsenlighet*, i Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, s. 192.

5.2.1 Betydelsen av samtycke vid lek och idrott

Traditionellt sett har läran om samtycke använts för att motivera ansvarsfrihet och utgöra gräns för det ansvarsfria området vid idrott.¹⁹⁶ Att enbart motivera ansvarsfriheten med samtycke som grund har dock ifrågasatts på senare tid.

Enligt äldre uppfattningar av bl.a. Thyrén och Wetter upphäver samtycke straffbarheten vid handlingar utförda under lek och idrott.¹⁹⁷ Också Agge åberopar samtyckesläran som grund för ansvarsfrihet vid organiserad idrott. Genom att beträda idrottsplanen har man enligt Agge samtyckt till att bli utsatt för vissa annars otillåtna handlingar. Samtycke konstitueras genom själva deltagandet.¹⁹⁸ Enligt Strahl däremot kan hänvisningen till samtycke svårligen förklara ansvarsfriheten i alla fall av våld mellan idrottsdeltagare. Den utvidgade ansvarsfriheten är istället påkallad av *livets regel*, d.v.s. att det är allmänt vedertaget att farlig sport ska få utövas utan risk för straffrättsliga konsekvenser.¹⁹⁹ Asp m.fl. anför att den som frivilligt deltar i spelet måste anses ha accepterat en våldsutövning som håller sig inom spelets regler. Det går dock inte att motivera tillåtligheten enbart med hänvisning till samtycke eftersom också våld som är otillåtet enligt spelreglerna, men inte strider mot spelets idé, kan vara ansvarsfritt.²⁰⁰ Ett samtycke genom deltagande kan inte anses omfatta dessa handlingar. Istället torde dessa handlingar vara ansvarsfria eftersom de är *socialadekvata*.²⁰¹ Asp m.fl. argumenterar för att en allmän regel om ansvarsfrihet bör införas vid idrott då det är viktigt att undvika allt för invecklade regler inom detta område. Denna regel tycks däremot inte vara avsedd som ett komplement till samtyckesläran utan istället fungera som en självständig ansvarsfrihetsgrund.²⁰² Förslaget 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.”²⁰³

I linje med detta konstateras det i motiven till 24 kap. 7 § BrB att samtycke svårligen kan användas som grund för ansvarsfrihet i alla situationer eftersom ett frivilligt deltagande inte innebär ett generellt godtagande av skada i det enskilda fallet. Det framhålls att ansvarsfriheten istället följer av att vissa regelöverträdelser är allmänt godtagna i samhället.²⁰⁴

5.2.2 Försvarlighetsbedömningen

Under utövande av lek och idrott är ibland våldet *mellan deltagare* så allvarligt att det, om utfört på privatlivets område, skulle ha betraktats som exempelvis misshandel. I en del idrotter som t.ex. fotboll, ishockey och handboll är sådan kroppsskada ofta oavsiktliga och står i strid med spelets regler. I andra idrotter som t.ex. brottning,

¹⁹⁶ Morawski, *Straffrättsligt ansvar vid idrottsutövning*, Idrottsjuridisk skriftserie nr 9, s. 236.

¹⁹⁷ Wetter, *Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del, första häftet*, s. 29 och Thyrén, *Kommentar till strafflagen kap. 14*, s. 49.

¹⁹⁸ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 403 ff.

¹⁹⁹ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 197 och 379.

²⁰⁰ Se nästa avsnitt, kap. 5.2.1.2.

²⁰¹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 180 f och 287.

²⁰² Malmsten, *Idrottsvåld – regelkonformitet och rättsenlighet*, i Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, s. 198 f.

²⁰³ Citat hämtat från Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 287.

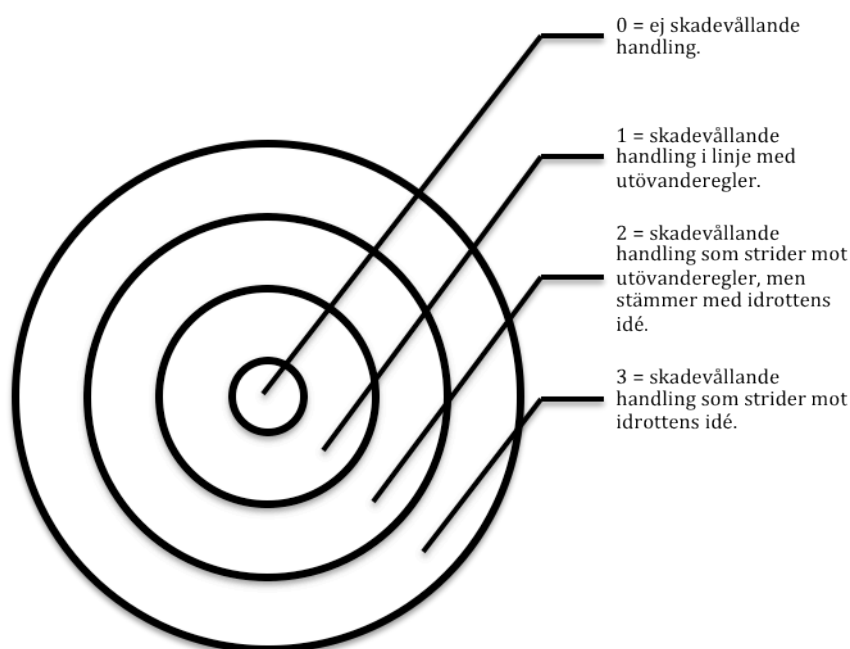
²⁰⁴ Prop. 1993/94:130, s. 40 f och 43 f.

boxning och andra kampsport ingår ett visst mått av uppsåtlig misshandel i själva utövandet. Gemensamt för detta område är emellertid att straffrättsliga sanktioner sällan aktualiseras för sådant våld. Att idrottsmän åtnjuter en viss straffrättslig immunitet är således klart och oavsett den teoretiska grunden för detta går anledningen sannolikt att finna i att idrotten värderas positivt av samhället.²⁰⁵

5.2.2.1 Organiserad lagidrott

Graden av accepterat våld inom den organiserade idrotten är naturligtvis beroende av vilken sport som åsyftas. Även om den närmare gränsdragningen är vanskelig torde idrottens egna regler, eller säkerhetsföreskrifter, vara en god utgångspunkt för bedömningen. Detta under förutsättning att de framstår som lämpliga.²⁰⁶ För närmare gränsdragning är man primärt hänvisad till den juridiska doktrinen. Stor enighet tycks råda om att skadevällande handlingar bör betraktas som ansvarsfria om de följer reglerna för idrotten medan skadevällande handlingar genom grova regelöverträdelser bör leda till ansvar. Var gränsen sedan går däremellan är mer oklart. Malmsten bidrar här med vissa riktlinjer.

I syfte att beskriva förhållandet mellan den skadevällande handlingen och utövandereglerna delar Malmsten in bedömningen i huvudsakligen tre kategorier: (1) skadevällande handling trots regelefterlevnad, (2) skadevällande handling genom regelöverträdelse, men inom idrottens idé och (3) skadevällande handling genom regelöverträdelse, som också strider mot idrottens idé. Följande bild kan illustrera.



Vad gäller den första situationen (1), *skadevällande handling trots regelefterlevnad*, menar Malmsten att dessa handlingar aldrig kan föranleda ansvar.²⁰⁷ Detta får stöd av motiven till 24 kap. 7 § BrB där det anføres att man torde kunna utgå från att skadevällande handlingar som håller sig inom idrottens regelverk bör betraktas som ansvars-

²⁰⁵ Prop. 1993/94:130, s. 40 f.

²⁰⁶ SOU 1988:7, s. 137.

²⁰⁷ Malmsten, *Culpavariabler vid idrottsutövning*, Idrottsjuridisk skriftserie nr 5, s. 123 ff.

fria, även om de i och för sig rymms under visst straffstadgande.²⁰⁸ Också i övrig doktrin finner man denna uppfattning. Enligt Asp m.fl. kan dessa säkerhetsföreskrifter, trots att de är privata, ses som tämligen säkra standarder för godtagbart beteende. Detta gäller i vart fall de idrotter som åtnjuter statligt eller kommunalt stöd.²⁰⁹ Agge, som tar utgångspunkt i spelarnas samtycke, menar att en spelare får anses ha samtyckt till det mått av våld som följer av ett regelenligt utövande av idrotten varför ansvar inte aktualiseras.²¹⁰

Enligt Malmsten är det framförallt situation (2), *skadevällande handling genom regelöverträdelse, men inom idrottens idé*, som är problematisk. Dessa handlingar befinner sig i en gråzon. Malmsten framhåller att smärre regelöverträdelser inte torde föranleda ansvar, men ju längre från ett regelenligt förfarande man kommer desto större är sannolikheten att straffrättsliga sanktioner aktualiseras.²¹¹ Asp m.fl. lyfter fram situationen i fotboll och ishockey där tacklingar etc. ingår som en integrerad del av spelet samtidigt som de normalt utgör regelbrott. Om dessa ”naturliga regelöverträdelser” skulle föranleda straffrättsligt ansvar skulle statsmakten enligt Asp m.fl. rimligen ingripa.²¹² Var gränsen mer exakt går får bedömas från fall till fall. Det finns emellertid vissa riktlinjer i praxis för denna bedömning. För det första tycks *sammanhanget i vilket våldet* sker ha viss betydelse för ansvarsfrågan. Asp m.fl. framhåller, med hänvisning till denna praxis, att skadevällande handlingar som sker under sportutövningen i relativt hög utsträckning godtas, att våld som sker i direkt anslutning till utövandet, d.v.s. i stridens hetta, bedöms lindrigt och att våld som sker utan samband med utövandet i princip bedöms på samma sätt som annat våld.²¹³ För det andra framhåller Asp m.fl., i fråga om vad som bedöms som grova regelöverträdelser, att *uppenbart uppsåtliga regelöverträdelser* torde vara lättare att finna grova.²¹⁴ Ett exempel på detta är rättsfallet SvJT 1966 rf. s. 57 där en ishockeyspelare under match slog en medspelare i huvudet med sin klubba så att hjärnskakning uppstod. Hovrätten fann att slaget var uppsåtligt, dömde för misshandel och anförde i ansvarsfrågan: ”[a]tt utdela slag mot medagerandes kropp med klubban är emellertid otillåtet; och till försvar för uppsåtliga överträdelser av spelreglerna i det hänseendet kan icke – som från försvarets sida skett – åberopas spelets snabbhet och ofta hetsiga natur”. Att det främst är uppsåtligt våld som bedöms som grovt bekräftas också av Agge som menar att culpösa handlingar sällan föranleder ansvar.²¹⁵

Situation (3), *skadevällande handling genom regelöverträdelse, som också strider mot idrottens idé*, föranleder enligt Malmsten ingen annorlunda bedömning jämfört med liknande gärningar på privatlivets område. Det är här tal om grova regelöverträdelser som inte hör hemma i idrotten.²¹⁶ Malmsten får medhåll av bl.a. Asp m.fl. som framhåller att ”[g]ärningar som är främmande för spelets idé kan inte privilegieras straffrättsligt”.²¹⁷ Också Agge anser detta.²¹⁸

²⁰⁸ Prop. 1993/94:130, s. 40.

²⁰⁹ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 180.

²¹⁰ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 405.

²¹¹ Malmsten, *Culpavariabler vid idrottsutövning*, Idrottsjuridisk skriftserie nr 5, s. 124.

²¹² Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 181.

²¹³ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 288.

²¹⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 181.

²¹⁵ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 406.

²¹⁶ Malmsten, *Culpavariabler vid idrottsutövning*, Idrottsjuridisk skriftserie nr 5, s. 124.

²¹⁷ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 181.

²¹⁸ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 405.

5.2.2.2 Organiserad kampsport

Vid idrotter som boxning, brottning och andra kampsporter är våld en mer naturlig del av utövandet än vid lagidrott och allvarliga skador torde lättare kunna uppkomma trots att reglerna följs. Vissa nya kampsporter som t.ex. ultimate fighting (UFC) innefattar inte sällan mycket grovt våld och avgörs regelmässigt genom knock-out.²¹⁹ Genom lagen (2006:1006) om tillståndsplikt för vissa kampsportsmatcher är alla kampsporter som innebär slag mot huvudet numera tillståndspliktiga.²²⁰ Ur straffrättslig synvinkel är det klart att deltagare kan straffas om erforderligt tillstånd saknas, 14 § nämnda lag. Frågan är om det härutöver finns utrymme att bedöma en skada som misshandel.

