

Stockholms Universitet
Juridiska Biblioteket

Ex. 6

Utlåningsbiblioteket

Straffrätt m. m.

1094d/
164

Bearbetningar

LS SAM

Juridikbokse

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

STOCKHOLMS UNIVERSITET



30001

003220656



STOCKHOLMS UNIVERSITET
JURIDISKA BIBLIOTEKET

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XL]

IVAR AGGE

STRAFFRÄTTENS
ALLMÄNNA DEL

FÖRELÄSNINGAR

Tredje häftet

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

STOCKHOLM 1964

FRÅN...
TILL...

© P. A. Norstedt & Söners Förlag 1964

STOCKHOLM 1964. KUNGL. BOKTRYCKERIET P. A. NORSTEDT & SÖNER

F Ö R Ö R D

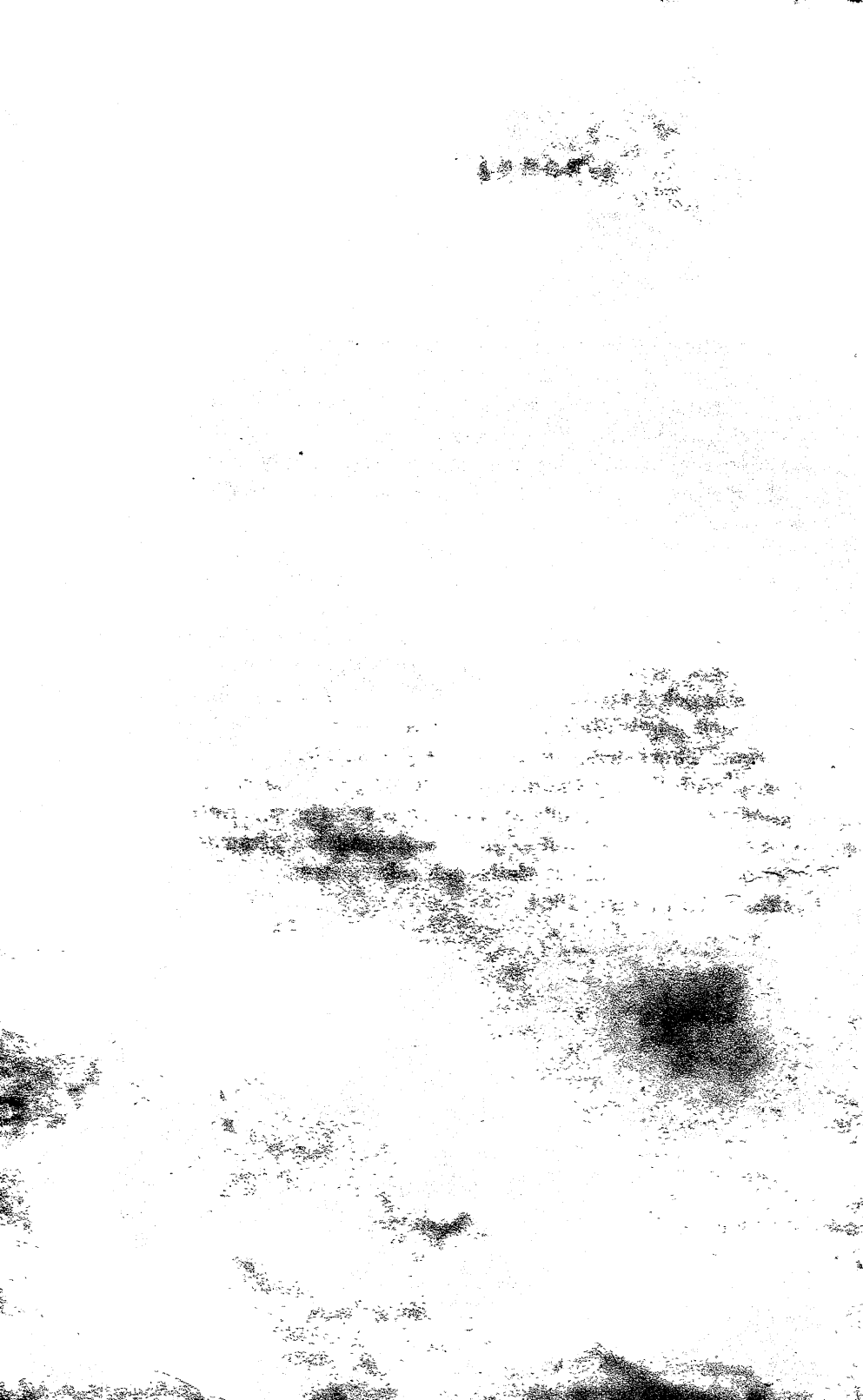
Det nu publicerade häftet av mina föreläsningar över straffrättens allmänna del ansluter sig ifråga om uppläggning och syfte till de två tidigare utgivna med den skillnaden att texten till den nya Brottsbalken och dess följdförfattningar nu lagts till grund för framställningen. För att under en övergångstid underlätta arbetets begagnande ha den äldre rättens motsvarigheter till åberopade stadganden angivits inom parentes.

Det föreliggande häftet har, liksom de tidigare utgivna, tillkommit med understöd från Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Medel till renskrivning av manuskript och andra omkostnader ha anvisats av Statens råd för samhällsforskning. För dessa olika bidrag framför jag mitt värdsamma tack.

Jag stannar också i tacksamhetsskuld till de personer som på olika sätt varit mig behjälpliga vid tillkomsten av arbetet. Professorn Hans Thornstedt har genomläst korrekturet till boken och gjort värdefulla påpekanden. Biträde med citatkontroll och korrekturläsning har lämnats av amanuenserna Gunnar Holmgren och Lars Lindgren samt av juris studeranden Staffan Janvid, som också upprättat rättsfalls- och sakregistren.

Stockholm i september 1964.

Ivar Agge



INNEHÅLL

Citerad litteratur	VII
--------------------------	-----

KAPITEL V

STRAFFRIHETSGRUNDERNA

§ 13. De atypiska situationerna. Rättsstridighetslärorna och straffrihetsgrunderna	325
<i>A. Frågeställningen</i>	<i>325</i>
Gärningsbeskrivningar och straffbarhetsbetingelser s. 325. — Formell lagtypicitet s. 326. — Materiell typicitet och reservationer för atypiska situationer s. 328. — Rättsstridighetslärorna s. 330. — Reservationer och restriktiv lagtillämpning s. 334.	
<i>B. Straffrihetsgrunderna och deras rättsliga underlag</i>	<i>337</i>
Terminologiska spörsmål s. 337. — Objektiva och subjektiva straffrihetsgrunder s. 340. — Strävan efter undantagstypicitet s. 342. — Generella resp. speciella straffrihetsregler s. 343. — Sedvanerättsligt utbildade regler s. 345. — Förhållandet till legalitetsprincipen s. 347. — Kritik av idén om en intresseavvägning i det särskilda fallet s. 349. — Straffrihetsregler i allmänna och speciella delen samt i specialstraffrätten s. 353.	
<i>C. Särskilda spörsmål</i>	<i>354</i>
Straffrihetsgrundernas rent objektiva natur s. 354. — Frågan om subjektiv täckning s. 356. — Straffrihetsgrundernas klassificering som objektiva eller subjektiva s. 357.	
<i>D. De objektiva straffrihetsgrundernas systematik</i>	<i>359</i>
Intressekollisioner och frånvaron av skyddsintresse s. 359. — Positiva och negativa intressekollisioner s. 360. — Dispositionen av den följande framställningen s. 361.	
§ 14. Handlingar mot egen rättsfär	362
Konkurrerande skyddsintressen s. 362. — Inskränkningar i enskild dispositionsfrihet s. 363. — Medverkansfrågor s. 364.	

§ 15. Särskilt om samtycke	368
<i>A. Inledande anmärkningar</i>	368
Generella lagbestämmelser saknas s. 368. — Samtycke och privaträttslig disposition s. 370. — Disposition över åtalsrätt s. 372. — Allmänna riktlinjer s. 373.	
<i>B. Samtyckesreglernas verkningsområde</i>	374
Samtyckets betydelse som straffrihetsgrund s. 374. — Dess betydelse för brottsrubriceringen i vissa fall s. 375. — Samtyckeslärans beroende av det angripna intressets art s. 376. — Brott mot staten och allmänheten s. 377. — Brott mot enskild persons integritet s. 378. — Gränsdragningar vid misshandelsbrotten s. 381. — Förhållandena före och efter tillkomsten av BrB s. 386. — Andra bedömningsgrunder än omfattningen av kroppsskadan s. 390. — Samtyckets innebörd och betydelse vid oaktsamhetsbrott s. 394. — Riskgradens inverkan s. 400. — Särskilt om förhållandena vid organiserad sport s. 403. — S. k. lagspel s. 404. — Boxning och brottning s. 406. — Samtyckets rättsliga betydelse vid övriga brott mot enskilda intressen s. 409.	
<i>C. Förutsättningarna för samtyckes giltighet</i>	410
Personlig kapacitet och privaträttslig behörighet s. 410. — Betydelsen för brottsrubriceringen vid brister i dessa hänseenden s. 411. — Samtycke från ställföreträdarens sida s. 413. — Intresset bäraren skall ha handlat frivilligt s. 415. — Betydelsen av villfarelse s. 415.	
<i>D. Formerna för samtyckes meddelande</i>	417
Viljeuttryck och viljeriktning s. 417. — S. k. inre samtycke s. 418. — Bevissynpunkter s. 419. — Samtyckets föremål och omfattning s. 419. — Den relevanta tidpunkten s. 421.	
<i>E. Om s. k. hypotetiskt samtycke</i>	422
Begreppsförklaring s. 422. — Rättspolitiska synpunkter s. 423. — Två skilda typer av atypiska situationer s. 426. — Svensk rätts inställning s. 428.	
Citerade svenska rättsfall	IX
Sakregister	X

CITERAD LITTERATUR

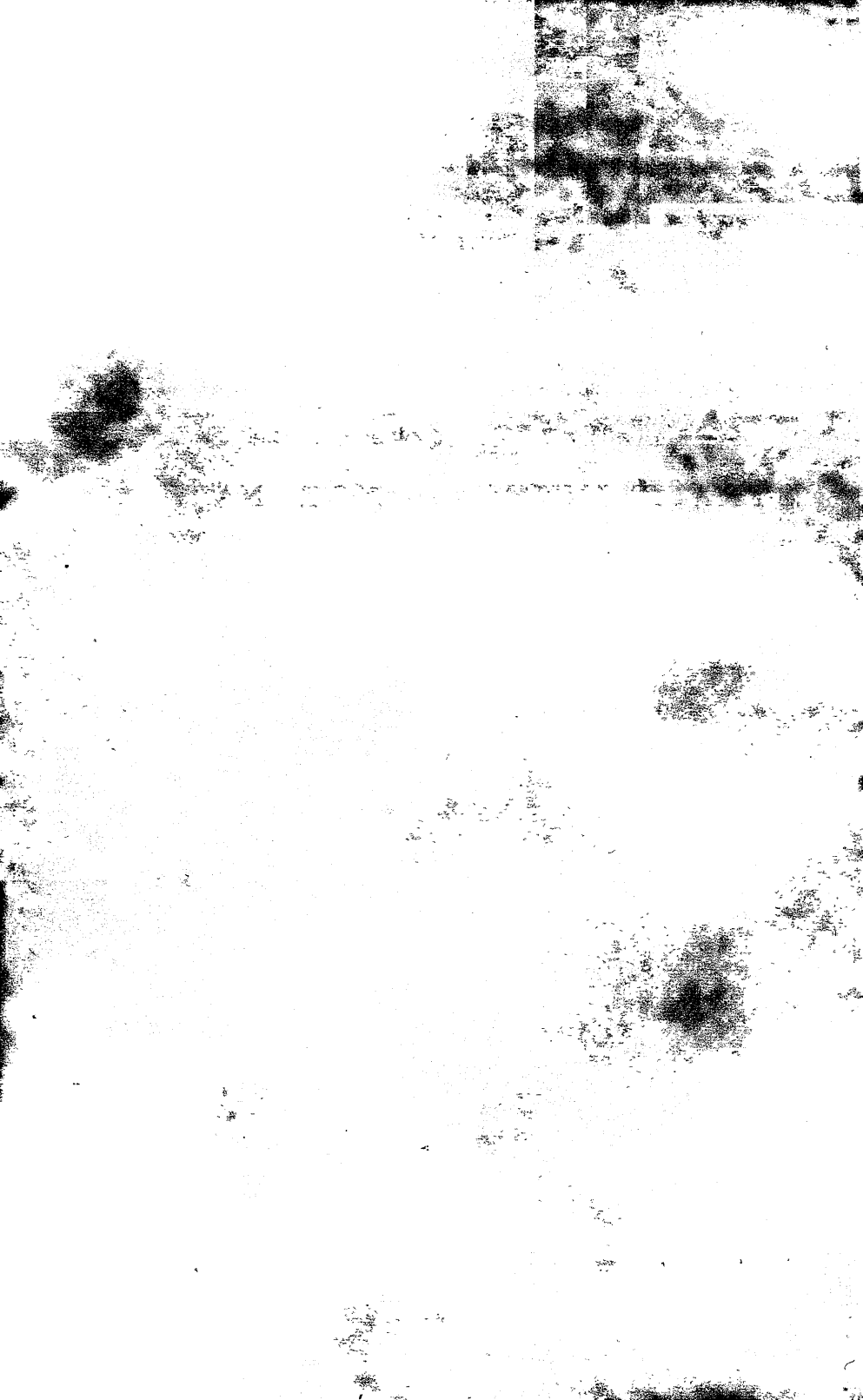
(Arbeten som återfinnas i litteraturförteckningen till första och andra häftena ha ej upptagits här.)

- AGELL, A., Samtycke och risktagande. Studier i skadeståndsrätt. 1962.
- ANDENÆS, J., Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten. Förhandlingarna å det 22:dra nordiska juristmötet (1960), s. 113 ff.
- BENGTSSON, B., Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv. 1962.
- BERGENDAL, R., Till frågan om samtyckets legislativa behandling i straffrätten. SvJT 1931 s. 273 ff.
- BJERRE, A., Om rättsstridighetsrekvisitet vid förtalsförbrytelserna. 1910.
- BOUZAT, P. & PINATEL, J., Traité de droit pénal et de criminologie. T. I—III. 1963. *Cit.* BOUZAT-PINATEL.
- EKELÖF, P. O., Rättegång. H. 4. 1963. — (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. 38.)
- ENGISCH, K., Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Bd 1. 1960. s. 401 ff.
- ENTWURF eines Strafgesetzbuches (StGB). E 1962 mit Begründung. Bundesratsvorlage. 1962.
- HELLNER, J., Några huvudlinjer i diskussionen om skadeståndsansvaret under 1900-talet. Minnesskrift utg. av Juridiska fakulteten i Stockholm. 1957 s. 117 ff.
- HOEL, A., Den moderne retsmetode. 1925.
- HONIG, M., Die Einwilligung des Verletzten. 1919.
- Das amerikanische Strafrecht. 1962. — Das ausländische Strafrecht der Gegenwart. Bd. 4.
- JESCHECK, H.-H., Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre. ZStW 73 s. 179 ff.
- KRUSE, FR. VINDING, Retslæren. Bd 1, 2. 1943.
- LJUNGMAN, S., Något om jordägarätt och planekonomi. TFR 1946 s. 156 ff.
- LUNDSTEDT, A. V., Kritik av nordiska skadeståndsläror. TFR 1923 s. 55 ff.

- NIAL, Från individualism till kollektivism. Minnesskrift utg. av Juridiska fakulteten i Stockholm. 1957 s. 190 ff.
- NOLL, P., Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten. 1955.
- OLIVECRONA, KARL, Rättegången i brottmål enligt RB. 2 uppl. 1961.
— (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. 4.)
- ROSS, A., Opgør med retstridighedslæren. TFR 1951 s. 205 ff.
— Virkelighed og gyldighed i retslæren. 1934.
- RYLANDER, G., & BENDZ, E., Rättspsykiatri. 1947. — (Kriminologisk handbok utg. av K. Schlyter.)
- SJÖGREN, W., Om rättsstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet. 1894.
- STRAHL, I., Kompendium i straffrättens allmänna del. (Stenc.) 1961.
— Kompendium i straffrättens allmänna del enligt brottsbalken. (Stenc.) 1963.
- THORSTEDT, H., Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten. Förhandlingarna å det 22:dra nordiska juristmötet (1960), s. 125 ff.
— "Jag brände mina böcker . . ." SvJT 1952 s. 177 ff.
- THYRÉN, J. C. W., Förberedande utkast till strafflag. Speciella delen. 1 (1917), 4 (1922).
— Kommentar till strafflagen kap. 20. 1908.
- WALIN, G., Föräldrabalken. 1952.
-

KAPITEL V

STRAFFRIHETSGRUNDERNA



§ 13. DE ATYPISKA SITUATIONERNA, RÄTTSSTRIDIGHETS- LÄRORNA OCH STRAFFRIHETSGRUNDERNA.¹

A. Frågeställningen.

På sätt framgår av den föregående framställningen äro straffrättens gärningsbeskrivningar, sådana de möta oss i strafflagstiftningens varierande brottstyper, som regel uppbyggda så, att man kan skilja mellan brottets objektiva rekvisit (gärningsinnehållet) och dess subjektiva rekvisit (gärningsmannens psykiska förhållande till gärningen), vartill komma olika s.k. straffbarhetsbetingelser, vilka i klarhetens intresse hållas utanför själva brottsbegreppet. Mellan brottets objektiva och subjektiva sidor råder med vissa undantag full parallellism eller kongruens; man uttrycker oftast förhållandet så, att brottets samtliga objektiva element skola vara subjektivt täckta med det mått av tillräknande (imputation) som lagen fordrar vid den särskilda brottstypen; inom den centrala straffrätten kräves i princip uppsåt, medan specialstraffrätten ej sällan torde nöja sig med betydligt lägre imputationsgrader. Det nu angivna tankeschemat, som efter hand utmejslats av

¹ HAGSTRÖMER I s. 97 ff., THYRÉN II s. 124 ff., WETTER § 10, STJERNBERG, Föreläsningar, s. 73 ff., STRAHL, Kompendium, s. 34 ff., LUNDSTEDT, Principinledning, s. 51 ff. och Till frågan om rätten och samhället, s. 124 ff., BJERRE, Rättsstridighetsrekvisitet, samt KARLGREN, Skadeståndsrätt, s. 60 ff. Av utländsk litteratur må hänvisas till de allmänna framställningarna hos ANDENÆS § 14 och Unnløstelse, s. 170 ff., HURWITZ s. 9 ff. och s. 256 ff., KRABBE s. 83 ff., TORP §§ 23 och 24, LISZT-SCHMIDT s. 173 ff., MEZGER s. 162 ff., WELZEL §§ 10 och 14, MAURACH s. 257 ff., NELSON, Rätt och ära, s. 99 ff., NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 2 ff. och ENGISCH, Der Unrechtstatbestand, vidare DE VABRES s. 192 ff. och BOUZAT-PINATEL I s. 263 ff. samt HONIG s. 137 ff. Den skadeståndsrättsliga och allmänt rättsteoretiska litteraturen om den s. k. rättsstridighetens problem är ytterst omfattande. Här må blott hänvisas till KARLGREN o. a. a., LUNDSTEDT, Kritik av nordiska skadeståndsläror, s. 56 ff., HELLNER, Några huvudlinjer, s. 135 ff., ROSS, Virkelighed og gyldighed, s. 322 ff. och Opgør, VINDING KRUSE, Retslæren, I s. 275 ff., HOEL, Den moderne retsmetode, s. 128 ff., samt USSING, Retsstridighed.

den straffrättsliga doktrinen, har också lagts till grund för den nya Brottsbalkens terminologi och distinktioner; se sålunda särskilt stadgandena i 1:1 och 2 samt 33:1 och 2 jämte tillhörande förarbeten.

Om nu i ett givet fall de för varje särskild brottstyp uppställda objektiva och subjektiva rekvisiten befinnas uppfyllda² samt de erforderliga särskilda straffbarhetsbetingelserna — t. ex. att gärningsmannen äger personlig straffkapacitet, att brottet skall bedömas enligt svensk straffrätt enligt reglerna i 2:1—3 och att preskription ej inträtt enligt bestämmelserna i 35:1, 2 och 6 — äro för handen, kan det synas som om gärningens straffbarhet in concreto vore fastställd. Det återstode då endast att med utgångspunkt från 1:3—8 bestämma straff eller (och) annan påföljd för eller särskild rättsverkan av brottet. Ofta är väl så förhållandet, och åtalsmyndigheter resp. domstolar kunna agera efter nu antydda tankeschema. Ej sällan är likväl uppgiften betydligt mer komplicerad, och ytterligare grupper av rättsregler kräva beaktande, innan ett definitivt svar kan lämnas på frågan om gärningens straffbarhet i det särskilda fallet.

Den jämförelse som vid den ovan skildrade bedömningen äger rum mellan lagens brottsbeskrivning i det tillämpliga lagrummet och de objektiva och subjektiva omständigheterna i det konkreta fallet kan väl resultera i att en formell överensstämmelse befinnes föreligga. Stundom har man i doktrinen betecknat denna överensstämmelse som en *formell lagtypicitet*. Denna egenskap hos gärningen är i en straffrättsordning, som i likhet med den svenska³ bygger på legalitetsprin-

² Vi bortse här från de rättsliga problem som hänföra sig till bevisningen om fakta i målet eller till folkningen av de materiellt straffrättsliga regler som tillämpas i fallet.

³ Om den nya BrB:s ståndpunkt i dessa hänseenden, se särskilt lagrådets uttalanden vid granskningen av 1958 års remitterade förslag, återgivna i KPr 1962: 10 s. B 402 ff. Se vidare samma KPr s. C 163 och FÖRFATTNING-UTREDNINGEN, Sveriges statsskick, Del 2 (SOU 1963: 17), s. 201 ff. Det är ur flera synpunkter beklagligt att lagstiftaren icke kommit att explicit uttrycka legalitetsprincipen i den nya BrB, utan helt förvisat grundsatsen till den planerade nya RF vars tillkomst ligger i vida fältet.

cipens grund,⁴ ett oeftergivligt villkor för gärningens brottslighet och straffbarhet. Man kan emellertid icke stanna vid ett dylikt konstaterande. Vid ett närmare studium av de särskilda brottstypernas utformning och innehåll visar det sig snart att en strikt tillämpning av straffbuden enligt deras ordalydelse ej sällan skulle leda till resultat, som antingen äro uppenbart orimliga eller i varje fall ej väl förenliga med lagens regler på andra rättsområden eller med de syften som bära upp kriminaliseringen av den ifrågavarande gärningstypen. I dessa och i åtskilliga andra fall skulle ett utkrävande av straff för gärningsmannens handlingssätt också verka stötande för den allmänna rättskänslan. Några på måfå valda — till en del tämligen triviala — exempel äro ägnade att belysa detta förhållande.

Brottsbalken straffbelägger i 4:2 i likhet med äldre rätt (SL 15:9) såsom frihetsberövande att man berövar någon friheten genom att bortföra eller inspärta honom eller på annat sätt. Hur låter sig detta stadgande förena med reglerna om rätt eller plikt för behörig myndighet att jämlikt RB 24:5—7 gripa eller anhålla den som misstänkes för brott eller med reglerna om verkställighet av frihetsstraff (se särskilt 11, 45, 68 och 73 i 1964 års lag om behandling i fångvårdsanstalt⁴⁰¹) eller med en rad regler om tvångsintagning på sociala vårdanstalter (se bl.a. SsjL 28, 51, 52 §§, NvL 18 § och 21 § 1 mom. samt 21 och 22 §§ i 1918 års s. k. *lex veneris*)? Eller hur kunna straffbuden för egenmäktigt förfarande och självtäkt i 8:8 och 9 (för äldre rätt SL 20:6 och 7) förenas med rätten att fråntaga den som idkar olovlig jakt eller olaga jakt hans jaktredskap och jaktbyte m. m. och att behålla föremålen såsom vedermäle och pant till dess den jagande bjuder rätt för sig (se 31 § 1 mom. i 1938 års lag om rätt till jakt, resp. 31 § i 1938 års jaktstadga) eller med rätten att verkställa beslag, utmät-

⁴ Om legalitetsprincipen och dess innebörd i olika hänseenden samt dess tillämpning i svensk rätt, se ovan s. 221 ff. och där åberopad litteratur — särskilt THORNSTEDT, *Legalitet*, s. 322 ff. ävensom nedan s. 347 ff. Jfr ock SOU 1941: 20 s. 86 ff.

⁴⁰¹ Se härom KPr 1964: 76.

ning eller kvarstad jämlikt RB 26:1 och 3 samt 27:1—5 även-
som UL §§ 74 och 183? Eller strider icke straffbudet i 3:5 för
(ringa) misshandel (för äldre rätt SL 14:13) mot den agande-
rätt som anses tillkomma föräldrar eller andra som handha
vårdsnaden om barn med stöd av FB 6:3?⁵ Och på vilken grund
äro straffbuden för brotten mot liv och hälsa i 3 kap. (tidigare
14 kap. SL), för skadegörelse i 12 kap. (tidigare 24 kap. SL)
samt för allmänfarlig ödeläggelse i 13:3 (motsvarande SL
19:3), i princip icke att tillämpa på gärningar av angivet slag
som begås som ett led i krigföring eller motståndsvksamhet
under en fientlig ockupation (jfr 22:16 st. 2)?

Även om de anförda frågeställningarna äro relativt lätta att
bemästra, därest straffbudet icke läses isolerat utan uppfattas
och tolkas i rimligt sammanhang med rättsordningen i dess
helhet, kunna i många andra situationer tvivelsmål råda hu-
ruvida ett straffbud verkligen skall tillämpas efter sin lydelse,
så snart den föreliggande gärningen utmärkes av en obestridd-
lig formell lagtypicitet. Hur skall man exempelvis förklara att
en smärtsam läkarbehandling eller ett omfattande ingrepp i
patientens kroppsliga substans (t. ex. en amputation) måste
falla utanför straffbuden i 3:5—6 (tidigare SL 14:10—13),
eller att en nödställd person, som efter en sjöolycka isolerats
på en holme och där tager sig in i en för tillfället obebodd
sommarmstuga och konsumerar påträffade livsmedel, icke
gärna kan straffas för grov stöld medelst inbrott jämlikt 8:4
(tidigare SL 20:4)? Eller hur kommer det sig att en underord-
nad polisman icke göres ansvarig för hemfridsbrott enligt 4:6
(tidigare SL 15:26 eller 27), då han på order av överordnad
genomför husrannsakan, ehuru han hyst tvivelsmål om för-
handenvaron av förutsättningarna för detta tvångsmedels an-
vändning jämlikt 28 kap. RB?

För att komma till rätta med problem — och skenproblem
— av angivna slag måste man vid sidan av den formella lag-
typiciteten uppställa ytterligare en förutsättning för att en

⁵ Jfr WALIN, Föräldrabalken, s. 95 ff. samt KPr 1957: 170 s. 15 ff.

gärning skall anses brottslig och straffbar in concreto.⁶ Nyare nordisk doktrin betecknar ofta denna ytterligare förutsättning som ett krav på *materiell typicitet* hos den aktuella gärningen. Denna term är avgjort att föredraga framför det tidigare allmänt brukade och i utländsk litteratur alltjämt förekommande uttrycket *rättsstridighet*. Även bortsett från att denna term är rättsteoretiskt oklar och dess reella innehåll omstritt,⁷ har densamma endast avseende å de egenskaper hos den materiellt typiska gärningen som hänför sig till dennas *objektiva sida*. Denna sida av typicitetsproblemet är väl den ojämförligt viktigaste och avses, när ej annat uttryckligen anges, i den följande framställningen.

Man får emellertid ej förbise att vissa likartade spørsmål kunna uppkomma även i avseende å brottets subjektiva rekvisit. Rör man sig med rättsstridighetstermen som beteckning för den objektiva (materiella) typiciteten, är man hänvisad till att uppställa ett motsvarande typicitetsrekvisit på brottets *subjektiva sida* såsom förutsättning för gärningens straffbarhet. I brist på någon särskild beteckning för denna förutsättning, är man hänvisad till att uppfatta densamma som en ingrediens i det högst oklara och ideologiskt belastade uttrycket *skuld*, en term från vilken vi tidigare tagit avstånd i detta arbete.⁸

Genom att uppställa kravet på materiell typicitet som en ytterligare förutsättning för en gärnings brottslighet och straffbarhet in concreto vill man begränsa straffbudets verkningskrets till de fall som *rimligtvis kunna vara avsedda* med gärningstypens kriminalisering samt förenliga med lagstiftarens allmänna intentioner och med de reella sociala skäl som motivera straffrättslig reaktion mot vissa handlingssätt.⁹

Kravet på förhandenvaron av en dylik materiell typicitet får ej missförstås på så sätt, att man skulle uppställa ett ytterliga-

⁶ ANDENÆS, Unnlåtelse, s. 196 f. och HURWITZ s. 136. Formell typicitet motsvarar närmast det i tysk doktrin gängse uttrycket "Tatbestandsmässigkeit"; jfr ovan s. 250.

⁷ Härom närmare nedan s. 330 ff.

⁸ Ovan s. 253.

⁹ Jfr ovan s. 197 ff.

re *positivt* element i brottsbegreppet vid sidan av brottets objektiva gärningsinnehåll och gärningsmannens subjektiva relation till sin handling, så att det i varje särskilt fall skulle behöva fastställas att en materiell typicitet är för handen. Som regel föreligger denna egenskap hos gärningen, så snart denna uppfyller de av lagen uppställda rekvisiten för den ifrågavarande brottstypen. Eller, annorlunda uttryckt, den formella lagtypiciteten *indicerar i normala fall* förhandenvaron av materiell typicitet. Vad som krävs för en gärnings straffbarhet, utöver brottets objektiva och subjektiva rekvisit, är sålunda ett *negativt* moment,¹⁰ nämligen att det *icke* föreligger någon särskild grund för att undantaga det konkreta fallet från straffbudets tillämpningsområde. Kravet på materiell typicitet innebär alltså en begränsning av de skilda straffbudens verkningsskrets i undantagssituationer som ej kommit till direkt uttryck i själva brottsbeskrivningarna. I nyare nordisk litteratur framställes detta förhållande också så, att de särskilda straffbudena måste läsas och tillämpas med *reservationer* för olika undantagsfall.¹¹ Dessa fall kunna med en — kanske ej helt adekvat term — betecknas som straffrättens *atypiska situationer*.¹²

Det nu återgivna betraktelsesättet är icke allenarådande inom straffrättsdoktrinen. För många, ehuru icke alla, ledande kontinentala straffrättsteoretiker utgör rättsstridigheten en positiv egenskap hos brottet och ställes såsom *ett centralt, självständigt brottsrekvisit* vid sidan av formell typicitet (Tatbestandsmässighet) och skuld. Man åsyftar därmed gärningens egenskap att strida mot

¹⁰ Jfr ovan s. 245 f.

¹¹ Termen torde ha införts i litteraturen genom framställningen hos Ross, *Virkelighed*, s. 358 och s. 372 samt vunnit efterföljd både i straffrätt och skadeståndsrätt; jfr sålunda ANDENÆS s. 141 ff., NELSON a. a. s. 106 ff. samt KARLGRÉN s. 61 f. Måhända är uttrycket ej fullt adekvat för den avsedda rättsliga kategorien. Dels äro undantagsfallen underkastade en vittgående typisering som göra dem till en mera generell företeelse, dels framstå de ofta som resultatet av en naturlig tolkning av huvudregelns yttergränser och ej som undantag från denna.

¹² Jfr den ovan i not 6 åberopade litteraturen.

rättsordningen såsom ett system av normer för samhällslivet. Genom att karakterisera gärningen som rättsstridig vill man markera dess förkastlighet från samhällets synpunkt och därmed skänka brottet ett *innehåll av materiell art*¹³ vid sidan av det formella faktum att gärningen innebär ett åsidosättande av den i straffbudet uttryckta förbudsnormen.¹⁴

Man synes emellertid härvid i viss mån förbise att de sociala skäl och avvägningar, som ligga till grund för samhällets negativa värdering av vissa mänskliga handlingar och beteenden, redan beaktats på *det legislativa planet*, dvs. då lagstiftaren kriminaliserat gärningstypen som sådan. Någon förnyad värdering av gärningstypens sociala skadlighet eller förkastlighet äger i princip ej rum på *det judiciella planet*, alltså vid bedömningen av det konkreta fallet. Domaren har blott att följa lagstiftarens i straffbudet uttryckta värderingar vid bestämmandet av brottspåföljden. Endast i de fall som här betecknats som atypiska situationer kan fråga uppkomma om en bedömning av den konkreta gärningens rättsstridighet, dvs. dess oförenlighet med samhällsordningen från materiella synpunkter. Det kan då bli fråga om en s.k. *negativ korrigering* från domarens sida av lagens abstrakta rättsstridighetsomdöme med hänsyn till det konkreta fallet. Även härutinnan lämnar emellertid lagstiftningen som vi skola finna mer eller mindre fullständiga anvisningar.

En tämligen säregen variant av den här kritiserade uppfattningen av den s.k. rättsstridigheten som en positiv eller materiell egenskap hos brottet företer den lära som går under namn av den *nordiska rättsstridighetsläran*,¹⁵ därför att den först framträdde inom norsk och dansk jurisprudence och sedermera utövat ett betydande inflytande i nordisk rättsvetenskap över huvud. Minst påfallande är dock detta inflytande i vårt land, där man ställt sig tämligen kritisk till dess formuleringar; även i våra grannländer har läran i stort sett övergivits på senare tid — i varje fall på straffrättens område — sedan dess teoretiska ohållbarhet på-

¹³ Antingen uppfattar man handlingens rättsstridighet som en "negatives Werturteil" eller en "Unwerturteil über die Tat" (så WELZEL § 10 och MAURACH § 25) eller som ett angrepp på det materiella intresse som straffbud anses skydda (t. ex. MEZGER § 25); om uppfattningen av brottet som en "Rechtsgutsverletzung", se ovan s. 206 ff. Om utvecklingen av rättstridighetsbegreppet i nyare tysk litteratur, se särskilt JESCHECK, Die Entwicklung, s. 190 ff. samt ENGISCH, Der Unrechtstatbestand.

¹⁴ Resp. den primära påbudsnormen vid underlåtenhetsbrotten.

¹⁵ Mera korrekt är måhända uttrycket "rättsstridighetslärorerna", i det att tankegången varierar avsevärt hos olika författare. En ingående redogörelse återfinnes hos ROSS a. a. s. 347 ff.; jfr också HURWITZ s. 11 ff. och USING, Retsstridighed s. 21 ff.

visats från olika utgångspunkter. Med hänsyn till den framträdande roll som den nordiska rättsstridighetsläran dock spelat inom straffrätt och skadeståndsrätt, ej minst som utgångspunkt för lösandet av de atypiska situationernas problem, torde några anmärkningar rörande lärans innebörd här vara på sin plats.

Den nordiska rättsstridighetsläran utgick från allmänna rätts-teoretiska betraktelser om rättsordningens uppgifter att uppdraga gränserna för individernas handlingsfrihet med hänsyn till de skilda intressen som korsa sig i samhällslivet och som åtnjuta rättsordningens skydd. Mot denna bakgrund sökte man uppställa ett för alla rättsområden eller åtminstone för straffrätt och skadeståndsrätt *gemensamt rättsstridighetsbegrepp*, ett försök som av flera skäl är dömt att misslyckas. En närmare utredning av denna sida av den nordiska rättsstridighetsläran faller utom föreliggande framställning och må här lämnas därhän.