Vad inledningsvis gäller *regelstridigt våld* torde det ansvarsfria utrymmet vara beroende av skadans art och gärningsmannens uppsåt respektive oaktsamhet. Klart regelvidriga gärningar bedöms sannolikt hårdare än gärningar som ligger inom idrottens idé (jfr. situation 2 och 3 ovan). Både Bengtsson och Agge verkar dock mena att ansvar i regel bör inträda också om det regelstridiga våldet ligger inom idrottens idé.²²¹ Malmsten menar att gärningsmannens gärningsskäl torde vara avgörande i sådana fall.²²² Vad som närmare gäller är oklart. Samtycke torde i vart fall utesluta ansvar för mindre allvarlig kroppsskada om våldet inte är klart regelstridigt.²²³

En annan och kanske mer intressant fråga är huruvida också *regelenligt våld* kan föranleda straffrättsligt ansvar för t.ex. misshandel (jfr situation 1 ovan). I förarbetena till BrB anförs det att ansvar för misshandel i princip bör uteslutas vid boxning under förutsättning att reglerna följs. I vissa fall, konstateras det dock, kan ansvar för vållande enligt 3 kap. 7-8 §§ BrB aktualiseras.²²⁴ Vilka situationer som avses framgår däremot inte. I den juridiska doktrinen är det framförallt Agge som ägnat ämnet något utrymme och han är tveksam till att idrotter som boxning och brottning upp bärs av ett så pass nyttigt intresse att deltagande kan legitimera regelenligt våld som medför också svår kroppsskada. Under förutsättning att våldet är regelenligt menar Agge att gränsen för det ansvarsfria området bör gå mellan svår kroppsskada/allvarlig sjukdom och medelsvår kroppsskada/sjukdom. Tillfogande av svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom faller enligt honom således utanför det ansvarsfria området.²²⁵ Asp m.fl. menar däremot, till skillnad från Agge, att amatörboxning och brottning i princip inte är brottsliga om reglerna följs. Mer oklart är enligt dem hur man ska se på deltagande i andra mer professionellt utövade kampsporter. Med hänsyn till att den nuvarande tillståndsplikten syftar till att verksamheten bedrivs på ett godtagbart sätt går det enligt Asp m.fl. inte att utesluta möjligheten att regelenligt våld kan betraktas som misshandel.²²⁶ Intressant nog behandlas inte denna fråga i motiven till nämnda lag. Det enda som framhålls är att ”allmänna straffrättsliga bestämmelser” ska avgöra graden av accepterat våld.²²⁷

²¹⁹ Se t.ex. SOU 2003:24, s. 73 ff.

²²⁰ Denna lag innebär bl.a. att proffsboxning som varit förbjudit i Sverige sedan 1970 åter är tillåtet under förutsättning att tillstånd finns.

²²¹ Bengtsson, *Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv*, s. 36 och Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 408.

²²² Malmsten, *Idrottsvåld – regelkonformitet och rättsenlighet*, i Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, s. 204 f.

²²³ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 288.

²²⁴ SOU 1953:14, s. 144.

²²⁵ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 406ff.

²²⁶ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 288.

²²⁷ Prop. 2005/06:147, s. 10.

5.2.2.3 Oorganiserad idrott och lek

När lek eller idrott inte utövas på ett organiserat sätt måste gränsen för vad som kan anses vara ett godtagbart beteende sättas lägre jämfört med organiserad idrott, men ändå högre jämfört med privatlivets område.²²⁸ Den oorganiserade idrotten befinner sig således i ett mellanläge. Hur den mer exakta gränsdragningen ser ut torde också här variera beroende på vilken lek eller idrott som åsyftas. Agge anför att vissa improviserade lagspel som i stort följer tävlingsregler möjligtvis kan likställas med organiserad idrott.²²⁹ Då säkerhetsföreskrifter många gånger saknas är det emellertid svårt att finna närmare hållpunkter för en godtagbar standard.

²²⁸ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, s. 282 och SOU 1988:7, s. 138.

²²⁹ Agge, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, s. 404 f.

6 Samtyckets manifestation och bevisning

I svensk rätt är, som ovan beskrivits, också ett inre samtycke rättsligt relevant och det saknar således betydelse huruvida detta manifesterats för omvärlden eller inte. I praktiken, när det väl kommer till rättslig prövning och samtycke förnekas, får dock de *yttre manifestationerna* av viljeinriktningen en avgörande betydelse ur bevissynpunkt. Vilka yttre omständigheter som ska anses konstituera ett giltigt samtycke framgår emellertid inte av förarbetena eller doktrinen. Däremot har HD lämnat vissa riktlinjer angående detta i två avgöranden som rört ungdomar som inlåtit sig i slagsmål, NJA 1993 s. 553 och NJA 1999 s. 460. Genom en studie av underrättspraxis är det tydligt att det framförallt är vid just *slagsmålsituationerna* som frågan om samtycke aktualiseras och problematiseras. I dessa situationer är frågan om samtyckets förekomst och omfattning generellt sett svårbedömd då slagsmål i regel inte föregås av uttryckliga samtycken.

Då frågan om vilka omständigheter som av rätten anses konstituera ett samtycke, d.v.s. hur ett giltigt samtycke manifesteras, är av avgörande praktisk betydelse kommer större delen av kapitlet behandla detta. Utgångspunkt tas i HD:s två avgöranden. Därefter presenteras en mer omfattande studie av hovrättspraxis i syfte att undersöka hur riktlinjerna från dessa två HD-avgöranden kommer till uttryck. För att förstå domstolarnas bedömning av detta kommer emellertid frågan om bevisbörda och beviskrav initialt att belysas.

6.1 Bevisbörda och beviskrav

I brottmål har åklagaren bevisbördan avseende samtliga relevanta omständigheter. Detta framgår av satsen *in dubio pro reo*, d.v.s. vid tvivel för den tilltalade. Detta innebär att åklagaren också har bevisbördan för att det saknas omständigheter som skulle göra den åtalade gärningen fri från ansvar, såsom samtycke.²³⁰ Detta innebär emellertid inte att åklagaren alltid måste föra bevisning om frånvaron av sådana rättsfakta. Endast om den tilltalade invänder att han t.ex. agerat med samtycke från målsäganden uppkommer anledning att pröva frågan och åklagarens bevisbörda aktualiseras.²³¹

I brottmål måste det vara *ställt utom rimliga tvivel* att den tilltalade handlat i överensstämmelse med åklagarens gärningsbeskrivning för att beviskravet ska anses uppfyllt.²³² Eftersom det många gånger kan vara svårt för åklagaren att bevisa att samtycke inte förelegat kan det dock ifrågasättas om inte beviskravet i dessa fall är lägre än annars. Angående beviskravet för nödvärn har HD i bl.a. NJA 1990 s. 210 uttalat att åklagaren måste förebära så pass mycket bevisning så att den tilltalades invändning framstår som *obefogad*. Nordh framhåller att det får betraktas som oklart om HD avsett att utvidga detta beviskrav till också prövningen av andra ansvarsfrihetsgrunder som samtycke. Han anför emellertid att det går att skönja en sådan tendens i underrätterna.²³³ Dahlström m.fl. menar däremot att rättsfallet torde ha generell räckvidd i fråga om bevisning vid samtliga ansvarsfrihetsgrunder och således också gälla vid invändning om samtycke.²³⁴

²³⁰ Ekelöf & Boman, *Rättegång, fjärde häftet*, s. 113 och 120 f.

²³¹ Nordh, *Praktisk process VII. Bevisrätt B. Bevisbörda och beviskrav*, s. 59.

²³² Ekelöf & Boman, *Rättegång, fjärde häftet*, s. 117.

²³³ Nordh, *Praktisk process VII. Bevisrätt B. Bevisbörda och beviskrav*, s. 63.

²³⁴ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 57.

Vilken bevisstyrka är då orden ”framstår som obefogad” avsedd att ge uttryck för? Det kan konstateras att det inte finns mycket vägledning i frågan. I NJA 1998 s. 512 invände den tilltalade att han agerat under hot och att gärningen därför skulle vara ansvarsfri p.g.a. nöd. Han kunde emellertid inte lämna några uppgifter om vilka som hotat honom eller liknande uppgifter för att verifiera detta. Enligt egen utsaga skulle han utsättas för allvarliga risker om han berättade något. HD konstaterade att invändningen om att han skulle ha befunnit sig i en nödsituation under sådana omständigheter ansågs så löst grundad att den inte påverkade bedömningen i målet. Mot bakgrund av detta menar Nordh att en invändning om förekomst av en ansvarsfrihetsgrund måste vara så preciserad och konkretiserad att åklagaren rimligen kan kontrollera den. Åklagarens bevisskyldighet omfattar således inte invändningar som är så vaga att de inte kan kontrolleras på ett rimligt sätt.²³⁵

6.2 Samtyckets manifestation – riktlinjer från HD

HD har i två fall behandlat invändningen om samtycke som ansvarsfrihetsgrund vid misshandel genom slagsmål. I NJA 1993 s. 553 friade HD den åtalade gärningsmannen från misshandel med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. Motsatt utgång blev det emellertid i NJA 1999 s. 460.

6.2.1 NJA 1993 s. 553

Juhani och Ristomatti var klasskamrater. Under en rast uppehöll sig de vid skåpen tillsammans med några andra killar. Skojbråk uppstod och killarna tog och höll fast Ristomattis armar och ben. När de andra killarna släppte höll Juhani kvar i armen. Ristomatti knuffade då undan Juhani som föll mot en vägg och gjorde illa sin rygg. Juhani blev irriterad och började knuffa på Ristomatti varpå denne besvarade knuffarna. Knuffarna ledde till att Ristomatti sparkade mot Juhanis smalben och två gånger yttrade ”kom igen, slå mig då!”. Juhani slog då tre slag mot Ristomatti varvid ett av slagen träffade i ansiktet så att Ristomatti förlorade medvetandet och började blöda ur munnen.

Juhani åtalades för misshandel. HD fann att hans agerande i och för sig uppfyllde rekvisiten för misshandel. Något nödvärn förelåg inte då båda varit lika aktiva under handgemänet. I fråga om samtycke konstaterade HD däremot att:

”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 blåmärke och mindre svullnader. Så länge bråket eller slagsmålet hålls på den nivån, får det anses ligga i situationen som sådan att det inte kan bli fråga om ansvar för ofredande eller misshandelsbrott. Att det förhåller sig så beror på den allmänna straffrättsliga grundsatsen om samtyckets ansvarsbefriande verkan.”²³⁶

Mot bakgrund av detta lämnade HD åtalet mot Juhani utan bifall.

²³⁵ Nordh, *Praktisk process VII. Bevisrätt B. Bevisbörda och beviskrav*, s. 61 ff.

²³⁶ NJA 1993 s. 553, s. 555. Anledningen till att HD åberopar ”den allmänna straffrättsliga grundsatsen om samtyckets ansvarsbefriande verkan” och inte 24 kap 7 § BrB är att denna bestämmelse trädde i kraft först den första juli 1994.

6.2.2 NJA 1999 s. 460

En ung man, Arash, anlände med taxi till Järntorget i Göteborg. I samband med att han klev ur kom en annan yngling, Alireza, fram och frågade om taxin var ledig och viss ordväxling uppstod mellan dem. Taxichauffören skiljde dem åt varpå Alireza gick därifrån. När Arash sedan skulle passera taxikön såg han att Alireza stod där. Alireza spottade då på marken framför Arash varpå denne blev arg och frågade vad Alireza gjorde. Alireza knuffade då Arash och måttade ett slag mot dennes huvud. Arash hann emellertid ducka varpå han direkt slog tillbaka. Slaget träffade i huvudet på Alireza som fick två tänder avslagna och en sårskada i läppen.

Arash åtalades för misshandel. I fråga om samtycke konstaterade HD att ett sådant inte behöver vara uttryckligt, utan att även ett inre eller tyst samtycke är tillräckligt för att fria från ansvar. HD konstaterade vidare att:

”Av den omständigheten att någon riktar våld mot en annan person kan emellertid inte den slutsatsen dras att han också accepterat att bemötas med våld. Undantagsvis kan omständigheterna vara sådana att det får anses framgå att två personer som inlåter sig i bråk båda varit så inställda på att ofreda den andre och i någon utsträckning tillfoga varandra smärta och ringare övergående skador att gärningar som ligger inom denna ram är undantagna från ansvar på grund av samtycke. En sådan bedömning gjorde HD i NJA 1993 s 553 där det var fråga om två skolungdomar som, på lek, börjat bråka med varandra under en rast.

Omständigheterna i det fallet skiljer sig emellertid i hög grad från det nu aktuella. Att två för varandra okända personer ger sig in i häftig ordväxling under sådana omständigheter som här skett kan inte i sig, även om bägge vid händelsen var unga, anses innebära något ömsesidigt medgivande till att den andre också skulle få gå över till direkta handgripligheter.”²³⁷

HD fann således att Arash inte kunde undgå ansvar på grund av samtycke. Åtalet mot Arash lämnades dock utan bifall då nödvärnsrätt ansågs ha förelegat.

6.2.3 Sammanfattning av Högsta domstolens praxis

I NJA 1993 s. 553 kom HD fram till att misshandel var ansvarsfri med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. Huruvida målsäganden hade lämnat ett giltigt samtycke diskuteras emellertid inte i domskälen. Istället tycks domstolen utgå från en *helhetsbedömning* av situationen snarare än de inblandade pojkarnas viljeuttryck när den konstaterar att det får ”anses ligga i situationen som sådan att det inte kan bli fråga om ansvar för ofredande eller misshandelsbrott”. Ett ömsesidigt samtycke tycks alltså enligt HD konstitueras av situationen att två ungdomar inlåter sig i bråk med varandra. Detta samtycke omfattar emellertid endast våld inom en viss ram. Enligt domstolen tycks endast smärta och ringare övergående skador omfattas av det faktum att någon inlåter sig i bråk med en annan. Vad som däremot inte framgår av domskälen är huruvida HD bedömde situationen som lek och, i så fall, hur detta påverkade bedömningen av ansvarsfriheten.

Till skillnad från HD:s avgörande 1993 indikerar NJA 1999 s. 460 att utrymmet för att anta att ett samtycke föreligger i situationer där målsäganden utövat våld eller agerat provocerande är *relativt begränsat*. Den omständigheten att någon riktar våld mot en annan person anses enligt domstolen inte innebära att denne också accepterat att bemötas med våld. Endast undantagsvis kan omständigheterna vara sådana att ett ömsesidigt samtycke till slagsmål anses föreligga. Frågan huruvida målsäganden i det aktuella fallet hade lämnat ett giltigt samtycke diskuteras emellertid inte heller i detta avgörande. I likhet med HD:s tidigare avgörande tycks diskussionen i domskälen

²³⁷ NJA 1999 s. 460, s. 463 f.

primärt handla om vilka slutsatser som kan dras från situationen i stort. Att utgången däremot skiljer sig från 1993 års fall tycks enligt HD bero på att de båda inblandade var två för varandra *okända personer* och att de enbart inlätit sig i *häftig ordväxling*, något som i sig inte kan anses innebära ömsesidigt medgivande till slagsmål. Vad som däremot förtydligas i rättsfallet är att ömsesidigt samtycke kan föreligga också när personer i allmänhet och inte bara ungdomar inlåter sig i bråk.

Dahlström m.fl. menar att HD:s ställningstagande i NJA 1999 s. 460 kan tolkas på så sätt att om någon utövar våld mot annan har han inte accepterat att bemötas med (avsevärt) grövre våld. Som exempel anför de att om en person knuffar en annan person har han samtyckt till att bli bemött med knuffar, men inte med slag och sparkar. Den som endast ger sig in i en ordväxling har inte accepterat att mötas av våld överhuvudtaget.²³⁸

6.3 Samtyckets manifestation i hovrättspraxis

Mot bakgrund av HD:s inte helt klara praxis är det av intresse att undersöka hur denna kommer till uttryck i hovrätterna. För detta syfte har jag begränsat mig till hovrättspraxis från 2005 och framåt. Tingsrättspraxis har således utelämnats helt. Redogörelsen är kvalitativt exemplifierande och handlar uteslutande om s.k. ömsesidigt samtycke till slagsmål då problematiken kring samtyckets manifestation torde vara vanligast i dessa fall. Redogörelsen gör således inte anspråk på att vara uttömmande.

6.3.1 Ansvarsbefriande samtycke har ansetts föreligga

Trots att samtycke förefaller vara en relativt vanlig grund för bestridande av ansvar vid misshandel är avgöranden där samtycke tillerkänns ansvarsbefriande verkan, också i hovrätten, ovanliga. Jag har under relevant tidsperiod endast funnit åtta fall där samtycke haft ansvarsbefriande verkan. Sex av dessa handlar på något sätt om ömsesidigt samtycke till slagsmål och kommer redogöras för nedan i kronologisk ordning.²³⁹

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål B 997-05

Linda och Sandra hade sedan en tid varit ovänner p.g.a. en kille. Den aktuella kvällen befann sig båda på en nattklubb. Under kvällen uppstod viss ordväxling mellan dem och i samband med detta blev Linda omkullknuffad på dansgolvet. På väg ut från nattklubben pratade de om killen. De skiljdes sedan åt. Ute på torget sa Sandra till Linda, som följde efter, att de skulle göra upp. Linda lyckades få omkull Sandra och satte sig på henne. Sandra lyckades dock få loss armarna och slet Linda i håret varpå Linda utdelade tre till fyra slag med öppen eller möjligtvis halvsluten hand.

Linda åtalades för misshandel. Hovrätten bedömde gärningen som misshandel av normalgraden trots att våldet varit ringa och att skadorna varit relativt lindriga. Hovrätten konstaterade därefter att:

”Parterna har varit överens om att inlåta sig i slagsmål med varandra. Därav bör följa, särskilt med hänsyn till vad som tidigare under kvällen förevarit dem emellan, att båda var inställda på att

²³⁸ Dahlström m.fl., *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, s. 80.

²³⁹ De två andra avgörandena är dels Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i mål B 2802-10 som handlar om s.k. BDSM (se ovan kap. 4.3.2.2) och dels Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål 3462-10 som handlar om putativt samtycke vid avlägsnande av tatuering (se ovan kap. 4.5.1).

ofreda den andre och i någon utsträckning tillfoga varandra smärta och ringare övergående skador, tex. i form av blåmärken [sic!] och mindre svullnader (jfr. NJA 1993 s. 553). Det våld som utövats och de skador som Sandra [...] åsamkats är inte av så allvarlig karaktär att ansvarsfrihet på grund av samtycke är utesluten.”

Mot bakgrund av detta ogillade majoriteten i hovrätt åtalet för misshandel. Två ledamöter var skiljaktiga och ville fastställa tingsrättens dom då omständigheterna enligt dem inte tydde på att Sandra samtyckt till att inlåta sig själv i slagsmål.

Svea Hovrätts dom i mål B 1255-08

Rajivkumar hade kommit för att hälsa på Tomasz på dennes jobb i kassan på en bowling- och spelhall. Närvarande fanns också två ordningsvakter som var bekanta till dem båda. Rajivkumar fick tag i en av vakternas batong och började peta och vifta med denne mot Tomasz. Tomasz försökte ta ifrån Rajivkumar batongen när denne tog ett grepp bakifrån med sina armar om Tomasz hals. När Rajivkumar släppte taget först efter en till två minuter hade Tomasz blodsprängda ögon, blödde näsblod och hade skrapsår.

Rajivkumar åtalades för misshandel. Hovrätten konstaterade att:

”Av vad som framkommit i målet har ”bråket” inletts på skoj. Rajivkumar [...] får anses ha haft fog för att uppfatta att Tomasz [...] var med på ”bråket” till en början och det är inte heller visat att Tomasz [...] senare gjort klart att han ville ha slut på ”bråket”. Det får således ha förelegat ett, i vart fall tyst, samtycke från Tomasz [...] sida.

När det gäller misshandelsbrotten är det normalt inte straffbart att med någons samtycke tillfoga den andre smärta eller ringa kroppsskada.

Skadorna i det aktuella fallet är inte helt obetydliga, men kan inte heller anses vara så allvarliga att de inte ligger inom den ram som är undantagen från ansvar på grund av samtycke.”

Mot bakgrund av detta ogillade en enig hovrätt åtalet för misshandel.

Göta Hovrätts dom i mål B 3535-10

Jetmir och Farid träffades på en fest. Då också oinbjudna gäster kom blev festen högljudd och stökig. Efter att grannar klagat fick festen avbrytas. Jetmir och en kompis till honom hjälpte till att få ut gästerna ur lägenheten varpå några av dem blev irriterade. När Jetmir och vännen sedan själva gick ut från lägenheten möttes de av ett tiotal personer. Då Jetmir inte ville att alla personer skulle ge sig på honom bestämdes det att uppgörelsen skulle vara en mot en. Han och Farid gick därför åt sidan och Jetmir lämnade över sin plånbok till sin vän eftersom han var rädd att annars förlora denna. När han vände sig om fick han först ett slag i bakhuvudet av Farid och sedan fler slag av andra personer.

Bla. Farid åtalades för misshandel. Hovrätten fann det utrett att Farid utdelat slaget mot bakhuvudet och konstaterade i denna del att:

”Den misshandeln är inte av svårare lag än att ett ansvarsbefriande samtycke kan lämnas (se NJA 1993 s 553, 1999 s 460 och 2004 s 176). I frågan om så skett kan konstateras att Jetmir [...] själv har uppgett att de var överens om att slåss. Jetmir [...] och Farid [...] har även gått åt sidan i avsikt att göra upp, och Jetmir [...] har förberett sig genom att lämna ifrån sig sin plånbok till en kamrat. Farid [...] invändning om samtycke har därmed ett sådant fog för sig att ett samtycke ska anses ha lämnats. Den omständigheten att Farid [...] var den som slog först, och därtill i bakhuvudet, ändrar inte detta förhållande.”

I frågan om huruvida samtycket var frivilligt eller inte konstaterade hovrätten att:

”Utredningen visar i och för sig att gruppen av personer som stod utanför inte kan sägas ha varit vänligt inställda. Såvitt utrett har emellertid Farid [...] inte samrått med övriga personer eller på annat sätt medvetet utnyttjat dem till att tvinga Jetmir [...] att slåss mot sin vilja. Inte ens Jetmir [...] egna uppgifter ger något otvetydigt stöd för att han tvingats slåss, än mindre att Farid [...] skulle ha insett detta. Ett tvång att samtycka till slagsmål, som Farid [...] insett, kan då inte anses visat.”

Mot bakgrund av detta ogillade majoriteten i hovrätten åtalet för misshandel av Jetmir. De båda nämndemännen var dock skiljaktiga. Enligt deras mening hade Jetmir inte frivilligt samtyckt till att bli slagen på så sätt som skedde och då framförallt med beaktande av slaget i bakhuvudet.

Svea Hovrätts dom i mål B 9381-10

Ett antal ungdomar hade en kväll samlats till fest i en villa. Under kvällen uppkom frågan om den s.k. ”vikingen” skulle genomföras. Leken innebär att två personer växelvis slår slag mot varandra tills den ena ger upp. Simon och Filip bestämde sig, möjligen efter påtryckningar av de andra ungdomarna på festen, att genomföra vikingen. Filip utdelade det första slaget mot Simons mage. Innan Simon utdelade sitt slag frågade han om Filip var beredd. När Filip träffades av slaget hukade han sig, tog ett steg tillbaka och sa att han gav sig. En kort stund senare föll Filip ihop. Ambulans tillkallades. På sjukhuset visade det sig att Filips mjälte, som varit onormalt stor, brustit och att det blödde kraftigt från denna och andra organ. Filip opererades akut och fick därefter ligga i respirator en tid.

Simon åtalades för misshandel samt grovt vållande till kroppsskada. Tingsrätten, vars dom hovrätten fastställde, konstaterade i fråga om åtalet för misshandel att:

”Den som uppsåtligen tillfogar en annan person smärta skall enligt 3 kap. 5 § brottsbalken dömas för misshandel. Enligt 24 kap. 7 § i samma balk utgör en gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas brott endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig.

När det gäller misshandelsbrotten är det normalt inte straffbart att med någons samtycke tillfoga denne smärta eller ringa kroppsskada. Vid allvarigare skador är däremot huvudregeln att ansvarsfrihet inte inträder (se Brottbalkskommentaren s.24:64).

I förevarande fall har Simon [...] uppsåtligen, med Filip [...] samtycke, tillfogat Filip [...] smärta, men inte någon kroppsskada.”

I fråga om grovt vållande till kroppsskada konstaterade tingsrätten att Simon, mot bakgrund av att våldet varit relativt lindrigt och att sådant våld normalt inte förorsakar en bristning i mjälten om denna inte varit förstörad, inte varit oaktsam i förhållande till den uppkomna skadan. Åtalet ogillades således i sin helhet.

Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål B 692-11

Lars och Yvonne bodde tillsammans. Vid det aktuella tillfället var Lars kraftigt berusad. Yvannes tålamod rann över och de hamnade i en ordväxling. Yvonne gick då upp på övervåningen och ringde sin dotter. På vägen ned stod Lars och blockerade trappan. Yvonne knuffade till Lars för att komma förbi, varpå han knuffade tillbaka. Hon knuffade ännu en gång, varpå han knuffade henne så att hon tappade balansen

och föll mot köksgolvet. I samband med fallet slog hon i sin armbåge varvid smärta och svullnad uppstod.

Lars åtalades för misshandel. Hovrätten konstaterade, till skillnad från tingsrätten, att det emellertid inte varit visat att Lars haft uppsåt att misshandla Yvonne. Då gärningsbeskrivningen också ansågs omfatta åtal för ofredande konstaterade hovrätten i denna del att:

”Det är utrett att det varit frågan om ett bråk där både Lars [...] och Yvonne [...] varit aktiva och knuffat varandra. I en sådan situation får anses följa att båda är inställda på att ofreda den andre. På grund av allmänna straffrättsliga grundsatser om samtyckes ansvarsbefriande verkan kan det inte bli fråga om ansvar för ofredande i ett sådant fall (se NJA 1993 s. 553).”