För *straffrättens* vidkommande innebar läran ifråga att man under rubriken rättsstridighet sökte ange vissa positiva egenskaper som städse måste föreligga hos de kriminaliserade handlingssätten för att dessa in concreto skulle vara straffbara. Rättsstridig ansågs en gärning vara om densamma medförde att ett av rättsordningen godtaget och därför skyddat intresse kränktes eller sattes i fara utan att motvägas av ett ännu viktigare intresse som rättfärdigade handlingen.¹⁶

En central punkt i denna lära utgjorde försöken att precisera det i definitionen ingående farebegreppet eller, annorlunda uttryckt, arten och graden av det *risktagande* som kan tolereras på skilda levnadsområden där den individuella handlingsfriheten kan motiveras av allmänna hänsyn.¹⁷ Det är möjligt att för skadeståndsrättens del problemet om den tillåtna risken och om den måttstock efter vilken den fara skall mätas, som gör ett skadegrundande handlingssätt rättsstridigt, måste behandlas skilt från övriga förutsättningar för inträdet av ersättningsskyldighet. Härtill ha vi ej att fatta ståndpunkt i denna framställning. För straffrättens vidkommande är läget ett annat. Frågan om otillåtligt risktagande löses där för skadedeliktens del genom en nyanserad utformning av det krav på *adekvat orsakssammanhang* mellan handling och effekt som ganska allmänt uppställs och enligt vår mening är oundgängligt för åstadkommande av en rimlig begränsning av ansvaret för en handling's följder.¹⁸ För faredeliktens vidkommande ger lösningen sig själv genom ett noggrannt aktgivande på den

¹⁶ Jfr HAGSTRÖMER I s. 99 ff. samt STJERNBERG, Föreläsningar, s. 75 ff.

¹⁷ Om farebegreppet i straffrätten, se ovan s. 278 ff.

¹⁸ Här om ovan s. 296 ff.

grad och art av fara som lagen kräver vid varje särskild brotts-
typ.¹⁹ För den stora grupp av kriminaliserade handlingar som bru-
kar kallas rena handlingsdelikt,²⁰ därför att ingen särskild effekt
(vare sig skada eller fara) uppställles som brottsrekvisit, synas den
nordiska rättsstridighetslärans formuleringar sakna praktisk be-
tydelse, såframt man ej genom en skolastisk konstruktion vill upp-
fatta brottet som en handling, vilken åstadkommer skada eller fara
för de ideellt tänkta skyddsintressen som skyddas genom straff-
budet. Sammanfattningsvis kan därför konstateras, att den nor-
diska rättsstridighetslärans centrala tanke, att brottets karaktär
av intresseangrepp skulle motivera uppställandet vid sidan av de
särskilda straffbudens gärningsinnehåll av ett särskilt rättsstridig-
hetsrekvisit med ovan angivna innebörd och med giltighet för hela
rättsområdet, är förfelad. Det bör också framhållas att hela läran
rent rättsteoretiskt sett, står eller faller med tanken att det skulle
vara möjligt att laborera med föreställningen om existensen av
rättsliga intressen såsom primära storheter, oberoende av sank-
tionsskyddets positivrättsliga utformning och att dessa storheter
med en viss grad av exakthet skulle kunna mätas och vägas mot
varandra, redan innan man fastställt på vilket sätt och mot vilka
kränkningar intresset är skyddat. Ett betraktelsesätt som det an-
givna måste betecknas som naturrättsligt belastat och har i ett
förutgående avsnitt av denna framställning avvisats med en täm-
ligen ingående motivering.²¹

En annan central punkt i den nordiska rättsstridighetsläran ut-
gjorde dess försök att lösa de atypiska situationernas problem.
Även i detta hänseende utgick läran från uppfattningen att en
handlings rättsstridighet består i dess egenskap att utgöra en in-
tressekränkning. Med den begränsning som betingas av att legali-
tetsprincipen av rättsstatliga skäl måste respekteras,²² borde en
handlings rättsstridighet och därmed dess straffbarhet avgöras ge-
nom *en intresseavvägning i det särskilda fallet* enligt ovan angivna
principer. Härmed trädde den nordiska läran i medveten motsätt-
ning till den s.k. *kontinentala rättsstridighetsläran*, som godtog
straffrihet endast om vissa bestämda, av lag eller fast praxis an-
tagna, generellt utformade grunder för rättsstridighetens utesu-
tande befunnes föreligga. Det betänkliga i denna den nordiska
rättsstridighetslärans klart *frirättsliga tendens* har relativt tidigt

¹⁹ Ovan s. 279 ff.

²⁰ Ovan s. 272 ff.

²¹ Här om ovan s. 210 ff.

²² Jfr THYRÉN, Straffrättens allmänna grunder, s. 72 ff.

framhållits inom svensk rättsvetenskap²³ och skall närmare belysas i den följande framställningen.²⁴

Efter denna sidoblick på de s. k. rättsstridighetslärorna återvända vi till vår egen framställning av de atypiska situationernas problem. Resultatet av det ovan sagda kan sammanfattas så, att det genom de särskilda straffbuden kriminaliserade området, bildlikt talat begränsas av *två cirklar*, av vilka den yttre och vidare bestämmes genom den formella lagtypiciteten — under beaktande jämväl av de särskilda straffbarhetsbetingelserna — medan den inre cirkeln drages under hänsynstagande till de reservationer som betingas av de atypiska situationerna. Detta förhållande är från vissa synpunkter mindre tillfredsställande. Regelsystemet framstår gärna som alltför komplicerat om en gärnings straffbarhet ej utan vidare kan utläsas ur lagens brottsbeskrivningar utan först sedan vissa svårbedömda och ofta oskrivna undantagsregler tagits i betraktande. Förhållandet synes ej väl förlika sig med legalitetsprincipens krav att strafflagstiftningen på ett för medborgarna förutsebart och likformigt sätt skall ange, vilka handlingssätt som äro straffbelagda eller i straffrättsligt hänseende indifferent, och därigenom lämna ett viktigt bidrag till uppdragandet av den medborgerliga handlingsfrihetens gränser.²⁵

Även om lagstiftning och rättspraxis på olika sätt, vilka skola beröras i det följande, kunna mildra nämnda olägenheter, kan *diskrepansen mellan formell och materiell typicitet* aldrig helt övervinnas, så att de båda nämnda cirkelarna bringas att sammanfalla. Orsakerna härtill äro ej svåra att finna men skola för sammanhangets skull här i korthet beröras. En

²³ Här förtjänar citeras ett uttalande av SJÖGREN, Rättsstridighetens former, s. 137, där det heter i hans kritik av den äldre nordiska rättsstridighetsdoktrinen: "Den objektiva rätten synes reducerad till ett enda rättsbud: handla som en bonus pater familias! Men med detta bud kan icke någon verklig rättsordning genomföras. Rättsordningen kan icke stanna dervid, att man i hvarje särskildt fall har att afväga omständigheterna mot hvarandra utan måste uppställa *ett system af regler, efter hvilka dessa omständigheter skola bedömas*". Se också Ross a. a. s. 374 ff.

²⁴ Nedan s. 345 ff.

²⁵ Se ovan s. 43 f. samt s. 223 ff.

strafflagstext rör sig i likhet med all annan lagtext med *abstraktioner* och *genomsnittliga beskrivningar* av sådana rättsfakta som utgöras av olika former av mänskligt beteende. De fordringar på korthet och pregnans som måste uppställas på en god lagtext, ej minst på straffrättens område, äro ej väl förenliga med en alltför långt driven kasuistik och konkretion i lagens brottsbeskrivningar.²⁶ Lagstiftaren står inför en besvärlig uppgift när det gäller att avväga dessa synpunkter mot det på legalitetsprincipen grundade kravet på största möjliga entydighet och fasthet vid utformningen av de regler som ange gränserna för det kriminaliserade området. Då dessutom människors beteende i verkliga livet företer ständigt nya variationer, delvis betingade av förändringar i de yttre förhållandena, synes det oundvikligt att falla tillbaka på generaliseringar och typiseringar av tämligen schematisk art. Denna lagskrivningsteknik måste tydligtvis föra med sig att ett handlingssätt, formellt sett, kan komma att fylla lagens beskrivning av ett visst straffbuds gärningsinnehåll även i situationer som måste betecknas såsom atypiska, därför att det rimligtvis ej kan vara lagens mening att de äro straffvärda.

Om nu den påtalade diskrepansen mellan formell och materiell typicitet är ofrånkomlig, måste det framstå som en viktig uppgift för *den positiva straffrätten* att reglera förhållandet mellan de båda typicitetscirklarna genom att anvisa närmare regler för *de erforderliga reservationerna*, dvs. för strafffrihet vid åtminstone alla förutsebara atypiska situationer. Vid lösandet av denna uppgift ha lagstiftning och praxis haft att följa flera olika linjer, alltefter de skilda atypiska situationernas beskaffenhet. Den följande framställningen avser att lämna en översikt över dessa olika linjer, närmast ur rätts-teknisk synvinkel.

I en viss utsträckning kan problemet lösas genom en *restriktiv lagtillämpning* beträffande det särskilda straffbud som vållar svårigheter. Någon principiell olikhet föreligger ej i dylika fall mellan »borttolkandet» av atypiska situationer

²⁶ Jfr ovan s. 134 ff. samt s. 229 ff.

från straffbudets tillämpningsområde och metoderna i allmänhet för fastställandet av ett straffbuds räckvidd, dvs. den formella typicitetscirkelns sträckning, när brottsbeskrivningen rör sig med vaga termer och uttryckssätt.²⁷ I det ena fallet som i det andra får man som ett viktigt tolkningsdatum begagna lagbudets ändamål eller sociala syfte för att ernå en rationell begränsning av dess tillämpningsområde.²⁸

Som ett lagtillämpningsproblem kan man möjligen också uppfatta bemästrandet av de atypiska situationer som uppkomma, då en gärning formellt går in under ett straffbud men samtidigt uppenbarligen förutsattes som tillåten och socialt adekvat eller rent av påbjuden *genom regler inom andra rättsområden* än straffrätten. Till denna stora grupp av atypiska situationer höra de inledningsvis nämnda exemplen, då befohgenhet till ingrepp i enskild persons frihet eller egendom tilllagts olika myndigheter för att dessa skola kunna genomföra processuella eller exekutiva funktioner. Även i dylika fall, då med varandra oförenliga lagbud återfinnas inom rättssystemet, når man i regel tillfredsställande resultat genom att utgå

²⁷ Som exempel kan anföras att rättspraxis ansett att straffbudet för olaga jakt ej varit tillämpligt, då skadat djur dödats för att förkorta dess lidanden; se sålunda de hos THORNSTEDT, Företagaransvar, s. 55 not 8 anmärkta rättsfallen. Ett annat exempel på att en inskränkande lagtolkning kan begränsa ett lagbuds formella räckvidd erbjuder SL:s ståndpunkt till självmordsförsökets straffrihet. I 14:1 och 2 statuerades straff för mord resp. mordförsök om brottet avsåg att beröva "någon" livet medan dråpsbrottet (som ursprungligen ej bestraffades på försöksstadiet) enligt stadgandet i SL 14:3 riktade sig mot "annan" person. I och för sig skulle lagstadgandenas avfattning kunna tolkas så, att ett straffbart mordförsök skulle kunna riktas mot den handlande själv såsom fallet var i äldre rätt; jfr sålunda 1734 års lag (MB 13:4) samt FORSMAN s. 107 ff. I så fall måste det framstå som en allvarlig brist i lagen att denna saknar någon subjektiv straffrihetsregel för självmordsförsök, som enligt numera gängse uppfattning ej bör föranleda straff; jfr HAGSTRÖMER II s. 9. Genom en inskränkande tolkning av lagrummen ha emellertid självmordsförsöket enligt fast praxis ansetts straffritt. Genom lydelsen av 3:1 i den nya BrB har brottsbeskrivningen på denna punkt fått en adekvat redigering.

²⁸ Här kan ej upptagas till debatt den i modern svensk rättsteori livligt omstridda frågan, huru ett lagbuds ändamål, objektivt sett, skall fastställas; härom bl. a. EKELÖF, Teknik, s. 21 ff., THORNSTEDT, Legalitet, s. 338 ff. samt båda dessa förf. i Scand. studies in law. Vol. 2 (1958) s. 75 ff., resp. Vol. 4 (1960), s. 211 ff. Vad särskilt gäller tolkning av straffbud, torde man väl — utan att förfalla åt fiktionen om lagstiftarens vilja — våga påstå att lagmotiven i praktiken spela en betydande roll för uppfattningen om lagstadgandenas ändamål.

från *lagens ratio*, som står ganska klar om straffbudet ej betraktas isolerat utan i sitt sammanhang med *rättsordningen såsom en helhet*. Med detta uppfattningssätt kan man säga att det är en uppgift för lagtillämpningen att i straffbudet »intolka» de erforderliga reservationerna för nu ifrågavarande atypiska situationer. Emellertid ter det sig främmande och tämligen godtyckligt att på detta sätt beteckna det som en tolkningsoperation i det särskilda fallet, när man från straffbudets tillämpningsområde vill avskilja situationer som i sin tur utmärkas av vad man kan kalla en klar undantagstypicitet och generellt förekomma i betydande utsträckning. Ur rättssystematisk synpunkt är det också redigare att behandla de nu ifrågavarande reservationerna såsom en serie självständiga undantagsregler, som ej ansluta sig till det ena eller andra straffbudet utan ha en mera allmän räckvidd. Detta förfaringssätt utgör också en fast tradition i doktrinen. Vi skola därför behandla dessa reservationer såsom en viktig typ av straffrihetsregler, som på grundval av lagregler eller rättsgrundsatser inom andra delar av rättsordningen än straffrätten närmare utbildats i rättspraxis. Stundom erkännes deras existens indirekt genom mycket allmänt hållna reservationer i särskilda straffbud på sätt som skall belysas i den följande framställningen.

B. Straffrihetsgrunderna och deras rättsliga underlag.

För att skänka positivrättsligt erkännande åt reservationerna från straffbuden i de atypiska situationerna har rättsordningen, efter hand som problemställningen klarnat, sett sig föranlåten att komplettera lagstiftningens brottskatalog med särskilda rättsregler — skrivna eller sedvanerättsligt tillskapade — om straffrihet i särskilda undantagsfall. Medan äldre doktrin med dess accepterande av det ovan avvisade rättsstridighetsbegreppet laborerade med uttrycket »grunder som

utesluta (eller upphäva) rättsstridigheten»,²⁹ begagnar nyare nordisk litteratur som beteckning för undantagsfallen oftast begreppet *straffrihetsgrunder*,³⁰ ett uttryck som något oegentligt användes både om den atypiska situation som avses med straffrihetsregeln och om själva denna rättsregel.³¹

Med visst fog kan man anmärka mot termen straffrihetsgrund att densamma ej synes stå i god överensstämmelse med de grundprinciper som kommit till uttryck i den nya BrB. Enligt 1:3 ingår reaktionsformen straff jämte en rad därmed sidoordande åtgärder under det gemensamma begreppet påföljder för brott. Föreligger en av lag eller praxis erkänd reservation från ett eller flera straffbud, är det ej endast möjligheten av straffs ådömande utan användningen av varje i nämnda lagrum uppräknad brottspåföljd som är utesluten. Med hänsyn härtill vore måhända sådana uttryck som »grunder vilka utesluta brottspåföljd» eller »grunder för ansvarsfrihet» att föredraga. De ovan anförda betänkligheterna mot att alljämt begagna beteckningen straffrihetsgrunder synas emellertid ej avgörande. Termen har som nämnts blivit vedertagen i nordisk litteratur, åtminstone som beteckning för de undantagsregler som hänföra sig till brottets objektiva sida. Härtill kommer att termen »uteslutning av påföljd» i den nya BrB användes som rubrik för en rad regler av annan innebörd än de nu avsedda företeelserna; härom mera i det följande.

Men även sakligt sett kan uttrycket straffrihetsgrund anses utgöra en adekvat beteckning för de avsedda undantagsreglerna. Enligt 1:4 kunna visserligen andra brottspåföljder än straff användas under de särskilda förutsättningar som i BrB anges för varje särskild påföljdstyp, trots att bestämmelserna om de särskilda brotten blott stadga vilket straff som kan ådömas för gärningen. Förutsättningen för ådömande av de särskilda påföljderna är emellertid städse att gärningen är ett brott, dvs. enligt det grundläggande stadgandet i 1:1 en gärning för vilken straff är stadgat. I princip skall också ett brott städse föranleda straff, om ej någon annan brottspåföljd kommer till användning.³² Om en

²⁹ Se t. ex. HAGSTRÖMER I s. 108 ff., THYRÉN II, s. 125 samt STJERNBERG, Föreläsningar s. 86 ff., som använder samma terminologi, trots att han tagit avstånd från det äldre, materiellt tänkta rättsstridighetsbegreppet.

³⁰ Se bl. a. ANDENÆS § 14, HURWITZ § 33, TORP § 17, KRABBE s. 84 och s. 162 samt THORNSTEDT, Företagaransvar, s. 53 ff. och Rättsvillfarelse, s. 284 ff.

³¹ Termen kan också syfta på *de rättspolitiska skälen* för regelns uppställande.

³² Ett undantag från denna grundsats utgör regeln i 33:2 st. 3 för sådana fall, då en mentalt sjuk person som begått brott varken är i behov av på-

straffrihetsgrund i den ovan avsedda bemärkelsen föreligger, medför detta städse att varje brottspåföljd är utesluten i och med att gärningen över huvud ej kan föranleda straff.

En annan invändning mot terminologien straffrihetsgrund har tidigare framförts i litteraturen³³ och vunnit förnyad aktualitet i betraktande av den nya BrB:s antagande. Det har sålunda framhållits att förefintligheten av en reservation ej blott föranleder att straff eller annan påföljd ej skall ifrågakomma utan att gärningen över huvud taget ej skall betraktas som ett brott. Detta alldeles riktiga påpekande har anförts som skäl för att ersätta termen straffrihetsgrunder med det mera adekvata uttrycket *grunder för brottslighetens uteslutande*. Härigenom skulle också klart markeras olikheten mellan dessa grunder och de omständigheter som enligt 33 kap. BrB föranleda nedsättning eller uteslutning av brottsföljd för en i princip brottslig gärning. Efter förnyat övervägande av det terminologiska spörsmålet har jag dock kommit till det resultatet, att någon risk för missförstånd eller sammanblandning av de båda regelgrupperna icke behöver befaras, om de blott erhålla olika beteckning. Den inarbetade användningen av den — låt vara ej helt adekvata — termen *straffrihetsgrunder* bör sålunda av praktiska skäl bibehållas som beteckning för de traditionella undantagen från lagens kriminaliseringar. För de relativt nyskapade reglerna om domstols rätt att *vid fällande dom* underlåta att ådöma (dvs. efterge) brottspåföljd bör lämpligen lagens eget uttryck *uteslutning av påföljd* begagnas. Olikheterna mellan de båda typerna av undantagsregler markeras ytterligare av det förhållandet att uteslutningen av påföljd enligt de sist behandlade reglerna allenast är *fakultativ*³⁴ och framstår som ett alternativ till en lika-

följden särskild vård eller finnes böra dömas till böter eller ställas under skyddstillsyn; straffrihetsregeln har här karaktären av en särskild regel om "uteslutning av påföljd", ehuru gärningen är att anse som brott. Motsvarande gäller övriga uteslutningsgrunder enligt 33 kap.

³³ Jfr NELSON, Rätt och ära, s. 106 ff. STRAHL, Kompendium, s. 38 föredrager uttryck sådana som "grunder för brottslighetens uteslutande" framför straffrihetsgrunder; denna senare term användes — överraskande nog — såsom beteckning för de i 33 kap. BrB upptagna grunderna för uteslutning av påföljd, varom ovan i texten.

³⁴ I ett fall är uteslutning av påföljd *obligatorisk*, nämligen då det gäller en gärningsman som ej fyllt 15 år; se 33:1. Enligt den systematik som begagnats tidigare i detta arbete med tanke på hittills gällande SL (jfr ovan s. 164 ff.) utgör uppnådd straffmyndighetsålder liksom annan s. k. *personlig straffkapacitet* en objektiv straffbarhetsbetingelse, som faller utanför själva brottsbegreppet. Detta uppfattningssätt går väl att förlika med den precisering av brottsbegreppet som skett genom nya BrB. En i lag straffbelagd handling skall nämligen, om minimikraven på imputation hos gärningsmannen äro uppfyllda, betraktas som ett brott, även om gärnings-

ledes fakultativ möjlighet till *nedläggning av påföljd*. Hela denna regelgrupp hör nära samman med läran om bestämmande av påföljd i det konkreta fallet och behandlas inom läran om det straffrättsliga reaktionssystemet.

I detta arbete användes sålunda termen straffrihetsgrunder (eller kortare uttryckt frigrunder) som beteckning för sådana omständigheter vilka föranleda att en handling ej skall betraktas som ett brott, trots att gärningen formellt sett upp-

fyller rekvisiten för en viss kriminaliserad gärningstyp. Allt eftersom den avsedda undantagssituationen — utslutande eller övervägande — hänför sig till den i normala fall brottsliga handlingens objektiva sida, gärningsinnehållet, eller till dess subjektiva sida, dvs. gärningsmannens psykiska förhållande till handlingen, kan man tala om *objektiva* resp. *subjektiva* straffrihetsgrunder. Huruvida denna terminologi är helt lyckad eller distinktionen ifråga behövlig skall diskuteras i ett senare sammanhang (nedan under C.).

De undantagsregler som räknas till de objektiva straffrihetsgrunderna äro de ojämförligt viktigaste och ha traditionellt behandlats i litteraturen med påfallande utförlighet, i viss mån med undanskjutande av de ganska outredda frågeställningar som sammanhånga med förekomsten av atypiska situationer på brottets subjektiva sida. Härtill kommer den oklarhet som förorsakas av att själva termen subjektiva straffrihetsgrunder ej sällan begagnats för de nyss omnämnda reglerna om utslutande och eftergift av brottspåföljd, i den mån dessa regler motiveras av gärningsmannens personliga egenskaper och andra ursäktande omständigheter som kunna föreligga *i det särskilda fallet* och tala för straffrihet ur billighetens synvinkel. Rubriken subjektiva straffrihetsgrunder bör emellertid reserveras för sådana undantag från lagens kriminaliseringar, vilka, i likhet med de objektiva frigrunderna, ha

mannen på grund av reglerna i 33:1 eller 33:2 ej kan dömas till påföljd, resp. vissa arter av påföljd. Se beträffande underåriga KPr 1962:10 s. B 403 f. samt C 84, 159 och 542 f. ävensom KPr 1964:10 s. 166 ff. Beträffande mentalsjuka personer, se KPr 1962:10 s. B 66 f. samt C s. 363 ff., 542 f. och 576 f.

avseende å *gärningstypen in abstracto*, ehuru de i motsats till de sistnämnda avse atypiciteten på brottsbeskrivningarnas subjektiva sida.³⁵

Bland de metoder som i positiv rätt komma till användning för att ge uttryck åt straffrihetsgrunderna framstår som sig bör ett intagande av särskilda undantagsregler i *själva strafflagstiftningen* såsom den viktigaste.³⁶ I större eller mindre utsträckning innehålla alla nyare strafflagar särskilda regler som från straffbarhet undantaga sådana atypiska situationer som synts äga större praktisk betydelse och ägna sig för lagreglering. Någon uttömmande behandling i skriven lag av samtliga förekommande eller tänkbara undantagssituationer har av tämligen lätt insedda skäl aldrig kommit ifråga.³⁷

Då lagstiftaren nu stått inför uppgiften att lagreglera de olika straffrihetsgrunderna, ha olika metoder kommit till användning i olika fall, beroende i viss mån på lagstiftningstraditionerna men huvudsakligen på straffrihetsgrundernas olikartade beskaffenhet. I vissa fall har det visat sig mest ändamålsenligt att genom *särskilda lagregler*, helt vid sidan av de berörda straffbudena, hålla vissa atypiska situationer utanför det straffbara området.

Denna metod har framför allt kommit till användning, när

³⁵ Termen subjektiv straffrihetsgrund begagnas i nordisk litteratur av bl. a. HURWITZ s. 256 f., som reserverar densamma för de vanliga fallen av imputabilitet på grund av underårighet och psykisk abnormitet, medan förf. s. 390 ff. under rubriken "udelukkelse af skyld i særlige situationer" behandlar sådana fall av specifik motivation som tvång, hot, beroende ställning och andra fall av s. k. "Nichtzumutbarkeit". Dylika fall äro enligt vår mening typiska subjektiva straffrihetsgrunder, om deras *rättsverkan* enligt positiv rätt består i att gärningsmannen skall frias från ansvar i målet; härom närmare i § 21. Motivera de subjektiva undantagssituationerna blott nedsättning av straff eller fakultativ påföljdseftergift, hänföras de av HURWITZ till gruppen "straffbortfaldsgrunde", något som motsvarar den svenska rättens begrepp grunder för uteslutning av påföljd, som behandlats ovan i texten. Jfr i övrigt TORP § 17 och KRABBE s. 84. I tysk doktrin begagnas termen "Schuldausschliessungsgründe" för den grupp av atypiska situationer på brottets subjektiva sida som nu är i fråga; se bl. a. MEZGER § 47, LISZT-SCHMIDT § 42 och MAURACH s. 369.

³⁶ Vi avse här den allmänna straffrätten, dvs. BrB. Om straffrihetsgrunderna i specialstraffrätten, se THORNSTEDT, Företagars ansvar, s. 53 ff. samt den följande framställningen av de särskilda straffrihetsfallen, särskilt §§ 18 och 20.

³⁷ Jfr SLK s. 140 och SRK III s. 373 f.

det gällt att reglera sådana atypiska situationer som föranleda undantag från ett flertal straffbud, antingen dessa äro närbesläktade eller uppvisa en heterogen karaktär. Som exempel kan anföras den objektiva straffrihetsgrunden nödvärn enligt 24:1 (för äldre rätts del SL 5:7 och 8). En tillåten nödvärnshandling kan innebära undantag från en rad olika straffbud som eljest förbjuda kränkningar av kroppslig integritet, personlig frihet och frid eller skadegörelse å annans egendom. Ett brottsligt angrepp kan ju ofta icke avvärjas, utan att angriparen utsättes för viss misshandel eller åtminstone hot om fysiskt våld, att han tillfälligt berövas friheten eller att hans kläder eller annan egendom förstöres eller skadas. Ett annat exempel erbjuder en tillåten nödhandling enligt 24:4; det intresse som offras för att avvärja sådan trängande fara som avses i lagrummet kan ju skyddas av straffbestämmelser av vitt skilda slag. För att välja ytterligare ett exempel av annat slag, kan förefintligheten av den, åtminstone delvis, subjektiva straffrihetsgrund som uppställs i 23:5 (tidigare SL 3:5) och som medför straffrihet, då någon förmåtts medverka till brott genom tvång, svek eller auktoritetsmissbruk, föranleda undantag från praktiskt taget vilket straffbud som helst, blott fallet in concreto bedömes som ringa.

Det är ju uppenbart att en metod, enligt vilken de erforderliga reservationerna få formen av fristående, efter resp. atypiska situationer väl avpassade och till sin räckvidd klart bestämda lagregler inom strafflagstiftningens ram, medför avsevärda *rättstekniska* fördelar. Det vore ju synnerligen opraktiskt, för att icke säga omöjligt i många fall, att anknyta reservationerna till varje särskild brottsbeskrivning, som kan beröras av resp. undantagssituationer. Genom att reglera straffrihetsgrunderna för sig och att hänföra reglerna om dem till strafflagstiftningens allmänna del — en utveckling som historiskt sett försiggått i etapper³⁸ — vinnes en betydande

³⁸ Om utvecklingen av straffrihetsreglerna i svensk rätt, se WINROTH s. 64 ff., CARLÉN s. 86 ff., BERGENDAL, Strafflagen, s. 327 f. samt ovan s. 29 f. med not 67. Av intresse är att konstatera att 1861 års förordning angående mord, dråp och annan misshandel, som avsåg en revision av en grupp särskilda

förkortning av det straffrättsliga regelsystemet. Även från *rättspolitisk* synpunkt är det betydelsefullt att särskilt de objektiva straffrihetsgrunder som ha en större räckvidd och kunna förmodas äga den största betydelsen för genomsnitts-medborgaren framhåvas av lagstiftaren. Härigenom gynnas otvivelaktigt strafflagstiftningens s.k. samhällsnormerande funktion, i det att gränsen mellan straffbart och straffritt på ett lättfattligt sätt bringas i samklang med den allmänna rättsuppfattningen.³⁹ I samma mån som undantagsreglerna erhålla en klar och för de avsedda situationerna allmängiltig avfattning, skapas också möjlighet för medborgaren att redan i gärningsögonblicket bedöma om hans handling är tillåten eller förbjuden. Detta är ur rättssäkerhetens synpunkt synnerligen angeläget, både för den som begår den undantagsvis tillåtna handlingen (t.ex. en nödvärnshandling) och för den person vars eljest skyddade intressen till äventyrs trädas för nära genom handlingen men måste vika, därför att rättsordningen anser att de skäl som motivera att handlingen tillåtes väga tyngre.

Det gäller alltså för lagstiftaren att, paradoxalt uttryckt, söka typisera de atypiska situationer som avses med resp. straffrihetsregel; särskilt om denna situation är angiven med huvudsakligen deskriptiva rekvisit och straffrihetsregeln, såsom ju normalt är förhållandet, har *obligatorisk* och ej blott en fakultativ karaktär, kan man tala om att lagstadgandet ger uttryck för en verklig *undantagstypicitet*.

Ej alltid är nu en straffrihetsgrund av sådan beskaffenhet att den medför undantag från *mera än ett enda* straffbud. Skäl kan ändå föreligga för lagstiftaren att reglera reservationen som ett uttryckligt *undantag* från straffbudet i stället för att söka inordna densamma som ett *negativt rekvisit* i själva brottsbeskrivningen, ett förfarande som däremot kan lämpa sig väl i andra fall. Någon större saklig skillnad

straffbud, även innehöll regler om straffrihet för nödvärnshandlingar. Angående kontinental rättsutveckling på området, se SCHAFFSTEIN, Die allgemeinen Lehren, s. 63 ff.

³⁹ Här om ovan s. 198 ff.

synes icke föreligga mellan de båda förfaringssätten. Som exempel på den förra av de båda tekniska varianterna må anföras undantaget i 5:1 st. 2 från förtalsbrottet vid lämnande av sanna uppgifter i vissa s.k. privilegierade situationer, regeln om straffrihet i 15:4 (tidigare SL 13:4) för den som begått mened eller lämnat annan osann utsaga vid vissa fall av s.k. subjektiv intressekollision samt stadgandet i 17:11 st. 3 (tidigare SL 10:10) om undantag för vissa närskylda personer från ansvar för skyddande av brottsling. Den senare av de båda varianterna åskådliggöres genom brottsbeskrivningen vid sabotage enligt 13:4 (tidigare SL 19:4), där undantag göres för åtgärd, som innefattar allenast undanhållandet av arbetskraft eller uppmaning därtill; reservationen innebär ett erkännande av vissa befogenheter som grundas på arbetsrättsliga principer.⁴⁰ Ett annat exempel erbjuder reservationen för förfoganderätt över urkund vid brottsarten undertryckande av urkund enligt 14:4 (tidigare SL 12:4).⁴¹ Ett sista exempel kan hämtas från högmålsbrottens område, då lagen i 18:4 (tidigare SL 9:7) som negativt rekvisit för brottet olovlig kårverksamhet uppställer reservationen att sammanslutningen icke med vederbörligt tillstånd förstärker försvaret eller ordningsmakten.⁴²

Till nu behandlade grupp av straffrihetsregler kan man möjligen också hänföra de talrika fall, i vilka brottsbeskrivningarna som ett negativt objektivet rekvisit upptagit förutsättningen att gärningen skett »olovligen», »obehörigen» e.d.⁴³ Som exempel kunna nämnas tillgreppsbroten enligt 8:1, 7 och 8 (för äldre rätts del SL 20:1 och 6) resp. hemfridsbrott och olaga intrång enligt 4:6 (tidigare SL 15:26 och 27). Dock råder den olikheten att reservationer av detta slag icke mar-

⁴⁰ Jfr BSA s. 523.

⁴¹ Jfr härom BSA s. 379 f. samt THORNSTEDT, "Jag brände mina böcker . . .", s. 179 ff. I äldre rätt (22:2 p. 5 i 1864 års SL) formulerades brottsobjektet på ett direkt, positivt sätt: "handlingar vara annans rätt sig grundar".

⁴² Jfr BSA s. 225 f.

⁴³ Rekvisit av denna typ böra särskiljas från sådana positivt utformade element i brottsbeskrivningarna som i det föregående betecknats som normativa, t. ex. lokutioner av typen "otillbörlig"; härom närmare AGGE, Abstrakt norm, s. 17 ff. samt ovan s. 237 ff.

keras någon atypisk situation som är säregen för just ifrågasvarande brottstyp, utan snarare utöva den funktionen, att de *erinra om förefintligheten* av vissa för hela grupper av brottsarter (exempelvis egendomsbrotten) gemensamma strafffrihetsgrunder, såsom samtycke och offentlighetsrättslig befogenhet, vilka *ej närmare reglerats* i strafflagstiftningen men ändå erkännas på grund av rättsregler inom andra delar av rättssystemet. Att straffbudet innehåller en dylik erinran kan vara lämpligt, men är icke nödvändigt för att strafffrihetsgrunden skall kunna beaktas.⁴⁴

Vi ha nu redogjort för konstruktionen av de lagregler som bilda det positivrättsliga underlaget för strafffrihet i ett betydande antal viktiga undantagsfall. Svårare är att komma till rätta med sådana strafffrihetsgrunder som faktiskt erkännas utan att de kunna stödjas på uttryckliga undantagsregler i strafflagstiftningen. Att sådana strafffrihetsgrunder förekomma i betydande omfattning är obestriddt. Av skäl som förut diskuterats är detta ofrånkomligt; de atypiska situationerna äro endast i viss utsträckning möjliga att i sina enskildheter förutse och att fånga genom bestämda lagbestämmelser. Hur skall man nu finna dessa strafffrihetsgrunder, och vilken utgör den positivrättsliga grunden för avvikelser från en strikt tillämpning av straffbudet i enlighet med dess avfattning i andra fall än dem som strafflagstiftningen själv medgivit?

I de flesta rättsordningar, så även hos oss, har man att räkna med *sedvanerättsligt utbildade strafffrihetsgrunder* som komplettera den skrivna lagens regler på detta område. Detta är i det stora hela förhållandet med sådana strafffrihetsgrunder som samtycke och ett stort antal fall av offentlighetsrättslig befogenhet till positiva ingrepp i någons privata rättssfär. Onekligen stöter det ej sällan på svårigheter att bestämma innehållet i de genom rättspraxis utformade straffrihetsreglerna. Judikaturen är förklarligt nog sparsamt förekommande på området, då erkännandet av en eljest straffbelagd gärnings tillåtlighet i regel föranleder att åtal för densamma uteblir.

⁴⁴ Jfr ANDENÆS s. 143 f.

Måhända kunde en undersökning av beslutspraxis i åtalsärenden hos högre åklagarmyndighet komplettera den bild som vinnes genom studiet av förefintliga domstolsavgöranden på området.⁴⁵ De föreliggande svårigheterna motvägas emellertid till viss grad av den stadga som utmärker doktrinen om de sedvanerättsligt erkända straffrihetsfallen och av den likformighet som i sak råder mellan närbesläktade europeiska straffrättsordningar i detta hänseende, antingen straffrihetsreglerna kommit till uttryck i skriven lag eller ej.⁴⁶ Nämnas må ock för svensk rätts vidkommande inflytandet från den ovan behandlade s.k. kontinentala rättsstridighetsläran, vilket medfört att man sedan länge sökt inordna de förekommande reservationerna från formellt tillämpliga straffbud under ett fåtal rubriker som vunnit hävd i lagstiftning och doktrin.