Mot bakgrund av detta ogillade en enig hovrätt åtalet för misshandel och ofredande av Yvonne.

Svea Hovrätts dom i mål B 5348-11

Rainer och hans vän Daniel hade druckit ganska mycket alkohol en kväll hemma hos Rainer. Rainer och hans sambo Linda började bråka under kvällen, varvid Daniel gick emellan. Rainer och Daniel hamnade då i slagsmål. När polisen senare kom satt de två på nytt vid köksbordet och drack. Båda hade småsår efter bråket.

Rainer åtalades för misshandel av både Linda och Daniel. I fråga om bråket med Daniel konstaterade hovrätten att:

”Rainer [...] har berättat att han och vännen Daniel slogs ”som killar kan göra”. Denna uppgift har bekräftats av Daniel [...]. Utredningen visar därmed inte att det varit fråga om annat än ett handgemäng som båda givit sig in i frivilligt och eftersom det inte resulterat i annat än lindriga skador kan – såsom tingsrätten också kommit fram till – den objektiva ansvarsfrihetsgrunden samtycke inte avfärdas.”

Mot bakgrund av detta ogillade en enig hovrätt åtalet för misshandel.

6.3.2 Ansvarsbefriande samtycke har inte ansetts föreligga

Även om omständigheterna i ett avgörande inte ger stöd för att två personer ömsesidigt samtyckt till att bruka visst våld mot varandra kan motiveringen vara av intresse för gränsdragningen. Med hänsyn till uppsatsens omfång behandlas endast några få avgöranden nedan.

Svea Hovrätts dom i mål B 7866-04

Den 14 januari 2004 hölls en fotbollsturnering i Globen mellan bl.a. Hammarby och Djurgården. När turneringen var över begav sig olika supportergrupper in till de centrala delarna av Stockholm. Strax före midnatt utbröt ett stort slagsmål mellan supportrar från Hammarby och Djurgården utanför en pub på Regeringsgatan. I slagsmålet deltog ca 25-30 personer. Slagsmålet hade föregåtts av telefonkontakter mellan grupperna för att bestämma plats för slagsmålet.

Simon, en av Hammarbysupportrarna, åtalades för misshandel (målsäganden kunde inte identifieras). Tingsrätten ogillade åtalet då samtycke ansågs föreligga. Målet överklagades av åklagaren till hovrätten. Hovrätten ansåg det utrett att Simon utdelat tre slag och en spark mot Djurgårdaren och konstaterade att gärningen i och för sig måste bedömas som misshandel av normalgraden. Vad sedan gällde frågan om ansvarsbefriande samtycke förelagat konstaterade hovrätten att:

”[D]et inte var målsäganden som ringde Hammarbyarna och att det inte var Simon [...] som mottog något av telefonsamtalen. Gärningen kan därför inte anses ha begåtts med samtycke från målsägandens sida på grund av de telefonkontakter som uppges ha förekommit mellan supportergrupperna. Något samtycke låter sig heller inte konstitueras enbart genom parternas olika grupp-tillhörigheter, genom vad Simon [...] har uppgett om målsägandens [sic] agerande på brottsplatsen eller till följd av vad i övrigt framkommit i målet. Redan av denna anledning kan Simon [...] inte undgå ansvar enligt åberopade ansvarsfrihetsgrunden.”

Eftersom hovrätten inte fann att det förelåg något samtycke mellan parterna dömdes Simon för misshandel. En ledamot var skiljaktig angående motiveringen.

Svea Hovrätts dom i mål B 2056-04

Händelsen utspelade sig under samma tumult som Svea Hovrätts dom i mål B 7866-04 (se ovan). Petter, en av Hammarbysupportrarna, åtalades för misshandel (målsäganden kunde inte identifieras). Hovrätten fann det utrett att Petter riktat sparkar mot en liggande person och konstaterade att detta måste bedömas som misshandel av normalgraden. Vad sedan gällde frågan om ansvarsbefriande samtycke förelegat konstaterade hovrätten att:

”Såsom Högsta domstolen konstaterat i rättsfallet NJA 1999 s. 460 krävs inte för ansvarsbefriande samtycke att detta varit uttryckligen uttalat utan att samtycke förelegat kan framgå av omständigheterna och även av ett s.k. inre eller tyst samtycke. I avsaknad av bevisning som motsäger vad Petter [...] uppgett får hans uppgift, vilken för övrigt vinner stöd av vad vittnena berättat, om att det på något sätt överenskommit mellan supporterarna att träffas på den aktuella platsen och göra upp genom slagsmål dem emellan tas för god. Detta även om det inte förekommit uttryckliga samtycken mellan var och en av de inblandade. Omständigheterna i målet visar inte heller annat än att de inblandade förefaller ha varit inställda på att slåss med varandra och därmed tillfoga varandra smärta och skador.”

Hovrätten kom således fram till att det mellan parterna förelegat ett ömsesidigt samtycke till slagsmål. Hovrätten fortsatte därför med försvarlighetsbedömningen.

”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. I rättsfallet NJA 1993 s. 553 uttalade Högsta domstolen att 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.

I förevarande mål har det - såvitt framkommit - varit fråga om vuxna personer som frivilligt sökt upp en plats där de haft att räkna med att det skulle bli fråga om slagsmål mellan ett stort antal personer. Enligt hovrättens mening har den som frivilligt inlåter sig på ett sådant företag fatt [sic!] vara beredd att motta visst våld av inte helt ringa art. Petter [...] åtgärd att sparka den okände mannen sedan denne fallit till marken far [sic!] emellertid med hänsyn till omständigheterna betraktas som uppenbart oförsvarlig och därmed ha passerat gränsen för ansvarsbefriande samtycke.”

Eftersom våldet varit uppenbart oförsvarligt dömdes Petter för misshandel av en enig hovrätt.

Svea Hovrätts dom i mål B 4702-05

Johan och Jonas stötte ihop inne på en pizzeria den aktuella kvällen. De började tjafsas med varandra och kom överens om att ”göra upp” utanför pizzerian. Precis utanför pizzerian drog Jonas upp Johans tröja över huvudet så att dennes armar läs-

tes. Jonas utdelade därpå flera knytnävsslag mot Johans näsa så att den började blöda och fläckade ner hans kläder.

Jonas åtalades för misshandel. Hovrätten fastställde tingsrättens dom med samma motivering. I fråga om samtycke konstaterade tingsrätten att:

”Undantagsvis kan omständigheterna vara sådana att det får [sic!] anses framgå att två personer som inlåter sig i bråk båda varit så inställda på att ofreda den andre och i någon utsträckning tillfoga den andre smärta och ringare övergående skador att gärningar som ligger inom denna ram är undantagna från ansvar på grund av samtycke. En [sic!] sådan bedömning gjorde Högsta domstolen i NJA 1993 s 553 där det var fråga om två skolungdomar som, på lek, börjat bråka med varandra under en rast. Omständigheterna i det fallet skiljer sig emellertid från det nu aktuella. Även om Jonas [...] varit inställd på att han och Johan [...] skulle slåss har det våld som Jonas [...] använt mot Jonas [Johan, eg. anm.] inte varit av sådan ringa karaktär att han kan undgå ansvar för misshandel. Detta gäller särskilt med beaktande av att Johan [...] först dragit upp Jonas [...] tröja på ett sätt så att denne var ur stånd att försvara sig.”

Mot bakgrund av detta dömdes Jonas för misshandel av en enig hovrätt.

Svea Hovrätts dom i mål B 3663-08

Peyman och Robin var skolkamrater. Det hade tidigare förekommit lite tjafs mellan dem båda. Den aktuella dagen gick Peyman förbi Robin och Robin frågade om de skulle slåss. Peyman svarade jakande men att han inte slår första slaget. Peyman gick då därifrån och Robin bad honom vända på sig. Robin fick som svar ”slå mig i ryggen”. När Peyman vände sig om sa han ”slå första slaget du så slår jag hundra sen”. I samband med det slog Robin två slag mot Peyman som träffade över näsa och öga.

Robin åtalades för misshandel. Tingsrätten fann att gärningen var ansvarsfri med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. Hovrätten anförde dock i denna del:

”Vid bedömningen av om Robin [...] agerade ska var fritt från ansvar jämlikt bestämmelsen i 24 kap. 7 § brottsbalken om samtycke konstaterar hovrätten inledningsvis att ett samtycke i regel inte medför ansvarsfrihet vid misshandel av normalgraden (se Holmqvistm.fi., Brottsbalken, En kommentar, s. 24:64). Undantagsvis kan dock omständigheterna vara sådana att det får anses framgå att två personer som inlåter sig i bråk båda varit så inställda på att ofreda den andre och i någon utsträckning tillfoga varandra smärta och ringare övergående skador att gärningar som ligger inom denna ram är undantagna från ansvar på grund av samtycke (se NJA 1993 s. 553). I förevarande fall kan dock, enligt hovrättens bedömning, Peyman [...] verbala yttringar inte anses innebära något ansvarsbefriande medgivande till att Robin [...] skulle få övergå till direkta handgripligheter (jfr NJA 1999 s. 460).”

Mot bakgrund av detta dömdes Robin för misshandel av en enig hovrätt.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål B 1082-09

Ett antal pojkar spelade fotboll på lek. Efter hand som matchen fortled blev spelet allt hårdare. Vid ett tillfälle uppstod gruff mellan Harald och William efter en tackling. De började putta på varandra varvid Harald tog ett grepp med sin arm om Williams hals/nacke så att denne fick andnöd. I samband med detta utdelade Harald flera slag som träffade William i nacken och på skuldrorna.

Harald åtalades för misshandel. Han invände emellertid att gärningen skulle vara ansvarsfri då den begåtts i nödvärn, med samtycke alternativt under idrottsutövning. Invändningen om nödvärn ogillades. I fråga om förekomsten av ansvarsbefriande samtycke hänvisade hovrätten till NJA 1993 s. 553 och konstaterade därefter att:

”I förarbetena till bestämmelsen (se prop. 1993/94:130 s. 39 och 42) uttalar regeringen bl.a. att det, för att ett samtycke ska ha ansvarsfriande verkan i det enskilda fallet, måste föreligga vissa garantier för att samtycket verkligen innebär att den enskilde har gett upp det straffskyddade intresse som det är fråga om. Den grundläggande förutsättningen är således att ett samtycke till den aktuella gärningen faktiskt har förelegat. Från denna utgångspunkt finns det anledning att ifrågasätta om det angivna rättsfallet från Högsta domstolen fortfarande kan anses ge uttryck för gällande rätt. I vart fall finns det fog för slutsatsen att William [...] frivilliga deltagande i fotbollsmatchen inte innebär att han lämnade ett samtycke till att på det sätt som skedde bli fälld till marken och misshandlad med knytnävsslag. Något som tyder på att Harald [...] uppfattade att det förelåg ett samtycke från William [...] sida på detta sätt har inte framkommit. Detta innebär att inte heller den av Harald [...] i andra hand gjorda invändningen är värd beaktande.”

Också den tredje invändningen ogillades av hovrätten då en klar skillnad enligt hovrätten bör göras mellan organiserad idrott och lek. Eftersom den aktuella gärningen inte hade något med fotboll att göra hade detta ingen betydelse för den straffrättsliga bedömningen. Sammantaget innebär detta att en enig hovrätt dömde Harald för misshandel. Två domare var emellertid skiljaktiga över motiveringen (ang. nödvärn).

Svea Hovrätts dom i mål B 1576-11

Eugeny och Abolfazl spelade bordtennis tillsammans. I samband med detta uppträdde Abolfazl provocerande vilket bl.a. yttrade sig i verbala skämt om Eugeny. Abolfazl ”snärtade” dessutom Eugeny med ett tygstycke. När sedan Abolfazl gick ifrån bordet till sitt rum kastade Eugeny ett bordtennisracket efter honom. När Abolfazl vände sig om möttes han av Eugeny som då utdelade två slag med kanten av racket mot Abolfazls huvud. Slagen förorsakade sår och blodvite.

Eugeny åtalades för misshandel. Tingsrätten fann att gärningen var ansvarsfri med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. Hovrätten anförde dock i denna del:

”Enligt hovrättens bedömning visar utredningen entydigt att det var Eugeny [...] som gick till angrepp mot Abolfazl [...]. Det förhållandet att Abolfazl [...] kan ha uppträtt provocerande mot Eugeny [...] i ett tidigare skede innebär inte att det har funnits ett ansvarsbefriande samtycke till den misshandel som sedan ägde rum.”

Mot bakgrund av detta dömdes Eugeny för misshandel av en enig hovrätt.

Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 4191-10

Robert var irriterad på Linus för dennes kontakt med Roberts flickvän. När de den aktuella dagen träffades uppstod därför viss ordväxling mellan de båda. Robert var dessutom aggressiv och våldsam mot Linus. De två männen skiljdes därefter åt. Ett antal timmar senare kom Robert, märkbart uppretad, gående mot torget. Han träffade där Linus och de två männen hamnade i slagsmål. Robert hade i det läget uttalat hotelser mot Linus. Slagsmålet resulterade i att Robert fick läggas in på sjukhus för sina skador.

Linus åtalades för grov misshandel. Hovrätten fann det styrkt att Linus gjort sig skyldig till ett misshandelsbrott. Frågan uppstod däremot om Robert, genom sitt agerande, samtyckt till skadorna. Det konstaterades att:

”Robert [...] agerande mot Linus [...] 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 Linus [...] och till att han därmed skulle tillfogas smärta och skador.”

Hovrätten fann således att det förelåg samtycke till slagsmål. Den relevanta frågeställningen tycks emellertid ha varit, även om det inte uttrycktes explicit, huruvida detta samtycke också *omfattade* det aktuella våldet. Hovrätten fann att så inte var fallet och anförde:

”Vad Robert [...] kan anses ha samtyckt till med en för Linus [...] ansvarsbefriande verkan är ett fåtal slag av inte alltför allvarlig art. Linus [...] har därutöver, när Robert [...] låg försvarslös på marken, utdelat flera slag med sammanlänkande händer i ansiktet på Robert [...] och även sparkat honom på kroppen.”

Eftersom våldet varit för grovt dömdes Linus för misshandel av en enig hovrätt.

Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i mål B 776-12

Alexander som var 17 år kom cyklande i fel körriktning när han mötte Sten Inge som körde i en personbil. Då Sten Inge, enligt egen utsago, fick möte var han tvungen att köra nära Alexander som därför fick gå upp på trottoaren. Alexander blev irriterad och dunkade näven i bilen samtidigt som han skrek ”gubbjävel”. Sten Inge klev då ur bilen och knuffade till Alexander varpå Alexander replikerade med två knytnävsslag mot Sten Inges ansikte. Sten Inge tryckte då ner Alexander på marken för att lugna honom. När två personer kom till platsen släppte Sten Inge Alexander som då reste sig upp och utdelade ett slag/knuff som träffade Sven Inges ansikte så att glasögonen ramlade av. Sten Inge utdelade då ett hårt knytnävsslag i ansiktet på Alexander som orsakade smärta och blånad.

Sten Inge åtalades för misshandel. Vad gäller invändningen om samtycke anslöt sig hovrätten till tingsrättens bedömning. Tingsrätten uttalade i denna del, efter att ha hänvisat i allmänna ordalag till NJA 1993 s. 553 och NJA 1999 s. 460, att:

”Den omständigheten att Alexander [...] uppträdde aggressivt genom att dunka näven i bilen och var verbalt otrevlig kan inte uppfattas som ett medgivande till att Sten Inge [...] fick gå över till direkta handgripligheter. Gärningen kan därför inte vara fri från ansvar på grund av samtycke.”

Även om samtycke inte ansågs föreligga friade hovrätten, till skillnad från tingsrätten, Sten Inge från misshandel då han agerat i nödvärn.

6.3.3 Sammanfattning av hovrättspraxis

I många av de ovan redovisade hovrättsavgörandena finns en hänvisning i allmänna ordalag till HD:s avgörande i NJA 1993 s. 553 och/eller NJA 1999 s. 460. Hur dessa riktlinjer kommer till uttryck är emellertid ibland svårt att avgöra då bedömningen i vissa fall saknar egentlig motivering. Istället tycks det vara så, precis som i HD:s båda avgöranden, att bedömningen i de flesta fall utgår mer från den faktiska situationen snarare än den enskildes faktiska viljeuttryck. Detta utesluter däremot inte att domstolen ibland anför vilka omständigheter som har ansetts konstituera samtycke. Även om bilden i regel ”grumlas” av bevisfrågor finns det några omständigheter som är värda att lyfta fram.

I flera avgöranden har tidigare beteende och beteende i anslutning till misshandeln ansetts tala för samtycke (t.ex. B 997-05, B 9381-10, B 692-11, B 5348-11, B 4191-10). Målsäganden har i dessa fall själv sökt upp, provocerat fram eller på något annat sätt varit aktivt bidragande till den uppkomna situationen. Att målsäganden själv varit *aktiv* innan eller i samband med misshandeln tycks således vara en omständighet som anses konstituera samtycke. Med aktiv menas (ungefär) lika aktiv som gärningsmannen. Passivitet i samband med slagsmålet tycks därför tala emot före-

komst av samtycke. En omständighet som trots målsägandens passivitet ansetts ge uttryck för att målsäganden varit införstådd med slagsmålet är att målsäganden på något sätt *förberett sig för våld*, t.ex. lämnat över plånboken till en vän eller gått bort en bit från platsen för att slåss (B 3535-10 och B 4702-05). Vad som inte ensamt konstituerar samtycke är däremot att målsäganden uppträtt *aggressivt* (B 776-12), *provocerande* (B 1576-11) eller *uppmanat gärningsmannen att slå* (B 3663-08). Inte heller har samtycke konstituerats enbart genom parternas olika *grupptillhörigheter* (B 7866-04).

Vilket våld har då den som frivilligt inlåter sig i slagsmål fått vara beredd att motta? Givetvis beror samtyckets omfattning på omständigheterna i övrigt. I många avgöranden tycks dock särskild vikt läggas vid det faktum att två personer frivilligt inlåtit sig i slagsmål varför frågan inte är helt utan intresse på ett principiellt plan. Det faktum att en person inlåter sig i slagsmål anses nämligen som utgångspunkt konstituera samtycke endast till *relativt lindriga skador*. Enligt Hovrätten för Västra Sverige i mål 4191-10 anses ett sådant samtycke omfatta ett ”fåtal slag av inte alltför allvarlig art”. Enligt Svea Hovrätt i mål B 2056-04 har emellertid den som frivilligt inlåter sig i bråk fått vara beredd att motta ”visst våld av inte helt ringa art”. Detta ligger i linje med HD:s praxis. Var gränsen sedan går, och om den följer gränsen för försvarlighetsbedömningen, är oklart och tycks bero på övriga omständigheter.

7 Analys

7.1 Förutsättningar för ett giltigt samtycke

För att ett samtycke ska vara rättsligt relevant krävs det bl.a. att den som lämnar samtycket är kapabel att förstå innebörden av samtycket, har insikt om relevanta förhållanden och att samtycket är frivilligt. Utgångspunkten är således att ett giltigt samtycke ska vara resultat av ett *rationellt och frivilligt beslut*. Som straffrätten i stort vilar regleringen i 24 kap. 7 § BrB på uppfattningen att subjektet är en autonom individ som faktiskt kan fatta sådana beslut. Denna syn på det handlande subjektet har dock ifrågasatts från bl.a. feministiskt håll.²⁴⁰ Som Wegerstad anför handlar t.ex. frågan om frivillighet ytterst sett om en problematik om hur individens, faktiska eller uppfattade, fria vilja ska förstås i förhållande till samhällseliga normer och strukturer som begränsar denna.²⁴¹ Även om en korrekt förståelse av den juridiska problematiken i viss mån är avhängig de diskursiva och filosofiska aspekterna av rationalitet och frivillighet faller emellertid en utförlig behandling av dessa utanför ramen för denna uppsats. Framställningens syfte i denna del är istället begränsat till att belysa några situationer där kriterierna för samtyckets giltighet kan medföra bedömningssvårigheter ur ett inom-juridiskt perspektiv.

7.1.1 Frivillighet

Kravet att ett samtycke ska vara frivilligt för att vara rättsligt relevant innebär bl.a. att det inte får vara lämnat under starkare eller svagare fysiskt eller psykiskt tvång. Vad detta närmare innebär är emellertid, skulle jag vilja påstå, oklart. Två aspekter ska här beröras.

Vad gäller för det första i fall där samtycket föranleds av ett *erbjudande som är svårt att motstå*? Problematiken kan illustreras med följande exempel: A erbjuder 1000 kr för att denne ska få slå B (t.ex. i syfte att tillfredsställa dennes sadistiska preferenser). B som är arbetslös och i behov av pengar samtycker till erbjudandet. I denna situation kan det enligt mitt förmenande ifrågasättas huruvida B har lämnat ett frivilligt samtycke eller inte. Ställningstagandet torde bero på omständigheterna i övrigt. Skulle B vara i desperat behov av pengar och inte anse sig kunna tacka nej till ett sådant erbjudande bör samtycket, om A utnyttjar detta förhållande, enligt mig inte betraktas som frivilligt. Problematiskt är emellertid att valfriheten tycks befinna sig på en glidande skala. Ändras t.ex. omständigheterna ovan till att studenten inte är i något större behov av pengar men erbjudandet istället motsvarar 10 000 kr så har B i detta fall visserligen en möjlighet att tacka nej, men det kan fortfarande ifrågasättas om valet är fritt. Enligt mitt förmenande torde dessa situationer vara mycket ovanliga men om situationen skulle uppstå bör bedömningen vara restriktiv. Samtycket bör betraktas som frivilligt endast i undantagsfall, annars är risken att gärningsmannen kan ”köpa sig” ansvarsfrihet.

Vad gäller för det andra i det fall där samtycke föranleds av *grupptrycke*? Problematiken illustreras av bl.a. Svea Hovrätts dom i mål B 9381-10 och Göta Hovrätts dom i mål B 3535-10. Det senare målet handlade, som ovan redovisat, om en uppgörelse

²⁴⁰ Andersson, *Våld mot kvinnor i straffrätten. Utsatta kvinnor i strukturell och diskursiv belysning*, i På vei: Kjønn og rett i nord, s. 407 f.

²⁴¹ Wegerstad, *Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans*, Juridisk publikation 2012, s. 245.

mellan två ungdomar. Majoriteten i hovrätten fann, med huvudsaklig hänvisning till att gärningsmannen inte samrätt med de personer som utövat påtryckningarna, att samtycket var frivilligt. Enligt mitt förmenande är emellertid detta resonemang tveksamt då det enligt gällande rätt saknar betydelse vem som utövat det ”psykiska tvånget”. Var gränsen sedan bör gå och om den passerades i det aktuella fallet är en svårare fråga. Enligt mitt förmenande kan ansvarsfrihet inte inträda i situationer där intressebärandens handlingsalternativ varit så pass inskränkta att denne oavsett val inte hade kunnat undkomma våld av viss grad. Grupptrycket bör emellertid, anser jag, vara påtagligt för att samtycket inte ska anses som frivilligt. Den omständigheten att parterna riskerar att förlora status eller anseende bör inte vara tillräckligt för att negera giltigheten eftersom samtyckesbestämmelsen då riskerar att urvattnas. Rädsla att förlora anseende eller gruppträck torde nämligen vara ett vanligt motiv till att slagsmål inleds.

7.1.2 Rationell handlingsförmåga

Kravet att intressebäranden ska vara kapabel att förstå innebörden av samtycket samt ha insikt om relevanta förhållanden innebär att den som lämnar sitt samtycke också måste besitta rationell handlingsförmåga. Många gånger är dock denna premis tveksam. Rationell handlingsförmåga kan ifrågasättas hos en mängd individer, bl.a. barn, berusade, dementa, begåvningshandikappade och psykiskt sjuka personer.

I svensk rätt saknas det generella riktlinjer avseende vilka individrelaterade omständigheter som bör ogiltigförklara ett samtycke. För att ett samtycke ska vara giltigt krävs dock att den samtyckande uppnått en viss ålder. Enligt rättspraxis tycks det i vart fall klart att en femåring inte kan lämna ett sådant samtycke. Enligt mitt förmenande och i analogi med bedömningen av när hänsyn ska tas till underårigas viljeyttringar i vårdnadsfall borde det dock antagligen krävas att barnet nästan är straffmyndigt för att ett samtycke ska anses giltigt. Holmqvist m.fl. anför att det överlag borde ställas högre krav på ”mognad” om gärningen är allvarlig. Detta är en rimlig hållning. Enligt mitt förmenande skulle uttalandet kunna utvidgas till att också gälla vid (kraftig) berusning och psykisk störning. Det borde generellt krävas en högre grad av rationell handlingsförmåga för samtyckets giltighet vid samtycke till allvarliga integritetskränkningar. Bedömningen om var denna gräns ska dras måste emellertid ske in casu. Eftersom möjligheten till putativt samtycke finns medför sådana högre krav enligt mitt förmenande inte en rättssäkerhetsförlust för gärningsmannen.

7.2 Samtyckets manifestation

I praxis är det sällan som samtyckets giltighet problematiseras. Istället tycks den primära frågeställningen vara vilka slutsatser som kan dras utifrån en persons faktiska handlande och utifrån situationen i stort. Dessa svårigheter är i praktiken mest frekvent förekommande vid slagsmålsituationer. Bevis- och uppsåtsfrågor finns emellertid regelmässigt med som ytterligare faktorer och ”grumlar” bilden.