Den *utveckling* som lett till att vissa straffrihetsregler vunnit erkännande i rättspraxis, även utan egentligt stöd av lag, kan i princip *aldrig anses avslutad* vid en viss tidpunkt. Efter hand som den allmänna straffrättens brottskatalog revideras och helt nya gärningstyper kriminaliseras, särskilt inom specialstraffrätten, är det oundvikligt att dittills icke aktuella atypiska situationer framträda, vilka kräva sitt beaktande genom undantagsregler om straffrihet. I viss utsträckning sker detta lagstiftningsvägen. I andra fall förekommer det att rättspraxis löser de uppkommande problemen genom uppställandet av nya, speciella straffrihetsregler. Även bortsett från dessa fall, då ändringar i lagstiftningen om de straffbelagda gärningstyperna återverka på reglerna om straffrihetsgrunderna, kunna förändrade sociala värderingar och tidigare icke förutsedda intressekollisioner nödvändig göra justeringar av straffrihetsreglerna, något som väl oftast ankommer på rättsskipningens organ att genomföra.

Här bör emellertid framhållas att utvecklingen hos oss i viss mån gått i riktning mot en stabilisering av läget genom att den nya brottsbalken ifråga om ett par betydelsefulla

⁴⁵ Jfr ELWING, Tillräckliga skäl, s. 104 ff.

⁴⁶ Ovan s. 340 ff. samt HAGSTRÖMER I s. 108 ff., STJERNBERG, Föreläsningar, s. 86 ff. samt NELSON, Rätt och ära, s. 100 ff.

straffrihetsgrunder, nämligen nöd samt lydnadsplikt på grund av förmans befallning, genom stadgandena i 24:4 och 6 sökt *kodifiera* den reglering som skett i rättspraxis. Ett dylikt lagfästade sätter emellertid ej praxis helt ur funktion såsom rättsskälla. De båda stadgandena äro ganska allmänt hållna och ha närmast karaktären av ett slags *ramnormer*. Såsom hittills torde det ankomma på rättstillämpning och doktrin att närmare utforma typerna av straffria undantagsfall inom stadgandenas ram; se härom närmare den följande framställningen under §§ 17 och 18.

Man kan då fråga sig, om det kan anses stridande mot den för vår straffrätt grundläggande legalitetsprincipen att på detta sätt tillerkänna domstolarna och därmed indirekt åtalsmyndigheterna en befogenhet att uppställa och utveckla straffrihetsgrunder utan uttrycklig hemul i lag.⁴⁷ Uppfattas den väsentliga innebörden av legalitetsprincipen vara den som uttryckes i den traditionella sentensen *nullum crimen sine lege*, dvs. att ingen gärning skall ådraga någon straff, om den icke är kriminaliserad genom dessförinnan given lag, torde betänkligheter ej möta mot att låta rättspraxis utforma nya eller ändrade straffrihetsregler för atypiska situationer, om läget skulle vara sådant, att behovet av undantag från ett visst straffbud icke kan tillgodoses genom en restriktiv lagtolkning på sätt ovan utvecklats. Ändrar man emellertid blickpunkt och fäster avseende vid det mera allmänna rättspolitiska intresse som motiverar upprätthållandet av en konsekvent legalitet i straffrätten, nämligen det viktiga intresset av *konsekvens, likformighet och förutsebarhet* vid tillämpningen av strafflag,⁴⁸ kan man känna sig mera tveksam inför domstolarnas rättsskapande befogenhet på ifrågavarande punkt. Även om de nyssnämnda rättspolitiska önskemålen städse böra tillgodoses så långt som möjligt, får man ej hemfalla åt en övertro på lagstiftarens förmåga att förutse och genom uttryckliga stadganden täcka alla uppkommande intressekollisioner eller andra särskilda situationer i vilka en straffrihets-

⁴⁷ Jfr hänvisningarna ovan not 3 och not 4.

⁴⁸ Se THORNSTEDT, Legalitet, s. 322 ff.

regel är motiverad och står i samklang med rättsordningens allmänna intentioner. På sätt ovan framhölls äro de samhällseliga intressen och behov som ytterst bestämma gränsen mellan straffbart och straffritt handlande icke uttryck för ett statiskt tillstånd.⁴⁹ Den fortgående rättsutvecklingen kräver efter hand justeringar av denna gräns. Ej sällan kommer lagstiftningen i efterhand i förhållande till denna utveckling. Det kan då ej vara önskvärt att på nu förevarande punkt alltför hårt binda de rättstillämpande organen, som ju dock ytterst ha till uppgift icke blott att mer eller mindre automatiskt söka tillämpa skriven lag utan även att bringa det rättsliga bedömandet i det konkreta fallet i samklang med det allmänna rättsmedvetandet, så långt detta kan ske utan att lagens bud klart åsidosättas, dvs. utan att den formella lagtypicitetens cirkel överskrides.⁵⁰

Det förtjänar tilläggas att ett fixerande i lagtext av samtliga atypiska situationer, som påkalla straffrihet, erbjuder betydande lagtekniska svårigheter. Erfarenheten från olika länders straffrättsordningar visa också att undantagsreglerna ofta få en så allmän och tänjbar formulering att de närma sig generalklausulernas typ. Här må endast hänvisas till de ovan angivna nytillkomna lagstadgandena (24:4 och 6) om straffrihet för handlingar företagna i nöd eller på grund av lydnadsplikt. I viss mån gäller detta omdöme även rekvisitet »försvarligt» våld vid utövande av sådan offentligrättslig befogenhet som avses i 24:2 (motsvarande äldre rätts regler i SL 5:10 och 11) ävensom rekvisitet »uppenbart oförsvarlig» nödvärnshandling enligt den omarbetade nödvärnsregeln i 24:1. Som ett sista exempel på en vagt utformad straffrihetsregel av ramnormstyp kan anföras den speciella befogenheten vid förtalsbrott enligt 5:1, där ett yttrande privilegieras därför att det var »försvarligt att lämna uppgift i saken». Ifråga om de subjektiva straffrihetsgrunderna framträder denna vaghet tydligt, exempelvis i bestämmelserna i 15:4, 22:13 och 24:5.⁵¹

⁴⁹ Härom se ovan s. 197 ff.

⁵⁰ Jfr ovan s. 329.

⁵¹ Om dessa bestämmelser, se framställningen i § 21.

Mot denna lagskrivningsteknik kan näppeligen med fog riktas anmärkningar. Den föranleder blott den reflektionen, att ett lagfästade av den ena eller andra straffrihetsgrunden icke *i och för sig* ger full garanti för att legalitetsprincipens likformighetskrav blir tillgodosett. Här gäller det, på samma sätt som ifråga om brottsbeskrivningarnas utformning, att det ytterst kommer att bero på domstolarnas och åtalsmyndigheternas vidsyn, skicklighet och yrkesmoral, om legalitetsidéerna förverkligas i rättsstatlig anda.

Å andra sidan bör det framhållas, att det ingalunda är likgiltigt, huruvida lagstiftaren uttryckligen angivit de viktigaste huvudfallen av straffrihetsgrunder eller om han iakttager tystnad i detta avseende och helt lämnar utformningen av erforderliga undantagsregler åt rättstillämpningen. Den utveckling eller nybildning på området som av tidigare anförda skäl i viss utsträckning måste äga rum i praxis vinner i *stabilitet och konsekvens*, om den kan ske inom ramen för lagens undantagsregler eller åtminstone i nära anslutning till den typisering av de olika reservationerna som kommit till uttryck i skriven lag. Det torde däremot ej vara väl förenligt med legalitetsidéerna att vid sidan av de lagreglerade fallen och utan varje sammanhang med dessa tillerkänna praxis en rätt till helt fri avvägning av varandra motstående intressen och att statuera straffrihet enligt något slags »*allgemeines Güterabwägungsprinzip*», som stundom förordas i nyare kontinental doktrin⁵² och som f.ö. utgör en ledande tanke i den nordiska rättsstridighetsläran.⁵³

En dylik fri intresseavvägning kan förefalla naturlig med hänsyn till att de atypiska situationerna till stor del, ehuru icke genomgående, äro att uppfatta som *intressekollisioner* av skilda slag. Vid närmare eftertanke torde man emellertid finna att en fri intresseavvägning som grund för ett omdöme om gärningens atypicitet och sociala tillåtlighet framstår såsom avsevärt problematisk. Med hänsyn till principens framträdande plats i tidigare nordisk litteratur skall denna problematik åtminstone antydas.

⁵² Se särskilt MEZGER s. 206 f.

⁵³ Se t. ex. THYRÉN II s. 124 ff., TORP § 23 samt WETTER § 10.

Många gånger är den praktiska problemställningen klar, och tvekan kan icke råda om vilka de mot varandra stående intressena äro. Men teoretiskt sett möta betydande svårigheter redan s.a.s. vid ekvationens uppställande, och den tidigare nordiska doktrinen gör sig häri icke sällan skyldig till otillbörliga förenklingar eller användande av termer, som äro i hög grad oklara och inom sig rymma flera obekanta faktorer. Sålunda uttala vissa författare att avvägningen avser å ena sidan den allmänna individuella handlingsfriheten, å andra sidan ett *konkret* i sig rättsligt skyddat intresse, medan åter andra författare taga sikte på en handlings nytta såsom motvägande. dess skada. Vilkendera aspekten man än anlägger, ges emellertid föga ledning för bedömning av just de fall då undantag synas motiverade från ett straffbud. De synpunkter som framställas såsom grundläggande för intresseavvägningen ha nämligen såsom redan förut påpekats i själva verket redan beaktats av lagstiftaren, då han bestämt sig för den i straffbudet angivna handlingens kriminaliserande.⁵⁴ Det kan icke anses tillåtet eller tillrådligt att de rättstillämpande organen helt fritt korrigera lagstiftarens arbete genom en förnyad värdering av samma faktorer, som redan värderats genom lagens gränsdragning kring omfattningen av det kriminaliserade området.

Huru diffus en dylik *allmän intresseavvägningsprincip* måste bli, framgår med ännu större tydlighet, om man närmare söker fixera innebörden av de faktorer som skola värderas och grunderna för denna värdering. Materiella och ideella värden ställas därvid icke sällan mot varandra, trots att de äro helt inkommensurabla storheter. Härtill kommer att man måste taga hänsyn till den större eller mindre *sannolikheten av skadas inträde* genom handlingen och storleken av den sannolika skadan.⁵⁵ Strafflagens och rättspraxis' uppgift är icke minst att giva medborgarna bestämda handlingsregler av mera konstant natur, och ett alltför stort hänsynstagande till förhållandena i det särskilda fallet motverkar givetvis detta syfte. Därför är det i och för sig riktigt när vissa författare draga in värdet av reglernas fasthet som en viktig faktor i det räknestycke som intresseavvägningen utgör.⁵⁶ Huru emellertid detta betydelsefulla värde skall kunna jämföras med och vägas mot det individuella intresse, som skall tillgodoses genom straffbudets genombrytande, är tämligen oklart.

Även om det nu vore möjligt för en domstol att i efterhand på ett för olika fall likformigt sätt väga alla sålunda relevanta faktorer

⁵⁴ Jfr ovan s. 197 ff.

⁵⁵ Denna problematik framträder särskilt tydligt vid tillämpningen av den allmänna nödregeln samt vid nödvärn; se nedan §§ 18 och 19.

⁵⁶ Så EKELÖF, *Teknik*, s. 31 ff.

och komma till ett objektivt fastställbart resultat rörande en gärnings sociala förkastlighet, är det hart när omöjligt för den enskilde medborgaren att i handlingens ögonblick själv bedöma frågan och så att säga ställa en riktig prognos för utfallet av en blivande intresseavvägning, företagen av de judiciella myndigheterna, om hans handling kommer under omprövning.

Nu berörda vanskligheter träda särskilt klart i dagen, om man med den nordiska rättsstridighetsläran tänker sig att principen går ut på en avvägning i det konkreta fallet. Att detta är meningen hos flertalet författare framgår ganska tydligt av de utläggningar som göras rörande metoderna för avvägningens genomförande. Det är särskilt i denna form den nordiska rättsstridighetsläran, särskilt om den kräver en fri avvägning av en handlings straffbarhet med hänsyn till läget i det konkreta fallet, är ägnad att väcka allvarliga betänkligheter i varje fall på straffrättens område.

Numera torde det väl allmänt erkännas inom den straffrättsliga doktrinen, att frågan om en gärnings straffbarhet i fall vilka framstå som atypiska icke lämpligen bör avgöras genom ett fritt skön, som huvudsakligen tager hänsyn till läget i det särskilda fallet. Man kan också vid ett studium av svensk rättspraxis konstatera, att svenska domstolar och säkerligen även våra åtalsmyndigheter iakttagit största försiktighet, när fråga uppstått om att antaga någon objektiv straffrihetsgrund, som ej äger hemul i lag eller fast tradition i doktrin och rättstillämpning. För de subjektiva ursäkternas del är praxis än mera restriktiv; skälen härtill skola diskuteras i ett senare sammanhang.⁵⁷

Å andra sidan kvarstår, även efter det att ytterligare ett par fall av vedertagna straffrihetsgrunder blivit uttryckligen lagreglerade i den nya brottsbalken, det ovan påpekade behovet av nybildning och anpassning av straffrihetsreglerna efter förändrade rättsliga och sociala värderingar. Man kan då fråga sig huru detta behov skall kunna tillmötesgå, utan att normmässigheten och fastheten i det straffrättsliga regelsystemet äventyras. I vissa fall av mera invecklad eller socialt kontroversiell natur torde det vara klokast att avvakta ett inskridande *från lagstiftarens sida*, sedan frågan om be-

⁵⁷ Nedan § 21.

hovet av en straffrihetsregel aktualiserats i den allmänna debatten och mognat för en reglering lagstiftningsvägen. I svensk rätt ha frågorna om tillåtligheten av abort samt av sterilisering och kastrering på andra indikationer än de rent terapeutiskt-medicinska vunnit sin lösning efter dessa linjer.⁵⁸ På samma sätt bör en eventuellt erforderlig successiv revision och utvidgning av de en gång genom lag utformade straffrihetsgrunderna genomföras. Till samma grupp av kontroversiella och delvis synnerligen ömtåliga fall kan hänföras frågan om s.k. barmhärtighetsdödande och den hittills av lagstiftaren försummade frågan om straffrihet för tillfogande av svårare kroppsskada i samband med utövningen av vissa sportgrenar och tävlingar. I samtliga dessa fall, där medborgarnas värderingar äro högst olika och där en mångfald svårbedömda intressen göra sig gällande, bör praxis ej lämpligen ensam taga ansvaret för nya eller vidgade straffrihetsgrunder.

På områden där särskilda hänsyn ej lägga hinder för en utveckling i praxis av regler om straffrihet i atypiska situationer synes det vara angeläget att man undviker rent kasuistiska bedömningar och söker nå fram till avgöranden av mera *typbildande*, allmängiltig natur. De rättstillämpande organen måste fråga sig, icke blott om det är rimligt och billigt att i det särskilda fallet anse en eljest straffbelagd handling försvarlig, utan också — och i första hand — huru de allmänna verkningarna kunna tänkas bli av en fast regel som upphöjer det sålunda tillåtna handlingssättet ifråga till ett medborgerligt handlingsmönster. Med vunnen insikt härom måste rättspraxis komma att bli ytterst varsam, när det gäller att statuera straffrihet på andra objektiva grunder än sådana som äro vedertagna i doktrin och praxis. Det betyder icke att de alla måste vara sådana att de giva uttryck för en grundsats, tillämplig över straffrättens hela område. Tvärtom leder kravet på en fast typisering icke sällan till att särskilda objektiva straffrihetsgrunder i praxis utvecklars för någon viss brottsart; i tidigare svensk rätt bildade reglerna om s.k. privilegierade

⁵⁸ Härom nedan § 20.

yttranden vid förtalsbrotten ett tydligt exempel.⁵⁹ Å andra sidan bör det eftersträvas att inordna de olika undantagsfallen under vissa större, av doktrinen utformade *huvudrubriker*, varigenom såvitt möjligt enhetlighet i tillämpningen och överblick över de skilda företeelserna befordras. Den nu förordade metodens möjligheter få emellertid ej överskattas. Säkerligen kunna ej alla tänkbara straffrihetsgrunder inordnas under de vedertagna huvudrubrikerna, t.ex. inom specialstraffrätten,⁶⁰ liksom dessa icke äro en gång för alla givna utan måste kompletteras och anpassas efter förändrade rättsliga och sociala förhållanden.⁶¹

De nu utvecklade teoretiska och principiella synpunkterna på de atypiska situationernas natur och den rättsliga tekniken för deras positivrättsliga beaktande läggas till grund för den följande framställningen, som har till uppgift att lämna en översiktlig redogörelse för de särskilda straffrihetsgrunderna enligt gällande rätt. Som redan antytts är det de *objektiva* straffrihetsgrunderna som här främst skola behandlas;⁶² de subjektiva straffrihetsgrunderna skola redovisas mera kortfattat (i § 21), då de äga nära samband med de betydelsefulla och komplicerade, i det föregående endast flyktigt berörda spörsmålen om brottsbegreppets subjektiva sida (imputationsläran)⁶³ samt med det straffrättsliga reaktionssystemets utformning och reglerna om uteslutning av påföljd i det särskilda fallet.

Det bör till sist framhållas att redogörelsen för straffrihetsgrunderna icke åsyftar eller kan åsyfta fullständighet. Den måste begränsa sig till att uppställa just de ovan berörda huvudrubrikerna och att i korthet söka ange det utmärkande

⁵⁹ Jfr NELSON, Rätt och ära, s. 239 ff. De praxisregler som sålunda efter hand utvecklats torde alltså komma att få betydelse trots övergången till den nya BrB, då — såsom ovan s. 348 påpekats — straffrihetsregeln i 5: 1 st. 2 utformats som en generalklausul eller ramnorm.

⁶⁰ Se härom THORNSTEDT, Företagaransvar, s. 53 ff. och den där redovisade rättspraxis.

⁶¹ Exempel på nya kategorier lämnas under § 20. Se också framställningen i § 16 om vissa folkrättsliga och offentligrättsliga befogenheter.

⁶² Ovan s. 329 och s. 340.

⁶³ Jfr ovan s. 164 ff. samt s. 251 ff.

och gemensamma för de fall som sålunda sammanföras och att exemplifiera dem. I enlighet med traditionen inom doktrinen behandlas därvid främst de frigrunder som direkt regleras i *strafflagstiftningens allmänna del* (24:1—6) eller eljest hänförs dit, därför att de angå mer än en enda brottsart (t.ex. straffrihetsgrunden samtycke). Mera speciella fall behandlas däremot lämpligare i samband med de särskilda brottsbeskrivningarna i *straffrättens speciella del*; se t.ex. 5:1 st. 2 (laga befogenhet vid förtalsbrott), 15:4 st. 2 (intressekollision vid mened) samt 17:11 st. 3 (intressekollision vid skyddande av brottsling). Motsvarande gäller för *specialstraffrättens* vidkommande, i det att vissa straffrihetsfall analogivis kunna inordnas under de allmänna reglerna i BrB, medan andra fall naturligare behandlas i sammanhang med de särskilda straffstadgandena i resp. specialförfattning.

C. Särskilda spörsmål.

Innan vi övergå till en redogörelse för de särskilda typerna av objektiva straffrihetsgrunder i gällande svensk rätt, ha vi att fatta ståndpunkt till ett par, delvis omstridda spörsmål vilkas besvarande är av största betydelse för förståelsen av de berörda straffrihetsreglernas innebörd och funktion.

Det ena spörsmålet gäller de ifrågavarande frigrundernas karaktär av *rent objektiva* omständigheter. Man har stundom velat göra gällande att tillräckliga skäl för ansvarsfrihet icke skulle föreligga, om den handlande svävat i okunnighet om de förhållanden, som i varje särskilt fall konstituera de objektiva straffrihetsgrunderna.⁶⁴ Som exempel kan anföras det fall, att någon i uppsåt att störa annans hemfrid kastar sten mot den-

⁶⁴ Se sålunda ANDENÆS s. 157 (ifråga om nödvärn) och s. 166 (vid nöd) samt HURWITZ s. 271 (nödvärn), som väl avvisa kravet på full subjektiv täckning i form av full kännedom om situationens beskaffenhet men å andra sidan ej vilja medge straffrihet, då sådan kännedom saknas, utan anse att försöksstraff kan inträda med hänsyn till den brottsliga viljans förhandenvaro; jfr nedan vid not 65. En allsidig belysning av hela frågeställningen ges hos TORP s. 259 ff.

nes hus och krossar ett fönster, varvid han, utan att själv veta det, räddar en i rummet sovande person från kolosförgiftning, eller det fall att någon under en ordväxling i vredesmod går till attack med våld mot sin antagonist utan att ha klart för sig att denne strax förut tagit sikte på honom med sin revolver, varigenom ju nödvärnsrätt uppkommit för honom själv. I dylika lägen är — menar man — den handling, som objektivt sett kan vara försvarlig jämlikt nöd- eller nödvärnsregler, buren av en samhällsskadlig vilja och kan icke godkännas av samhällsordningen och vara förtjänt av strafffrihet. För att en viss objektiv omständighet skall göra en eljest straffbar handling rättsenlig erfordras, med detta betraktelsesätt, att densamma motsvaras av en frihet från brottslig viljeriktning vid handlingens begående.

Medgivas måste, att det i enstaka fall kan verka stötande för rättskänslan att godtaga en handling såsom tillåten och korrekt, när gärningsmannen själv uppfattat sitt handlingsätt såsom brottsligt, men läget är i själva verket i föreliggande situationer detsamma som i andra fall, då samhället underlåter att reagera mot en i handling yppad samhällsfarlig vilja av det skälet att gärningsmannen ej åstadkommit något resultat som är skadligt eller farligt ur samhällets synpunkt. Sådana fall äro exempelvis de s.k. putativdelikten och vissa av de otjänliga försök som äro straffria jämlikt 23:1. Det gäller här sådana s.k. absolut otjänliga försök, vid vilka någon fara över huvud icke fanns för att det avsedda brottet skulle kunna förverkligas. Som exempel kan anföras att någon i felaktig förmodan att bössan är laddad söker skjuta sin fiende eller att man riktar dråpslaget mot en person som man tror vara sovande, ehuru han i själva verket redan är död. Det nu sagda gäller även fullbordade handlingar, som icke äro straffbara på grund av att visst objektivt rekvisit ej förelegat och den i straffbudet förutsatta intressekränkningen därför ej kunnat komma till stånd. Då någon adekvat svensk term för denna situation knappast finnes, brukar man använda den i tysk doktrin vanliga beteckningen »Mangel am Tatbestand». Som praktiska exempel kunna nämnas att en man gifter om sig,

trots att han — felaktigt — tror att hans första hustru lever, eller att en person i tillägnelseuppsåt tillgriper en sak som han tror tillhör någon annan, fast den rätteligen är hans. Att straff ej kan inträda i dessa fall torde vara allmänt erkänt i svensk doktrin och praxis.⁶⁵

De objektiva straffrihetsgrunderna böra sålunda, åtminstone i princip, uppfattas såsom omständigheter av verkligt objektiv natur, vilkas förhandenvaro — oavsett den handlandes insikt om läget och hans viljeriktning — gör en eljest brottslig gärning tillåten och åstadkommer en justering av straffbudets mera schematiska gränsdragning kring det objektivt sett förbjudnas område. Till undvikande av missförstånd bör understrykas att frågan om *subjektiv täckning* av brottets objektiva sida naturligtvis uppkommer också i fråga om de omständigheter som utgöra negativa moment i gärningsinnehållet, dvs. frånvaron av sådana omständigheter som kunna utgöra objektiva straffrihetsgrunder.⁶⁶ Kravet på subjektiv täckning av dylika moment får praktisk betydelse först när sådan täckning saknas. Har den handlande sålunda felaktigt antagit att omständigheterna indicerade ett straffritt företagande av en till sin typ brottslig gärning, t.ex. att en nödvärnssituation förelåg, har han handlat under inflytande av en faktisk villfarelse som städse utesluter ansvar för dolus och, om den är ursäktlig, jämväl för culpa.⁶⁷

I visst sammanhang med det spörsmål som nu behandlats står ett annat problem som också rör de nu avsedda straffrihetsgrundernas rent objektiva natur. Det har i nyare doktrin framhållits att lagstiftaren vid bestämningen av de atypiska situationer, i vilka sociala och andra skäl motivera att en eljest kriminaliserad gärning betraktas som godtagbar eller

⁶⁵ Angående svensk rätts ståndpunkt till de otjänliga försöken, se SOU 1940: 19 s. 44 ff. och FB s. 41 ff., ävensom det uppmärksammade s. k. Broby-fallet (NJA 1956 not B 6.) — Med den s. k. subjektiva försöksteori, som synes ligga till grund för dansk och norsk rätts ståndpunkt i ämnet, torde de otjänliga försöken vara straffbara i större utsträckning än hos oss; jfr HURWITZ s. 466 ff. och ANDENÆS s. 303 ff.

⁶⁶ Jfr ovan s. 245 f.

⁶⁷ Om svensk rätt på denna punkt, se THORNSTEDT, Rättsvillfarelse, s. 284 ff. samt där anmärkt svensk litteratur.

kanske rent av önskvärd, i viss utsträckning beaktat icke blott de yttre förhållanden som eliminera handlingens samhällsskadlighet utan även s.k. *inre fakta*, främst det *syfte* som uppbär det atypiska handlingssättet. Som exempel brukar i doktrinen anföras den betydelse som ändamålet med olika slags ingrepp i den kroppsliga integriteten äger inom samtyckesläran;⁶⁸ stundom har också nödvärnsrättens utövande ansetts beroende av den angripnes avsikt att avvisa angreppet.⁶⁹ Med detta förhållande för ögonen har man stundom velat utmönstra beteckningen objektiv straffrihetsgrund ur den straffrättsliga terminologien och nöja sig med den enkla benämningen straffrihetsgrund för de undantagssituationer och regler om ansvarsfrihet som traditionellt behandlats i doktrinen och stundom i strafflagarnas rubriceringar under uttrycket objektiva straffrihetsgrunder eller grunder för rättsstridighetens bortfallande (»Rechtfertigungsgründe» e.d.).⁷⁰

Åtskilligt kan synas tala för en dylik terminologi. Det är i viss mån missvisande att alltför kraftigt framhäva den objektiva karaktären av de hithörande straffrihetsgrunderna, då på sätt ovan angivits, vissa rekvisit för inträdet av ansvarsfrihet ha en viss subjektiv färgning, dvs. ha anknytning till gärningsmannens psykiska inställning till sitt handlande. Å andra sidan är det förenat med betydande framställningstekniska fördelar att skilja mellan de båda grupperna av straffrihetsgrunder. Som regel bereder det inga svårigheter att klassificera de olika frigrunderna allteftersom de äro av *övervägande objektiv* eller *övervägande subjektiv* natur och ha sin naturliga anknytning som undantag till brottstypens objektiva gärningsinnehåll eller till dettas subjektiva föreställnings- och

⁶⁸ Här om närmare nedan i § 15 under B.

⁶⁹ Jfr nedan § 19.

⁷⁰ Jfr ANDENÆS s. 137 f., STRAHL, Kompendium, s. 38 och NELSON, Rätt och ära, s. 107. Sistnämnde författarens energiska särhållande av en gärnings brottslighet och dess straffbarhet är givetvis fullt riktigt; därmed har man emellertid ej löst problemet om vilka moment som konstituera en gärnings brottslighet i samband med läran om reservationerna och huru dessa moment fördela sig på brottsbegreppets båda sidor. Terminologiskt synes Nelson resignera inför svårigheten att finna praktikabla uttryck för de företeelser som i denna framställning rubriceras som objektiva, resp. subjektiva straffrihetsgrunder.

viljeinnehåll. Vi få under den följande framställningens gång anledning att i tveksamma fall fatta ståndpunkt till den adekvata och lämpliga klassificeringen; som exempel på sådana fall må nämnas de allmänstraffrättsliga frigrunderna nödvärn enligt 24:1, nödhandling enligt 24:4 och handlande på grund av lydnadsplikt jämlikt 24:6 samt från straffrättens speciella del sådana i det föregående omnämnda intressekollisioner som inträffa vid förtalsbrott enligt 5:1 st. 2 och vid mened enligt 15:4, de särskilda straffrihetsreglerna vid skyddande av brottsling jämlikt 17:11 st. 3 samt vid olovlig sammankomst enligt 22:7.

Det bör också med anledning av den ovan antydda kritik som riktats mot termen objektiv straffrihetsgrund framhållas att den omständigheten att ett visst inre faktum hos gärningsmannen tillmättes betydelse som moment i straffrihetsregeln, ingalunda behöver betaga denna dess objektiva natur. Man står här inför en negativ motsvarighet till de s.k. fristående subjektiva moment som ej sällan ingå som element i de positiva brottsbeskrivningarna och som rätt allmänt brukar räknas såsom rekvisit i resp. brottstypers objektiva gärningsinnehåll. Denna rättsliga teknik har tämligen utförligt diskuterats i det föregående.⁷¹

Rent praktiskt sett är den nu diskuterade systematiseringen av straffrihetsgrunderna ej alltför betydelsefull. I det ena fallet som i det andra är det ju fråga om atypiska situationer, vilka betaga en mänsklig handling dess egenskap av att vara ett brott, trots den föreliggande formella lagtypiciteten. Den verkligt betydelsefulla skiljelinjen går, såsom vi ovan funnit, mellan friregler av detta slag och de regler som lagen uppställer om uteslutning eller nedsättning av eljest stadgade brottspåföljder. Rättsverkningarna äro nämligen i viktiga avseenden olika: i det förra fallet skall en frikännande dom meddelas, i det senare fallet har domstolen att konstatera att den tilltalade begått en viss brottslig gärning, ehuru påföljden för denna av angivna skäl nedsattes eller helt eftergives.

⁷¹ Se ovan s. 259 ff. samt NELSON a. st.

D. De objektiva straffrihetsgrundernas systematik.

När det slutligen gäller straffrihetsgrundernas systematik, kan man uppkasta frågan, huruvida denna äger mer än blott en yttre, framställningsteknisk betydelse. Systematiken kan i viss utsträckning också tänkas skänka stöd för den riktiga tolkningen och tillämpningen av den positiva rättens regler i ämnet, nämligen under den förutsättningen att man kan finna en eller flera indelningsgrunder som gå tillbaka på inre, sakliga olikheter mellan de skilda reservationstyperna. En närmare undersökning visar emellertid att de existerande principiella olikheterna äro allenast relativa och av övervägande rättsteknisk natur.⁷² I det ena fallet såväl som i det andra har lagstiftaren uppdragit den tidigare beskrivna atypicitetscirkeln, genom vilken handlingsfrihetens gränser närmare bestämmas, efter en avvägning mellan de mångfaldiga skiftande sociala och enskilda intressen och hänsyn vilka tala för ett handlingssätts förkastlighet och det komplex av intressen som motivera dess tillåtlighet i vissa undantagsfall. Sätillvida kunna alla straffrihetsregler sägas innebära lösningar av föreliggande *intressekollisioner* inom rättsordningens ram. Därmed har man emellertid knappast kommit närmare lösningen av det spörsmål som sysselsätter oss. Särskilt må anmärkas att den brukliga indelningen av intressekollisionerna och de där emot svarande straffrihetsgrunderna utgår från den förut i detta arbete⁷³ starkt kritiserade föreställningen att varje straffbud avser att skydda ett eller ett fåtal klart bestämbara och värderingsbara intressen, som antingen i ett givet fall helt saknas eller också kunna genom någon sorts räkneoperation kvittas mot ett kolliderande intresse. I själva verket är varje situation, där en objektiv straffrihetsgrund antages av lag eller praxis, betydligt mera komplicerad, i det att där föreligger en mångfald varandra korsande synpunkter, som till-

⁷² Ovan s. 334 ff.

⁷³ Ovan s. 334 ff.

erkänts större eller mindre vikt. Icke sällan inverka härvid historiska skäl (t.ex. vid nödvärn) eller ogripbara värderingar i det allmänna rättsmedvetandet, på samma sätt som när lagstiftaren bestämt sig för att kriminalisera vissa brottstyper men icke andra.⁷⁴ Under intrycket av nu antydda svårigheter har man ej sällan i doktrinen föredragit ett rent positivrättsligt *uppräknande* av frigrunderna, eller också har man framhållit att de försök till en mera principiell gruppering som gjorts endast ha framställningstekniskt värde och att praktiska följsatser för olika straffrihetsgrunders närmare utformning icke få dragas av denna gruppering.⁷⁵ I nyare svensk doktrin möta vi ofta en mera systematisk framställning av den föreliggande materian.⁷⁶ Man brukar först och främst skilja mellan fall, då det av straffbudet i princip skyddade *intresset saknas* av speciella skäl, och fall, då *två intressen kollidera* och det av straffbudet skyddade intresset får vika.

Vid närmare eftertanke visar det sig likväl att denna gruppindelning ej vilar på någon djupare olikhet mellan straffrihetsgrunderna. I de fall då ett skyddsintresse enligt det sagda skulle saknas, föreligger i själva verket en intressekollision, nämligen mellan samhällets önskan att reprimera en viss gärningstyp och *intressebärandens* behov av bestämmanderätt rörande sina personliga angelägenheter. Straffrihetsgrunden som justerar det mera generella straffbudet vilar alltså även här på en intresseavvägning.

Inom den senare gruppen skiljer man ofta mellan *positiva* och *negativa intressekollisioner*; situationer av det förra slaget sägas inträda, då behov uppkommer att offra ett intresse för att möjliggöra genomförandet av ett motstående viktigare intresse, medan situationer av den senare typen uppkomma genom nödvändigheten att skydda ett intresse mot intrång, ehuru därvid ett annat intresse måste åsidosättas. Naturligen

⁷⁴ Jfr ovan s. 198 ff.

⁷⁵ Se sålunda HAGSTRÖMER I s. 108 ff., STJERNBERG, Föreläsningar, s. 86 ff., LISZT-SCHMIDT §§ 32—35 samt MAURACH s. 266 ff. (med träffande kritik av olika generaliserings- och systematiseringsförsök); jfr HURWITZ s. 257.

⁷⁶ Grundläggande är här framställningen hos THYRÉN II s. 27 ff., s. 111 ff. samt s. 124 ff.; se vidare WETTER §§ 9—12 och STRAHL, Kompendium, s. 38 ff.

är motsättningen mellan positiva och negativa grunder allenast relativ. Även vid utövandet t.ex. av en offentligrättslig befogenhet är det ju ytterst frågan om att skydda ett hotat allmänt intresse av ordningens upprätthållande, av social välfärd etc., vilket intresse ytterst motiverar den uppställda positiva rättsregeln om att viss åtgärd skall eller får vidtagas.

Till den förra huvudgruppen, dvs. fall som bruka karakteriseras så att skyddsintresse saknas i det särskilda fallet, höra de objektiva straffrihetsgrunder som bruka hänföras under rubrikerna *handlande mot egen rättssfär* (§ 14) och *samtycke* (§ 15). Till den senare huvudgruppen höra de positiva intressekollisioner, som gå under beteckningarna *offentligrättslig befogenhet* (§ 16), inklusive handlande på grund av *lydnadsplikt* (§ 17), ävensom de negativa intressekollisioner som bruka rubriceras som *nöd* (§ 18) och *nödvärn* (§ 19). Det är emellertid oundgängligt att uppställa en ytterligare rubrik för *särskilda* (eller »blandade») *intressekollisioner* (§ 20), vilka icke, utan att man gör våld på begreppen, låta sig inpassa under de vedertagna beteckningarna; med hänsyn till den heterogena karaktär dessa fall äga, synes någon enhetlig beteckning ej lämpligen böra åsättas denna grupp. I det följande behandlas de skilda objektiva straffrihetsgrunderna i svensk rätt var för sig, utan att sambandet dem emellan eller eljest systematiska frågor närmare diskuteras. Avslutningsvis ges en summarisk framställning av de *subjektiva* straffrihetsgrunderna (§ 21).

§ 14. HANDLINGAR MOT EGEN RÄTTSSFÄR.¹

Såsom en särskild straffrihetsgrund upptages stundom att en eljest brottslig handling riktar sig mot den handlandes egen rättssfär eller intresse. I stort sett saknar ett uppställande av en dylik straffrihetsgrund praktisk betydelse, då det vid en förnuftig tolkning av resp. straffbud är klart, att brottet skall rikta sig mot *annans* förmögenhetsobjekt, kroppsliga integritet o.s.v.

Frågan om brottslighetens uteslutande, då gärningsmannen skadar eller eljest kränker något som i sig utgör hans egna straffskyddade intressen, utgör sålunda i regel ett skenproblem. Helt kan man emellertid ej avfärda ifrågavarande straffrihetsgrund med detta enkla påpekande. Man måste nämligen uppmärksamma möjligheten av att gärningen, ehuru den mera omedelbart riktar sig mot den handlandes egen rättssfär, *dessutom* kan kränka jämväl något annat intresse än det varav gärningsmannen är bärare; är så fallet kan handlingen vara belagd med straff ur denna andra synpunkt. Sålunda är angrepp mot egen kroppslig integritet stundom straffbart enligt 18:6 (tidigare SL 9:8) såsom svikande av försvarspflicht eller enligt 9:11 st. 2 (tidigare SL 21:8) såsom förberedelse till försäkringsbedrägeri. Skadegörelse å egen egendom är i vidsträckt omfattning straffbar såsom mordbrand, sabotage eller annat allmänfarligt brott enligt 13 kap. (tidigare 19 kap. SL) eller med stöd av nyssnämnda stadgande om förberedelse till försäkringsbedrägeri eller i vissa fall som skadegörelsebrott jämlikt 12:1 och 3 (i äldre rätt SL 24:1 och 3). Allmänna eller — undantagsvis — annans enskilda intressen kränkas i dessa fall så påtagligt genom förbrytelsen, att den enskildes dispositionsrätt av lagstiftaren satts åsido.

¹ Se bl. a. HAGSTRÖMER I s. 108, STJERNBERG, Föreläsningar, s. 87, WETTER § 9, STRAHL, Kompendium, s. 40 och 97 f., TORP § 22 samt LISZT-SCHMIDT s. 219 med not 16.

Även ur annan synpunkt än det rent materiella intresse-skyddets kan emellertid övervägas att uppställa skrankor för den enskildes frihet att åsidosätta eller kränka sina egna intressen. Moraliska och konventionella uppfattningar av mer eller mindre hävdvunnen natur kunna också spela in och påverka praxis, så att resp. straffbud — om icke deras ordalydelse förbjuda en sådan tolkning — anses tillämpliga även på en kränkning allenast av den handlandes eget intresse. Som exempel kan nämnas självmordsförsök, vilken gärning understundom i utländska rättssystem ansetts falla under det allmänna straffbudet för mordförsök, där icke handlingen rent av uttryckligen kriminaliserats i lagen. Denna inställning till självmordsförsökets straffbarhet har länge levt kvar på sina håll inom den anglosachsiska rättskretsen och var ej ovanlig i äldre europeiska lagar från tiden före upplysningsidéernas genombrott.² Även i 1734 års lag upptogs en särskild bestämmelse om straff för självmordsförsök, men det torde vara ovisst huruvida straffbudet tillämpades i någon nämnvärd utsträckning i betraktande av de humanitära synpunkter på frågan som säkerligen tidigt framträdde i vårt land.³ Enligt 1864 års SL liksom enligt den nya BrB faller handlingen utanför det kriminaliserade området.

En näraliggande gärningstyp som bör uppmärksammas utgöres av grövre former av självstympning, som väl från social synpunkt måste betecknas som en förkastlig handling men som enligt svensk rätt lika litet som i andra moderna straffrättssystem utgör en straffbelagd gärning *i och för sig*. I den mån självstympning *indirekt* är ställd under straffsanktion i nutida strafflagar, rör det sig nästan undantagslöst om an-

² Jfr LISZT-SCHMIDT a.st. samt SRK III, Bil. 1 s. 491. Genom 1961 års Suicide Act har för Englands del den traditionella kriminaliseringen av självmord (och självmordsförsök) upphävts. För olika former av medverkan till annans självmord ha särskilda straffbestämmelser uppställts i st. f. de allmänna, stränga delaktighetsreglerna. För sådant utvidgat självmord som leder till att en person dör, medan den andre överlever, s. k. suicide pact, har den äldre rättens regler om ansvar såsom för mord mildrats genom 1957 års Homicide Act.

³ Se MB 13: 4. Om detta stadgande, se THYRÉN, Förberedande utkast. Speciella delen 1 (1917), s. 153.

grepp som tillika rikta sig mot allmänna intressen, såsom försvarsplikt och annan offentlig tjänsteplikt, eller mot annans ekonomiska intressen såsom ett led i ett försäkringsbedrägeri eller yrkesmässigt bettleri medelst bedrägliga uppgifter.⁴ Som framgår av det ovan sagda följer svensk rätt i stort sett dessa linjer.

I de fall då gärningar av detta slag ha till syfte att omöjliggöra eller försvåra fullgörandet av individens självförsörjningsplikt eller honom åvilande familjerättslig underhållsskyldighet, motverkas desamma indirekt av skilda regler i sociallagstiftningen, vilka dels innebära förlust av olika slags understöd och förmåner⁵ och dels under ytterligare förutsättningar anordna administrativa tvångsingripanden mot vederbörandes asociala levnadssätt. En redogörelse för alla dessa rättsregler faller givetvis utom ramen för den föreliggande framställningen.

Den nu angivna ståndpunkten att självmordsförsök och självstympning såsom angrepp mot egen kroppslig integritet ej utgöra brottsliga gärningstyper har till konsekvens att jämväl *annans medverkan* till dylika handlingssätt i princip äro straffria. Däröfver råder i svensk doktrin och praxis numera enighet.⁶ Detta förhållande kan i vissa fall framstå som mindre tillfredsställande ur rättskänslans synpunkt, desto hellre som straffansvar för mord eller dråp otvivelaktigt inträder, om någon av medlidande eller på annans uttryckliga begäran berövar denne livet, t.ex. för att förkorta ett svårt

⁴ Jfr för svensk rätts del rörande bettleribedrägeri FB s. 195, STRAHL, Skada och vinning, s. 49 ff. samt THYRÉN, Förberedande utkast. Speciella delen 4 (1922), s. 54. — I motsats till exempelvis dansk rätt bestraffar svensk lag ej bettleri såsom en förseelse mot allmän ordning; likväl kan i vissa fall ansvar för ofredande enligt 4:7 eller förargelseväckande beteende enligt 16:16 komma ifråga.

⁵ Jfr bl. a. 23 § i 1962 års lag om allmän försäkring.

⁶ Se sålunda BSA s. 113 samt SRK II s. 95 f. och III s. 149. Jfr för äldre rätts del (före 1948) BSA s. 102 f., 109 f. och THYRÉN, Kommentarer till kap. 14, s. 4. Under förarbetena till SL upptogs som ett särskilt brott hjälp till självmord; i lagen inflöt däremot icke något stadgande härom. — Åtskilliga främmande lagar innehålla mer eller mindre vittgående regler i samma riktning; se bl. a. den norska strafflagen, § 236, och den danska strafflagen, § 240, samt i övrigt SRK III, Bil. 1 s. 491.

obotligt lidande. I sådana fall förefaller skillnaden mellan hjälp till självmord och s.k. barmhärtighetsdödande oväsentlig; handlingssätten kunna framstå som socialetiskt likvärdiga.⁷ Lagstiftaren har emellertid av olika, säkerligen tungt vägande skäl vidhållit skillnaden mellan individens rätt att *genom eget handlande* förfoga över sitt liv och andra människors befogenhet att med stöd av ett uttryckligt eller förmodat samtycke från intressebärandens sida förkorta dennes liv.⁸

Den nu angivna strängheten i lagens bedömning av barmhärtighetsdödandet mildras efter ikraftträdandet av den nya BrB avsevärt genom de liberala regler om nedsättning och uteslutning av påföljd som återfinnas i 33:4 st. 2 och 3, vilka regler ha tillkommit bl.a. med tanke på hithörande situationer; härom närmare i senare sammanhang.⁹

Omvänt torde gälla att medverkan till annans självmord eller självmordsförsök ej alltid undgår beivran. I viss utsträckning kunna handlingar av detta slag vara att bestraffa som mord eller dråp, resp. försök till sådant brott, i s.k. *medelbart gärningsmannaskap*.¹⁰ Det synes dock tivelaktigt hur långt denna föråldrade konstruktion är bärkraftig i betraktande av den gällande rättens gränsdragning mellan gärningsmannaskap och medverkan till brott.¹¹ Möjligen kan den ge stöd för att statuera gärningsmannans ansvar för den som med full insikt om annans beslut att beröva sig livet och med kännedom om hans bristande psykiska balans vid det aktuella tillfället uppsåtligen möjliggör självmordet genom en väsentlig fysisk medhjälp vid handlingens företagande, t. ex. genom att tillhandahålla vapen, gift eller annat hjälpmedel för dödandet. Det synes ej helt oförenligt med avfattningen av gärningsbeskrivningen i 3:1 (eller motsvarande stadgande i SL 14:1), att dylika former av aktivt fysiskt handlande föras in under straffbudets tillämpningsom-

⁷ Jfr SRK III s. 103 f. Häremot med rätta TSA 1954 s. 59.

⁸ Jfr nedan s. 379 ff.

⁹ Se särskilt nedan s. 381 med not 20 samt framställningen i §§ 20 och 21.

¹⁰ Se sålunda SRK III s. 149 och KPr 1962: 10 s. B 50.

¹¹ Jfr STRAHL, Kompendium, s. 97.

¹² Underlåtenhet att hindra annan att begå självmord kan endast straffas, om en särskild vårdnadsplikt i denna riktning föreligger; jfr den föregående framställningen s. 313 ff.

råde.²⁸ Betydligt mera tveksam måste man ställa sig till sådan *psykisk påverkan*, som normalt betecknas som anstiftan till brott, eller till skilda former av psykisk medhjälp till självmordshandlingen.²⁹ Som exempel på dylika handlingssätt, vilkas straffbarhet som medelbart gärningsmannaskap till mord man visserligen ej utan vidare kan utesluta, kan nämnas att någon uppsåtligen förleder en annan person genom att lämna sådana osanna uppgifter om något förhållande, att de för denne framstå som avgörande motiv för en desperat handling, eller att någon med insikt om annans påtagliga mentala ohälsa övertalar eller förmår honom att förkorta sitt liv. Det erbjuder onekligen åtskilliga svårigheter att förena dylika former av övervägande psykisk aktivitet med lagens brottsbeskrivning. Redan denna omständighet manar till försiktighet. Även sakliga skäl kunna anföras mot att bedöma dylika handlingssätt såsom mord eller dråp. Ovissheten om den psykologiska mekanism som utlöst självmordet, sedan den handlande ej mer kan höras om sina bevekelsegrunder, torde i regel förbjuda bestämda antaganden om ett avgörande kausalsamband mellan den psykiska medverkanshandlingen och självmordet. Under sådana omständigheter måste det framstå som både orealistiskt och olämpligt att söka applicera konstruktionen medelbart gärningsmannaskap på fall av detta slag.

Saknar den medverkande vid medverkanshandlingens företagande uppsåt att den andre skall beröva sig livet, kan han självfallet icke straffas för medelbart gärningsmannaskap till mord eller dråp. Uppsåtet kan brista därför att den dödliga utgången ej ens eventuellt omfattas av den medverkandes vilja. Läget kan också vara sådant, att den andres avsikt att beröva sig livet eller det mentala tillstånd eller det speciella motivläge som betingat hans handlingssätt varit okänt för den medverkande. I dylika fall synes ansvar för *culpöst orsakande* av självmordet stundom kunna komma ifråga. Den som tanklöst anskaffar eller tillhandahåller ett vapen eller ett giftigt preparat åt en person, vars avsikter att taga sitt liv han med hänsyn till för honom kända omständigheter bort

²⁸ Så ock STRAHL a.st. Jfr situationen i NJA 1941 s. 487.

taga i beräkning, torde kunna straffas för vållande till annans död jämlikt 3:7 (motsvarande SL 14:9) om självmordet förverkligas med användande av dessa hjälpmedel. Gärningsbeskrivningen i nämnda lagrum täcker, åtminstone efter ordalagen, jämväl dylika fall av oaktsamhet. Vid tillämpningen bör dock en viss försiktighet iakttagas, så att ej den allmänna rörelsefriheten i samhället hindras, t. ex. den legitima försäljningen i öppen handel av preparat eller verktyg som vid missbruk kunna vålla kroppsskada. Då någon allmän rättsplikt att söka förekomma olyckor ej åvilar medborgaren i gemen enligt svensk rätt,¹⁴ torde ansvar enligt 3:7, om någon dödar sig själv med hjälp av dylika medel, ej kunna ådömas den som anskaffar eller tillhandahåller sådana annat än i det fall, att han med hänsyn till särskilda omständigheter insett eller bort inse att mottagaren saknade psykisk kontroll över sina egna handlingar. Självfallet förutsättes, för att straffansvar för den skadliga effekten skall kunna ifrågakomma, att de för brottstypen konstitutiva kausalitets- och adekvanskraven uppfyllts och att den medverkandes handlingssätt framstår såsom oaktsamt i förhållande till den timade effekten. Skulle denna utebli, antingen därför att den levnadströtte ändrat mening eller därför att självmordet misslyckats, torde det ej vara uteslutet att medverkanshandlingen blir att bedöma som framkallande av fara för annan jämlikt 3:9, under förutsättning att oaktsamheten bedömes såsom grov.

De nu utvecklade grundsatserna äga motsvarande tillämpning ifråga om uppsåtlig eller culpös medverkan till en gärning, genom vilken någon tillfogar sig själv *svår kroppsskada* eller allvarlig sjukdom. Stadgandena i 3:6 och 3:8 torde sålunda kunna användas i medelbart gärningsmannaskap på den som lämnat *väsentlig fysisk medhjälp* till handlingen. Föreligger erforderligt uppsåt, kan även straff för mordförsök komma ifråga.

¹⁴ Jfr ovan s. 317 med not 23.

§ 15. SÄRSKILT OM SAMTYCKE.¹

A. Inledande anmärkningar.

Idet föregående har framhållits såsom utmärkande för strafffrihetsgrunden samtycke att en eljest straffbelagd handling i viss begränsad utsträckning godtages av rättsordningen därför att den person som närmast beröres av gärningen icke betraktar denna såsom en kränkning av hans intressen eller i varje fall på ett eller annat sätt manifesterat att han icke har något emot den aktuella handlingen, även om denna enligt lagens brottsbeskrivning synes rikta sig mot hans intresse eller åtminstone influerar på detta i oförmånlig riktning. Samtycke som strafffrihetsgrund har gamla anor: den romersk-rättsliga satsen »volenti non fit injuria» har genom tiderna ansetts uttrycka en allmängiltig rättstanke, även om räckvidden och innebörden av grundsatsen ha varit omstridda och växlat avsevärt från det ena rättssystemet till det andra.

Gällande svensk rätt innehåller ej, lika litet som våra grannländers strafflagar, någon generell regel om samtycke såsom strafffrihetsgrund. Både för det grundläggande spörsmålet om samtyckesreglernas verkningssområde och beträffande övriga inom samtyckesläran uppkommande frågor är man därför hänvisad till doktrinens uppfattning om gällande rätt, vilken endast för vissa brottsarters vidkommande indirekt kan grundas på lagbestämmelser och endast på enstaka punkter vinner stöd av den ytterst sparsamma judikaturen i ämnet.

¹ HAGSTRÖMER I s. 109 ff., THYRÉN II s. 111 ff., STJERNBERG, Föreläsningar, s. 87 ff., WETTER § 9, BERGENDAL, Samtyckets legislativa behandling och Lärobok, s. 139 f., AGELL, Samtycke och risktagande, s. 9 ff., BENGTSOON, Skadestånd vid sport, s. 33 ff. Se även SLK s. 140 ff. samt SRK III s. 143 ff. Av utländsk litteratur må allmänt hänvisas till ANDENÆS § 18, HURWITZ § 36, KRABBE s. 85 ff., LISZT-SCHMIDT s. 217 ff., MEZGER § 28, MAURACH § 30, NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 59 ff., HONIG, Einwilligung des Verletzten, DE VABRES s. 241 ff., BOUZAT-PINATEL I s. 283 ff., VOUIN-LÉAUTÉ s. 231 ff. samt WILLIAMS §§ 190 och 191. Beträffande samtyckesfrågor av mera speciell natur göras litteraturhänvisningar i noterna till den följande framställningen nedan under B.-E. samt i § 20.

Ur många av lagens straffbud kan indirekt utläsas att handlingens brottslighet *faktiskt uteslutes* genom samtycke från den av handlingen berörda intressebärande sida. Däremot anges ej närmare vem denna intressebärande är eller *vilka villkor* som gälla för samtyckets straffbefriande verkan; i dessa avseenden är man hänvisad till de allmänna grundsatser som kunna utläsas ur doktrin och praxis. Som exempel på att lagtexten ger en viss anvisning om samtyckets verkan vid vissa brottsarter må nämnas de talrika straffbud inom egendomsbrottens område, vilka för sin tillämpning förutsätta att gärningen skett »olovligen», t.ex. straffbuden för stöld, tillgrepp av fortskaffningsmedel och egenmäktigt förfarande, olovligt brukande samt vissa fall av överkan enligt resp. 8:1, 8:7 och 8:8, 10:7 och 12:2 st. 2; (i stort sett motsvarande äldre rättsstadganden i SL 20:1 och 20:6, 22:7 och 24:2).

Rekvisitet »olovligen» spelar också en viktig roll vid åtskilliga fridsbrott, nämligen hemfridsbrott samt brytande av post- eller telehemlighet och intrång i förvar enligt 4:6 st. 1 resp. 4:8 och 4:9 (i huvudsak motsvarande den äldre rättens regler i SL 15:26 och 15:30). En viss likhet med de nu anförda brotten mot enskilda intressen erbjuda vissa brott mot staten, vid vilka gärningens brottslighet elimineras därigenom att »vederbörligt tillstånd» lämnats av därtill behörig myndighet; detta är sålunda fallet vid brottstyperna olovlig kårverksamhet och egenmäktighet vid förhandling med främmande makt enligt 18:4 resp. 19:4 (tidigare SL 9:7 och 8:3).

Att läget är det nu angivna, dvs. att allmänstraffrättsliga regler saknas beträffande samtycke som straffrihetsgrund, är icke ägnat att förvåna. De försök som någon gång gjorts i denna riktning i svenska lagförslag och i utländsk rätt visa klart svårigheterna att lösa de i praktiken uppkommande, ganska heterogena spörsmålen genom generella regler.² Sär-

² I 1923 års lagförslag sökte SLK i 4 kap. 1 § fixera samtyckets betydelse genom en regel som huvudsakligen blott anger förutsättningarna för samtyckets giltighet, sättet för dess meddelande samt dess rättsliga verkan. I den grundläggande frågan om samtyckesregelns användningsområde ger lagtexten ej besked; det heter blott att det lämnats av "den, vars rätt eljest skulle kränkas av gärningen". SRK III, som ej upptog något liknande generellt stadgande, avsåg däremot en partiell lagreglering av samtyckespörsmålet för den brottsgrupps vidkommande, där frågan har sin största praktiska betydelse och tillika vållar de mest allvarliga svårigheterna, nämligen *brotten mot annans liv eller hälsa*. Den föreslagna lagregeln i kommitténs förslag (1 kap. 10 §) kom emellertid ej att medtagas i den slutliga texten till BrB; se nedan not 20 samt texten s. 380 f. — De försök som gjorts att uppställa generella samtyckesregler i utländsk rätt visa att

skilt när det gäller det grundläggande spørsmålet om samtyckesreglernas verkningssområde, dvs. huruvida samtycke över huvud taget kan utesluta straffansvar vid den ena eller andra brottstypen, står man inför en fråga som uppenbarligen ej ägnar sig för en lösning enligt generella principer, hemmahörande inom straffrättens allmänna del. Det rör sig här väsentligen om rättsliga bedömningar, som nära sammanhånga med de legislativa synpunkter som bestämma de särskilda handlingstypernas kriminalisering. Med hjälp av erkända lagtolkningar och allmänna rättspolitiska överväganden måste därför svaret på frågan om den straffrättsliga relevansen av ett samtycke givas för varje brottsart för sig. I vilken utsträckning detta bör ske genom lagstiftning är ett spørsmål som här kan lämnas öppet. Inom straffrättens allmänna del kan blott eftersträvas en viss översikt av de synpunkter som göra sig gällande på olika områden. Främst bör uppmärksamheten ägnas åt de för flertalet brottstyper gemensamma spørsmålen om de allmänna förutsättningarna för ett samtyckes giltighet och sättet för dess avgivande.

Samtycke såsom objektivt verkande straffrihetsgrund bör skiljas från verkligt förfogande över den rättighet som genom ett visst straffbud åtnjuter skydd.³ En sammanblandning av dessa begrepp är väl endast tänkbar, när det gäller förmögenhetsbrotten och därmed närbesläktade brott, och medför måhända ej några mera betydelsefulla praktiska följder, men det är i klarhetens intresse av vikt att skilja mellan det fall att en handling utgör ett utflöde av de befogenheter som en person utövar med stöd av överlåtelse eller upplåtelse av en rättighet

dessa på grund av sakens natur bli tämligen intetsägande och av föga praktiskt värde. Sålunda bestämde 1930 års italienska Codice penale i art. 50, att en gärning ej är straffbar "chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne". 1921 års finska förslag ansluter sig nära till det svenska förslaget av 1923. — Det förtjänar anmärkas att det nyaste mera betydande utländska strafflagsförslaget, nämligen 1962 års omarbetade västtyska förslag, med ingående motive-ring, avböjt att söka åstadkomma en generell lagreglering av samtycket såsom "Rechtfertigungsgrund" och i överensstämmelse med kontinental lagstiftningstradition begränsat sig till stadganden om samtyckets betydelse vid kränkningar av kroppslig integritet; se härom nedan not 22.

³ Jfr nedan s. 409 ff.

eller något annat civilrättsligt rättsärende samt det fall att ett intrång sker utan annan rättsgrund än ett för visst tillfälle av ägaren givet samtycke.

I regel medför en materiell disposition över det skyddade intresset, att det ifrågakommande straffbudets gärningsinnehåll över huvud icke förverkligats; så skall exempelvis tjuvnadsbrottens objekt vara vad »annan» tillhör. Det straffrättsligt verkande samtycket kan däremot föreligga, trots att brottsbeskrivningen till synes uppfyllts. Skillnaden mellan de fall, då brottets hela gärningsinnehåll förverkligats men brottsligheten uteslutes genom samtycke, och de fall, då något moment i gärningsbeskrivningen saknas på grund av intressebärandes disposition och handlingen blir straffri redan på grund av s.k. »Mangel am Tatbestand», sammanfaller endast delvis med den i texten gjorda distinktionen mellan straffrättsligt verkande samtycke och civilrättslig disposition. Vid åtskilliga brott mot annans frihet och andra högst personliga intressen förekomma brottsbeskrivningar, som förutsätta att handlingen skett mot intressebärandes vilja. Ett medgivande till handlingen betyder att nämnda brottsrekvisit (som naturligtvis ej kan uppfattas som en civilrättslig disposition) saknas; jfr om dessa fall nedan under B. Då det emellertid huvudsakligen beror på lagtekniska eller historiska skäl om den ena eller andra formen valts för att skilja ut fall av medgivande från det brottsliga området, synes det ej nödvändigt att begränsa framställningen av samtycke såsom straffrihetsgrund till den ena gruppen av fall, desto mer som det praktiska problemet om villkoren för ett giltigt medgivande i stort sett kan lösas lika i båda fallen.⁴ De förmögenhetsrättsliga dispositionerna i egentlig mening torde däremot väsentligen följa sina egna regler.

Även om skillnaden mellan civilrättslig disposition och straffrättsligt relevant samtycke äger huvudsakligen teoretisk betydelse, saknar den ingalunda praktiska konsekvenser. I vissa hänseenden, t.ex. med avseende på fördelningen av bevisbördan i brottmål, behörigheten att lämna samtycke med straffbefriande verkan, betydelsen av villfarelse rörande samtyckets existens och giltighet samt återkallande av medgivandet, torde nämligen rättsläget gestalta sig väsentligt olika, allteftersom det rör sig om en civilrättslig disposition eller

⁴ Jfr till det sagda BERGENDAL, Samtyckets legislativa behandling, s. 279 f. Till synes annan mening hos HAGSTRÖMER I s. 111 noten.

ett isolerat samtycke till en sådan åtgärd från annans sida, något som faktiskt innebär ett intrång i intressebärandens rättsfär. Det skall likväl medgivas att i enkla fall, särskilt när dispositionens (eller samtyckets) existens och giltighet ej är ifrågasatt, resultatet kan bli detsamma ur straffrättslig synpunkt, hur man än uppfattar den juridiska innebörden av intressebärandens viljeyttring.

Samtycke såsom en straffrättslig rättsfigur bör icke heller sammanblandas med den dispositionsrätt i åtalshänseende som enligt 20 kap. RB kan tillkomma den av gärningen leddade personen, i straffprocessrätten benämnd målsäganden.⁵ Först och främst bör observeras att frågan om målsägandens bestämmanderätt beträffande åtals väckande i regel icke satts i samband med förhållandena vid tidpunkten för den ifrågasvarande gärningens förövande och sålunda principiellt ej sammanfaller med bedömningen av denna handlingens sociala kvalitet i och för sig. Men även eljest falla problemen om åtalsrätt och straffrättsligt samtycke i sär. Den i svensk rätt vidsträckt befogenheten för enskild person att ange eller subsidiärt väcka åtal för brott och att i övrigt uppträda som part i brottmål innebär i allmänhet ingen förfoganderätt över samhällets straffanspråk: tvärtom är det endast i vissa sparsamt förekommande fall som en absolut bestämmanderätt härom tillkommer målsäganden. Den straffrättsliga utvecklingen har alltmer inskränkt målsägandens bestämmanderätt; denna är numera i regel blott relativ.

Som exempel å brottstyper, vid vilka målsäganden har en *absolut* bestämmanderätt i åtalsfrågan kan anföras det sista i vår allmänna strafflagstiftning kvarstående fallet av s.k. målsägandebrott (där det också ankommer på målsäganden ensam att utföra åtalet), nämligen brottet förolämpning enligt 5:3. Vid några få s.k. angivelsebrott (där allmänt åtal förutsätter angivelse från målsägandens sida), nämligen vållande till kroppsskada eller sjukdom enligt 3:8 (om brottet ej är grovt) och förtalsbrott enligt 5:1 och 2, lägger

⁵ Härom närmare DILLÉN, Föreläsningar i straffprocessrätt, s. 78 ff., KARL OLIVECRONA, Rättegången i brottmål (1961), s. 63 ff. med där åberopad litteratur, samt PALMGREN, Målsägandens åtalsrätt. Om åtalsrätt som straffbarhetsbetingelse, se ovan § 6 under C.

lagen huvudparten av bestämmanderätten i målsägandens hand, men han kan ej *framvinga* ett allmänt åtal, om åklagaren ej finner ett sådant påkallat ur allmän synpunkt. I de talrika fall, vid vilka lagen eljest gör angivelse till villkor för väckande av allmänt åtal, försvagas målsägandens inflytande av den regelmässigt förekommande befogenheten för åklagaren att oavsett angivelse väcka åtal om detta befinnes påkallat ur allmän synpunkt; se t.ex. 3:11 st. 2, 4:11, 6:11 st. 1 samt 8:13, 9:12, 10:10 st. 1 och 12:6. I dessa fall kan målsägandens bestämmanderätt betecknas som *relativ*.

Urvalet av de brottstyper, vid vilka målsäganden tillerkänts ett visst mått av inflytande på frågan om åtals väckande har endast delvis skett från utgångspunkter som äro gemensamma med straffrättens aspekter på samtycke såsom straffrihetsgrund.⁶ En viss ledning kan dock erhållas genom ett studium av de ifrågakommande brottstypernas egenart och de rättspolitiska skäl som kunna antagas ligga till grund för att lagstiftaren undantagit dessa brott från allmänt åtal eller åtminstone tillerkänt målsäganden ett betydande inflytande på åtalsfrågan. Visar det sig att detta huvudsakligen sammanhänger med brottets relativt ringa beskaffenhet eller eljest med att åtals väckande framstår som mindre angeläget ur samhällsordningens synpunkt, ger detta ett starkt stöd för meningen att ett vederbörligen givet samtycke upphäver handlingens straffbarhet, materiellt sett, i motsvarande fall. Men avgörande är denna synpunkt ingalunda.⁷

Reglerna om samtycke såsom en objektiv straffrihetsgrund äro sålunda av specifikt straffrättslig natur och sammanhånga med de tekniska svårigheterna att så formulera de skilda brottstypernas gärningsinnehåll, att straff drabbar endast de konkreta fall, som med lagstiftarens utgångspunkter äro samhällsskadliga och böra stämplas såsom otillåtna. Givetvis kan det av handlingen berörda enskilda rättssubjektets reaktionsätt i förhållande till gärningen inverka på denna bedömning. Sålunda kommer icke sällan ett handlingssätt att avsevärt minska i förkastlighet och rent av upphöra att sysselsätta

⁶ Här om se närmare KPr 1962: 10 s. C 132 ff.

⁷ Jfr HAGSTRÖMER I s. 112 f., DILLÉN a. a. s. 87 samt PALMGREN a. a. s. 58 ff. och 182 ff.

strafflagstiftaren, om den person, vilkens intressen i första hand kränkas eller sättas i fara genom handlingen, tillåter densamma. Å andra sidan får denna faktors betydelse ej överdrivas, då ju strafflagen städse har att se till, huruvida handlingen till sin typ, *generellt sett*, är samhällsskadlig och bör föranleda reaktion i form av straff. Straffrättsdoktrinen liksom de positiva rättsordningarna har beaktat dessa delvis motsatta synpunkter, i det att samtycke till en eljest brottslig gärning anses upphäva dess straffbarhet endast inom ett relativt snävt område. Det bör också observeras att detta område måste bli ganska begränsat redan därför att stora grupper av straffbelagda handlingar äro sådana, att något bestämt enskilt subjekt icke finnes som på ett så omedelbart sätt kan anses kränkt eller eljest berört av brottet, att detsamma rimligtvis bör få utöva någon dispositionsrätt i form av samtycke till gärningen; detta är fallet med de brott som med den svenska straffrättens gruppindelning anses riktade mot allmänhetens intressen samt flertalet brott mot staten.⁸

B. Samtyckesreglernas verkningssområde.

Den svåraste men tillika viktigaste uppgiften inom samtyckesläran gäller uppdragandet av gränserna för det område, inom vilket över huvud ett samtycke av det genom brottet lederade intressets bärare kan utgöra straffrihetsgrund. I första hand söker man själfvallet ledning i det särskilda straffbud,

⁸ Att däremot rent processuella skäl kunna föranleda att målsägandebegreppet i straffprocessrätten bestämmas så, att enskild person i vidsträckt omfattning kan uppträda såsom part och föra talan jämväl vid brott mot allmänna intressen är en annan sak; se om skälen härför PALMGREN a. st. och AGGE, Målsäganderätt vid konkursförbrytelser, s. 270 ff. Även om gällande rätts bestämning i SL 6:8 av målsägandebegreppet endast i ringa mån utgår från rationella processpolitiska synpunkter utan vilar på föråldrade straffrättsliga föreställningar, är det vid ett studium av praxis uppenbart att målsäganderätt tillerkännes enskild person i så vidsträckt omfattning, att det ej kan komma ifråga att härav hämta någon egentlig ledning för den straffrättsliga samtyckeslärans vidkommande.

vars tillämpning i det konkreta fallet tänkes utesluten genom samtyckets förhandenvaro.

Direkt svar på frågan erhålles vid åtskilliga brottstyper, i det att just *frånvaron av medgivande* från den person mot vilken handlingen riktar sig ingår som moment i brottets gärningsinnehåll. Gärningen säges då ske »olovligen» eller »utan lov»; som praktiskt viktiga exempel bland många andra kunna nämnas brottsbeskrivningarna av stöld och egenmäktigt förfarande enligt 8:1 resp. 8:8 (tidigare SL 20:1 och 20:6) samt hemfridsbrott enligt 4:6 st. 1 (SL 15:26).⁹ I några fall inrymmes samma tanke på annat sätt i brottsbeskrivningens utformning eller i brottsartens benämning; se sålunda tagande av olovlig väg enligt 12:4 (tidigare SL 24:4) samt olovligt förfogande jämlikt 10:4 (SL 22:4).

I andra fall än de hittills berörda spelar intressebärarens medgivande till gärningen likaledes en viktig roll för gärningens straffbarhet, men icke såsom en straffrihetsgrund utan *på ett motsatt sätt*, nämligen så att just den omständigheten, att den brottslige på ett sätt som lagen uppfattar såsom klandervärdt eller socialt sett farligt förskaffat sig ett medgivande till gärningen, motiverat dess kriminalisering. Karakteristiska exempel på detta förhållande kunna hämtas från sedlighetsbrottens område. Sålunda må nämnas vissa fall av frihetskränkande otukt enligt 6:2 (tidigare SL 15:15 a) samt åtskilliga andra otuktsbrott, som skett under utnyttjande av annans ungdom eller beroende ställning, enligt 6:4, 6:7 och 6:8 (jfr i äldre rätt SL 18:6, 18:8 a, 18:10, 18:10 a och 18:12). Även om gärningens straffbarhet i denna grupp av fall ingalunda uteslutes genom samtycket, kan detta likväl sägas verka till förmån för gärningsmannen, i det att därigenom ansvar uteslutes för andra, strängare straffbud, t.ex. för våldtäkt, våldförande eller frihetskränkande otukt. Det nu sagda äger sin motsvarighet vid en del förmögenhetsbrott, nämligen i sådana fall då samtycket snarast framträder som en formlig disposition, vare sig denna är civilrättsligt giltig eller ej;¹⁰ det må här vara till-

⁹ Jfr ovan s. 344.

¹⁰ Jfr FB (5 uppl. 1961) s. 186 f.

räckligt att erinra om brottstyper sådana som bedrägeri, utpressning samt ocker jämlikt 9:1, 9:4 och 9:5 (motsvarande SL 21:1, 21:4 och 21:5 för äldre rätts del).

Övergår man därefter till det stora antal handlingar i brottskatalogen, där lagtexten varken ger direkt eller indirekt besked om betydelsen av ett lämnat samtycke från en intressbärares sida, skall man finna att doktrinen icke sällan sökt uppställa *allmängiltiga satser*, efter vilka spörsmålet vore att besvara i förekommande fall. Dessa satser äro och måste nödvändigtvis vara av synnerligen vag natur, om de skola täcka strafflagens vitt skilda brottsgrupper, och kunna därför knappast förväntas leda till några mera bestämda resultat. Det blir därför vid besvarandet av tveksamma samtyckesfrågor städse nödvändigt för domaren att närmare penetrera de skilda hänsyn som göra sig gällande vid varje särskild brottstyp. De allmänna satserna kunna endast utgöra en utgångspunkt för en dylik noggrannare analys men kunna vara av visst värde, i den mån doktrinen nått fram till dem genom en induktiv metod, dvs. efter ett studium av de skilda brottstyperna enligt gällande rätt mot bakgrunden av de rättspolitiska och rättsystematiska sammanhangen.