7.2.1 Slagsmål

Om en person inlåter sig i slagsmål anses denne som huvudregel, enligt tolkningen av Dahlström m.fl. av NJA 1999 s. 460, inte ha accepterat att mötas av (avsevärt) grövre våld än vad denne själv utövat. En sådan tolkning får enligt mitt förmenande stöd av hovrättspraxis. Utgångspunkten i den praxis jag har undersökt är nämligen att båda parter ska vara ungefär lika aktiva i samband med slagsmålet för att samtycke ska

anses föreligga. Har någon mötts av avsevärt grövre våld än denne själv utdelat torde detta således tala emot att samtycke förelegat. Målsäganden har då inte varit aktiv på samma sätt som gärningsmannen.

För en korrekt förståelse är det emellertid viktigt att poängterar att denna huvudregel inte är uttömmande. I en del slagsmålsituationer framgår det ömsesidiga samtycket naturligtvis av andra omständigheter än målsägandens användande av våld. I t.ex. Göta Hovrätts dom B 3535-10 möttes målsäganden av avsevärt grövre våld än vad denne själv hade utövat, trots detta ansågs samtycke ha förelegat. Relevanta omständigheter vid dessa typer av uppgörelser tycks då istället vara att parterna uttryckligen eller konkludent bestämt sig för att ”göra upp” innan själva slagsmålet. Omständigheter som tyder på detta är bl.a. att parterna på något sätt förbereder sig för slagsmål, t.ex. lämnar över plånboken eller går bort en bit från platsen.

I NJA 1999 s. 460 anförde HD att den aktuella misshandeln inte skulle anses vara ansvarsfri bl.a. med hänsyn till att de båda ungdomarna var två för varandra *okända personer*. En intressant iakttagelse i detta sammanhang är att i majoriteten av de fall där samtycke har haft ansvarsbefriande verkan i anförd praxis har de inblandade parterna haft någon form av tidigare relation. Det är egentligen bara i Göta Hovrätts dom i mål B 3535-10 som parterna inte känt varandra sedan tidigare. Vilka slutsatser som kan dras av detta är dock oklart. Troligtvis sammanhänger resultatet med att misshandel är vanligast förekommande under dessa omständigheter. Enligt mitt förmenande, vilket hänger samman med hur bedömningen delvis ser ut i praxis, går det emellertid inte att utesluta att det i dessa fall också anses rimligare att ansvarsfrihet ska inträda.²⁴² Är gärningsmannen och målsäganden tidigare vänner eller bekanta torde det vara lättare att bedöma situationen som t.ex. ”skojbråk” eller att anse att målsäganden ”varit med på det” än om de varit två för varandra helt okända personer.

7.2.2 Gruppslagsmål

Gruppslagsmål förekommer i många former. Den på senare tid kanske mest uppmärksammade formen är *supporterbråken*, och då framförallt de organiserade uppgörelserna mellan olika supportergrupper (s.k. firmor).²⁴³ Vilka omständigheter som anses konstituera ett samtycke när två grupper drabbar samman tycks enligt praxis däremot vara oklart. I Svea Hovrätts dom i mål B 7866-04 där två supportergrupper drabbat samman ansågs målsäganden inte ha lämnat något samtycke. Domstolen anförde i denna del:

”Gärningen kan därför inte anses ha begåtts med samtycke från målsägandens sida på grund av de telefonkontakter som uppges ha förekommit mellan supportergrupperna. Något samtycke låter sig heller inte konstitueras enbart genom parternas olika gruppstillhörigheter, genom vad [den tilltalade] har uppgett om [målsägandens] agerande på brottsplatsen eller till följd av vad i övrigt framkommit i målet.”

I Svea Hovrätts dom i mål B 2056-04, som rörde samma gruppslagsmål, ansågs målsäganden däremot ha lämnat samtycke genom att inlåta sig i slagsmålet.

”I avsaknad av bevisning som motsäger vad [den tilltalade] uppgett får hans uppgift, vilken för övrigt vinner stöd av vad vittnena berättat, om att det på något sätt överenskommit mellan supportrarna att träffas på den aktuella platsen och göra upp genom slagsmål dem emellan tas för god. Detta även om det inte förekommit uttryckliga samtycken mellan var och en av de inblandade.

²⁴² Se nedan kap. 7.2.3.

²⁴³ Brottsförebyggande rådet, *Rapport 2008:20*, s 28 f.

Omständigheterna i målet visar inte heller annat än att de inblandade förefaller ha varit inställda på att slåss med varandra och därmed tillfoga varandra smärta och skador.”

Mot bakgrund av dessa två avgöranden är det klart att ett samtycke inte konstitueras enbart genom parternas olika grupptillhörigheter. Vad som däremot, de lege lata, krävs för att samtycke ska anses föreligga är svårare att fastställa. De två avgörandena är svåra att harmonisera.

Enligt mitt förmenande, de lege ferenda, är det viktigt att göra en distinktion mellan *organiserade uppgörelser* som i de båda hovrättsavgörandena ovan och uppgörelser som är ett resultat av *spontana sammanstötningar*. Vad gäller de förra måste det initialt utredas huruvida målsäganden har haft insikt till samtliga relevanta omständigheter, d.v.s. att en sammandrabbning skulle ske. Om sådant uppsåt föreligger måste utgångspunkten enligt mitt förmenande anses vara att målsäganden har samtyckt till risken att också mötas av visst våld. Att gruppen, vari personen befinner sig, aktivt och efter kontakt med den rivaliserade gruppen söker upp denna måste som huvudregel tolkas som ett konkludent samtycke till slagsmål av samtliga deltagare som har insikt om de faktiska förhållandena. Det är dock viktigt för bedömningen att notera att ett samtycke när som helst kan återkallas. En person som är beredd på slagsmål kan i sista stund ångra sig och återkalla sitt samtycke, t.ex. om han ser att den mötande gruppen är numerärt överlägsen och därför befarar att han kommer att bli misshandlad. Av den anledningen måste enligt mitt förmenande omständigheten att målsäganden är passiv vid slagsmålet eller på något sätt försöker ta sig ur situationen tolkas som att något samtycke inte har lämnats (eller har återkallats).

Vad däremot gäller de senare situationerna är enligt min mening större försiktighet påkallad. Det måste i detta läge bl.a. utredas huruvida målsäganden aktivt eftersträvat konfrontation med den andra gruppen eller om han plötsligt överrumplats av det mötande våldet. Den omständigheten att en person ovetande befinner sig i en grupp som plötsligt möts av våld från en annan grupp kan rimligtvis inte tolkas som ett giltigt samtycke till slagsmål. En tydlig grupptillhörighet torde visserligen tyda på att man inte ovetande hamnat i gruppen men som Svea Hovrätt konstaterar i mål B 7866-04 kan inte detta vara en tillräcklig omständighet för att konstituera samtycke.

7.2.3 Samtyckets omfattning

Om målsäganden själv är aktiv och slagsmålet hålls på en någorlunda jämn nivå kan gärningen vara ansvarsfri med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. I praxis har emellertid omfattningen av ett sådant ömsesidigt konkludent samtycke ansetts begränsad. I NJA 1993 s. 553 anförde HD att de båda inblandade ansågs beredda på att ”i någon utsträckning tillfoga varandra smärta och ringare övergående skador, t.ex. i form av blåmärke och mindre svullnader”. I Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 4191-10 ansågs ansvarsfriheten omfatta ”ett fåtal slag av inte alltför allvarlig art” och i Svea Hovrätts dom i mål B 2056-04 ”visst våld av inte helt ringa art”. Uttalandena kan tolkas som att ringa men däremot inte grovt våld som huvudregel omfattas av ett konkludent samtycke till slagsmål. Enligt mitt förmenande kan dock en sådan hållning inte upprätthållas undantagslöst, något som kan illustreras med utgångspunkt i Svea Hovrätts dom. I det fallet ansågs slag och sparkar mot en liggande person inte omfattas av dennes samtycke. Om emellertid båda parterna hade stått upp och slagsmålet hållits på en jämn nivå är det enligt min mening rimligt att anse att också våld som resulterat i mer än lindriga skador i praktiken hade omfattats av dennes samtycke. Den omständigheten att båda parter ömsesidigt är gärningsman och målsägande borde vara en omständighet som i regel konstituerar samtycke även vid mer våld än vad dessa uttalanden ger uttryck för. I praktiken torde det finnas

många sådana fall som aldrig kommer upp till rättslig prövning. Det är dock viktigt att notera att detta inte per automatik innebär att gärningen är ansvarsfri, för det krävs också att gärningen inte är oförsvärlig. Den bedömningen hör dock till nivå 2.

7.2.4 Utvidgad skönsmässig bedömning?

Utmärkande för såväl NJA 1993 s. 553 som NJA 1999 s. 460 är att HD tycks utgå från en bedömning av situationen som sådan snarare än den enskildes viljeuttryck. Detta förfaringsätt förekommer dock inte bara i HD utan också regelmässigt i hovrätterna. I hovrättspraxis förekommer det ofta, om än inte alltid, att domstolen i allmänna ordalag hänvisar till dessa vägledande rättsfall för att därefter utan egentlig motivering bedöma huruvida situationen är ansvarsfri med hänvisning till samtycke eller inte. Det kan dock ifrågasättas hur väl detta stämmer överens med lagstiftarens ursprungliga intentioner. Hovrätten över Skåne och Blekinge anför i mål B 1082-09:

I förarbetena till bestämmelsen (se prop. 1993/94:130 s. 39 och 42) uttalar regeringen bl.a. att det, för att ett samtycke ska ha ansvarsfriande verkan i det enskilda fallet, måste föreligga vissa garantier för att samtycket verkligen innebär att den enskilde har gett upp det straffskyddade intresse som det är fråga om. Den grundläggande förutsättningen är således att ett samtycke till den aktuella gärningen faktiskt har förelegat. Från denna utgångspunkt finns det anledning att ifrågasätta om det angivna rättsfallet från Högsta domstolen fortfarande kan anses ge uttryck för gällande rätt.

En grundläggande förutsättning för ansvarsfrihet måste, precis som Hovrätten för Skåne och Blekinge poängterar, vara att ett samtycke till den aktuella gärningen faktiskt har förelegat. Att motivera ansvarsfrihet utifrån en helhetsbedömning av situationen och inte fokusera på målsägandens viljeuttryck saknar för det första stöd i båda lagtext och förarbeten.

Det kan för det andra ifrågasättas hur väl en sådan rättstillämpning korresponderar med den ideologiska utgångspunkten för ansvarsfriheten. I motiven anför det nämligen att den tankemässiga bakgrunden till och ändamålet med ansvarsfrihet vid samtycke är att var och en har rätt att bestämma över sina egna intressen och att staten kan förhålla sig passiv om individen frivilligt avstår från dessa. Denna utgångspunkt – att individen har rätt att bestämma över sina egna intressen – har varit en tydlig del av den västerländska idétraditionen och har i olika lagförslag uttryckts under 1900-talets diskussion om samtycke. Som det bl.a. mycket tydligt uttrycks i straffrättskommitténs förslag från 1953 är det en absolut avgörande förutsättning att ett faktiskt samtycke till den aktuella gärningen har förelegat.

Bedömningen strider för det tredje enligt mitt förmenande mot den tankemässiga åtskillnaden av samtyckets två nivåer. Istället för att direkt bedöma huruvida ansvarsfrihet rimligtvis bör följa av situationen (nivå 2) måste rätten innan dess bedöma om det ens förelegat ett giltigt samtycke till gärningen eller inte (nivå 1). Nuvarande praxis tyder i vissa fall på att domstolen negligerar nivå 1 för en direkt bedömning av nivå 2. Enligt min mening går det inte att utesluta att detta förenklade redovisningsätt i HD:s och hovrätternas domskäl i huvudsak används för att, med beaktande av bl.a. skador och uppsåt, komma till just ett rimligt resultat i ansvarsfrågan. Vilka normer och värderingar som underbygger en sådan bedömning är dock oklart. Jag skulle av den anledningen vilja hävda att det i regel finns fog att anta att ansvarsfrihet vid samtycke är ett resultat av en, i vart fall delvis, *utvidgad skönsmässig bedömning*. Utan klara normer för bedömningen finns det en klar risk att rättstillämpningen inte ger tillräcklig vägledning utan brister i enhetlighet. Detta går att skönja i praxis och måste enligt min mening betraktas som en rättsosäkerhetsfaktor (trots att det rör sig om en ansvarsfrihetsgrund).