Med utgångspunkt från den traditionella, ehuru alls icke oantastliga, läran att varje straffbar handling i den allmänna straffrätten riktar sig mot *ett bestämt intresse av allmän eller enskild natur*,¹¹ uppställles den satsen, att ett brott mot statens eller allmänhetens intressen äger sådan karaktär, att varje utrymme saknas för en dispositionsrätt över gärningens straffbarhet i form av samtycke från något individuellt rättssubjekts sida, medan samtycke i betydande utsträckning kan utgöra en objektiv straffrihetsgrund vid brott mot enskilda intressen. Om handlingen från en synpunkt kränker ett enskilt intresse och från en annan ett allmänt intresse, kan ett samtycke som upphäver gärningens karaktär av brottslighet mot den enskilde aldrig upphäva gärningens karaktär av brott i det andra hänseendet, om än gärningens straffrättsliga rubricering kan komma att bli en annan. Ett samtycke av den en-

¹¹ Härom ovan § 5 och § 8 under A.

skilde intressebäraren till viss kroppslig lesion kan sålunda i åtskilliga fall upphäva gärningens egenskap av straffbar miss-handel men ej dess brottslighet som medverkan till svikande av försvarsplikt enligt 18:6 (tidigare SL 9:8) eller som förberedelse till försäkringsbedrägeri jämlikt 9:11 st. 2 (motsvarande SL 21:8 st. 2).¹²

Det sagda motsvaras också i huvudsak av de resultat man uppnår genom en analys av de hithörande brottsgrupperna var för sig under beaktande av de sociala värderingar som lett till de berörda gärningarnas kriminalisering i gällande lag. Ifråga om de brott som tillhöra gruppen *brott mot staten* eller statliga intressen finnes, i varje fall för den allmänna straffrättsens del, knappast något utrymme för samtycke såsom strafffrihetsgrund.¹³

Däremot kunna tveksamma fall uppkomma inom den brottsgrupp, vilken rubriceras som *brott mot allmänhetens intressesfär*. Givetvis får man ej låta förvilliga sig därav, att brottet — eller rättare det yttre förverkligandet av brottet — icke sällan synes rikta sig mot viss individuell person, t.ex. vid urkundsförfalskning enligt 14:1 (motsvarande SL 12:1), falsk angivelse och falsk tillvitelse enligt 15:6 st. 1 resp. 15:7 st. 1 (motsvarande bestämmelserna i SL 13:7 st. 1 och 2), eller mordbrand enligt 13:1 (SL 19:1), då brottet begås genom eldsåsättande å annan persons egendom. Den som sålunda omedelbart beröres av brottet kan icke anses representera allmänhetens intressen på ett sådant sätt att han äger disposi-

¹² Ett annat exempel på angrepp mot mer än ett intresse erbjuder rättsfallet NJA 1932 s. 423: samtycke av en person till företagande av husrannsakan av en polisfunktionär hos honom betager väl gärningen dess karaktär av hemfridsbrott, men straff för tjänstefel skall ådömas, om de lagliga förut-sättningarna för sådan rannsakan saknats och funktionären ådagalagt oför-stånd i tjänsten.

¹³ En viss likhet med samtyckesfallen erbjuder visserligen sådant bemyndigande som enligt 19:4 (tidigare SL 8:3) utesluter straff för egenmäktighet i förhandling med främmande makt. Inom specialstraffrätten uteslutes i betydande utsträckning straffbarheten för överträdelser av förbud och påbud genom olika myndigheters befogenhet att genom dispens, tillstånd eller andra "auktoriseringsakter" i konkreta fall göra en eljest lagstridig handling eller underlåtenhet rättsenlig; härom HERTZ III s. 174 ff., 580 ff., 600 ff. Här rör det sig dock i regel ej om straffrihet i atypiska situationer utan om specifikt förvaltningsrättsliga former för preciserandet av de medborgerliga plikternas innehåll.

tionsrätt över gärningens straffbarhet. Detta är i varje fall uppenbart i det sista valda exemplet, där ju den genom brottet alstrade faran rör en obestämd krets av människor i grannskapet. I ett annat praktiskt betydelsefullt fall har praxis emellertid intagit en annan ståndpunkt. Sålunda synes det sedan gammalt ha ansetts tillåtet att utan angivande av uppdrag eller behörighet teckna annans namn med hans samtycke på olika slags urkunder, trots att detta ur allmän synpunkt knappast är väl förenligt med det intresse av den allmänna tilliten till underskrivna handlingars äkthet, »publica fides», som motiverar förfalskningsbrottens utformande som en särskild brottsgrupp vid sidan av bedrägeri och andra oredlighetsbrott.¹⁴

Omvänt vållas viss tvekan om samtyckesfrågans läge vid vissa brott av att lagstiftaren, sannolikt av systematiska skäl, hänfört dem till huvudgruppen brott mot enskild förmögenhet, oaktat de äga nära släktskap med brotten mot allmänhetens intressen (publica fides). Som exempel kunna nämnas vissa former av oredligt förfarande i utövningen av yrke eller näring enligt 9:8 (i äldre rätt SL 21:7), behörighetsmissbruk enligt 10:6 (motsvarande SL 22:6) samt framför allt gälde-närsbrotten enligt 11 kap. (tidigare 23 kap. SL), där ej blott borgenärernas rätt utgör lagens skyddsobjekt utan i minst lika hög grad det allmänna intresset av de för kreditväsendet betydelsefulla exekutionsformernas integritet.

Vänder man därefter sin uppmärksamhet till brott, vilka av lagen uppfattas såsom riktade mot *enskild persons integritet*, vore man måhända benägen att med utgångspunkt från gängse systematik principiellt anse den av brottet berörde — under förutsättning att samtycket fyller de villkor som eljest uppställas för dess giltighet — behörig att disponera över det in-

¹⁴ Jfr BSA s. 361. I varje fall bör undantagsregeln tillämpas restriktivt och förutsätta uppdrag eller samtycke just till den konkreta åtgärden; jfr NJA 1947 s. 302. Man kan i viss utsträckning komma till samma resultat vare sig man bygger på föreställningen om ett straffrättsligt verkande samtycke eller man anser straffbarhet vara utesluten redan på den grund att rekvisiten »falsk» urkund eller »fara i bevishänseende» ej anses uppfyllda, när annans namn tecknats med stöd av ett muntligen givet uppdrag eller något slags ställningsfullmakt.

tresse som genom handlingen beröres, varför samtycket städse skulle göra gärningen tillåten och straffri. Ett dylikt resonemang innebär emellertid ett exempel på det förhastade i att härleda konkreta lösningar ur abstrakta begrepp, som i själva verket blott fungerar som ett hjälpmedel för tanken vid sammanfattningen av en serie rättsregler. Uppenbarligen skulle nämligen konsekvenserna av en sådan ståndpunkt bli ytterst betänkliga, då ju ifrågavarande brottsgrupp traditionellt innefattar jämväl synnerligen strängt bestraffade brottstyper, såsom brott mot annans liv, svår misshandel, långvarigt frihetsberövande och andra allvarliga integritetskränkningar. Samtycket måste därför anses hava *en betydligt snävare verkningsskrets*. Då lagen ej lämnar något bestämt svar på frågan om gränserna för denna verkningsskrets, är man vid frågans besvarande hänvisad till de slutsatser som kunna dragas av olika data, såsom förhandenvaron av speciella lagregleringar på hithörande områden, främst lagarna om sterilisering, kastering och avbrytande av havandeskap,¹⁵ vilka uppställa en rad förutsättningar utöver den berördes samtycke för ingrepets rättsenlighet, vidare rättspraxis, så långt nu denna låter sig fastställa, uttalanden i doktrinen samt allmänna överväganden.

Som en säker *utgångspunkt* för en diskussion av frågan vågar man påstå att enligt svensk rättsuppfattning en persons samtycke (eller begäran) icke kan ensamt rättfärdiga en handling, som *berövar honom livet* eller tillfogar honom *svår kroppsskada*. Skälen för denna ståndpunkt äro många. Man kan peka på tämligen allmänt omfattade sociala värderingar rörande respekten för människolivet, vilka värderingar utgöra en betydelsefull del av det västerländska kulturarvet, men också på tungt vägande rättspolitiska argument. Sålunda framstår det såsom angeläget att grövre integritetskränkningar icke överhuvud äga rum i samhället. Skola sådana undantagsvis tolereras, måste man kunna peka på betydligt starkare skäl än blott den berörda individens uppgivande av vad som normalt uppfattas som hans mest vitala intressen. Då

¹⁵ Jfr nedan § 20 samt BERGENDAL i SvJT 1930 s. 120 ff.

rättsordningen belagt ifrågavarande handlingssätt med stränga straff, har den därmed velat markera *gärningstypens samhällskadlighet* och förkastlighet och skjutit hänsynen till intressebärandens inställning in concreto åt sidan.

Mot den redovisade principståndpunkten kan ej med framgång riktas den invändningen att svensk rätt sedan länge betraktat självmordsförsök och självstymningar (som ej kränka andras straffskyddade intressen) såsom straffria gärningar och därmed i viss mån erkänt individens bestämmanderätt över sin fysiska integritet.¹⁶ De rättspolitiska skäl som nyss anfördes mot att försvaga de straffrättsliga hämningarna gentemot angrepp mot annans liv eller hälsa göra sig emellertid icke på samma sätt gällande ifråga om handlingar riktade mot egen rättssfär.¹⁷

Å andra sidan visar erfarenheten att fall kunna inträffa, då det framstår som psykologiskt förklarligt och moraliskt relativt ursäktligt, att någon villfar exempelvis en obotlig persons begäran att bli befriad från sitt lidande eller att någon efter överenskomelse arrangerar ett s.k. utvidgat självmord, som emellertid misslyckas. De rättspolitiska skälen för att i dylika undantagsfall bortse från intressebärandens önskan eller samtycke te sig icke lika starka som eljest, och det skulle verka grovt stötande för rättskänslan om den mänskliga tragedien åtföljdes av ett strängt straff, utmätt för lagens allvarligaste brottsart. Flera främmande strafflagar upptaga också särskilda stadganden om en mer eller mindre liberal straffminskning för de fall att någon efterkommit en annan persons uttryckliga och allvarligt menade, kanske enträgna begäran att få sitt liv förkortat.¹⁸ Straffrihet medges emellertid icke i dessa fall enligt de lagar, som innehålla regler i ämnet.¹⁹

Även under det svenska strafflagsarbetet har frågan om en liknande regel ingående diskuterats, men det förslag om straffminskning eller straffrihet vid dödande med den berörda personens samtycke som utarbetats kom av flera skäl icke att inflyta i den

¹⁶ Jfr ovan § 14.

¹⁷ Jfr BERGENDAL, Samtyckets legislativa behandling, s. 280 f. samt BOUZAT-PINATEL I s. 286 f.

¹⁸ Se sålunda den norska strafflagen, § 235, som med samtyckesfallet jämställer att någon av medlidande berövar en hopplöst sjuk livet, den danska strafflagen, § 239, den finska strafflagen 21: 3, den schweiziska strafflagen, art. 114, samt den tyska strafflagen, § 216, och 1962 års västtyska förslag, § 137. Se vidare SRK III, Bil. 1 s. 489 ff.

¹⁹ Allmänna regler om straffrihet vid brott, begångna under affekt eller andra psykiska undantagstillstånd, eller om åtalseftergift (med eller utan villkor) kunna emellertid vara att tillämpa i sådana fall; se den danska strafflagen, § 85, resp. den norska straffprocesslagen, § 86 st. 2.

slutliga lydelsen av BrB.²⁰ Trots frånvaron av uttryckligt stadgande i ämnet kan ett ur humanitär synpunkt motiverat hänsynstagande till ömmande omständigheter ske genom tillämpning av det generella stadgandet i 33:4, som har tillkommit bl.a. för att lösa problem av förevarande typ. Enligt lagtexten kräves här för strafflindring att »synnerliga skäl äro därtill» och att »hinder uppenbarligen ej möter av hänsyn till allmän laglydnad»; för straffrihet förutsättes att det »finnes på grund av särskilda omständigheter uppenbart, att påföljd för brottet ej är erforderlig». Lagen har med all önskvärd tydlighet sagt ifrån att denna subjektivt motiverade grund för uteslutning av påföljd skall användas endast i exceptionella undantagsfall. Härigenom rubbas ej den moralbildande verkan av de i normalfallen tillämpliga straffbuden.²¹

Lämnar man därefter de allvarligaste kränkningarna av den fysiska integriteten och vänder sig till övriga gärningstyper inom samma grupp av brottskatalogen, möter oss spørsmålet om samtyckets verkan som straffrihetsgrund vid *misshandelsbrotten*, där frågan torde ha avsevärd praktisk betydelse. I

²⁰ Den föreslagna regeln, som återfinnes hos SRK III i dess förslag till BrB (1953) kap. 1 § 10, innehöll — såvitt det i texten diskuterade problemet är ifråga — en möjlighet för domstol att "allt efter gärningens art, bevekelsegrunderna och omständigheterna i övrigt" nedsätta straffet eller fria från straff. SRK yppade dock i motiven (s. 147) själv stor tveksamhet i fråga om full straffrihet vid dödande med samtycke. Samma regel föreslogs gälla även den som *medverkat* till att "någon dödats sig själv eller tillfogat sig sådan kroppsskada eller sjukdom som ej är ringa". En dylik medverkan går enligt gällande rätt i regel fri från ansvar såsom för uppsåtligt brott, ett förhållande som med skäl befunnits otillfredsställande, när annans gärningsmannaskap med samma resultat är strängt bestraffat; jfr härom SRK III s. 149, BSA s. 112 f. samt ovan § 14. Däremot avisade kommittén (motiven s. 149) tanken att under samma strafflindrings- och straffrihetsregel även inbegripa de fall, då någon *utan samtycke* men av altruistiska motiv uppsåtligen dödats annan. Man fann alltför stor fara föreligga att en dylik regel skulle kunna missförstås och tagas till intäkt för att lagen i princip godkänt s. k. barmhärtighetsdödande; om denna omstridda fråga de lege ferenda, se även nedan § 20. I exceptionella fall kunde den allmänna regel, som sedermera lagfästes i BrB 33:4 (härom ovan i texten) bli att tillämpa.

Förslaget att öppna möjlighet till straffrihet vid dödande med samtycke blev snart nog föremål för diskussion och kritik från olika synpunkter; jfr THORNSTEDT m. fl. i NKÅ 1953/54 s.108 ff. samt TSA s. 58 f. Åtskilliga remissinstanser uttalade sig mot förslaget liksom mot den föreslagna lagregleringen av samtyckesfrågorna över huvud i det omstridda stadgandet, vilket ej heller inflöt i Departementschefens förslag eller i den slutliga lagtexten; se KPr 1962: 10 s. B 50 samt s. C 377 f. och 381.

²¹ Ang. lagrummets tillkomsthistoria, se SOU 1948: 40, 1953: 17 s. 104 ff. och 1956: 55 s. 312 f. samt KPr 1962: 10 s. C 370 ff. och s. 378 ff. Jfr HEUMAN i SvJT 1948 s. 321 ff.

svensk rätt saknas som redan angivits uttryckliga lagregler i ämnet. Vägledande prejudikat saknas nästan helt, och man är hänvisad till en rättspolitisk avvägning av de enskilda och sociala intressen som göra sig gällande i olika fall och till de rättsliga traditioner som utvecklats på området och som avspeglas i doktrinen uttalanden.

I flera utländska rättsordningar, vilka avböjt en generell reglering av samtyckets straffrättsliga betydelse, ha just misshandelsbrotten och andra kränkningar av kroppslig integritet ansetts ägnade för legislativ behandling av samtyckesfrågan.²² Stundom antydes därvid att de sålunda uppställda reglerna genom analogi eller eljest kunna få vägledande betydelse i olika avseenden för bedömningen av motsvarande spörsmål för andra typer av brott mot person.²³ Den straffrihetsregel som sålunda uppställs är ej sällan kombinerad med ett stadgande om rätt för domstolen att ådöma lindrigare straff än som eljest bort följa på brottet, för den händelse förutsättningarna för full straffrihet ej anses uppfyllda.²⁴ Genom denna kombination och i viss mån genom reglernas utformning blir straffrihetsregeln vid samtycke i viss mån beroende på hänsynstagande till beskaffenheten av gärningsmannens motiv och andra *subjektiva* omständigheter. Straffrihetsgrunden förlorar den klart *objektiva* och *absoluta* (dvs. icke faktultativa) karaktär som den sedan gammalt ansetts äga i doktrinen.²⁵

Vad angår svensk rätt har — såsom redan omnämnts — en be-

²² Se sålunda den norska strafflagen, § 235, den danska strafflagen, § 248 och den tyska strafflagen, § 226 a, som reglerar ämnet genom en begränsande generalklausul, i det att samtycke från den kränktes sida säges utesluta misshandelns rättsstridighet, dock icke "wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstösst". 1962 års västtyska förslag innehåller i § 152 en betydligt mer nyanserad regel om samtyckets betydelse vid ifrågasvarande brottsart: det föreskrives sålunda att hänsyn skall tagas bl. a. till både gärningsmannens och intressebärarens "Beweggründe" och "Ziele", de för gärningens utförande begagnade medlen och "den voraussehbaren Umfang der Verletzung". Dessutom löses de mest omstridda frågorna, nämligen betydelsen av läkaringrepp och därmed besläktade fall i särskilt avsnitt av lagförslaget under rubriken "Ärztliche Eingriffe und Heilbehandlung"; härom närmare i det följande under § 20.

²³ Se för gällande tysk rätts del t. ex. MAURACH s. 269; jfr nyssnämnda tyska förslag, motiven s. 286.

²⁴ Efter denna modell äro de återopade norska och danska lagstadgandena uppbyggda.

²⁵ Se HAGSTRÖMER I s. 109 ff., II s. 110 f., THYRÉN II s. 111 f., WETTER § 9. Ang. SRK III, se texten i det följande. Kontinental doktrin betraktar genomgående samtycke som en omständighet, vilken utesluter en gärnings rättsstridighet; jfr i övrigt ovan s. 340 ff.

stämmelse om betydelsen av samtycke till brott mot kroppslig integritet varit under diskussion i samband med tillkomsten av BrB. Det ovan omnämnda förslaget till stadgande om straffrihet eller strafflindring vid dödande med samtycke omfattade efter sin lydelse samtliga brott som nu upptagas i 3 kap.,²⁶ låt vara att motiven av lätt insedda skäl särskilt uppehölo sig vid fallen av dödande. Stadgandet, som i själva verket endast avsågs få betydelse — förutom vid dödandebrotten — vid misshandel och framkallande av fara för annans liv eller hälsa,²⁷ baserades på tanken att ej blott den genom gärningen orsakade skadans omfattning och gärningens art (t.ex. ändamålet med åtgärden) utan även gärningsmannens bevekelsegrunder och omständigheterna i övrigt skulle tagas i betraktande, då domstolen fattade ståndpunkt till frågan om straffrihet eller visst mått av straffminskning i det särskilda fallet. Väl betonades det i motiven till det föreslagna stadgandet, att de bevekelsegrunder och omständigheter som förelegat i det särskilda fallet borde få föranleda straffnedsättning eller strafffrihet, endast i den mån de även *till sin typ* vore ägnade att leda till lindrigare bedömning.²⁸ Denna erinran förändrar emellertid icke regelns karaktär av en tämligen vag generalklausul med tydlig förskjutning av den grundläggande rättspolitiska motiveringen av samtyckets verkan bort från det traditionella hänsynstagandet till *intressebärandens inställning* till handlingen och de objektiva sociala skäl, som begränsa hans fria bestämmanderätt, i riktning mot en skönsmässig bedömning av *gärningsmannens handlingssätt* och hans därigenom ådagalagda samhällsskadliga viljeriktning. Frågan om samtyckets straffrättsliga betydelse skulle med den föreslagna omläggningen förlora sin traditionella karaktär som ett spörsmål om gränsen mellan förbudet och tillåtet, mellan rättsstridigt och rättsenligt handlande. Även om vissa praktiska skäl kunna anföras för att öppna en möjlighet i särskilda fall till straffminskning, när samtycket ej har straffbefriande verkan, har en regel härom rätte-

²⁶ SRK III, förslag till BrB 1 kap. 10 §; härom ovan not 2 och not 20.

²⁷ Fosterfördrivningsbrottet faller av kända skäl ufom området för den blivande moderns dispositionsrätt, såsom också framhålles hos SRK III s. 147. Vad angår vållandebrotten, synes kommittén ha räknat med att frågan om verkan av ett samtycke enligt sakens natur ej kan uppkomma. Detta är emellertid icke utan vidare självklart; vi återkomma till spörsmålet i det följande; se s. 394 ff.

²⁸ SRK III s. 147. Det synes tveksamt om detta uttalande får tolkas så, att kommittén velat deklarerat att samtycke även enligt dess förslag skulle uppfattas som en objektiv straffrihetsgrund; så THORNSTEDT i NKÄ 1953/54 s. 111. Om detta varit avsett, har i allt fall kommittén ej dragit de riktiga konklusionerna av sin uppfattning, på sätt närmare utvecklats ovan i texten.

ligen sin plats i annat sammanhang.²⁹ I den nya BrB har också denna fråga lösts genom det ovan refererade stadgandet i 33:4, avsett just för undantagsfall av hithörande slag.

En omläggning av samtyckesreglerna vid brott mot kroppslig integritet skulle medföra att varje sådan kränkning, även om den skett med intressebärandes samtycke, i princip skulle utgöra en till sin typ straffbar handling och att frågan om straffansvar eller straffrihet för sitt besvarande regelmässigt måste kräva ett domstolsavgörande.³⁰ Bortsett från de starka praktiska betänkligheterna mot en dylik uppläggning av problemet, måste det betecknas som en *djupt ingripande förändring av gällande rätt*,³¹ att även de ringaste misshandelsbrotten, oavsett intressebärandes samtycke, i princip utgöra brottsliga gärningar och att domstolens dom i målet måste få karaktären av en sakerförklaring, även om påföljd för brottet eftergives. Detta framstår som desto mer egendomligt som ju samtycke till åtskilliga andra och kanske allvarligare ingrepp i enskild rätt utesluter gärningens brottslighet a priori.

De här anförda betänkligheterna mot en lagreglering på föreslaget sätt av samtyckets verkan vid brott mot annans kroppsliga integritet föranledde att ett motsvarande stadgande ej inflöt i den slutliga lydelsen av BrB.³²

När det nu gäller att draga gränsen för samtyckets verkningsområde vid misshandelsbrotten enligt gällande rätt, torde det vara föga givande att, såsom var brukligt i äldre doktrin, genom en allmän formel söka ange, vilka ingrepp i den kroppsliga integriteten som vore så djupgående och betydelsefulla för intressebärandes fysiska personlighet, att de av etiska eller sociala skäl borde falla utom området för hans fria bestämmande. Man möter sådana formuleringar som att samtycke icke kan rättfärdiga kränkningar, som leda till en »väsentlig minskning av de krafter som människan behöver för sin utveckling här i världen»³³ eller av sådana »rättshåvor,

²⁹ Så ock THORNSTEDT a. st.

³⁰ Det synes ha varit avsett att det ej skulle tillkomma åklagaren att som en åtalsförutsättning pröva de sannolika skälen för eller emot antagandet att straffrihet skulle komma att medgivas av domstolen; jfr SRK III s. 148 f. samt KPr 1962: 10 s. C 377 f. (det citerade remissvaret).

³¹ Om hittills gällande rätts ståndpunkt i detta avseende, se den följande framställningen.

³² Beträffande den i remissvaren framförda kritiken mot det föreslagna stadgandet och departementschefens ståndpunktstagande, se KPr 1962: 10 s. C 377 ff.

³³ HAGSTRÖMER I s. 110.

vilka tillhöra personlighetens väsende och äro ett oefftergivligt villkor för realiserandet av människans sedliga bestämmelse». ³⁴ Tydligtvis gå formuleringar av detta slag tillbaka på den äldre naturrättsliga tanken om existensen av vissa s.k. oförytterliga mänskliga rättigheter. ³⁵ Mera realistisk och överensstämmande med värderingar som äro gängse i modernt samhällsliv är den formulering som givits av en ledande kontinental straffrättsteoretiker, då han talar om »förlust eller minskning av individens förmåga att fullgöra sina sociala plikter». ³⁶ Med all rätt framhåller emellertid författaren, att dylika formuleringar blott kunna tjäna som riktlinjer för den bedömning som i rättstillämpningen måste göras med hänsyn till det särskilda fallets egenart och de mer eller mindre tungt vägande allmänintressen som kunna korsa intressebärandens önsningar.

I stort sett bygga de nu anförda allmänna satserna på tanken att *omfattningen* av integritetskränkningen, och särskilt den tillfogade *kroppsskadans* mer eller mindre allvarliga beskaffenhet, bestämmer gränsen för samtyckets verkningsområde såsom straffrihetsgrund. Denna tanke har också vanligen kommit till uttryck i den reglering av frågan som förekommer i vissa främmande strafflagar och strafflagsförslag, ³⁷ åtminstone som grundläggande princip för nämnda gränsdragning, även om denna nyanserats genom andra hänsynstaganden. Samma synpunkter ha också varit vägledande för doktrin och praxis i sådana rättssystem vilka sakna lagbestämmelser i ämnet. ³⁸

³⁴ FORSMAN s. 105.

³⁵ Detta förhållande framgår klart av HAGSTRÖMERS framställning a. st., som emellertid nödgas uppge den naturrättsliga utgångspunkten (att den personliga okränkbarheten städse utgjorde en oförytterlig rättighet) och medge samtyckets betydelse även på det högst personliga området; skillnad borde göras emellan »mer eller mindre viktiga rättigheter». Förf. tillägger därefter, innan han uppställer den ovan i texten citerade tesen: »att närmare karakterisera denna skillnad är ingalunda lätt». Däri kan man obetingat ge honom rätt. — Jfr också den allmänna samtyckesregelns formulering hos SLK m. fl., ovan not 2.

³⁶ Se MEZGER s. 216 ff.

³⁷ Jfr ovan not 22.

³⁸ T. ex. tysk rätt före tillkomsten år 1933 av den ovan i not 22 citerade generalklausulen i § 226 a; se bl. a. LISZT-SCHMIDT s. 217 f. och MEZGER s. 215

Det sist sagda torde gälla även för gällande svensk rätts vidkommande. Tvekan har emellertid länge rått beträffande gränsdragningen mellan de lättaste fallen av misshandel och sådana integritetskränkningar som ej utan vidare kunna betraktas som ringa. *Före tillkomsten av BrB* synes uppfattningen i doktrin och praxis, i den mån en bestämd sådan låtit sig påvisa, ha stabiliserat sig på så sätt, att en åtgärd, som endast innebar tillfogande av smärta eller sådan ringa kroppsskada som avsågs i SL 14:13, föll utom det straffbara området, därest handlingen företogs med samtycke av den mot vilken den riktade sig, medan ett dylikt samtycke icke *i och för sig* kunde legitimera ett ingrepp i den kroppsliga integriteten, vilket medförde sådan medelsvår skada eller sjukdom som avsågs i 14:12 eller, än mindre, sådana följder vilka i 14:10 betecknas som svår kroppsskada.³⁹ Ett starkt stöd för denna gränsdragning lämnade den tämligen försiktiga praxis ifråga om sterilisering av rättskapabla personer, vilken synes ha följts redan före tillkomsten av 1941 års nu gällande lag i ämnet,⁴⁰ och ännu tydligare innehållet i denna lag samt i 1944 års lag om kastrering. För tillåtligheten av båda dessa typer av operationer är samtycke av patienten ej nog, utan vissa närmare angivna indikationer måste konstateras före-

ff., vilka båda räkna med en rättspolitisk avvägning i de särskilda typfallen. Fransk doktrin ställer sig övervägande restriktiv till samtycke som straffrihetsgrund ifråga om brott mot kroppslig integritet men synes medge dess verkan i detta hänseende i vissa typfall, vilka dock äro föremål för delade meningar; se DE VABRES s. 244 ff. och BOUZAT-PINATEL I s. 285 ff.

³⁹ Så THYRÉN, Kommentarer till kap. 14, s. 48 f., BERGENDAL, Lärobok, s. 282 samt, ehuru mera vagt, SRK III s. 144. HAGSTRÖMER II s. 110 synes draga gränsen mera liberalt, likaså, ehuru med en viss tvekan, STJERNBERG, Föreläsningar, s. 90, som synes fästa vikt vid den före 1943 gällande lydelsen av SL 14:45, som lade bestämmanderätten i åtalshänseende i målsägandens hand både vid misshandel enligt SL 14:12 och 14:13. AGGE, Huvuddrag, s. 203 ff., fattar ej bestämd ståndpunkt till denna meningsskiljaktighet utan hänvisar till att samtyckets verkningskrets ej bör bestämmas enbart alltefter skadans omfattning utan jämväl med hänsyn till det syfte som motiverat samtycket; samma tanke utföres ovan i texten.

⁴⁰ Härom BERGENDAL i SvJT 1930 s. 113 f., s. 122 ff. och RYLANDER-BENDZ, Rättspsykiatri, s. 227 samt Kriminalistföreningens förhandlingar 1931, s. 3 ff. 1934 års lag i ämnet gällde blott sterilisering av personer, vilkas sinnesbeskaffenhet som regel utslöf full rättshandlingsförmåga. Samtycket som straffrihetsgrund trädde därför i bakgrunden för den rättsliga regleringen.

ligga genom prövning av därtill behöriga myndigheter. Avgörande är alltså icke samtyckets förhandenvaro utan det enskilda eller allmänna intresse som ingreppet skall tjäna.

Det bör här understrykas att ifrågavarande undantag från den ovan antagna huvudregeln för samtyckets betydelse som straffrihetsgrund vid kränkningar av annans kroppsliga integritet icke i främsta rummet böra uppfattas som utvidgningar av samtyckets verkningskrets. I och för sig har samtycke från intressebärandens sida ansetts otillräckligt som straffrihetsgrund vid nu ifrågavarande, allvarliga operativa ingrepp. När lagstiftaren förklarat dem tillåtna under angivna förutsättningar baseras detta icke på tanken att ett skyddsvärt individuellt intresse skulle saknas utan på förhandenvaron av ett starkt *positivt* skäl att betrakta åtgärden som rättsenlig. Lagstiftaren har företagit en *avvägning* av mot varandra stående enskilda och samhälleliga intressen, varvid de intressen som motivera åtgärderna ansetts väga tyngre än de allmänna intressen som eljest motivera att samtycke till svårare integritetskränkningar ej kan godtagas som straffrihetsgrund.⁴¹ Hänsyn till patientens egen inställning till åtgärden har givetvis också tagits, något som kommer till uttryck i att samtycke (eller egen begäran) i princip fordras för att åtgärden skall få beslutas och operationen utföras. Detta krav har emellertid av flera skäl måst eftergivnas, då det gäller beslut om ingrepp å person som på grund av rubbning i själsverksamheten ej är i stånd att lämna giltigt samtycke till åtgärden. Individens rättssäkerhet tillgodoses i dessa senare fall genom särskilda regler om en kvalificerad myndighetsprövning, innan operationen får genomföras. De nu behandlade särskilda exemplen på rättsenliga ingrepp i annans kroppsliga integritet — liksom de olika fallen av legal abort,⁴² där den straffrättsliga problemställningen är en annan än vid sterilisering och kastrering — behandlas i ett senare avsnitt av framställningen under rubriken straffrihetsgrunder av »blandad» natur; härom nedan § 20.

Om vi nu bortse från lagreglerade samtyckesfall, i vilka mer eller mindre vittgående ingrepp i kroppslig integritet äro till-

⁴¹ Jfr BERGENDAL a.a. och Samtyckets legislativa behandling, s. 283 ff. samt ur utländsk doktrin NOLL s. 74 ff., s. 81 ff.

⁴² Här uppfattas ju icke endast den gravida kvinnan som intressebärande, utan även det allmänna intresset att slå vakt om fostret såsom blivande individ gör sig starkt gällande och betager kvinnan rätten att ensam disponera över sin integritet i förevarande avseende. Illegal abort, utförd av kvinnan själv eller med hennes samtycke, är alltså en brottslig gärning enligt BrB 3: 4. Se vidare om detta spörsmål nedan § 20.

låtna på vissa villkor, kunna vi alltså konstatera att utvecklingen lett till att ganska snäva gränser kommit att dragas kring samtyckets verkningsområde. I princip har gränsen sålunda förlagts mellan handlingar, som enligt SL 14:13 betraktas som ringa misshandel, och brott som innefatta grövre kränkningar av den fysiska integriteten, dvs. SL 14:10 och 14:12. Denna ståndpunkt måste anses som rättspolitiskt väl-motiverad, särskilt som rättspraxis varit benägen att hänföra jämväl ganska kännbara fall av kroppsskada under begreppet »ringare skada» enligt 14:13. Naturligtvis råder i praktiken enighet om att vissa speciella grupper av ingrepp i annans kroppsliga integritet kunna gå betydligt längre och omfatta fall som objektivt sett skulle falla t.o.m. under 14:10. Detta är fallet med operativa och andra åtgärder i medicinskt terapeutiskt eller profylaktiskt syfte, företagna av därtill behöriga personer. Hela denna grupp av fall har sin egen problematik, och deras juridiska bedömning strider ej mot den angivna utgångspunkten. Men även på andra områden kan man påvisa en tendens att sätta gränsen så, att även tillfogande av medelsvår kroppsskada enligt 14:12 faktiskt tolereras, utan att rättsliga åtgärder ifrågasättas. Som vi skola finna i det följande är detta fallet med vissa grenar av sport.

Om alltså gränsen kring samtyckets verkningsområde redan enligt äldre rätt varit osäker och ej uppehållits alldeles strikt, uppstå emellertid efter *tillkomsten av BrB* ytterligare tvivelsmål rörande gränsdragningsproblemet. Medan äldre lags gradering av misshandelsbrotten byggde uteslutande på beskaffenheten av den kroppsskada eller sjukdom som utgjorde effekten av den brottsliga gärningen, har den nya lagen övergått till samma teknik vid gradindelningen som genom tidigare partiella lagreformer kommit till användning för övriga brottsgruppers del. Som bekant innebär denna teknik att samtliga omständigheter vid brottet in casu genom en relativt fri bedömning av domaren lägges till grund för brottets klassificering som »normalt», grovt eller ringa fall av brottsarten ifråga.⁴³ Till ledning vid bedömningen uppställer lagstiftaren

⁴³ Jfr den föregående framställningen s. 137 och s. 234 f.

vissa typiska exempel på grovt resp. ringa fall; dessa exempel äro icke bindande, endast vägledande. Straffbuden för misshandel i BrB äro så utformade, att den ringaste graden av denna brottstyp ej närmare specificerats; det heter sålunda helt allmänt i den grundläggande bestämmelsen (3:5), att straffet är böter »om brottet är ringa», medan normalfallet är belagt med fängelse i högst två år. Däremot behandlas grov misshandel i ett självständigt lagrum (3:6), som upptager straffsatsen fängelse i lägst ett och högst tio år. Vid bedömmande huruvida brottet är grovt skall särskilt beaktas, »om gärningen var livsfarlig eller om gärningsmannen tillfogat svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom eller eljest visat synnerlig hänsynslöshet eller råhet». Som synes kan en misshandel, som resulterat blott i en måttlig eller ringa kroppsskada eller rent av endast i smärta, kvalificeras som grov på grund av sin farlighet eller med hänsyn till subjektiva moment som ingå i beskrivningen av brottets objektiva sida.⁴⁴ Hur bör nu gränsen dragas kring området för samtyckets straffbefriande verkan? Tydligtvis kan man ej använda distinktionen mellan »normal» misshandel och »ringa fall» av brottstypen såsom automatiskt verkande kriterium. Denna distinktion innefattar blott en anvisning för straffmätningen och är ej beroende av den med integritetskränkningen normalt förbundna skadans art eller andra kriterier, som låta sig bestämma *rent objektivt* redan *då samtycket lämnas*. Innan man kan peka på någon bestämd ståndpunkt i praxis, torde det därför vara försiktigast att besvara spørsmålet om samtyckets verkningskrets genom en rättspolitisk bedömning av förhållandena i olika typfall. Då lagstiftaren sannolikt icke avsett att genomföra någon egentlig förändring i rådande rättsuppfattning på detta område,⁴⁵ torde man såsom hittills söka utgångspunkten för denna bedömning i omfattningen och arten av den med gärningen typiskt förbundna kroppsskadan. En gränsdragning efter dessa principer mellan straff-

⁴⁴ Om dylika s. k. fristående subjektiva moment, vilka prägla brottstypen och såtillvida kunna anses utgöra objektiva rekvisit, se ovan s. 249 f. och s. 259 ff.

⁴⁵ Jfr KPr 1962: 10 s. C 381.

bart och straffritt överensstämmer f.ö. med utformningen av brottstypen vållande till kroppsskada eller sjukdom enligt den nya lagtexten (3:8).⁴⁶

Den avvägning som sålunda bör genomföras av skälen för och emot samtyckets verkan som straffrihetsgrund alltefter beskaffenheten av olika typfall kan emellertid leda till variationer i fråga om graden av den skadliga effekt som med straffbefriande verkan kan täckas av samtycket. Härom kan i korthet anföras följande. Tidigare har doktrinen varit benägen att alltför ensidigt bygga samtyckesläran på läran om brottets angreppsobjekt och därför kommit att nästan uteslutande fästa sig vid det kränkta intressets art och kvantitet, medan andra faktorer lämnats åsido. Detta kan emellertid leda till resultat, som äro praktiskt eller rättspolitiskt otillfredsställande. Särskild uppmärksamhet torde böra fästas vid *syftet eller ändamålet* med det intrång i den kroppsliga integriteten vilket täckes av samtycket.⁴⁷ Detta syfte kan ur samhällsordningens synvinkel icke betraktas som irrelevant, när det gäller att i lag eller praxis draga gränsen mellan vad som bör vara förbjudet eller tillåtet i medborgarnas handlingssätt. För rättssäkerhetens skull måste detta ändamål bestämmas så objektivt som möjligt och avse *gärningstypen in abstracto*. Man måste sålunda bygga på huvudsakligen yttre kriterier; gärningsmannens och intressebärarens subjektiva bevekelsegrunder *i det särskilda fallet* äro ofta av mer eller mindre svårbestämbar psykologisk natur och kunna på sin höjd påverka straffmätningen, om gärningen kommer under rättsligt bedömande. Avgörande för gränsen mellan straffbart

⁴⁶ Att däremot vid brottstypen framkallande av fara för annan (3:9) kriminaliseringen begränsats till att annan genom "grov" oaktsamhet utsättes för "livsfara eller fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom", framstår som helt motiverat. Dels innebär straffbudet en culpös brottstyp utan direkt motsvarighet i äldre lag, och dels är ju beräkningen av en risk som ej förverkligats förenad med betydande osäkerhet. Endast uppenbart hänsynslöst risktagande bör bestraffas som ett kriminellt beteende i BrB. Gränsdragningen i 3:9 får sin betydelse när det gäller frågan om samtycke till risktagande, på sätt skall utvecklas i det följande; se nedan s. 394 ff.

⁴⁷ Så ock BERGENDAL, Samtyckets legislativa behandling, s. 282 ff. och HURWITZ s. 301, s. 303 f. samt ANDENÆS s. 174 för farebrottens del. Synpunkten antydes ock hos SRK III s. 144.

och straffritt kunna dylika omständigheter vara, endast i den mån de blivit objektivt typiserade och kommit till uttryck i brottsbeskrivningens (eller straffrihetsgrundens) legala utformning.

Tages nu hänsyn till det typiska syftet med angreppet mot den kroppsliga integriteten, blir resultatet att samtyckets verkningskrets måste anses vidare, såframt samtycket och den därmed avsedda handlingen uppbäres av ett efter gängse värderingar nyttigt eller åtminstone godtagbart intresse. Är detta däremot ej godtagbart eller ens indifferent utan klart förkastligt ur social synpunkt, särskilt om handlingssätt som de med samtycket avsedda *bleve mera allmänt förekommande*, eller rent av ägnat att främja annat lagstridigt handlande, måste stor restriktion iakttas vid bedömningen av samtyckets straffrättsliga relevans.

Det är exempelvis en grundläggande skillnad mellan att en person underkastar sig en måhända djupt ingripande plastisk operation för att avlägsna ett stötande skönhetsfel och att en efterspanad brottsling låter på sig företaga en operation som förändrar hans signalement.⁴⁸ Som ett i regel indifferent fall kan nämnas att någon låter tatuera sig enligt bruket i vissa kretsar. Betydelsen för operatörens straffrihet på grund av samtycke (eller begäran) av intressebäraren blir enligt det ovan sagda att bedöma olika i de tre exemplen: vid den förstnämnda plastiska operationen — oavsett om den utföres av läkare eller ej — är det rättsenligt att verkställa ingrepp som i och för sig skulle innebära tillfogande av tämligen kännbar kroppsskada, i fallet med den efterspanade brottslingen saknar samtycket över huvud verkan som objektiv straffrihetsgrund och vad tatueringen beträffar synes åtgärden socialt indifferent, och samtycket kan godtagas, om tatueringen icke går utöver den ringaste graden av misshandel.

Om bedömningen av betydelsen i de nu refererade exemplen

⁴⁸ Möjligen kan förfarandet under vissa omständigheter anses straffbart som skyddande av brottsling eller främjande av flykt enligt 17:11 resp. 17:12. Om straffet för operatören i så fall skall bestämmas enbart med åberopande av nämnda lagrum eller enligt principerna för lagkonkurrens eller rent av brottskonkurrens, må här lämnas därhän.

torde knappast behöva råda någon större tvekan. Större svårigheter bereder däremot den situation som föreligger, då en person underkastar sig en smärtsam behandling eller tillfogandet av kroppsskada inför publik eller eljest i förvärvssyfte.⁴⁹ Ett annat fall, som också kan synas diskutabelt, är om någon underkastar sig misshandel för att därmed söka tillfredsställelse för en sjuklig drift.⁵⁰ Man torde emellertid försiktigtvis bör intaga den ståndpunkten, att om den kroppsliga integritetskränkningen i dessa tveksamma fall icke går utöver den traditionella gränsen för ringa misshandel, dvs. tillfogande av smärta eller en obetydlig kroppsskada, samtyckets verkan är att bedöma enligt den schablonmässiga princip som ovan tjänat som utgångspunkt för vår tankegång. Gärningarna bli i dessa fall alltså straffria på grund av intressebärandes samtycke. Härtill kommer ytterligare en synpunkt på de sist behandlade situationerna. Det kan nämligen ej anses riktigt att vid samtyckesfrågans besvarande skjuta socialtiska synpunkter i förgrunden på ett så kraftigt sätt, att straffbudet för ringare former av misshandel i realiteten får fungera som en bestraffning av det socialtiskt tvivelaktiga i handlingssättet, när detta av lagstiftaren ej kriminaliserats ur denna synpunkt,⁵¹ t.ex. som sedlighetsbrott (jfr 6:6 st. 2) eller som brott mot allmän ordning (jfr 16:11 st. 2 och 16:16). Det är dock först och främst i dess egenskap av brott mot annans kroppsliga integritet som den med samtycket avsedda gärningen skall bedömas i förevarande sammanhang.

Godtagas de ovan utvecklade principerna, innebär detta *sammanfattningsvis* att samtyckets verkningsområde vid misshandelsbrotten *i regel* följer skillnaden mellan å ena sidan tillfogandet av smärta eller ringa kroppsskada eller sjukdom, för enkelhetens skull här betecknat som *ringa misshandel*, och å andra sidan misshandel som enligt dessa normer

⁴⁹ Jfr nedan s. 406 ff. om vissa former av sport.

⁵⁰ Jfr BERGENDAL a. st.

⁵¹ Däremot kan det mycket väl tänkas att offentliga tillställningar, vid vilka moment förekomma som innefatta klar misshandel med de berörda parternas samtycke, falla under förbudsreglerna i 19 och 20 §§ i 1956 års allmänna ordningsstadga, där det talas om "något som strider mot lag".

ej är ringa. Gränsen skär tvärtigenom det straffbara området enligt 3:5 men torde följa den äldre rättens distinktion mellan misshandel enligt SL 14:13 resp. 14:12. Gränsen kan emellertid icke alltid bestämmas enligt denna fixa regel utan företer en viss *variationsbredd*, i det att även andra omständigheter vid brottet än den objektiva effektens beskaffenhet, särskilt det syfte handlingen och samtycket kunna anses tjäna, påverka gränsens förskjutning i vidgande eller inskränkande riktning. Medan samtycket endast i klart lagstridiga fall frånkännes sin vanliga verkan som straffrihetsgrund, trots att gärningen innefattar allenast ringa misshandel, torde det vara vanligare att ett samtycke gör en integritetskränkning tillåten, trots att gränsen för ringa misshandel överskrides, nämligen när gärningen kan rättfärdigas av ett för individen själv eller samhället nyttigt syfte eller eljest enligt gängse uppfattning framstår som godtagbar.

Det skall villigt medgivas att en dylik elasticitet hos samtyckesreglerna är förenad med vissa vådor. Härigenom lämnas nämligen ett betydande utrymme för fritt skön i det särskilda fallet och för beaktande av relativt irrationella moment vid bedömningen, något som alltid är ägnat att väcka betänkligheter, när det gäller att uppdraga gränsen mellan brottsligt och tillåtet handlande. Genom att man i rättslivet konsekvent iakttagit en tämligen rigid *undantagstypicitet* motverkas emellertid olägenheterna av den flexibilitet hos straffrihetsreglerna⁵² vilken erfordras för man skall kunna taga hänsyn till det praktiska livets skiftande förhållanden.

Ett praktiskt synnerligen viktigt område, inom vilket ganska fasta regler faktiskt utbildats för olika typsituationer, utgör *sjuk- och hälsovårdens* olika grenar. De befogenheter som här kunna tillkomma läkare m.fl. baseras emellertid ej enbart på samtycke såsom grund för rättsenligheten. Även nödsynpunkter och hänsyn till allmänna intressen göra sig här gällande på ett så starkt sätt, att hela problemet bäst behandlas som en specialform av straffrihetsgrunder av s.k. »blandad» natur. Starka röster ha också höjts för att ett från

⁵² Jfr ovan § 13 under B.

läkarvetenskapliga synpunkter korrekt ingrepp över huvud taget icke skulle täckas av själva misshandelsbegreppet och redan på denna grund falla utanför det straffbara området. Problemet behandlas i ett senare sammanhang; härom nedan § 20.

Den föregående framställningen har tagit sikte på sådana intrång i den kroppsliga integriteten som företages *uppsåtligt* , dvs. mord, dråp och misshandel.⁵³ Det återstår därefter att undersöka, om de principer som vi funnit tillämpliga för bedömningen av samtyckets verkan vid uppsåtliga gärningar äga sin motsvarighet vid sådana i den allmänna straffrätten⁵⁴ kriminaliserade *oaktsamhetsbrott* som innefatta kränkningar av samma intressen, dvs. vållande till annans död (3:7), vållande till kroppsskada eller sjukdom (3:8) samt framkallande av fara för annan (3:9). Ämnet är tämligen knapphändigt behandlat av den svenska straffrättsdoktrinen, trots dess praktiska betydelse, och kräver därför en viss uppmärksamhet.⁵⁵

Frågan om samtyckets betydelse kommer i ett delvis annat läge vid de culpösa brotten än vid deras uppsåtliga motsvarigheter av bl.a. följande skäl. Då intressebäraren lämnar sitt samtycke till ett uppsåtligt brott, står det som regel klart för honom likaväl som för gärningsmannen huru pass allvarlig skada som normalt kan förväntas bli resultatet av kränkningen; vi bortse alltså från en icke avsedd eller beräknad

⁵³ Endast vid de i texten nämnda uppsåtliga brotten (med tillhörande försöksbestämmelse) får samtyckesproblemet praktisk betydelse. Barnadråp saknar av lätt insedda skäl aktualitet i sammanhanget, medan kvinnans samtycke till fosterfördrivning å henne, med lagens inställning till detta brott, ej gör gärningen tillåten; jfr ovan not 27.

⁵⁴ Som bekant återfinnas i specialstraffrätten, särskilt i trafiklagstiftningen en rad praktiskt viktiga straffbud rörande oaktsamhetsbrott som medföra skada eller fara för annans kroppsliga integritet; jfr ovan s. 280 ff. Dessa olika fall skola här ej särskilt behandlas, och de principer för samtyckets betydelse som uppställas i det följande ha ej utan vidare sin analoga tillämpning på dessa straffbud som i betydande utsträckning ta sikte på typen av *allmänfarlig vårdslöshet* . Den enskilde intressebäraren kan givetvis som regel ej disponera över allmänhetens säkerhetsintressen; se ovan i texten s. 377 f.

⁵⁵ Däremot ha beslätade problem inom skadeståndsrätten nyligen blivit föremål för ingående behandling av AGELL, Samtycke och risktagande, s. 9 ff.; se ock BENTSSON, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv, s. 33 ff., s. 57 ff. samt KARLGREN, Skadeståndsrätt, s. 85 ff.

utveckling av händelseförloppet, särskilt uppkomsten av allvarligare s.k. överskottseffekter av misshandeln.⁵⁶ Samtycket innebär vid de uppsåtliga brotten ett frivilligt godtagande av den sålunda *förväntade effekten*, som också omfattas med någon grad av dolus från gärningsmannens sida. Vid de culpösa integritetskränkningarna framstår det, vid det tillfälle då samtycket lämnas till den riskabla handlingen, ingalunda som givet eller ens som övervägande sannolikt, vare sig för gärningsmannen eller intressebäraren, att en skadlig effekt skall bli följderna av det godtagna handlingssättet, även om detta objektivt sett kanske framstår såsom klart oaktsamt just i förhållande till en sådan effekt. Icke ens om parterna varit klart medvetna om risken, är situationen ur samtyckessynpunkt likvärdig med den som föreligger vid uppsåtligt handlande. Hade intressebäraren hållit det för visst eller övervägande sannolikt att en kroppsskada skulle tillfogas honom genom den andres handlande, torde han väl som regel icke frivilligt ha utsatt sig för faran. Sett ur gärningsmannens synvinkel torde väl insikten om att den skadliga effekten är nödvändigt förbunden med hans handling eller åtminstone ter sig som övervägande sannolik normalt avhålla honom från handlingen. Ryggar han emellertid trots detta ej tillbaka från gärningen, torde omständigheterna oftast indicera ett eventuellt eller kanske rent av indirekt uppsåt att tillfoga intressebäraren den skada som förefaller övervägande sannolik.⁵⁷ Gärningsmannen kan då icke till sin befrielse från ansvar åberopa det samtycke till den fareskapande gärningen som intressebäraren må ha lämnat. Denne har tydligtvis utgått från andra föreställningar ifråga om effektens oundviklighet eller sannolikhet än dem som gärningsmannen hyst, kanske på grund av sin säkrare kunskap om de faktiska förhållanden

⁵⁶ Här om se den föregående framställningen s. 255 ff., s. 301.

⁵⁷ Om det eventuella uppsåtets problematik och förhållande till andra dolusformer, se bl. a. THORNSTEDT, Forsett og rettsvillfarelse, s. 125, KARLGRÉN i särskilt yttrande till avgörandet i NJA 1959 s. 63 samt dens. och T. HULDÉN i SvJT 1960 s. 598 ff., 702 f. Därest man, i likhet med praxis i vissa andra nordiska länder, till dolus-området hänför fall, där gärningsmannen föreställt sig effekten som sannolik, torde det i texten sagda utan vidare stå klart; jfr ANDENÆS, Forsett og rettsvillfarelse s. 113 ff.

som påverka bedömningen. Skulle intressebäraren ha gjort samma kalkyl som gärningsmannen om effektens oundviklighet eller övervägande sannolikhet och likväl frivilligt utsatt sig för gärningen, har han praktiskt sett godtagit skadan såsom uppsåtligen åstadkommen. Uteblir effekten mot båda parternas förmodan, får situationen bedömas på samma sätt som samtycke till ett mot intressebärarens kroppsliga integritet riktat uppsåtligt brott, som emellertid, objektivt sett, stannar på försöksstadiet.

Av det sagda torde framgå att ett samtycke till handlingar, som ej gå utöver området för oaktsamt handlande, *icke* avser den *effekt* som kan ha inträffat på grund av detsamma utan *den risk för skada* som förelåg enligt en bedömning vid tillfället för samtyckets lämnande. I doktrinen har denna skillnad ej alltid vunnit tillräckligt beaktande. Man möter sålunda stundom den uppfattningen att samtycke till tagande av viss risk städse skulle implicera ett accepterande av sådan skada som utgör en typisk följd av det godtagna handlingssättet.⁵⁸ Ett sådant antagande synes emellertid vara förhastat och kan leda till betänkliga praktiska resultat. En annan sak är att omständigheterna *i vissa fall* kunna indicera ett tyst samtycke jämväl till handlingens skadliga följder; detta är som vi nedan skola finna ej sällan förhållandet vid risktagande i samband med vissa grenar av sport. Viktigt är emellertid att i varje fall klargöra om samtycket täcker något annat och mera än själva risktagandet.

Uppgiften blir därefter att söka ange området för samtyckets ansvarsbefriande verkan, sedan själva objektet för detsamma sålunda bestämts för de culpösa integritetskränkningarnas del. Det är här två delvis från varandra skilda, ehuru praktiskt sett med varandra nära sammanhängande frågeställningar som påkalla uppmärksamhet. Det gäller dels att bestämma *vilka arter och grader* av befarade fysiska skadeverkningar av den aktuella handlingen, som det står i intressebärarens fria skön att godtaga genom sitt samtycke till handlingen, och dels

⁵⁸ Se sålunda SRK III s. 144 och BENGSSON a.a. s. 37 f.; jfr emellertid AGELL a.a. s. 22 f. samt s. 106.

att besvara frågan huruvida och på vilket sätt *själva riskgraden* får anses påverka samtyckets rättsliga relevans.

Som utgångspunkt för de uppställda frågornas besvarande kan man konstatera att det är ställt utom tvivel att enligt hittills gällande rätt ett samtycke till en culpös handling som medför livsfara eller fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom i princip saknade verkan som grund för ansvarsfrihet. Inträffade sådan effekt som avsågs i SL 14:9 och 14:17 st. 1 och täcktes densamma av culpa, spelade alltså samtycket icke någon roll som straffrihetsgrund. Denna ståndpunkt kom till uttryck i både doktrin och praxis.⁵⁹ Tillkomsten av BrB torde ej ha åstadkommit någon ändring i detta hänseende; självfallet gäller den angivna regeln ej blott culpösa handlingar som orsakat annans död enligt 3:7, resp. svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom enligt 3:8, utan även en handling genom vilken man med grov oaktsamhet utsätter annan för fara för motsvarande skadeverkningar jämlikt 3:9.

Som ett argument av närmast historiskt intresse för den angivna grundsatsen kan åberopas den inställning som sedan gammalt utmärkt svensk straffrätt i avseende å de s.k. duellbrotten.

Genom 1861 års förordning angående mord, dråp och misshandel och sedermera genom bestämmelserna i SL 14:38—41 infördes generella fullständiga regler i ämnet i vår allmänna straffrätt,⁶⁰ medan brott av denna typ, bortsett från delvis strängare straffbestämmelser för särskilda personkategorier, tidigare voro att bedöma enligt de ordinära straffbuden för olika grader av dråp eller misshandel.⁶¹ Ett studium av nämnda regler i SL ger vid handen, att förefintligheten av en överenskommelse mellan tvenne personer att genom envig utsätta sig för sådana åtgärder från varandras sida, vilka innebära livsfara eller risk för kroppsskada, ingalunda utesluter att straff inträder. Även om lagens straffsätser, av skäl som sakna aktuell betydelse,⁶² i viss utsträckning äro något milda-

⁵⁹ Se HAGSTRÖMER II s. 61 och s. 145 samt THYRÉN, Kommentarer till kap. 14, s. 70; jfr AGELL a. st. samt ur rättspraxis NJA 1908 s. 209 och 1934 s. 415 (i det senare fallet riktade sig gärningen dock även mot allmänna intressen).

⁶⁰ Om 1861 års förordning, se ovan s. 87; om reglerna i SL, se HAGSTRÖMER II s. 230 ff., THYRÉN a. a. s. 148 ff. samt SRK III s. 148.

⁶¹ Om äldre rätt och de s. k. duellplakaten, se WINROTH s. 139 ff. och HAGSTRÖMER a. st.

⁶² Härom HAGSTRÖMER a. st. samt CARLÉN, Kommentar, s. 266 f.

re än om gärningen subsumeras under de ordinära straffbuden för de olika fallen av uppsåtligt dödande eller misshandel med döden eller svår kroppsskada som följd, framträder lagens ogillande hållning till duellbrotten genom vissa särbestämmelser: bl.a. straffas redan utmaning till envig och antagande av utmaningen samt medhjälp till dylikt avtal i 14:39 och 41 såsom särskilda gärningstyper.

Om sålunda samtyckesfrågans läge vid grövre culpösa integritetskränkningar torde vara fullt klar, är motsatsen fallet, när det gäller sådant oaktsamt handlande, varigenom någon åsamkas mindre svår kroppsskada eller sjukdom, vilken skada dock ej kan betecknas som ringa. Dessa fall som täckas av formuleringarna i 3:8, motsvara närmast de oaktsamma handlingar som tidigare föllo under SL 14:17 st. 2 (jämfört med 14:12). Äldre doktrin företer här samma splittring som vi ovan påvisat för motsvarande grader av uppsåtlig misshandel. Uppfattningen i praxis är oviss, utom när det gäller orsakandet av kroppsskada i samband med vissa grenar av sport, t.ex. boxning, där toleransgränsen i realiteten drages åtskilligt högre än den nedre gränsen för begreppet medelsvår kroppsskada och för det i 3:8 (tidigare 14:17 st. 2) kriminaliserade området; vi återkomma i det följande till denna fråga.

Bortsett från dessa och andra speciella typfall, i vilka—med rätt eller orätt — särskilda skäl ansetts motivera en större dispositionsrätt än i allmänhet för intressebäraren över hans egen kroppsliga integritet, saknas det tillräcklig anledning att draga gränsen för samtyckets verkningsområde annorlunda vid nu ifrågavarande oaktsambetsbrott än vid motsvarande uppsåtliga gärningar.⁶³ Snarare är större försiktighet påkallad, när samtycket avser culpöst handlande, därvid intressebäraren godtager en risk för en i och för sig ej accepterad skada, vars definitiva omfattning knappast låter sig bestämma med samma säkerhet som då samtycket avser en bestämd, av gärningsmannens uppsåt omfattad effekt. Lika litet som rättsordningen såsom ansvarsbefriande kan erkänna ett samtycke till uppsåtliga gärningar vilka angripa individens jämväl ur

⁶³ Annan mening BENGSSON a.a. s. 37.

social synpunkt mest vitala intressen, synes det förenligt med det moderna samhällslivets krav att låta den enskilda intressebärandens fria skön vara avgörande för tillåtligheten av culpösa gärningar som sätta individens liv eller kroppsliga hälsa och integritet på spel. Med alla de olycksrisker som den tekniska utvecklingen framskapat, synes det ytterst betänkligt ur allmän synpunkt att utanför en snäv gräns godtaga en enskild intressebärandes dispositionsrätt rörande handlingsätt som enligt godtagna normer äro culpösa och som kunna utlösa händelseförlopp med ofta svårberäkneliga skadeverkningar. All rimlig hänsyn till individernas behov av handlingsfrihet har redan tagits, då rättsordningen bestämt gränsen mellan tillåtet risktagande och culpöst handlande, icke efter en abstrakt aktsamhetsnorm utan under beaktande av det praktiska livets olika typsituationer, på sätt tidigare utvecklats vid analysen av det straffrättsliga farebegreppet.⁶⁴

Frågan om arten och omfattningen av det risktagande som faller inom området för samtyckets ansvarsbefriande verkan vid culpösa handlingar, som kränka annans kroppsliga integritet, bör sålunda *i princip* besvaras *på motsvarande sätt* som ifråga om uppsåtligt åstadkommen skada:⁶⁵ så snart den culpösa handlingen inneburit en verkligt beaktansvärd risk för allvarligare följder än kroppsskada eller sjukdom som kan betecknas som ringa, kan gärningsmannen ej till befrielse från ansvar åberopa att intressebäranden godtagit det oaktsamma handlandet. Detta betyder att den culpöst handlande, utan avseende å ett föreliggande samtycke, som regel är att bestraffa enligt 3:7 eller 3:8, alltefter den förorsakade skadans natur, i den utsträckning effekten täckes av hans ådagalagda oaktsamhet. Förverkligas ej den objektivt sett föreliggande risken, inträder ansvar enligt det nya straffbudet i 3:9, under förutsättning att den i gärningen inneboende risken utgjordes av fara för annans liv eller för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom samt att oaktsamheten var att beteckna som grov. Att straffansvar för culpöst orsakande av

⁶⁴ Se ovan s. 278 ff.

⁶⁵ Jfr ovan s. 389 ff.

risker som ej förverkligats inträder i avsevärt mera begränsad omfattning än då skada inträffar, baseras på särskilda rättspolitiska överväganden och påverkar ej frågan om samtyckets relevans som grund för ansvarsfrihet.⁶⁶ om den riskfyllda handlingen med hänsyn till intressebärarens samtycke skall anses rättsenlig är en fråga som måste kunna avgöras i *gärningens ögonblick*, då det ännu är ovisst om risken skall förverkligas eller ej.

Med det sagda har också angivits vilken *riskgrad* som har betydelse vid bedömningen av samtyckets relevans för frågan om en faireskapande handlings godtagande av rättsordningen. Den gjorda gränsdragningen mellan befarade skadeverkningar av allvarigare eller relativt lindrig art hänför sig i princip till sådan skada som *normalt kan beräknas* följa av gärningen. Det är ju i regel endast denna risk som för intressebäraren stått såsom aktuell då han lämnat sitt samtycke, och det är möjligheten av dess förverkligande som ej avhållit honom från godtagande av det farliga handlingssättet. På motsvarande sätt som rättsordningen vid kriminaliseringen av faredelikt begränsat sitt ingripande till fall där faran — in concreto eller in abstracto — framstår som verkligt beaktansvärd för den som vill undvika skadans inträde,⁶⁷ är det endast vid motsvarande riskgrader som samtyckesproblemet äger relevans. Är risken i verkligheten större än som normalt kan beräknas, saknas i regel förutsättningar för att bedöma gärningsmannens handlingssätt såsom (objektivt) culpöst, och den hotades kalkyl om faregraden, då han lämnar sitt samtycke, saknar därmed rättslig betydelse. Från denna situation måste man klart skilja det läge som är för handen, om *gärningsmannen men ej målsäganden känt till* vissa omständigheter, som indicera en större fara än den som är objektivt beräknelig och med vilken den senare kalkylerat. Samtycket är då lämnat under oriktiga förutsättningar, och gärningsmannen torde då ej ungå ansvar, i varje fall icke om han

⁶⁶ Här om se SRK III s. 141 f. samt KPr 1962: 10 s. B 94 ff. och 416.

⁶⁷ Här om ovan s. 281 ff.

insett eller bort inse att den kränkte svävade i villfarelse om den verkliga riskgraden.⁶⁸

På samma sätt som när frågan gäller samtycke till uppsåtliga intrång i den kroppsliga integriteten, vilka medföra viss grad av skada, har samtyckets betydelse vid oaktsamhetshandlingar en viss *variationsbredd* och bestämmes i det särskilda fallet ej enbart av den riskerade skadans betydelse. Även här kan *syftet* med handlingen komma att spela en avsevärd roll. Risktagandet från gärningsmannens (och genom samtyckets lämnande) från intressebärarens sida kan vara motiverat av *viktiga individuella eller sociala intressen*, vilka föranleda åtgärder som innebära ett betydande mått av sannolikhet för att de skola draga med sig skadliga följder för annan person. Vid sidan av medgivande till allvarliga medicinska ingrepp, vilka följa särskilda regler, kunna som exempel nämnas olika slags räddningsaktioner, vid vilka ett frivilligt deltagande givetvis bör befria den av de medverkande som genom ett för aktionen adekvat åtgörande råkar skada annan medverkande.⁶⁹ Även om risken är så höggradig att sannolikheten för ett helt lyckligt slut är ringa, kan åtgärdens socialt värdefulla syfte motivera att gränsen för det tillåtna fareskapandet avsevärt vidgas. Saknas ett dylikt syfte, t.ex. när någon på grund av ett vad eller för att skapa sensation i samband med ett våghalsigt företag utsätter annan för risker till liv eller lem, torde den godtagbara marginalen för samtyckets ansvarsbefriande verkan böra dragas väsentligt snävare.

Det bör i detta sammanhang framhållas att denna gränsdragning icke *i och för sig* påverkas av det i dylika sammanhang ej ovanliga förhållandet, att den handlande *utsätter sig själv* för lika stora risker. Sålunda torde en alpförare som, trots sina speciella insikter om riskerna, leder ett par mindre erfarna alpinister vid ett osedvanligt riskabelt bergsbestigningsföretag, kunna bli straffbar enligt respektive 3:7, 8 eller 9, alltefter beskaffenheten av den skada eller fara som drabbar

⁶⁸ Om betydelsen av villfarelse vid lämnande av samtycke se nedan s. 415 ff.

⁶⁹ I vissa fall, men ej alltid, kan handlingssättet ifråga betraktas som rättsenligt med stöd av nödregeln i 24: 4; jfr nedan § 18.

deltagarna i sällskapet. Grunden för ansvaret är tydligtvis att söka i alpförarens särskilda kvalifikationer och det därpå baserade uppdrag, som han åtagit sig; allt omständigheter som också väsentligt påverka culpabedömningen i fallet. Ett annat exempel utgör det icke ovanliga fallet att någon utsätter sig själv jämte andra för betydande risker genom ett farligt hanterande av högexplosiva ämnen av okynne eller sensationslystnad.⁷⁰ I motsats härtill kan ställas det fallet, att det gäller ett led i en vetenskaplig experimentserie eller en fabriksmässig sprängämnestillverkning. Trots den påtagliga risk som verksamheten medför, inträder på grund av det socialt nyttiga eller godtagbara syftet med densamma ej något straffansvar, om blott den aktsamhet iakttagits som påkallas av omständigheterna.

Det kan synas åtskilligt tveksamt om de angivna grundsatserna böra vinna tillämpning, därest de ovan angivna exemplen ändras därhän, att det ej blott gäller en som ansvarig betraktad gärningsman, vilken utsätter andra och samtidigt sig själv för allvarliga risker för liv och lem, utan situationen är sådan, att *jämväl övriga för faran utsatta personer* på ett culpöst sätt aktivt medverkat till de farliga förehavandena.⁷⁰¹

⁷⁰ Eventuellt kunna straffbuden i 13: 6 om allmänfarlig vårdslöshet samt i 61 § 1 eller 5 mom. i 1949 års förordning om explosiva varor komma ifråga.

⁷⁰¹ Sistnämnda situation förelåg till bedömande i rättsfallet NJA 1963 s. 39. Fyra ynglingar i åldern 16—18 år utförde en experimentlek, vid vilken sprängämne begagnades. Under leken erhöles en av deltagarna livshotande skador. RR och HovR dömde de tre övriga deltagarna i leken till ansvar för allmänfarlig vårdslöshet jämlikt SL 19: 5 samt för vållande till kroppsskada enligt 14: 17. HD:s majoritet (3 ledamöter) friade från ansvar i förstnämnda hänseende, enär sådan ofärd som avses i lagrummet icke vållades; vidkommande åtalet i sistberörda avseende ogillades detta under motivering att de tilltalade åtminstone bort inse de med leken förenade betydande riskerna, men att målsäganden själv deltog i leken i väsentligen lika mån som de övriga och i samma grad som dessa bort inse faran. Ansvar ådömdes emellertid för överträdelse av 61 § 5 mom. i 1949 års förordning om explosiva varor. En minoritet i HD (2 ledamöter) ville fälla till ansvar för vållande till kroppsskada med den motiveringen att målsägandens culpösa andel i risktagandet icke kunde befria de övriga från ansvar i betraktande av det allmänna intresse som nyssnämnda stadgande i 1949 års förordning avsåge att tillgodose. — Den av en knapp majoritet i HD omfattade åsikten om den straffrättsliga betydelsen av att den skadade deltagaren i leken utsatt sig för samma risker som de övriga är knappast helt övertygande. Det förefaller ej omöjligt att de skadeståndsrättsliga aspekterna på fallet inverkat på bedömningen; jfr KARLGRÉN i SvJT 1964 s. 46 ff.

Ehuru vissa skäl tala för att betrakta envar enbart såsom risktagare för egen del och att ej ålägga någon ansvar för att samma risk drabbar de övriga, torde det ur straffrättslig synpunkt dock riktigast att tillämpa de ovan angivna allmänna ansvarsreglerna, därest tilltaget är ur allmän synpunkt förkastligt eller åtminstone ej godtagbart samt med hänsyn till riskens beskaffenhet ligger utanför det område, där ett samtycke i allmänhet befriar från rättsligt ansvar.

De hittills utvecklade tankegångarna betyder blott att några riktlinjer uppdragits för bestämmande av samtyckets verkningsområde, när fråga är om culpösa gärningar och de därav framkallade riskerna för individens kroppsliga integritet. Här som eljest inom samtyckesläran kommer det ytterst an på avvägningen av skilda hänsyn i olika typsituationer i samhällslivet. Resultatet av denna bedömning kan utfalla olika i olika fall. Försiktigheten bjuder emellertid att en utvidgning av samtyckets verkningsområde vid ifrågavarande brottsgrupp antages blott i *bestämda undantagsfall* med stöd av godtagna sedvaneregler, vilka utbildats på de levnadsområden, inom vilka de skilda typfallen förekomma.

Ett sådant område utgör utövningen av allehanda grenar av *organiserad sport*. Särskilt då det gäller tävlingar av skilda slag äro olika grader av fysiska integritetskränkningar relativt vanliga. Av flera skäl leda dylika handlingar mera sällan till polisutredning och rättslig beivran, varför rättsfallsmaterialet är synnerligen knapphändigt och ej synes ge stöd för bestämda påståenden om någon fast praxis på området. I svensk doktrin ha hithörande spörsmål behandlats ytterst summariskt, såvitt gäller de straffrättsliga aspekterna, medan nyare skadeståndsdoktrin ingående sysslat med ämnet.⁷¹ Även

⁷¹ Se sålunda särskilt det ovan i not 1 åberopade arbetet av BENGSSON, Skadestånd vid sport, s. 79 ff. men även AGELL, Samtycke och risktagande, s. 135 ff.; jfr även KARLGREN s. 85 ff. För den nordiska straffrättens del må hänvisas till de kortfattade uttalandena hos BERGENDAL, Samtyckets legislativa behandling, s. 283 f., STRAHL, Kompendium, s. 42 och SRK III s. 144 f. samt ANDENÆS s. 177. Beträffande utländsk straffrättslig doktrin, se bl. a. NOLL, Rechtsfertigungsgründe, s. 97 ff., BRUNNER, Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht, BOUZAT-PINATEL I s. 288 och DE VABRES s. 245 f.; fransk doktrin avvisar samtyckeskonstruktionen vid risktagande och ska-

om värdefulla uppslag och synpunkter kunna hämtas från denna litteratur, ställa sig emellertid problemen tämligen olika på de båda rättsområdena i betraktande av de — åtminstone delvis — skilda syften som uppbära de båda sanktionsformer-
na straff och skadestånd. Den följande framställningen måste under dessa förhållanden inskränka sig till förmodanden om *hur problemen kunna tänkas bli lösta* i rättstillämpningen med utgångspunkt från de förut behandlade allmänna grundsatserna inom samtyckesläran.

Förhållandena gestalta sig i viss mån olika inom olika sportgrenar. Stundom ligger det i sakens natur att ett visst mått av *upsåtlig misshandel*, ingår i verksamheten, t.ex. vid boxning och brottning. I andra fall, särskilt vid olika former av s.k. lagspel, såsom fotboll, ishockey och bandy, följer det av spelets natur att *kroppsskador oavsiktligt* tillfogas annan. Inom andra sportgrenar, t.ex. vid motortävlingar, är det ofrånkomligt att de tävlande utsätta sig själva och andra deltagare, liksom stundom även publiken, för större *risker* för liv och lem än som ligger inom toleransgränsen i det dagliga livet.

Otvivelaktigt står det i överensstämmelse med rådande rättsuppfattning att *gränserna* för samtyckets ansvarsbefriande verkan i allmänhet *äro vidare* på förevarande levnadsområde än enligt de förut utvecklade huvudreglerna för godtagande av integritetskränkningar och risk för skadefall vid culpöst handlande. Som nyss antydde ställer sig frågan emellertid olika i olika typsituationer.