Enligt mitt förmenande borde den rättsliga bedömningen än tydligare än vad nuvarande praxis ger uttryck för ta utgångspunkt i den enskilde personens viljeuttryck. Har denne muntligen, genom kroppsrörelser eller på annat sätt konkludent samtyckt till att utstå visst våld? Viss vägledning, om än svag, finns här i praxis angående yttre omständigheter som anses konstituera samtycke. För att ligga i linje med ansvarsfrihetsgrundens intention och ändamål borde bedömningen också tydligare resonera kring rekvisiten i nivå 1. Många gånger kan det enligt mitt förmenande ifrågasättas om ett samtycke verkligen givits t.ex. frivilligt och med full insikt om relevanta förhållanden. Mot bakgrund av denna otydlighet i samtyckesbestämmelsens tillämpning vore det önskvärt med ett förtydligande från HD:s sida.

7.3 Försvarlighetsbedömningen

I denna del kommer jag initialt att belysa vad som kan anses vara ett godtagbart syfte. Därefter för jag en diskussion om huruvida en allt för snäv fokusering på skadans art som bedömningsgrund i viss mån kan leda till slumpmässiga resultat. Avslutningsvis kommer försvarlighetsbedömningen vid slagsmål som utförs på idrottens område att problematiseras och till viss del ifrågasättas.

7.3.1 Godtagbart syfte

Enligt lagtexten ska gärningens försvarlighet bedömas utifrån den skada eller kränkning den medför, dess syfte och övriga omständigheter. Som ovan konstaterat är det emellertid både i teorin och i praktiken oklart vad som ska förstås med ett godtagbart syfte. En relevant fråga är *vilket eller vems syfte* rätten ska bedöma. Är det gärningens syfte i objektiv mening eller gärningsmannens eller målsägandens subjektiva syfte som avgör om gärningen har ett godtagbart syfte? Enligt Agge måste den etiska bedömningen ta sikte på gärningstypen *in abstracto*. Målsägandens subjektiva inriktning bör således helt sakna betydelse. Detta synsätt står emellertid i strid med Hovrätten över Skåne och Blekinges motivering i mål B 1082-09. Domskalet i detta fall kan tolkas som att syftet ska förstås i en mer snäv betydelse som den enskildes subjektiva vilja. Enligt mitt förmenande ligger det tydligast i linje med såväl lagtextens lydelse som försvarlighetsbedömningens syfte att i bedömningen ta utgångspunkt i gärningstypens objektiva syfte. Försvarlighetsbedömningen är nämligen i grund och botten paternalistiskt motiverad och syftet är att etiskt oförsvarbara gärningar inte straffritt ska få äga rum i samhället alldeles oavsett de enskildas subjektiva syften. Detta måste rimligtvis innebära att gärningsmannens och målsägandens subjektiva syfte med gärningen inte ska tillerkännas avgörande betydelse. Den omständigheten att gärningen ligger i linje med parternas vilja vid gärningstillfället kan enligt mig endast betraktas som en nödvändig, dock inte tillräcklig, förutsättning för att gärningen ska ses som godtagbar. Ett annat problem med att utgå ifrån gärningsmannens eller målsägandens vilja är att detta i regel torde medföra bevisvårigheter.

Vad som sedermera, mot bakgrund av ovanstående argumentation, ska förstås vara ett *godtagbart syfte in abstracto* är en svårare fråga. I NJA 1997 s. 636 tycks HD mena att religiös praxis och det faktum att företeelsen är vanligt förekommande kan betraktas som godtagbara syften. Den senare motiveringen kan emellertid enligt mitt förmenande svårligen betraktas som en tillräcklig förutsättning för att en gärning ska vara godtagbar. Det finns många företeelser i vårt samhälle som är vanliga som vi ändå inte finner moraliskt acceptabla, t.ex. kvinnomisshandel, stöld och sexuella övergrepp för att bara nämna några. En rimlig tolkning av HD:s dom måste därför vara att om gärningen är frekvent förekommande är detta något som tyder på ett

godtagbart syfte och inget som i sig utgör ett godtagbart syfte. Något enkelt svar på vad som ska ses som godtagbart går däremot sannolikt inte att finna. Som Wegerstad anför är det därför viktigt att i detta sammanhang diskutera och framförallt synliggöra vilken verklighetsbeskrivning eller samhällelig diskurs rätten utgår ifrån vid sin bedömning. Kosmetiska operationer som exempelvis bröst- och läppförstoring kan på samma gång vara uttryck för kvinnans självbestämmanderätt över sin egen kropp som ett resultat av yttre påtvingade skönhetsideal eller inre osäkerhet.²⁴⁴ Mot vilken horisont och verklighetsuppfattning en gärning betraktas avgör således utgången av den moraliska värderingen. Att diskutera och synliggöra dessa ofta dolda diskurser är enligt mig i vart fall ett första steg i en nödvändig diskussion om ”godtagbara syften” i straffrätten. I enlighet med Wegerstad anser jag att domstolarna och lagstiftaren på ett tydligare sätt borde belysa dessa frågor.

7.3.2 Slumpmässigt resultat?

I svensk rätt tycks samtyckets ansvarsbefriande verkan i huvudsak vara avhängigt gärningens effekt. Även om det i lagtexten uttryckligen stadgas att också gärningens syfte och omständigheterna i övrigt ska tillmätas betydelse vid försvarlighetsbedömningen är resonemang kring dessa rekvisit sällan förekommande i praxis. Gärningens syfte diskuteras visserligen ibland vid grövre integritetskränkningar men utgångspunkten är normalt att gärningens effekt, d.v.s. skadans omfattning, är avgörande för om gärningen är oförsvarlig eller inte. Enligt mitt förmenande kan emellertid en alltför ensidig fokusering på detta rekvisit få olyckliga konsekvenser. Detta kan illustreras på följande sätt: A och B hamnar i bråk på en fest och bestämmer sig för att gå ut och ”göra upp”. Ute på gatan slår A ett hårt slag som avsiktligen träffar B:s arm varpå B ger upp och går därifrån. A åtalas för ringa misshandel men frias med hänvisning till samtyckets ansvarsbefriande verkan. På samma fest hamnar C och D i bråk och bestämmer sig för att också de gå ut och ”göra upp”. Ute på gatan slår C ett hårt slag mot D:s arm. Precis innan slaget gör emellertid D en snabb rörelse vilket medför att slaget träffar D i ansiktet. Slaget orsakar att läppen spricker och att D tappar två tänder. C åtalas för misshandel alternativt vållande till kroppsskada. Till skillnad från i åtalet mot A fällt C sannolikt för misshandel av normalgraden alternativt vållande till kroppsskada då syftet sett till den uppkomna skadan svårigen kan anses vara godtagbart. Eftersom samtyckets omfattning, i detta exempel liksom ofta i praxis, är beroende av den inträffade skadans omfattning blir samtyckets ansvarsbefriande verkan i viss grad *slumpmässig*. Skadans omfattning behöver inte endast bero på vållande utan kan också bero på slumpmässiga faktorer som målsägandens fysik eller dennes agerande just i misshandelsögonblicket.

7.3.3 Slagsmål i ringen och på gatan

Ur ett straffrättsligt perspektiv är det klart att ansvarsfriheten vid idrott i allmänhet och kampsport i synnerhet är kraftigt utvidgad. Detta har tidigare konstaterats bero på samtycke och framförallt oskrivna undantagsregler som livets regel eller social adekvans. Vissa regelöverträdelser är allmänt godtagna i samhället. Ansvarsfriheten är emellertid inte absolut även om gränserna är mycket oklara. En deltagare torde, oavsett om tillstånd finns eller inte, kunna ställas till ansvar för bl.a. misshandel om våldet strider mot kampsportens regler och idé. Vid regelbunden kampsportutövning är

²⁴⁴ Wegerstad, *Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans*, Juridisk publikation 2012, s. 256.

det emellertid mer oklart om straffrättsligt ansvar kan inträda. Enligt uppfattningar i doktrin torde ansvar för misshandel i vart fall inte kunna uteslutas. Bedömningen är sannolikt beroende av vilken kampsport som åsyftas.

Utän att direkt gå in på den rättspolitiskt kontroversiella frågan om kampsportens vara eller icke-vara är det enligt mitt förmenande, de lege ferenda, rimligt att *regelstridigt våld* som också orsakar allvarlig kroppsskada bör föranleda ansvar som huvudregel²⁴⁵. Våldet omfattas då inte av motståndarens samtycke och det är svårt att finna varför dessa gärningar ska bedömas mycket annorlunda än om de utförts på gatan. Undantag från detta borde göras om regelöverträdelsen håller sig inom idrottens idé och att våldet inte föranlett allvarlig kroppsskada. Den exakta gränsdragningen måste ske in casu. När det gäller *regelbundet våld* är bedömningen svårare. Utgångspunkten måste enligt mitt förmenande vara att samhället under dessa omständigheter inte har anledning att blanda sig i idrottens angelägenheter. Denna utgångspunkt kan däremot inte vara utan undantag. Ta som exempel A och B som möts i en UFC-match. Båda utdelar och tillfogar varandra kraftiga slag och sparkar. Matchen avslutas med att A får in några riktigt hårda sparkar mot B. Sparkarna träffar så olyckligt att B ådrar sig ett benbrott. Enligt mitt förmenande borde det under sådana omständigheter finnas utrymme för åklagare att väcka åtal mot A för misshandel. Om A istället ådrar sig livshotande hjärnskador borde utrymmet för en fällande dom vara än större. Ett förtydligande från lagstiftare eller HD om gränserna för kampsportens utvidgade ansvarsfrihet hade varit önskvärt.

Avslutningsvis ställer jag mig i detta sammanhang frågande till om skillnaderna mellan våld ”i ringen” och våld ”på gatan” alla gånger är så stora. Också under många av de organiserade uppgörelser mellan s.k. firmor finns vissa uppgjorda regler och deltagarna torde vara medvetna om vilka risker de utsätter sig för. Enligt mitt förmenande går det inte att utesluta att det bakom denna skillnad i synen på försvarlighet och vaghet i nuvarande rättsläge, förutom allmänna överväganden om idrottens risker och samhällsnytta, också ligger starka ekonomiska och politiska intressen. Kampsport är, till skillnad från gatuslagsmål, vinstgenererande och det finns en stark politisk opinion för att tillåta kampsport. Det är mot bakgrund av detta intressant att fråga sig hur bedömningen hade sett ut exemplet ovan med A och B hade utspelat sig på en privat ”slagsmålsklubb” under övervakning av domare och publik. Hur hade bedömningen av våldet sett ut om arrangörerna i exemplet ovan glömt att söka tillstånd? Enligt mitt förmenande är det mycket troligt att A i dessa exempel hade fällts för misshandel om saken kommit under rättslig prövning. Bedömningen är emellertid mycket mer tveksam vid tillståndsgiven kampsport eftersom ansvarsfriheten då är kraftigt utvidgad. Ett sådant *statligt legitimerat våld* i underhållningssyfte kan emellertid enligt min mening ifrågasättas ur framförallt etisk synvinkel.

²⁴⁵ Se ovan kap. 5.2.2.1.

8 Avslutande anmärkningar

I den här uppsatsen har jag försökt visa under vilka förutsättningar och inom vilka gränser samtycke kan ligga till grund för ansvarsfrihet. Framställningen har huvudsakligen varit inriktad på brotten mot liv och hälsa i 3 kap. BrB. Jag har försökt visa att två förutsättningar måste vara uppfyllda för att ett samtycke ska ha ansvarsbefriande verkan. För det första måste det föreligga ett giltigt samtycke till aktuell gärning och för det andra får denna gärning inte vara oförsvarlig. Samtycket kan således med fördel delas upp i två nivåer.

I syfte att säkerställa att den enskilde verkligen har gett upp sitt straffskyddade intresse uppställs i nivå 1 ett antal förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett samtycke ska anses vara *giltigt*. Ett samtycke ska omfatta hela den aktuella gärningen och finnas senast vid tidpunkten för gärningens företagande. Samtycket ska vidare lämnas av någon som är behörig att lämna det, som är kapabel att förstå innebörden av det och som har insikt om relevanta förhållanden. Ett samtycke måste också vara frivilligt och allvarligt menat. I praktiken problematiseras däremot sällan giltigheten i samtyckets första nivå. Detta trots att vad som ska förstås med framförallt frivillighet och insikt delvis är oklart och föranleder gränsdragningsvårigheter. Mot bakgrund av den rättspraxis jag redovisat och analyserat tycks istället den primära frågeställningen i rättstillämpningen vara huruvida det *överhuvudtaget föreläggat ett samtycke till gärningen*. Bedömningsvårigheter tycks framförallt uppkomma vid slagsmålsituationer. Ett samtycke behöver visserligen inte ur materiell synvinkel ha lämnats uttryckligen – svensk rätt bygger på den s.k. viljeinriktningsteorin i detta avseende – men ur bevis-synpunkt har ett explicit viljeuttryck stor betydelse. Av den praxis jag gått igenom har jag funnit att frågan om samtyckets förekomst och omfattning många gånger tycks handla mindre om brottsoffrets vilja och avsikt och istället mer om gärningen och situationen som helhet samt om vad gärningsmannen uppfattat. Detta utesluter däremot inte att domstolen ibland anför vilka omständigheter som har ansetts konstituera samtycke. I flera avgöranden har tidigare beteende och beteende i anslutning till misshandeln ansetts tala för samtycke. Målsäganden har i dessa fall själv sökt upp, provocerat fram och/eller på något annat sätt varit aktivt bidragande till den uppkomna situationen. Att målsäganden själv varit aktiv innan eller i samband med misshandeln tycks således vara en omständighet som anses konstituera samtycke. Med aktiv menas ungefär lika aktiv som gärningsmannen – en person som inlåter sig i slagsmål anses som huvudregel inte ha samtyckt till att mötas av (avsevärt) grövre våld än vad denne själv utövat. En omständighet som trots målsägandens passivitet ansetts ge uttryck för att målsäganden varit införstådd med slagsmål och accepterat eventuella skador är att målsäganden på något sätt förberett sig för våld. Att målsäganden uppträtt aggressivt, provocerande eller uppmanat gärningsmannen att slå har däremot inte ensamt ansetts konstituera samtycke. Inte heller har samtycke konstituerats enbart genom parternas olika gruppstillhörigheter.