Vad angår *lagspel* och därmed likställda sportgrenar, bör till en början observeras, att de mera liberala reglerna i princip äga sin fulla tillämpning allenast ifråga om tävlingssport och likartade former av *organiserad* idrottsutövning, medan risktagande och skador som inträffa vid tillfälliga kroppsövningar eller kraftmätningar få bedömas efter de allmänna samtyckesreglerna.⁷² Själva huvudfrågan, dvs. hur långt den

dor i samband med organiserad sport och hänvisar till gängse rättsuppfattning och sportverksamhetens legitimering genom olika åtgärder från samhällets sida.

⁷² Påståendet kan naturligtvis diskuteras. Improviserade lagspel där deltagarna i det hela följa samma regler som vid tävlingsspel kan möjligen lik-

liberalare bedömningen sträcker sig i avseende å de risker och skador, för vilka deltagare i organiserade tävlingar och lagspel kunna utsätta andra deltagare, är ytterst vanskligt att besvara i brist på vägledande judikatur. En viss ledning kan hämtas från de tävlings- eller *spelregler* för den ifrågavarande sportgrenen, vilka kunna vara uppställda av erkända idrottsorganisationer eller eljest vedertagna i praktiken. Även om dessa regler självfallet *ej äro bindande* för åtalsmyndigheter och domstol samt över huvud icke uppställts för att lösa juridiska problem,⁷³ skänker det en viss stadga även åt bedömandet av ansvarsfrågorna att bestämningen av risktagandets omfång, liksom väl även culpabedömningen, i de fall då en deltagare vållat en annan deltagare kroppsskada eller utsatt honom för en extraordinärt stor risk, anknyta till det sportliga regelsystemet. Det bör vidare framhållas att speldeltagarnas samtycke att underkasta sig de med spelet förbundna riskerna vanligen ej kommer till uttryck annat än *genom själva deltagandet i spelet*. Detta bör rimligtvis leda till ett antagande att spelarna, där ej annat framgår av omständigheterna, icke velat underkasta sig ett större mått av våld eller kroppsskada än som framstår såsom oundvikligen förbundet med ett korrekt spel enligt nämnda regler. Uppsätlig misshandel eller kroppsskador som på ett culpöst sätt orsakats genom klart regelvidriga åtgärder från annan speldeltagares sida äro att bedöma enligt de straffrättsliga huvudreglerna. Denna ståndpunkt synes också vara accepterad i litteraturen och i de fåtaliga rättsavgöranden som kunna påvisas.⁷⁴

ställas med de sistnämnda verksamhetsformerna; jfr härom BENGSSON a. a. s. 79 ff. Ur praxis må hänvisas till NJA 1950 s. 440; fallet avsåg brottning på lek, men det framstår som tvivelaktigt om ett frivilligt samtycke att inlåta sig på kampen förelåg från den skadades sida (jfr NJA 1933 s. 150).⁷³ Jfr BENGSSON a. a. s. 97 ff.

⁷⁴ Se rättsfallet NJA 1957 C 676 (ansvar för uppsätlig misshandel av motspelare vid ishockeymatch); jfr NJA 1908 s. 209 (ansvar för vållande av svår kroppsskada vid florettfäktning utan erforderliga skyddsanordningar) samt de hos BENGSSON a. a. s. 36 not 60 åberopade underrättsdomarna. I andra fall har deltagare i träningsspel ansetts böra taga de risker som normalt varit förenade med spelet även under särskilt ogynnsamma betingelser. Se sålunda NJA 1951 s. 79 (skadeståndsmål), kommenterat av BENGSSON a. a. s. 89 ff. och av AGELL a. a. s. 144 ff.

Vad beträffar culpösa handlingssätt, bör det därvid observeras att det endast sällan kan bli frågan om straff, då ju de tillämpliga lagrummen 3:8 och 3:9 redan i sig innebära en begränsning av det straffbara området till fall då den tillfogade skadan ej är allenast ringa, resp. den ådagalagda oaktsamheten är grov.

Den sålunda bestämda vidare verkningsskretsen för det underförstådda samtycket torde endast omfatta *de i spelet deltagande* personerna — lagmedlemmar och funktionärer — medan tillräcklig grund saknas för att antaga att tävlingens eller spelets *åskådare* skulle ha godtagit några speciella därmed förenade risker för dem själva.⁷⁵ En annan sak är att en olycka som inträffar, t.ex. genom att en boll eller annat spelobjekt träffar och skadar en åskådare som uppehåller sig på för honom avsett område, mera sällan kan läggas en viss spelare till last såsom oaktsamt handlande. Under vissa förhållanden kunna däremot tävlingsarrangörerna eller andra funktionärer ådraga sig dylikt ansvar genom bristfälliga skyddsanordningar, därest vederbörligt kausalsammanhang visas föreligga mellan denna bristfällighet och skadefallet.⁷⁶

De nu utvecklade synpunkterna ha främst avseende å frågan om deltagande i lagspel, vilka innebära ett frivilligt tagande av särskilda risker för kroppsskador av allvarligare natur än som eljest anses ligga inom området för samtyckets ansvarsbefriande verkan. Vid sådana sportgrenar som *boxning* och *brottning*, där verksamheten, åtminstone i viss utsträckning, innebär att parterna tilldelar eller söker tilldela varandra slag som i och för sig fylla rekvisiten för uppsåtlig misshandel enligt 3:5, får spørsmålet om samtyckets betydelse som straffrihetsgrund en annan innebörd. I det föregående har som allmän regel för samtyckets verkan som frigrund vid misshandelsbrott enligt BrB antagits, att gränsen mellan straffbart och straffritt får dragas i huvudsak på samma sätt som enligt rättspraxis vid tillämpningen av SL, trots att graderingen av misshandelsbrotten i den nya lagen genomförts

⁷⁵ Måhända kan rättsläget bli ett annat om åskådaren kommit till skada, därför att han olovligen beträtt banan under pågående spel.

⁷⁶ Jfr ur praxis NJA 1936 s. 357 samt NJA 1959 s. 280 och 1945 s. 473 (skadeståndsmål) samt BENGSSON a.a. s. 120 ff.

på annat sätt än tidigare. Enligt denna regel har samtycket ansvarsbefriande verkan, endast om misshandeln ej förorsakat svårare resultat än smärta eller kroppsskada eller sjukdom som kan betecknas som ringa. Frågan blir då den, om nu ifrågavarande sportutövning uppbäres av ett så pass nyttigt eller åtminstone godtagbart allmänt intresse, att ett frivilligt deltagande i en boxnings- eller brottningsmatch kan rättfärdiga jämväl tillfogande av svårare kroppsskada eller sjukdom än nu nämnts.

Det har för äldre rätts del gjorts gällande, att jämväl svårare integritetskränkningar än de nu angivna enligt gängse rättsuppfattning icke föranleda ansvar för misshandel, under förutsättning att den som orsakat kroppsskada därvid icke brutit mot de regler som gällde eller allmänt iakttagas inom ifrågavarande sportgren; uttalandet avsåg närmast tävlingsboxning.⁷⁷ Skälen för en så långtgående samtyckesregel äro icke övertygande. Om också boxnings- och brottnings sporterna tillåtas och t.o.m. i viss mån understödjas av samhället, är deras sociala nytta och värde knappast så påfallande, att de böra intaga en så exceptionellt gynnad särställning i straffrättsligt hänseende som sålunda gjorts gällande. Även om tillfogandet av kroppsskador som gå utöver vad som kan betecknas såsom ringa skada måste godtagas, i det att de normalt äro förbundna med ifrågavarande sportgrenar, jämväl då de uppställda reglerna korrekt iakttagas, måste det väcka allvarliga betänkligheter ur allmänna synpunkter att låta de kämpande parternas konkludenta samtycke legitimera jämväl sådana grova integritetskränkningar som lagen beskriver som »svår kroppsskada» eller »allvarlig sjukdom» (3:6). Så länge varken lagstiftaren⁷⁸ eller rättspraxis fattat någon entydig ståndpunkt till en så kraftig utvidgning av samtyckets normala verkningskrets, torde det vara riktigt att draga gränsen

⁷⁷ Jfr ett uttalande i visst åtalsärende av RÅ, återgivet hos BENGSSON a.a. s. 109.

⁷⁸ Lagstiftaren har lämnat frågan oreglerad, sedan det ovan i not 2 och not 20 omnämnda förslaget till 1:10 hos SRK III ej inflöt i BrB. Enligt ett uttalande av Departementschefen i KPr 1962:10 s. C 381 har någon ändring i gällande rätts ståndpunkt till frågan om samtyckets verkan vid brott mot den kroppsliga integriteten ej avsetts.

mellan *svår kroppsskada och allvarlig sjukdom*, å ena sidan, och övriga fall av »kroppsskada eller sjukdom som ej är ringa» (3:8), dvs. vad vi för enkelhetens skull kunna beteckna som *medelsvår kroppsskada*, å andra sidan.

Denna ändå tämligen liberala straffrihetsregel förutsätter för sin tillämpning givetvis att det skadebringande slaget eller greppet ej strider mot de för sportgrenen gällande reglerna. I motsatt fall inträder ansvar för den kroppsskada som åstadkommits enligt 3:5, 6 eller 8, allefter skadans art och gärningsmannens uppsåt resp. oaktsamhet.

Intager man den här förfäktade ståndpunkten, torde konsekvensen kräva, att jämväl *tagandet av risk* för allvarligare följder av en boxnings- eller brottningsmatch än ringa eller medelsvår kroppsskada i ovan angivna bemärkelse, faller utom området för deltagarnas fria dispositionsrätt.⁷⁹ Detta leder i sin tur till den betydelsefulla slutsatsen att rättsenligheten av ifrågavarande sportutövning kan starkt ifrågasättas, därest det skulle visa sig att en beaktansvärd risk för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom *normalt* skulle vara förbunden med dylik sport, även om densamma följer vedertagna spelregler. Huru härmed förhåller sig är väl ganska ovisst,⁸⁰ och ett bestämt svar på det sist uppkastade samtlyckesspörmålet synes f.n. ej möjligt att ge. Detta otillfredsställande förhållande synes kräva ett ingripande från lagstiftarens eller i allt fall ett ståndpunktstagande från domstolarnas sida; ur denna synpunkt är det att beklaga, att det ovan omnämnda åtalsärendet ej resulterade i ett principavgörande.

Avslutningsvis må ytterligare anföras följande rörande det praktiskt viktiga spörmålet om strafflagstiftningens förhållande speciellt till boxningssporten. Skulle den medicinska vetenskapen genom fortsatt forskning komma till det resultatet, att de skador som normalt tillfogas deltagare i en boxningsmatch ha mera djupgående lesionella verkningar än man tidigare föreställt sig, ha samhällsorganen att genom tjänliga prohibitiva åtgärder motverka mera avancerade former av

⁷⁹ Jfr framställningen ovan s. 398 ff.

⁸⁰ Här om se Boxningssportens skadeverkningar (SOU 1961: 46).

boxning eller medverka till en tjänlig skärpning av spelreglerna i syfte att minska de skilda skadeverkningarna av denna verksamhet.

Den nu avslutade diskussionen av spørsmålet om samtyckets verkningskrets vid brott mot enskild persons intressen har ingående sysslat med brott mot den kroppsliga integriteten. Det är ju på detta område som samtyckesproblemet gör sig särskilt märkbart i praktiken, beroende bl.a. därpå, att just här privata och samhällseliga hänsyn på ett invecklat sätt äro sammanflätade och delvis strida mot varandra. Vid *andra typer av brott mot enskild*, t.ex. brott mot annans frihet och frid eller ära, ge reglerna om samtycke såsom straffrihetsgrund sällan upphov till några egentliga tillämpningssvårigheter.⁸¹ Detsamma torde gälla sedlighetsbrotten.⁸²

Vad till sist angår brott mot enskild ekonomisk rätt, har redan inledningsvis påpekats att intressebäraren under vår rådande privaträttsordning har en vittgående dispositionsakt över sin egendom, även genom samtycke till intrång i hans intressen. De inskränkningar härutinnan, som blivit alltmer vanliga,⁸³ innebära ur straffrättslig synpunkt, att man har att beakta en rad inbördes olikartade allmänna intressen, över vilka den enskilda intressebäraren givetvis ej äger disponera i form av samtycke. De straffbud som undantagsvis kunna drabba den som begagnar sig av ett samtycke, vilket kränker det allmänna intresset, äro emellertid till övervägande delen ej att finna inom brottsbalkens regler om förmögenhetsbrotten utan på annat håll, särskilt inom speciallagstiftningen.

⁸¹ Vid en del brott enligt 4 kap. (tidigare SL 15 kap.) är det fullt tydligt att samtycket grundar ansvarsfrihet, i det att just frånvaron av medgivande från intressebäraren ingår som moment i gärningsbeskrivningen, något som f. ö. gäller även vissa förmögenhetsbrott samt vissa sedlighetsbrott, nämligen våldtäkt och vissa typer av frihetskränkande otukt; härom se ovan s. 375 ff.

⁸² I regel torde det stå klart att lagstiftaren i betraktande av kriminaliseringens syfte fränkänner offrets samtycke varje verkan som straffrihetsgrund, f. ex. vid otukt med barn och ungdom samt med avkomling och syskon ävensom koppleri och förförelse av ungdom.

⁸³ Jfr t. ex. NIAL, Från individualism till kollektivism, LJUNGMAN, Jordägan-derätt och planekonomi, samt HERLITZ III s. 194 ff.

C. Förutsättningarna för samtyckes giltighet.⁸⁴

I det föregående ha angivits vissa riktlinjer för besvarande av frågan huruvida samtycke över huvud kan åberopas som straffrihetsgrund vid de skilda brottsarterna. Härefter skall till behandling upptagas frågan vilka allmänna förutsättningar som måste uppställas, för att samtycket skall vara straffrättsligt giltigt inom det område där det över huvud äger relevans.

Samtycket måste vara lämnat av någon som äger *personlig kapacitet och tillräcklig behörighet* att själv företaga ifrågavarande straffrättsliga disposition. När dessa förutsättningar skola anses uppfyllda, kan ej besvaras generellt utan får bedömas efter en prövning av förhållandena i skilda typsituationer på olika brottsområden. Särskild hänsyn bör därvid tagas till det genom handlingen omedelbart angripna intressets art och vikt samt beskaffenheten av de omständigheter som kunna medverka till att den samtyckande personens kapacitet och behörighet framstå som tvivelaktiga.

Vad först angår intressets bärare *i egen person*, kan man enligt gängse uppfattning ej utan vidare falla tillbaka på civilrättsliga regler ens när det gäller ingrepp i *ekonomiska intressen*, då dessa regler fylla andra funktioner än de här aktuella och därför ej ge erforderlig vägledning för den straffrättsliga samtyckesfrågans besvarande. Ett par exempel få belysa detta förhållande. Äger intressebäraren vid tidpunkten för samtyckets lämnande full *civilrättslig dispositionsfrihet* över ifrågavarande del av sin förmögenhet, torde giltigheten av ett samtycke till intrång i motsvarande intressen nästan undantagslöst äga full straffrättslig verkan, där ej tillika andra personers eller allmänna intressen trädas för nära genom det tolererade handlingssättet. Detta påpekande kan få betydelse för egendom under makes förvaltningsbefogenhet

⁸⁴ Se härom särskilt THYRÉN II s. 113 ff. samt SLK s. 141 ff.; jfr ock HAGSTRÖMER I s. 111 f., ANDENÆS s. 176 f. och HURWITZ s. 306 f.

enligt GB 6:2 eller för egendom över vilken underårig själv äger råda enligt FB 9:3; de rättsmedel som stå andra maken resp. förmyndaren till buds för att begränsa eller hindra utövandet av nämnda dispositionsrätt påverka ej samtyckesfrågans bedömning, så länge rätten ifråga består.⁸⁵

Ett annat exempel på skilda lösningar av de civilrättsliga och straffrättsliga problemen hänför sig till *brister i den personliga kapaciteten*. Därför att en persons rättshandlingar helt eller i vissa hänseenden sakna rättslig verkan på grund av hans underårighet eller rubbade själsverksamhet, är därmed icke sagt att den som godtager hans samtycke till viss åtgärd med hans förmögenhetsobjekt har begått en handling som är lika samhällsskadlig och därför straffvärd, som om handlingen begåtts »olovligen». Detta blir att avgöra med hänsyn till omständigheterna i varje särskild situation, varvid det ytterst kommer an på en tämligen skönsmässig bedömning av vederbörandes förmåga att rätt uppfatta ingreppets rättsliga innebörd. Den bristande civilrättsliga handlingsförmågan utgör emellertid ofta ett indicium för att samtycket saknar verkan såsom straffrihetsgrund.

Vänder man sig från de ekonomiska intressekränkningarnas område och ägnar någon uppmärksamhet åt handlingar som innebära intrång i den inkapables *personliga integritet*, saknas i svensk lag i stort sett uttryckliga civilrättsliga regler som kunna tagas till utgångspunkt för den straffrättsliga bedömningen.⁸⁶ Situationen blir att bedöma med hänsyn till om handlingen och dess följder ligga inom ramen för det mera begränsade område, där den inkapable trots sina mentala brister vunnit en viss erfarenhet och faktiskt utövar en viss

⁸⁵ Ett speciellt problem förelåg i rättsfallet NJA 1944 s. 67, där det fastslogs att samtycke i fråga om tredje mans kvarstannande i en av äkta makar samfällt nyttjad lägenhet icke kunde givas med full rättsverkan av endera maken ensam, när den andre var närvarande och anmodade tredje mannen att avlägsna sig. Denne friades emellertid av andra skäl från ansvar för hemfridsbrott. Jfr SvJT 1931 rf. s. 31.

⁸⁶ Något bärande skäl för att draga en stel gräns med ledning av straffmyndighetsåldern — något som stundom sker i litteraturen — kan icke påvisas. Behovet av fixa regler är här mindre än när det gäller den civilrättsliga giltigheten av företagna rättshandlingar; hänsyn måste där tagas till motpartens och tredje mans intressen.

självbestämmningsrätt och efter vunnen upplysning kan tänkas uppfatta handlingens betydelse.⁸⁷ Att en underårig med för motparten befriande verkan kan underkasta sig den misshandel som normalt åtföljer en boxningsmatch eller att en person som lider av viss själslig abnormitet kan samtycka till ett läkaringrepp av lindrigare art — även om detta icke är tillräckligt motiverat enligt reglerna om nöd — lärer väl icke kunna sättas ifråga.⁸⁸

Slutligen bör observeras att ett samtycke av en civilrättsligt inkapabel person kan komma att få rättslig relevans *på annat sätt* än att gärningen blir tillåten och straffri. Detta är särskilt förhållandet då en brottsbeskrivning anger att gärningen skall hava begåtts mot den kränktes vilja eller medelst tvång; föreligger ett samtycke, låt vara av en inkapabel person, kan t.ex. icke gärna våldtäkt enligt 6:1 (motsvarar SL 15:12 och 13) anses föreligga, då ju ett nödvändigt rekvisit i brottets gärningsinnehåll brister. I stället får man tillgripa de lagrum som just taga sikte på att bestraffa ett utnyttjande av de brister som föreligga i den inkapabes omdöme och förmåga till självbestämmande, såsom frihetskränkande otukt eller otukt med barn och ungdom eller med person med rubbad själsverksamhet enligt 6:2—4 (motsvarar i stort sett äldre rätts brottstyper i SL 15:15 och 15:a samt 18:7—10 a). Anorlunda ställer sig däremot frågan vid sådana straffbud, där det väl hör till gärningsinnehållet att handlingen företagits »olovligen» och ett samtycke därför i princip utesluter lagstadgandets tillämplighet men det ej finnes något straffbud som kan träda i funktion för att skydda intresset, därest kränkningen möjliggjorts genom den kränktes otillräckliga

⁸⁷ Motsvarande bedömningsfrågor uppkomma vid tillämpningen av de nedan i § 20 behandlade lagar som principiellt kräva samtycke av därtill kapabla personer till vissa allvarigare ingrepp som beslutas av myndighet, nämligen 1938 års lag om avbrytande av havandeskap, 1941 års lag om sterilisering samt 1944 års lag om kastrering; se härom närmare RYLANDER-BENDZ, Rättspsykiatri, s. 182 f., 225 samt 231 f.

⁸⁸ Det i texten utvecklade gäller även dem som på grund av sin abnorma sinnesbeskaffenhet omhändertagits för vård enligt sinnessjuklagen (ev. andra vårdlagar). En ytterst ömtålig fråga utgör problemet om läkaringrepp å personer, vilkas inkapacitet är så påtaglig att deras samtycke saknar betydelse i sammanhanget. Till dessa frågor återkomma vi i § 20.

bedömningsförmåga, t.ex. vid hemfridsbrott enligt 4:6 st. 1 (för äldre rätts del SL 15:26) eller brytande av post- eller telehemlighet och annat intrång i förvar enligt 4:8 och 9 (mot-svarande SL 15:30). I dylika fall leder ett samtycke från in-tressebärandes sida till straffrihet, såframt hans omognad eller mentala brister ej äro mera framträdande än att han kan förstå innebörden och konsekvenserna av sitt medgivande.

Vad angår förmögenhetsbrotten, kan ett samtycke, som enligt det ovan sagda saknar civilrättslig verkan, få straff-rättslig betydelse genom att *gärningsinnehållet blir ett annat* och gärningen faller under ett annat lagrum. Ett samtycke till en av den brottslige företagen åtgärd, som innebär överflyt-tande av besittningen av lös sak från den inkapable, utesluter sålunda i regel ansvar för stöld eller egenmäktigt förfarande enligt 8:1 resp. 8:8 (i äldre rätt SL 20:1 och 6) men föränd-rar brottets gärningsinnehåll så, att detta, allt efter omstän-digheterna, blir att rubricera såsom bedrägeri eller ocker jäm-likt 9:1 resp. 9:5 (tidigare SL 21:1 och 5).⁸⁹ Äro dessa brotts rekvisit på någon punkt ej uppfyllda, torde ansvar för senare åtgärder med egendomen ofta falla under straffbudet för olov-ligt förfogande i 10:4 (SL 22:4).

Spörsmålet om behörigheten för *ställföreträdare* att avgiva ett straffrättsligt relevant samtycke tarvar någon uppmärk-samhet. Självklart torde till en början vara att samtycke till intrång i huvudmannens ekonomiska intressen med laga

⁸⁹ Är samtycket lämnat av ett helt litet barn, som saknar förmåga att bedö-ma vad avhändelsen av brottsobjektet innebär, torde det vara naturligt att bedöma mottagandet eller tagandet av saken med barnets samtycke så-som tjuvnad. Med hänsyn till innehållet i SL 20: 3 p. 5 i dess lydelse av år 1890 (20: 5 sista p. i lagens ursprungliga lydelse), dvs. före 1942 års reform, torde äldre rätt sannolikt hava uppfattat saken så, att samtycket saknade varje verkan om det lämnades av avvita person eller barn under tolv år, medan det i övrigt ansågs utesluta tjuvnadsansvar; jfr THYRÉN, Kommen-tar till kap. 20 s. 51 och 89. Annan mening företrädes av HAGSTRÖMER, Ef-terlämnade föreläsningssanteckningar, s. 90 f., där det antages att sam-tycket, om än lämnat av en klart inkapabel person, städse utesluter ett "olovligt" besittningstagande. Däremot betonar förf. (a.a. s. 78), att sam-tycket i dessa fall saknar förmåga att göra själva tillägnelsen rättsenlig, något som tydligtvis sammanhänger med att detta moment i händelseför-loppet har avseende på ett verkligt civilrättsligt förfogande över ägande-rätten till föremålet, därvid givetvis endast samtycke av en person med vederbörlig dispositionsrätt kan göra åtgärden rättsenlig.

verkan kan givas inom området för ställföreträdarens civilrättsliga dispositionsmakt. Men man torde på det straffrättsliga området icke alltför hårt binda samtyckets verkan vid förefintligheten av en civilrättslig befogenhet eller behörighet. Det är tillräckligt att ställföreträdarens medgivande till viss åtgärd objektivt sett framstår såsom förenlig med hans faktiska rådighet över det ifrågasatt intresset.⁹⁰

Gäller det därefter samtycke från en ställföreträdarens sida till åtgärder, som innefatta intrång i den företräddes kroppsliga integritet eller frihet, ställer sig saken mera svårbedömd. Problemet får framför allt praktisk betydelse vid samtycke, avgivet av någon som innehar vårdnaden om eller förmynderskapet för underårig person eller den som är inkapabel på grund av abnorm sinnesbeskaffenhet. I vissa praktiskt viktiga fall lämnas svar genom uttryckliga lagbestämmelser, vilka utsluta en verklig dispositionsrätt från vårdnadshavarens eller förmyndarens sida.⁹¹ I dessa fall ankommer det på viss myndighet att besluta om ingreppet, medan den legale ställföreträdarens befogenheter inskränkas till rätten att göra framställning om åtgärdens vidtagande eller till att höras i ärendet. I andra fall får man söka bedöma situationen under hänsynstagande till det positiva intresse som kan motivera åtgärden, dennas mer eller mindre ingripande natur samt graden av förståndsutveckling hos den underårige eller eljest inkapable. Sålunda är det tydligt, att om intressets bärare är underårig men kommit till en viss ålder ett ingrepp i strid mot hans önskan icke bör betraktas såsom rättsenligt blott på grund av vårdnadshavarens samtycke utan endast om ett positivt intresse motiverar åtgärden med så avsevärd styrka, att situationen närmar sig det typiska nödfallet. Gäller det åter helt små barn, torde vårdnadshavarens bestämmanderätt vara avsevärt större; självfallet måste emellertid den ifrågasatta åtgärden

⁹⁰ Jfr ur praxis NJA 1880 s. 413 och 1884 s. 423. Det synes osäkert om man av domsmotiveringen i NJA 1909 s. 102 vågar draga den slutsatsen, att ett samtycke av den tjänare som i det föreliggande fallet protesterade mot en olaga husrannsakan skulle ha gjort densamma rättsenlig såsom hemfridsbrott betraktad.

⁹¹ Se sålunda de ovan i not 4 anmärkta lagarna.

även här bäras upp av ett förnuftigt syfte, t.ex. omsorgen om barnets hälsa eller dess uppfostran med lämpliga medel.⁹²

Utöver de nu behandlade förutsättningarna, som hänföra sig till den samtyckandes kapacitet eller behörighet att lämna ett giltigt samtycke, kräves också att samtycket i det särskilda fallet skall uppfylla vissa villkor: det skall vara *frivilligt* och tillkommet under full insikt om de föreliggande förhållandena och ej under intryck av en *villfarelse*.

Vad det förstnämnda villkoret angår, är det tämligen självklart att ett samtycke som lämnats under inflytande av ett starkare eller svagare, psykiskt eller fysiskt tvång, utövat av motparten eller av tredje man, saknar förmågan att utesluta gärningens straffbarhet.⁹³ Den tvungnes intresse är i regel minst lika kraftigt lederat, som om samtycket aldrig lämnats. Tvångets förekomst har tvärtom i många fall den straffrättsliga betydelsen, att brottet blir av kvalificerad natur eller att en eljest tillåten handling just därigenom erhåller karaktären av brott. Sålunda förvandlas tjuvnadsbrottet till rån enligt 8:5 eller grov stöld enligt 8:4 (motsvarande SL 20:5 och 4), när tillgreppet möjliggöres genom ett samtycke, utverkat medelst tvång; samma medel konstituerar över huvud sådana brott som våldtäkt enligt 6:1 (SL 15:12), olaga tvång enligt 4:4 (i huvudsak motsvarande rättsstridigt tvång enligt SL 15:22) samt utpressning enligt 9:4 och ocker enligt 9:5 (i äldre rätt SL 21:4 och 5).

Kravet på full insikt om förhållandena innebär med en annan formulering att samtycket i princip är utan verkan som objektiv straffrihetsgrund, om det tillkommit under inflytande

⁹² Säkerligen torde den i lag eller författning medgivna befogenheten att använda tjänliga uppfostringsmedel mot barn kunna överflyttas på tillfällig vårdnadshavare, till följd varav måttlig kroppsaga utövad av denne i uppfostringssyfte får anses tillåten; jfr NJA 1922 s. 271 och SvJT 1933 rf. s. 18 samt THYRÉN, Kommentarer till kap. 14, s. 65.

⁹³ Bevisningen om tvångets inflytande på intressebärarens viljebestämning bereder naturligen ofta svårigheter. Man torde nog kunna uppställa en hjälpregel, att ju starkare våld, hot eller andra tvångsmedel som använts, desto mer berättigat är det att antaga, att samtycket som lämnats ej är frivilligt; se t. ex. NJA 1927 s. 207 och 1942 s. 3 (våldtäkt) samt 1899 s. 106 (officer dömdes för misshandel enligt SL 14:13, då han förmått underordnad att lämna sitt medgivande till att undergå prygel för viss förseelse i stället för att bli anmäld för gärningen).

av villfarelse hos den samtyckande rörande något relevant faktum. Det saknar i detta sammanhang betydelse, huruvida villfarelsen uppstått eller vidmakthållits genom den brottsliga åtgöranden eller av annan orsak. Villfarelsen kan avse ett faktum som utgör ett moment antingen i det objektiva gärningsinnehållet eller i den handlandes subjektiva inställning till gärningen.

Emellertid tarvar denna tes viss modifikation och komplettering för att en riktig bild av villfarelsens betydelse för samtycket skall erhållas. Gäller det vissa brottsarter, som förutsetta ett med fysiska maktmedel förövat olovligt intrång i annans omedelbara rådighet över sin person eller egendom, kan icke resp. brottstypers gärningsinnehåll anses förverkligat, om intressets bärare lämnat sitt samtycke, även om detta är grundat på ett missförstånd hos den sistnämnde. Olovligt tillgrepp enligt 8:1 (i äldre rätt SL 20:1) eller hemfridsbrott genom inträngande i annans hemvist enligt 4:6 st. 1 (tidigare SL 15:26) kan sålunda icke anses föreligga, om intressets bärare lämnat sitt tillstånd på grund av okunnighet exempelvis om den andres tillägnelseuppsåt eller syfte att kvarstanna i lokalen. Därmed är icke sagt att gärningen blir straffri; åtskilliga lagbud taga just sikte på att ett lagstridigt resultat uppnåtts genom vilseledande.⁶⁴

Vidare bör observeras, att samtycket stundom kan synas täcka handlingen i hela dess vidd och med alla dess konsekvenser, medan det vid en närmare analys av situationen visar sig att intressets bärare svävat i okunnighet om den fara som handlingen innebar för en viss, sedermera förverkligad skadlig effekt av densamma. Åstadkommandet av denna effekt kan på grund av nämnda villfarelse ej anses rättsenligt, utan gärningsmannen bör fällas till ansvar härför, därest erforderligt subjektivt rekvisit, vanligen culpa, förelegat och tillämpligt lagrum finnes, t.ex. 3:7 eller 8 (för äldre rätts del SL 14:9 eller 17). Det gäller alltså att vid bedömande av ett samtyckes verkan som straffrihetsgrund ge noga akt på föremålet för och innehållet i samtycket. Endast om full kongruens

⁶⁴ T. ex. 9: 1 och 11 m. fl. lagrum i samma kap., 17: 14 och 15 samt 7: 2 och 3.

föreligger mellan detta innehåll och den ifrågasatta brotts-
typens gärningsinnehåll, utövar samtycket sin fulla verkan
som objektiv straffrihetsgrund.⁹⁵

Som en sista förutsättning för ett samtyckes straffrättsliga
giltighet bör upptagas det tämligen självklara kravet att sam-
tycket icke har karaktären av någon sorts »skenrättshand-
ling», utan utgör ett uttryck för intressebärandens verkliga
vilja. Sålunda innebär en provokation till brott genom ett
skenbart samtycke till ett intrång i ett rättsligt skyddat in-
tresse för att gärningsmannen, som kanske är misstänkt för
brottslig verksamhet, skall kompromettera sig ej i princip
någon objektiv straffrihetsgrund;⁹⁶ däremot kunna omstän-
digheterna vara sådana att han kan anses hava handlat under
intrycket av en faktisk villfarelse angående samtycket.

D. Formerna för samtyckes meddelande.

En av de mera omstridda frågorna inom läran om samtycke
såsom straffrihetsgrund gäller huruvida och på vilket sätt
samtycket skall hava kommit till uttryck för att äga rättslig
relevans. I doktrinen har stundom krävts att samtycket före
handlingens företagande meddelats den handlande eller åt-
minstone kommit till yttre uttryck genom en viljeförklaring
eller därmed likvärdigt konkludent handlande (*viljeuttrycks-
teorien*). Enligt en annan mening räcker det att samtycke
till intresseintränet faktiskt förelegat i betydelsen av en vil-

⁹⁵ Kongruensen kan vara ofullständig, men samtycket kan då verka partiellt
straffbefriande; jfr NJA 1932 s. 423 (samtycke till företagande av husrann-
sakan, företagen av polisfunktionär, betager väl gärningen dess karaktär
av hemfridsbrott, men straff för tjänstefel kan ådömas om de lagliga förut-
sättningarna för användning av detta tvångsmedel saknats) samt SvJT
1946 rf. s. 81 (samtycke till att en person erhåller äganderätten till ett fö-
remål behöver ej innefatta samtycke till att han själv sätter sig i besitt-
ning av detsamma).

⁹⁶ Jfr NJA 1951 s. 111 (militär befattningshavare, som medverkat till en
provokation till tillgrepp ur kronans förråd i syfte att skaffa full bevisning
mot en misstänkt person, dömdes för tjänstefel och den provocerade för
snatteri).

jeriktning hos intressets bärare (*viljeriktningsteorien*).⁹⁷ Det är tydligt att resultaten i de konkreta fallen kunna bli olika, allteftersom man ansluter sig till den ena eller den andra uppfattningen.

Den förra åsikten, som alltså fordrar att samtycket klart manifesterats eller — med en ännu strängare variant — direkt meddelats den handlande, synes bygga på en analogi från den civilrättsliga rättshandlingsläran, vilken analogi ingalunda är tillräckligt motiverad. Den synes även i övrigt ej väl förenlig med den allmänna uppfattning om straffrihetsgrundernas objektiva natur som är förhärskande, åtminstone i svensk straffrättsdoktrin. Det väsentliga för bedömningen av gärningen objektivt sett är ju dess egenskap att icke kränka det konkreta intresse som eljest skall skyddas genom straffbudet. En sådan kränkning föreligger ej om intressets bärare för sin del godtager handlingssättet genom en medveten viljeakt. Viljeriktningsteorien synes närmast motsvara den gällande svenska rättens ståndpunkt sådan denna kommit till uttryck i doktrinen och en, låt vara knapphändig, judikatur.⁹⁸

Enligt den sist berörda, här accepterade uppfattningen, kan den erforderliga viljeriktningen ha tagit sig uttryck antingen i en *yttre manifestation* eller i ett s.k. *inre samtycke*. Utåt framträder ett sådant faktum vanligen på det sättet att intrånget i den samtyckande intressebärandes rättssfär över huvud icke kommer till rättslig prövning av åtalsmyndighet och domstol. Skulle däremot samtyckets existens vara tvivelaktig och gärningen komma till rättslig bedömning, är det givet att de yttre manifestationerna av intressebärandes vilje-

⁹⁷ Jfr HURWITZ s. 296 f., ANDENÆS s. 179 samt MEZGER s. 209 f. SLK, som i 1923 års förslag 4:1 fattat klar ståndpunkt de lege ferenda för viljeriktningsteorien, diskuterar problemet tämligen ingående i motiven s. 148 ff. De båda förstnämnda förf. synas på det hela ställa sig avvisande till sistnämnda teori och min tidigare framställning i ämnet; jfr AGGE, Huvuddrag, s. 211 ff.