Vad gäller ansvarsfrihetens andra nivå – att *gärningen inte får vara oförsvarlig* – har jag visat att samtycke aldrig utesluter ansvar vid uppsåtligt dödande. Detta utesluter emellertid inte att samtycke i regel medför reducerat straffvärde i dessa fall. Vad gäller samtyckets ansvarsbefriande verkan vid misshandel bör gränsen enligt förarbetena dras på i princip samma sätt som gränsen mellan ringa och normalgraden av misshandel. Samtycke till ringa misshandel anses således ha ansvarsbefriande verkan medan motsatsen gäller vid samtycke till normalgraden, grov och synnerlig grov misshandel. Jag har emellertid försökt visa att denna gräns inte är absolut och att också samtycke till misshandel av normalgraden under vissa omständigheter kan ha an-

svarsbefriande verkan. Med största sannolikhet kan ett samtycke till misshandel av normalgraden föranleda ansvarsfrihet under förutsättning att skadan är ringa eller att gärningen har ett godtagbart syfte. Vad som ska förstås med godtagbart syfte är emellertid oklart i svensk rätt. Vad som i övrigt gäller samtycke till oaktsamma brott sammanfaller denna bedömning sannolikt i huvudsak med bedömningen för uppsåtliga brott. Kravet på insikt om relevanta förhållanden medför emellertid generellt svårigheter i dessa fall. Samtycke till brottet framkallande av fara för annan torde i regel, med undantag för situationer då risken för allvarlig skada är stor, ha ansvarsbefriande verkan.

Inom *sjukvården* och *idrotten* är ansvarsfriheten kraftigt utvidgad och gränserna för acceptabelt våld betydligt högre än annars. Detta motiveras dock också av andra ansvarsfrihetsgrunder än samtycke. På sjukvårdens område anses i princip varje medicinskt motiverad åtgärd vara försvarlig. På idrottens område är ansvarsfrihetens utsträckning i huvudsak avhängigt våldets förenlighet med idrottens interna regler. Utgångspunkten är att regelenligt våld är ansvarsfritt medan regelstridigt våld som också strider mot idrottens idé är ansvarsgrundande. Våld som är regelstridigt men som håller sig inom idrottens idé befinner sig däremot i en gråzon. Bedömningen tycks i dessa fall vara beroende av i vilket sammanhang våldet sker och om regelöverträdelser varit uppenbart uppsåtliga eller inte. Annorlunda är det för vissa kampsporter där gränsdragningsvårigheter torde uppkomma också vid regelenligt våld. Rättsläget tycks däremot vara delvis oklart vad gäller dessa situationer.

Enligt mitt förmenande är det troligt att samtyckets förutsättningar och framförallt gränser kommer att bli en hetare och mer omdebatterad fråga i framtiden. Redan idag kan vi se denna utveckling i rättspraxis. Dessutom finns det en del relativt nya samhällsfenomen där frågan särskilt aktualiseras. Många kampsporter med grövre våldsinslag som t.ex. UFC blir allt mer socialt accepterade, mediaproduktioner som t.ex. ”Jackass” visar att våld med samtycke är populärt som underhållning och organiserade uppgörelser mellan s.k. firmor har under senare år blivit allt vanligare. Inom den juridiska debatten har det dessutom på senare tid ifrågasatts om inte graden av accepterat våld vid BDSM bör likställas med lek och idrott.²⁴⁶ Utifrån en i samhällsdebatten vanligt förekommande sekulärliberal eller preferensutilitaristisk uppfattning kan också statens bestämmanderätt över individen ifrågasättas på ett principiellt plan. Enligt mitt förmenande är det utifrån ett sådant perspektiv svårt att finna någon normativ grund för att neka ett giltigt samtycke ansvarsbefriande verkan. Varför skulle inte individen få bestämma över sin egen kropp så länge det inte skadar någon annan? Den traditionellt västerländska och i huvudsak kristna uppfattningen att individen besitter ett intrinsiskt värde och att det finns ett allmänt etiskt intresse av att förhindra vissa handlingar i samhället tycks emellertid alltså i stor utsträckning spegla vår lagstiftning i denna del. Här finns en spänning.

Vad som mot denna bakgrund mer ingående måste diskuteras för framtiden är huvudsakligen vilka normativa ställningstaganden som ska genomsyra bedömningen av samtyckets gränser inom området mellan det straffria och det kriminaliserade. Detta gäller både ur ett lagstiftnings- och ett rättstillämpningsperspektiv. Denna diskussion rymmer enligt mitt förmenande inte bara den traditionella frågan om relationen mellan individ och stat utan också moralfilosofiska, sexualpolitiska och inte minst idrottspolitiska hänsynstaganden.

²⁴⁶ Se t.ex. Wegerstad, *Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans*, Juridisk publikation 2012, s. 260 f.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Prop. 1962:10. Förslag till Brottsbalk, Del A-C
- Prop. 1993/94:130. Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.)
- Prop. 2005/06:147. Lag om tillståndsplikt för vissa kampsportsmatcher
- SOU 1923:9. Förslag till strafflag, allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning jämte motiv angivna av strafflagskommissionen
- SOU 1953:14. Förslag till Brottsbalk, avgivet av straffrättskommittén
- SOU 1988:7. Frihet från ansvar, om legalitetsprincipen och allmänna grunder för ansvarsfrihet, slutbetänkande av fängelsestraffkommittén

Litteratur

- Agge, I, *Straffrättens allmänna del, föreläsningar, tredje häftet*, P.A. Nordstedt & Söners förlag 1964
- Andersson, U, *Våld mot kvinnor i straffrätten. Utsatta kvinnor i strukturell och diskursiv belysning*. I På vei: Kjøn og rett i Norden, (red.) Svensson, Eva Maria m.fl., Makadam förlag, 2012, s. 404-419.
- Anners, E, *Svensk straffrätts historia, del 1*, Almqvist & Wiksell Förlag AB, 1972
- Asp, P, *Sex och samtykke*, Iustus förlag, 2010
- Asp, P, Ulväng, M & Jareborg, N, *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, 2010
- Bechmann Christensen, M, *Det strafferetlige samtykke*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008
- Bengtsson, B, *Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv*, P.A. Nordstedt & Söners förlag, 1962
- Brottsförebyggande rådet, *Strategier mot fotbollsrelaterade ordningsstörningar. En kunskaps-sammanställning*, Rapport 2008:20
- Dahlström, M, Strand, A & Westerlund, G (red), *Brott och påföljder. En lärobok i straffrätt om brottsbalken*, fjärde uppl., Bruuns bokförlag, 2011
- Ekelöf, P O & Boman, R, *Rättegång, fjärde häftet*, sjätte uppl., Nordstedts Juridik, 1992
- Hagströmer, J, *Svensk straffrätt, första bandet*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri-aktiebolag, 1901-1905

- Holmqvist, L, Leijonhufvud, M, Träskman, PO & Wennberg, S, *Brottsbalken, en kommentar, del I (1-12 kap.)*, brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m., studentutgåva 6, Nordstedts Juridik, 2009
- Holmqvist, L, Leijonhufvud, M, Träskman, PO & Wennberg, S, *Brottsbalken, en kommentar, del II (13-24 kap.)*, brotten mot allmänbeten och staten m.m., studentutgåva 6, Nordstedts Juridik, 2009
- Inger, G, *Svensk rättshistoria*, femte uppl., Liber, 2011
- Leijonhufvud, M & Lynøe, N, *Lagen gör läkarens roll oklar*, Svenska Dagbladet, 15/10 2012 (22/10 2012), http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/lagen-gor-lakarens-roll-oklar_7582214.svd
- Leijonhufvud, M & Wennberg, S, *Straffansvar*, åttonde uppl., Nordstedts Juridik 2009
- Malmsten, K, *Culpavariabler vid idrottsutövning*, i Idrottsjuridisk skriftserie nr 5, Artikelsamling 2000, SISU Idrottsböcker, s. 117-126
- Malmsten, K, *Idrottsvåld – regelkonformitet och rättsenlighet*, i Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, Iustus Förlag 1985, s. 192-207
- Malmström, S, Györki, I & Sjögren, P, *Bonniers svenska ordbok*, åttonde uppl., Albert Bonniers Förlag, 2002
- Morawski, V, *Straffrättsligt ansvar vid idrottsutövning*, i Idrottsjuridisk skriftserie nr 9, Artikelsamling 2004, SISU Idrottsböcker, s. 212-276
- Nordh, R, *Praktisk process VII. Bevisrätt B. Bevisbörda och beviskrav*, Iustus förlag, 2011
- Rynning, E, *Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie*, Iustus förlag, 1994
- Schiratzki, J, *Social adekvans och barnets bästa – HD om omskärelse*, JT 1997/98, s. 491-496
- Strahl, I, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, P.A. Nordstedt & Söners förlag, 1976
- Tamm, D, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, 2 uppl., Nerenius & Santénius förlag, 1996
- Thyrén, J, *Förberedande utkast till strafflag. Kap I-XIII. Allmänna delen*, Gleerupska universitetsbokhandeln Lund, 1916
- Thyrén, J, *Kommentar till strafflagen kap. 14*, andra uppl., Gleerupska universitetsbokhandeln Lund, 1918
- Wegerstad, L, *Befriar leken från ansvar? – Om BDSM, samtycke och social adekvans*, Juridisk publikation, 2012, s. 239-261

Wetter, F P, *Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del, första häftet*, Juridiska föreningen i Uppsala, 1923

Winroth, A O, *Anteckningar efter professor Winroths rättshistoriska föreläsningar i straffrätt*, Gleerupska universitetsbokhandeln Lund, 1889

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1899 s. 106

NJA 1921 s. 387

NJA 1942 s. 3

NJA 1946 B 1403

NJA 1947 s. 328.

NJA 1957 s. 337

NJA 1974 s. 614

NJA 1981 s. 967

NJA 1990 s. 210

NJA 1993 s. 553

NJA 1996 s. 782

NJA 1997 s. 636

NJA 1998 s. 512

NJA 1999 s. 460

NJA 2003 s. 537

NJA 2004 s. 176

Hovrätterna

SvJT 1941 rf s. 56

SvJT 1942 rf s. 62

SvJT 1963 rf s. 61 II

SvJT 1966 rf s. 57

SvJT 1969 rf s. 20

RH 1996:69

RH 2009:47

Svea Hovrätts dom i mål B 7866-04, meddelad 2005-01-19

Svea Hovrätts dom i mål B 2056-04, meddelad 2005-01-31
Svea Hovrätts dom i mål B 4702-05, meddelad 2006-03-09
Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål B 997-05, meddelad 2006-06-08
Svea Hovrätts dom i mål B 3663-08, meddelad 2008-06-09
Svea Hovrätts dom i mål B 1255-08, meddelad 2009-03-23
Hovrätten över Skåne och Blekinges dom i mål B 1082-09, meddelad 2009-06-26
Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 3462-10, meddelad 2011-01-05
Svea Hovrätts dom i mål B 1576-11, meddelad 2011-04-11
Göta Hovrätts dom i mål B 3535-10, meddelad 2011-04-13
Svea Hovrätts dom i mål B 9381-10, meddelad 2011-05-03
Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i mål B 2802-10, meddelad 2011-09-21
Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål B 692-11, meddelad 2011-09-28
Svea Hovrätts dom i mål B 5348-11, meddelad 2012-03-29
Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 4191-10, meddelad 2012-03-30
Hovrätten för Skåne och Blekinges dom i mål B 776-12, meddelad 2012-06-25

Examination

Johan Gredenius registrerades för första gången på kursen HRO800 Examensarbetet i september höstterminen 2012 och har inte omregistrerats på kursen eller deltagit i något tidigare examinationsmoment. Examination ägde rum i januari 2013.