⁹⁸ Se utöver de i not 97 a. st. THYRÉN II s. 116 f. och Kommentar till kap. 20, s. 51 f. samt STRAHL, Kompendium, s. 43. Ur rättspraxis, se bl. a. NJA 1895 s. 559, 1910 s. 68, 1925 s. 348, 1928 s. 471, 1950 s. 440, 1924 not B 117 och SvJT 1963 rf. s. 61 (fall II). Frågan om intressebäranden kan anses ha godtagit intrånget bedömes med hänsyn till den föreliggande yttre situationen samt intressebärandes motivläge och attityd vid den relevanta tidpunkten.

riktning får betydelse *ur bevissynpunkt*. Det gäller då att konstatera, huruvida intressets bärare genom något yttrande eller genom konkludent handlande, t.ex. tidigare medgivande av liknande art, ådagalagt att intrånget av honom ej uppfattats som en intressekränkning, subjektivt sett. Klart är emellertid att en nu eller tidigare visad passivitet från intressebärandes sida ingalunda alltid kan uppfattas som ett medgivande, om detta ej stöddes av andra indicier. Även situationen i allmänhet vid den påstått brottsliga handlingens företagande kan understundom indicera intressebärandes viljeriktning åt ena eller andra hållet. Några mera generella regler för den prövning av intressebärandes vilja, som sålunda i tveksamma fall måste ske, kunna icke uppställas.⁹⁹ Ehuru det väsentliga sålunda är att samtycke faktiskt föreligger och ej att det kommit till uttryck på ett för den handlande uppfattbart sätt, är det emellertid ej alltid utan betydelse, vilken föreställning den handlande, subjektivt sett, gjort sig rörande samtycket. Ett antagande, låt vara oursäktligt, att det angripna intressets bärare godtagit ett intrång i detsamma genom den ifrågavarande handlingen måste enligt vedertagna straffrättsliga principer anses utesluta uppsåt hos gärningsmannen.¹⁰⁰

Även om nu viljeriktningsteorien synes teoretiskt oangriplig och möjliggör en mera rättvisande bedömning av det verkliga intresseläget än viljeförklaringsteorien, kan det dock ej förnekas att den är behäftad med praktiska svårigheter i tillämpningen och väcker vissa betänkligheter ur rättspolitisk synpunkt.

En av de praktiska olägenheterna hänför sig till precisering av *samtyckets föremål och omfattning*. Givetvis är det av

⁹⁹ I sista hand får man återfalla på gängse bevisbörderegler i straffprocessen, vilka bl. a. torde innebära att den tilltalades invändning om att viss strafffrihetsgrund förelegat toges för god, om den vinner stöd av omständigheterna i målet och åklagaren ej kan styrka att invändningen är ogrundad. Jfr EKELÖF, Rättegång. H. 4, s. 116 f. ävensom de ovan i not 98 anmärkta rättsfallen.

¹⁰⁰ Jfr SvJT 1963 rf. s. 61 (fall I). I dylika fall rör det sig om en klart faktisk villfarelse. Ang. samtyckesfall som ligga på gränsen till rättsvillfarelse, t. ex. när villfarelsen avser samtyckesgivarens behörighet att föfoga över det kränkta intresset, se THORNSTEDT, Rättsvillfarelse, s. 279, 284 ff.

största praktiska betydelse att i förekommande fall kunna fastslå vilken eller vilka de eljest straffbara handlingarna äro, till vilka intressets bärare givit sitt samtycke. Fäster man såsom här gjorts avgörande vikt vid viljeinställningen och ej vid någon formell viljeförklaring, torde det många gånger visa sig, att samtycket omfattar, icke så mycket ett visst konkret och aktuellt intrång i intresset, utan snarare intrång av en viss art eller typ in abstracto. Då man emellertid i rättssäkerhetens intresse bör iakttaga en viss försiktighet vid bedömningen av samtyckets räckvidd, måste, ju mera generellt det samma är till sitt innehåll, desto större betydelse tillmätas tydligheten i den viljeyttring, varpå antagandet av intressebärandens samtycke grundas vid en objektiv bedömning. Det visar sig sålunda att man ifråga om samtyckets omfång, liksom när det ovan talades om dess förhandenvaro över huvud taget, måste taga större hänsyn till viljeuttrycket än den teoretiska utgångspunkten synes motivera.

Vad slutligen angår de rättspolitiska synpunkterna på valet mellan de båda grundläggande betraktelsesätten, kan man med skäl rikta den anmärkningen att viljeriktningssprincipen ej låter sig väl förena med strävandena att så utforma straffrättens regler om gränsen mellan tillåtna och förbjudna handlingar, att den aktsamme medborgaren i *gärningsögonblicket* kan bedöma de rättsliga följderna av sitt handlingsätt. Handlingens kvalitet göres i viss mån till föremål för en bedömning i efterhand: gärningsmannens omdöme ersättes med domarens eller åklagarmyndighetens, på allsidigare faktisk kunskap baserade prövning post hoc. Att denna tendens ej är utan sina vådor ur generalpreventiv synpunkt är tydligt. Men icke heller specialpreventivt sett är viljeriktningsteorien i samtyckesläran helt tillfredsställande. I avsaknad av tydliga, före handlingen givna manifestationer av intressebärandens vilja, kan gärningsmannens handlande väl vara uttryck för en samhällsskadlig vilja, ehuru handlingen efteråt befinnes rättsenlig. Denna betänklighet är ju emellertid ej säregen för den här behandlade situationen utan möter över huvud inom läran om de objektiva straffrihetsgrunderna liksom överallt där man avbjer

bestraffning av subjektiva överskott t.ex. vid otjänliga försök och liknande brister i brottets objektiva gärningsinnehåll.¹⁰¹

Vad angår den *tidpunkt*, vid vilken ett samtycke skall föreligga för att äga verkan som straffrihetsgrund, råder ingen meningsskiljaktighet därom, att samtycket skall föreligga då den eljest straffbara handlingen företages. Gäller det en gärningstyp, som förutsätter att den brottsliga verksamheten företages i flera etapper eller eljest är utsträckt i tiden, resp. resulterar i en effekt som inträffar sedan själva handlandet avslutats, torde det i regel leda till rimliga resultat att fästa avgörande vikt vid den tidpunkt då gärningsmannen företog *den sista verksamhetsakten*, dvs. slutförde sitt handlande. Härvid bör emellertid observeras att samtycket icke kan utöva sin befriande verkan med avseende å den del av handlandet som ligger i tiden före detsamma, såframt gärningsmannen därigenom gjort sig skyldig till något som i och för sig fyller rekvisiten för en straffbar förberedelse- eller försökshandling.

Lämnas samtycket *efter* den sista relevanta tidpunkt som nu angivits, äger detsamma givetvis icke verkan som straffrihetsgrund. En annan sak är att en dylik ratihabering från den lederade personens sida av den i sig straffbara åtgärden ofta föranleder att åtal för brottet faktiskt ej kommer till stånd. Särskilt är detta fallet vid s.k. angivelsebrott, t.ex. misshandel enligt 3:11 st. 2, eller om en formlig förlikning ingås, genom vilken målsäganden med bindande verkan avstår från sin åtalsrätt.¹⁰²

Då man sålunda fastslår såsom huvudregel att samtycket skall föreligga, när den eljest brottsliga handlingen företages, betyder detta enligt den i svensk praxis tillämpade viljeriktningens principen ej mera än att den avsedda viljeriktningen hos intressets bärare skall vara tillfinnandes vid nämnda tidpunkt, medan däremot själva manifestationen av samtycket kan ha skett först senare. I sådant fall kan det emellertid bli en kinkig bevisfråga huruvida ett samtycke verkligen förelegat

¹⁰¹ Jfr ovan s. 247 samt s. 354 ff.

¹⁰² Jfr RB 20: 12 samt DILLÉN, Föreläsningar i straffprocessrätt, s. 28 f., 109 f., och OLIVECRONA, Rättegången i brottmål (1961), s. 80 ff.

då handlingen företogs eller om blott en ratihabition ägt rum.

Går man till den motsatta situationen, dvs. det fall att samtycket kommit till uttryck längre eller kortare tid före handlingen, måste man naturligtvis noga tillse att viljan till samtycke *alltjämt föreligger*. En uttrycklig återkallelse eller melankommande konkludenta omständigheter kunna verka därhän, att samtycket ej längre kan åberopas såsom straffrihetsgrund av den handlande.¹⁰³ En viss varsamhet torde därför böra iakttagas, om det gäller att bygga på ett sådant medgivande eller konkludent handlande från intressebärens sida som ligger i någon avsevärd mån tillbaka i tiden. Vad' särskilt beträffar återkallelse, torde det väl i regel stå intressebärens fritt att ensidigt annullera sitt samtycke. Dock bör observeras att samtycket kan ligga inneslutet i en verklig disposition av materiell rätt. Vanligen rör det sig då om en avhändelse av en förmögenhetsrätt. Är detta händelsen, torde civilrättsliga regler om avtals bindande verkan resp. hävande gripa in i intressebärens dispositionsrätt.¹⁰⁴

E. Om s. k. hypotetiskt samtycke.¹⁰⁵

I sammanhang med samtyckesläran behandlar doktrinen vanligen den till förutsättningar och innebörd ganska diskutabla straffrihetsgrund som i nordisk litteratur går under den måhända icke helt adekvata beteckningen hypotetiskt samtycke. Härmed skulle avses den situation som föreligger, då omständigheterna äro sådana, att man *objektivt sett kan antaga* att intressebärens ej skulle ha haft något att invända mot intrånget, därest han med full insikt om de relevanta förhållandena varit i tillfälle att i förväg fatta ståndpunkt till

¹⁰³ Man torde böra uppställa vissa krav på att återkallelsen skett på sådant sätt att den verkligen kunnat komma till berörda personers kännedom; i annat fall lär väl straffrihet kunna inträda på subjektiva grunder; jfr NJA 1925 s. 348.

¹⁰⁴ Så ock SLK s. 150 f. samt THYRÉN II s. 118 f.

¹⁰⁵ Se härom särskilt THYRÉN II s. 117 f., STJERNBERG, Föreläsningar, s. 88, STRAHL, Kompendium s. 43 f., ANDENÆS s. 178 f., HURWITZ s. 308 f., MEZGER § 29 samt NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 135 ff.

det skedda intrånget i hans straffrättsligt skyddade intressen.¹⁰⁶

Läran om det hypotetiska samtycket tillhör straffrättens mera kontroversiella ämnen och har rönt en skiftande behandling i olika länders praxis och doktrin.¹⁰⁷ För att man skall nå en mera bestämd uppfattning i hithörande frågor synes det vara erforderligt att något närmare dröja vid de rättspolitiska aspekterna på frågan och vid den ifrågavarande straffrihetsgrundens konstruktion. Till stöd för att erkänna det hypotetiska samtyckets förmåga att göra en eljest brottslig gärning tillåten har man ofta anfört *det praktiska livets behov*. Det kan ofta framstå som nödvändigt eller åtminstone försvarligt att företaga mindre intrång i annans intressesfär, utan att först underrätta denne eller att avvakta att han fattar ståndpunkt till åtgärden, uttryckligen eller genom medveten passivitet. Som klassiska exempel brukar i litteraturen anföras att en behjärtad person bryter sig in i grannens hus under dennes bortovaro för att avstänga huvudkranen till ett sprunget vattenledningsrör eller dödar hans hund, som påträffats svårt skadad efter en trafikolycka. I dessa fall handlar man ju i själva verket i den andres välförstådda intresse. Men även intrång av en annan typ brukar anföras som exempel på handlingar som skulle vara godtagbara på grund av hypotetisk samtycke, nämligen smärre kränkningar av annans egendomsrätt, såsom bagatellartade fall av tillgreppsbrott, olovligt brukande e.d. I båda fall förutsättes att tillräckligt stöd finnes för antagandet att ägarens samtycke skulle ha erhållits, om

¹⁰⁶ Av den i texten gjorda begreppsbestämningen torde framgå, att termen hypotetiskt samtycke ej är helt lyckad; riktigare vore uttrycket *hypotes om samtycke*. I varje fall är det att föredraga framför uttrycket presumerat samtycke, som ofta användes som synonym. Denna formulering för på ett felaktigt sätt tanken antingen på den handlandes subjektiva tro om att samtycke föreligger eller på frågan om tillräckligt bevis för detta faktum.

¹⁰⁷ I tysk rätt synes straffrihetsgrunden "mutmassliche Einwilligung" eller "vermutete Einwilligung" ha accepterats i praxis, sedan begreppet utbildats i doktrinen; se MEZGER a. st. samt MAURACH s. 301 ff. Dansk och norsk rätt ställa sig tämligen avvisande till konstruktionen hypotetiskt samtycke; se HURWITZ och ANDENÆS a. st. I fransk litteratur synes hela begreppet okänt.

han haft tillfälle att fatta ståndpunkt till den handlandes önskemål.

Theoretiskt sett kan man med visst fog göra gällande att ett godkännande av det hypotetiska samtycket som straffrihetsgrund ligger i den ovan accepterade viljeriktningsteoriens förlängningslinje, medan den är svårare att förena med viljeuttrycksteorien. Något tvingande rättslogiskt skäl föreligger emellertid ej att erkänna det hypotetiska samtycket som straffrihetsgrund, därför att man hyllar viljeriktningsteoriens uppfattning av det verkliga samtyckets innebörd och uttrycksformer.¹⁰⁸ Det består nämligen en grundläggande olikhet mellan de båda samtykestyperna: medan det rättsfaktum som utesluter gärningens brottslighet vid det verkliga samtycket utgöres av intressebärarens *faktiska godtagande* av intrånget senast vid den tidpunkt då detta äger rum, baseras det hypotetiska samtycket icke på något verkligt ståndpunktstagande från intressebärarens sida utan — såsom termen också anger — på en ren *hypotes* om ett sådant ståndpunktstagande under vissa förutsättningar.

Insikten om denna betydelsefulla skillnad måste leda till ett avvisande av föreställningen om det hypotetiska samtycket såsom en med det verkliga samtycket jämförd straffrihetsgrund. Det väcker också allvarliga betänkligheter att grunda straffriheten för en eljest brottslig gärning på ett blott antagande rörande intressebärarens viljeriktning i det berörda avseendet, vid en tidpunkt då hela frågan ej varit aktuell i hans medvetande. Visserligen tänkes detta antagande ej baserat på den handlandes subjektiva uppfattning utan på ett objektivt motiverat omdöme från en opartisk iakttagares — i sista hand domarens — sida. Att fälla ett dylikt omdöme är emellertid ytterst vanskligt, då det ju icke gäller att fastställa hur *en förnuftig genomsnittsmedborgare* skulle ställa sig till intrånget utan hur *just denne intressebärare* med hans per-

¹⁰⁸ Det vill synas som om ANDENÆS a. st. gjort det hypotetiska samtyckets erkännande till en nödvändig konsekvens av viljeriktningsteoriens acceptering. Detta sammanhang torde ej vara nödvändigt, även om det måste medges att det ställer sig svårare att avvisa det hypotetiska samtycket, om man utgår från denna teori än om man bygger på viljeförklaringssteorien.

sonliga karaktärsdrag och i hans specifika situation skulle ha reagerat. Härtill kommer den svårigheten att en, om än orsaklig, felbedömning från den handlandes sida beträffande intressebärandens hypotetiska inställning till intrånget leder till straffrihet av subjektiva skäl jämlikt de allmänna reglerna om verkan av en faktisk villfarelse.¹⁰⁹ Resultatet blir, såsom framhållits i doktrinen,¹¹⁰ att intressebäranden lämnas utan rättsskydd mot en annan persons kanske helt ogrundade eller åtminstone förhastade antaganden om hans viljeriktning och önskningsar. Den eftersträfvade objektiva bedömningen av den hypotetiska viljan framstår praktiskt sett som en illusion och grundas i alla händelser på en värdering i efterhand. Gränsen mellan straffbart och straffritt kan icke bestämmas vid handlingstillfället, något som alltid utgör en allvarlig olägenhet ur legalitetssynpunkt.¹¹¹

Mot denna argumentering kan man möjligen invända att samma vaghet i konstruktionen framträder även vid ett verkligt, ehuru blott s.k. inre samtycke enligt den i svensk rätt förhärskande viljeriktningssprincipen, som trots detta, ehuru med stor tvekan, accepterats i den föregående framställningen.¹¹² Emellertid råder ju, såsom redan betonats, den betydelsefulla skillnaden mellan det verkliga och det hypotetiska samtycket, att intressebärandens faktiskt existerande viljeinriktning i det förra fallet utgör det relevanta rättsfaktum, som måste kunna bevisas ha förelegat redan då handlingen företogs, medan motsvarande rättsfaktum i det senare fallet består i en värdering, ett antagande om intressebärandens viljeberedskap vid nämnda tidpunkt. Enligt min mening utgör detta förhållande, trots alla likheter i övrigt mellan de båda samtyckesformerna, tillräcklig anledning att behandla dem på olika sätt såsom ifrågasatta straffrihetsgrunder.

Om man sålunda *avisar konstruktionen hypotetiskt samtycke* som en med verkligt samtycke i princip jämställd straffrihetsgrund, återstår emellertid att besvara frågan på

¹⁰⁹ Jfr THORNSTEDT, Rättsvillfarelse, s. 284 ff.

¹¹⁰ Se NOLL, Rechtfertigungsgründe, s. 138 f.

¹¹¹ Jfr ovan s. 342 ff.

¹¹² Här om ovan under D.

vilket sätt man kan uppnå en tillfredsställande lösning av de fall, i vilka den allmänna rättsuppfattningen ej kan känna sig tillfreds med att straffansvar inträder, när den handlande med visst fog utgått från att intrånget i den andres rättssfär icke rimligtvis kan anses strida mot hans verkliga intressen, ehuru tillfälle saknats till ett verkligt ståndpunktstagande från hans sida, innan intrånget ägde rum.

Vid närmare påseende har doktrinen i förevarande sammanhang sammanfört *två skilda grupper* av atypiska situationer till gemensam lösning med hjälp av en regel om strafffrihet på grund av hypotetiskt samtycke. I själva verket ha dessa båda grupper endast vissa beröringspunkter med varandra, medan själva den rättspolitiska grunden för den antagna straffriheten ej är densamma i det ena och det andra fallet.¹¹³

Vissa av de berörda typfallen kunna sägas likna de egentliga samtyckessituationer därutinnan att gärningen anses icke träda intressebärarens rätt för nära, enär han förmodas acceptera intrånget eller åtminstone ställer sig neutral till detsamma. Gärningen framstår då ej såsom ett *angrepp på intresse*, så som man plägar uttrycka saken. Till denna grupp kunna hänföras de ovan anförda exemplen på bagatellartade tillgrepp, begångna av grannar eller vänner, kortvarigt brukande av annans sak utan lov, tagande av olovlig väg över annans mark o.d.

Den andra huvudgruppen utgöres av handlingar som i själva verket lösa *intressekollisioner* som äro av säreget slag, såtillvida som de kolliderande intressena tillkomma *en och samma person*. I exemplet med det sprungna vattenledningsröret föreligger sålunda en kollision mellan fastighetsägarens rätt till ostörd besittning av lokalerna och hans ekonomiska

¹¹³ Olikheterna mellan de två typerna av ifrågasatta straffrihetsregler ha uppmärksamrats i doktrinen, utan att dock intressekollisionsfallen i regel skilts ut från samtyckesläran. Terminologiskt har olikheten hos vissa författare kommit till uttryck; sålunda skiljer exempelvis MAURACH s. 301 mellan "vermutete Einwilligung" och "Handeln im Interesse des Verletzten", medan WELZEL s. 81 anser att en kombination av båda de till grund för strafffrihet åberopade synpunkterna ger en riktigare lösning av hela problemet; jfr närmare redogörelsen hos MEZGER § 29.

intresse att undvika mera omfattande vattenskador. Ett ytterligare exempel som ofta förekommer i litteraturen avser det fall, att en person olovligen bryter annans brev under adressatens bortovaro i syfte att åtkomma vissa dokument som äro erforderliga för bevakningen av något adressatens rättsintresse eller till undvikande av en eljest hotande ekonomisk förlust för honom. Att egenmäktiga handlingar av detta slag i viss utsträckning kunna godtagas som rättsenliga motiveras av att de leda till ett för intressebäraren övertvägande fördelaktigt resultat. Man rör sig här med en straffrihetsgrund, baserad på lösningen *enligt objektiva normer* av en intresseskollision, besläktad med nöd och nödliknande situationer. Den hör egentligen icke hemma i samtyckesläran och bör ej sammanföras med de förut diskuterade fallen av hypotetiskt samtycke. Någon särskild beteckning på densamma har ej vunnit hävd i nordisk doktrin; de författare som beakta dess särart erinra stundom om dess likheter med den civilrättsliga kategorien *negotiorum gestio*.¹¹⁴

Godtages den nu utvecklade uppfattningen, torde följden vara att den om handlingen oftast ovetande intressebärarens hypotetiska samtycke ej spelar någon avgörande roll. Om åtgärden kan anses rättfärdigad avgöres i princip genom en objektiv bedömning av hela situationen. Sätillvida spelar dock intressebärarens viljeinställning en roll, som ett ingripande *emot* hans tidigare uttalade eller på annat sätt manifesterade önskan icke kan anses försvarligt. Intressebärarens rätt att själv bestämma över sina angelägenheter måste obetingat respekteras, när hans avböjande inställning till eventuella åtgärder från annans sida är känd. Är detta icke förhållandet, synes hänsynen till den enskildes självbestämmanderätt likväl böra beaktas vid den ovan angivna objektiva avvägningen av de kolliderande intressena. Detta torde leda till den prin-

¹¹⁴ I utländsk doktrin utgår man ej sällan från det civilrättsliga institutet "Geschäftsführung ohne Auftrag" och vill se den berörda straffrihetsregeln i kollisionsfall som en analogisk användning i straffrätten av civilrättens regler; jfr SÅLUNDA NOLL a. a. s. 135 ff. I nordisk doktrin ha liknande tankegångar kommit till uttryck hos ANDENÆS s. 166, HURWITZ s. 293 f. och s. 308 f. samt KRABBE s. 87, medan STRAHL, Kompendium, s. 44 ger uttryck för en viss tvekan.

cipen att övervikten för de skäl som tala för ett ingripande från en utomståendes sida måste vara klart markerad; stora värden kanske stå på spel, medan intrånget i intressebärandens rättssfär är tämligen obetydligt. Vi återkomma till den berörda frågan liksom till ifrågakvarande icke lagreglerade strafffrihetsgrund över huvud i ett senare sammanhang (§ 20), sedan först nödrättens och andra negativa intressekollisioners närbesläktade problem behandlats.

Om vi därefter återvända till de egentliga fallen av presumerat samtycke till något som objektivt sett utgör en icke kompenserad intressekränkning, gäller det att mot bakgrunden av den ovan verkställda principiella utredningen i ämnet söka fastställa *svensk rätts inställning* till ifrågakvarande rättsfigur. Det visar sig därvid ganska svårt att lämna ett bestämt besked. I doktrinen ha meningarna varit delade, och de författare som göra gällande att hypotetiskt samtycke erkänts som strafffrihetsgrund i rättspraxis¹¹⁵ kunna knappast åberopa några fullt tydliga rättsavgöranden från högsta instans men väl andra rättsfall, vilka till synes låta sig förena med detta antagande.¹¹⁶ Då emellertid ett avgörande i högsta instans från senare tid snarast ger uttryck för en motsatt uppfattning,¹¹⁷

¹¹⁵ Mest bestämda i positiv riktning äro uttalandena hos STJERNBERG, Straffrättsliga studier, s. 19 och Föreläsningar, s. 88 ävensom av THYRÉN, Kommentar till Kap. 20, s. 51 f., som gör gällande att en "presumtion om samtycke" kan upphäva en gärnings rättsstridighet, bl. a. i det fall att intressekränkningen jämlikt livets regel kan antagas vara den berättigade likgiltig. Framställningen hos THYRÉN II s. 117 f. ger uttryck för samma åsikt, om än tankegången synes förete en glidning från att avse ett verkligen föreliggande samtycke till att gälla ett hypotetiskt sådant. STRAHL, Kompendium, s. 43 samt SvJT 1960 s. 274 ger uttryck för tvekan, men synes beredd att godtaga det hypotetiska samtycket, där ej särskilda skäl tala för en begränsning av dess verkningsområde.

¹¹⁶ Sålunda kan konstruktionen möjligen ge förklaringen till utgången hos HD i rättsfallet NJA 1895 s. 559. Fallen NJA 1946 B 1403 samt SvJT 1941 rf. s. 46 och 1963 rf. s. 61 (fall II) ge starkare stöd för antagandet att hypotetiskt samtycke i princip godtagits i rättspraxis, medan det synes tveksamt i SvJT 1942 rf. s. 62, om den friande domen ej snarare baserats på att gärningsmännen sannolikt, låt vara felaktigt, antagit ett verkligt samtycke från intressebärandens sida; motsvarande tankegång har till synes varit avgörande i rättsfallen NJA 1880 s. 413 och 1884 s. 423.

¹¹⁷ Se NJA 1957 s. 337 (ett i och för sig välgrundat hypotetiskt samtycke till brukande av militärt fordon utom tjänsten ej godtaget som grund för frihet från ansvar). Fallet har av KARLGREN s. 85 not 35 åberopats som belägg för att hypotetiskt samtycke knappast utgör någon strafffrihetsgrund i

torde det vara riktigast att, i varje fall tills vidare, avvisa föreställningen om det hypotetiska samtycket som ensamt tillräcklig grund för en handlings tillåtlighet enligt svensk rättsuppfattning.

Ur rent praktisk synpunkt föreligger knappast något behov av ifrågavarande frigrund, i varje fall icke sedan BrB trätt i kraft. Dels komma möjligheterna till åtalseftergift för vissa bagatellartade brott, bl.a. mot egendom, att vidgas,¹¹⁸ dels återstår alltid det korrektiv mot ådömande av ansvar i liknande fall som utgöres av påföljdseftergift enligt det nya stadgandet i 33:4 st. 3.¹¹⁹

svensk rätt. STRAHL a. st. synes ej tillmäta fallet en dylik principiell betydelse, utan framhåller att målets utgång måste ses mot bakgrunden av krigsmaktens intresse, att dess fordon icke användas i onödan eller på olämpligt sätt och att varje chef måste vid varje tidpunkt kunna veta var han har de fordon för vilka han är ansvarig. Speciella regler om körorder gälla också för dispositionen av militära fordon.

¹¹⁸ Bland de följdförfattningar till nya BrB som framlagts i KPr 1964: 10 och antagits av riksdagen märkes ett förslag till ändring i rättegångsbalken; enligt den nya lydelsen av RB 20: 7 må åklagare besluta att icke tala å brott "om det är uppenbart att i händelse av lagföring annan påföljd än böter icke skulle komma att ådömas och att den misstänktes lagföring ej är påkallad ur allmän synpunkt"; se numera SFS 1964: 166.

¹¹⁹ Genom nyssnämnda ändring i RB 20: 7 har riksåklagaren tillerkänts en mot 33: 4 st. 3 svarande rätt att besluta att åtal ej skall ske i dylika fall.

CITERADE SVENSKA RÄTTSFALL

NJA

1880 s. 413	414 not 90, 428 not 116
1884 s. 423	414 not 90, 428 not 116
1895 s. 559	418 not 98, 428 not 116
1899 s. 106	415 not 93
1908 s. 209	397 not 59, 405 not 74
1909 s. 102	414 not 90
1910 s. 68	418 not 98
1922 s. 271	415 not 92
1924 not B 117	418 not 98
1925 s. 348	418 not 98, 422 not 103
1927 s. 207	415 not 93
1928 s. 471	418 not 98
1932 s. 423	377 not 12, 417 not 95
1933 s. 150	403 not 72
1934 s. 415	397 not 59
1936 s. 357	406 not 76
1941 s. 487	365 not 13
1942 s. 3	415 not 93
1944 s. 67	411 not 85
1945 s. 473	406 not 76
1946 not B 1403	428 not 116
1947 s. 302	378 not 14

NJA

1950 s. 440	405 not 72, 418 not 98
1951 s. 79	405 not 74
s. 111	417 not 96
1956 not B 6	356 not 65
1957 s. 337	428 not 117
not C 676	405 not 74
1959 s. 63	395 not 57
s. 280	406 not 76
1963 s. 39	402 not 701
SvJT	
1931 rf. s. 31	411 not 85
1933 rf. s. 18	415 not 92
1941 rf. s. 46	428 not 116
1942 rf. s. 62	428 not 116
1946 rf. s. 81	417 not 95
1963 rf. s. 61 (I)	419 not 100
rf. s. 61 (II)	418 not 98, 428 not 116

SAKREGISTER

- Abort, se Avbrytande av
 havandeskap
 se även Fosterfördrivning
 Adevkans 332, 367
 Administrativa tvångsingripanden
 364
 "Allgemeines Güterabwägungsprin-
 zip" 349
 Allmänprevention 420
 Angivelsebrott 372, 421
 Angreppsobjekt 390
 Anstiftan till brott 365
 Atypiska situationer 330, 332 ff.,
 340 ff., 346, 349, 352 f., 356, 358, 426
 Avbrytande av havandeskap 352, 379,
 387, 412

 Barmhärtighetsdödande 352, 364 f.,
 380 f.
 Barnadråp 394
 Bevisfrågor 371, 419, 421
 Boxning 404, 406 ff., 412
 Brott mot allmänheten 374, 377 f.
 mot förmögenhet, se Förmögen-
 hetsbrott
 mot person 378, 382 ff.
 Brottning 404, 405 ff.
 Brottsbalken 326 f., 336, 338 f., 346,
 351, 363, 365, 381, 383, 388, 397, 406
 Brottbeskrivningar 326, 334, 336,
 340, 342, 344, 349, 358, 366, 368,
 371, 375, 391, 412
 Brottskatalog 337, 346
 Brottspåföljd 338 ff., 358
 Brottsexquisit
 negativa 343 f.
 objektiva 325 f., 344, 355, 359
 subjektiva 325 f., 329

 Civilrättslig dispositionsrätt 371, 375,
 410, 414
 Culpa 356, 366, 402, 405 f.

 Dolus 356, 395
 Duellbrotten 397

 Farebegreppet 332, 399
 Farebrott, faredelikt 332, 390, 400
 Faregrad 400
 Formell lagtypicitet 326, 328, 330,
 334 ff., 348, 358
 Fosterfördrivning 383, 387, 394
 se även Avbrytande av havande-
 skap
 Frirättslig tendens 333
 Fristående subjektiva moment 358,
 389
 Funktionär 406
 Förmyndare 414
 Förmögenhetsbrott 370, 375, 378, 409,
 413
 Försök till brott 336, 363 ff., 380

 Generalklausul 348, 353, 383
 Generalprevention, se Allmänpreven-
 tion
 Grunder för brottslighetens uteslu-
 tande 339
 Gärningsinnehåll 325, 330, 333, 335,
 340, 356 ff., 371, 373, 375, 412 f.,
 416 f., 420
 Gärningstypen in abstracto 341, 390

 Handlingsbrott, handlingsdelikt 333

 Imputabilitet, se Personlig straffka-
 pacitet
 Imputationsläran 353
 Induktiv metod 376
 Inre fakta 357
 Integritetskränkning, se Brott mot
 person
 Intresseangrepp 333, 376, 426
 Intresseavvägning 333, 349 f., 387
 Intressekollision 346 ff., 354, 358 ff.,
 426
 negativ 360 f., 428
 positiv 360 f.
 subjektiv 344
 särskilda eller "blandade" 361

- Intressekränkning 333, 355, 362, 419, 428
 Individualprevention 420
- Kastrering 352, 379, 386 f., 412
 Kollektivbrott, se Sammansatta brott
 Kontinentala rättsstridighetsläran 333, 346
 Kroppsskada
 medelsvår 386, 388 f., 408
 ringa 386, 388 f., 392, 407
 svår 367, 379, 386, 389, 397, 407
- Lagens ratio 337
 Lagmedlemmar 406
 Lagskrivningsteknik 335, 341 f., 349, 388
 Lagspel 404 ff.
 Lagtolkningsmetod 335, 347
 Legalitetsprincipen 326 f., 333 ff., 347, 349
 Läkaringrepp, se Medicinska ingrepp
 "Mangel am Tatbestand" 355, 371
 Materiell typicitet 329 f., 334 f.
 Medelbart gärningsmannaskap 365 f.
 Medicinska ingrepp 328, 382, 386 ff., 391, 393, 401, 412
 Medverkan till annans självmord 364 f., 381
 till annans självstymning 364 ff.
 Misshandelsbrott 381 f., 384, 388 f., 392, 406
 Motortävlingar 404
 Målsäganden 372 ff., 386, 400
 Målsägandebrott 372
- Naturrättslig uppfattning 333, 385
 Nedsättning av påföljd 339 f., 358, 365
 Negativ korrigerig 331
 "Negotiorum gestio" 427
 "Nichtzumutbarkeit" 341
 Nordiska rättsstridighetsläran 331 ff., 349, 351
- "Nullum crimen nulla poena sine lege" 347
 se även Legalitetsprincipen
 Nödvärn 342, 348, 355 ff., 359, 361
- Oaktshetsbrott 366 f., 390, 394 ff., 399, 405
 se även Culpa
 Oförytterliga mänskliga rättigheter 385
 Organiserad idrottsutövning 352, 403, 405
 Otjänliga försök 355 f., 420
- Personlig straffkapacitet 325 f., 339, 410 ff.
 Privilegierade situationer 344
 Privilegierade yttranden 348, 353
 Provokation till brott 417
 "Publica fides" 378
 Putativedelikt 355
 Påföljdseftergift 339 ff., 358, 384, 429
- Ramnormer 347 f., 353
 Ratihabering 421
 "Rechtfertigungsgründe" 357, 370
 Rekvisit, se Brotsrekvisit
 Reservationer för undantagsfall 330, 334 f., 337 f., 342, 344, 346, 357
 Riskgrad, se Faregrad
 Riskprognos 332, 350, 390, 396, 400
 Rättsstridighetsbegreppet 329 ff., 337
 se även Materiell typicitet
 Rättsstridighetsläror 331, 334
 Rättsstridighetsrekvisit 330, 333
 Rättssäkerhet 343, 387, 390, 420
 se även Legalitetsprincipen
 Rättsvillfarelse 419
 se även Villfarelse
- Sammansatta brott 421
 Samtycke 368 ff.
 hypotetiskt samtycke 422 ff., 427 f.
 inre samtycke 418, 425
 presumerat samtycke 423, 428
 återkallelse av samtycke 371, 425

- "Schuldausschliessungsgründe" 341
Sedlighetsbrott 375, 392, 409
Själv mord 363, 365 ff.
 se även Utvidgat självmord
Självstypning 363 f., 380
Skenrättshandling 417
Skuld 329 f.
Skyddsintresse 332 f., 359 ff., 417
Specialprevention, se Individualprevention
Specialstraffrätt 341, 346, 353 f., 394
Spelregler, se Tävlingsregler
Sport 352, 388, 392, 403
Sterilisering 352, 379, 386 f., 412
Straffrihetsgrunder
 "blandade" 387, 393
 generella 343
 klassificering 358
 kodifiering 347
 objektiva 339 f., 343, 351 ff., 359 ff.,
 415, 417
 sedvanerättsligt utbildade 345 f.
 speciella 343, 346
 subjektiva 340 ff., 348, 351 f., 357,
 361
 terminologidefinition 340
Straffrättens allmänna del 354
 speciella del 354
Ställföreträdare 413 f.
Subjektiv försöksteori 356
Subjektiv täckning 325, 354, 356
"Tatbestandsmässighet" 329 f.
Tillämpningsområde 330, 336 f., 365
Tillräknelighet, se Personlig straffkapacitet
Typicitetsproblemet 329 f.
Typicitetsrekvisit 329
Täckningsprincipen 325, 356
Tävlingar, se Organiserad idrottsutövning
Tävlingsregler 405, 408
Undantagssituationer, se Atypiska situationer
Undantagstypicitet 337, 343, 393
Underlåtenhetsbrott 331, 365
Underårig 339 ff., 412
Uppsåt, se Dolus
Uteslutning av påföljd 338 ff., 353,
 358, 365, 381
Utvidgat självmord 363, 380
Viljeförklaring 417, 420
Viljeriktningsteorien 418 ff., 424 f.
Viljeuttrycksteorien 417, 419, 424
Villfarelse 356, 371, 415 ff., 419, 425
"Volenti non fit injuria" 368
Vårdnadshavare 414 f.
Överskott
 subjektiva 420
Överskottseffekter 395

