



TRESTEGSRAKETER MOT ANSVARSFRIHET – EN FÖRBISEDD BEGRÄNSNING AV REGLERNA OM NÖD- VÄRN, NÖD OCH SAMTYCKE?

Av Marie Kagrell¹

I rättspraxis och juridisk doktrin beskrivs reglerna om frihet från straffrättsligt ansvar ofta som bestående av två led: huruvida viss situation föreligger och huruvida gärningen är rättsenlig. Med den uppdelningen riskerar en av begränsningarna av det ansvarsfria området att förbises. Det krävs nämligen också att en gärning som begås i nödvärn eller i nöd är ägnad att avvärja nödvärns- eller nödsituationen och det krävs att den gärning som företas med samtycke också stämmer överens med samtycket. För att säkerställa att dessa begränsningar beaktas bör de behandlas som ett självständigt led i prövningen av nödvärn, nöd respektive samtycke. En analys av ansvarsfrihetsreglerna i tre led, snarare än två, är därför att föredra.

I. INLEDNING

Reglerna om frihet från straffrättsligt ansvar utgör undantag från det kriminaliserade området. För att dessa undantag inte ska bli alltför omfattande är reglerna om ansvarsfrihet begränsade. Jag menar att en del av de modeller som idag används för att göra bedömningar om ansvarsfrihet riskerar att förbise några av dessa begränsningar, bland annat för att begränsningarna inte längre kommer till klart uttryck i lagtexten. Jag vill i den här artikeln dels analysera dessa ibland förbisedda begränsningar av ansvarsfrihetsreglerna, dels föreslå en mer detaljerad modell för bedömning av ansvarsfrihetsreglerna.

I brottsbalken (BrB) upptas allmänna regler om ansvarsfrihet i ett och samma kapitel.² Reglerna har varierande praktisk räckvidd och motiveras av olika kriminalpolitiska skäl. Rättsdogmatiskt finns dock påtagliga likheter mellan flera av ansvarsfrihetsgrunderna – inte minst schematiskt. Något som flera av dessa regler har gemensamt är att relativt många (ofta informationstunga) bedömningar ska göras när det ska slås fast om en brottsbeskrivningsenlig gärning är rättsenlig. I den här texten behandlar jag några av dessa ansvarsfrihetsgrunder sida vid sida för att visa på dessa likheter.

¹ Doktorand i straffrätt vid juridiska institutionen, Stockholms universitet. Tack till Maria Rasmussen, Claes Lernestedt, Erik Svensson och Åsa Burman för värdefulla synpunkter på tidigare versioner av texten. Tack också till en anonym expertgranskare för kommentarer på texten.

² I artikeln avser samtliga hänvisningar till lagrum i BrB om inte annan författning uttryckligen anges.

Flera av de så kallade objektiva ansvarsfrihetsgrunderna (dit nödvärn, nöd, laga befogenhet och samtycke räknas) beskrivs ofta innehålla två led. En bedömning i två steg ska göras för att konstatera om ansvarsfrihet ska följa. När jag undervisar brukar jag också förklara att reglerna är tvåstegsraketer. För att en gärning ska vara fri från straffrättsligt ansvar krävs exempelvis dels att det föreligger en nödvärnssituation, dels att gärningen inte är uppenbart oförsvarlig. Jag vill här utmana denna syn, som jag menar är relativt väletablerad. Vilken gärning som helst duger nämligen inte för ansvarsfrihet. Ytterligare ett krav är att exempelvis en gärning företagen i nödvärn också är ägnad att avvärja nödvärnssituationen. Det gäller oberoende av hur en försvarlighetsbedömning skulle falla ut.

Genom att se till gärningens riktning (vid nödvärn och nöd) eller överensstämmelse (vid samtycke) blir det enklare att urskilja två olika falltyper: dels sådant agerande som i och för sig är företaget *då* nödvärn, nöd, eller giltigt samtycke föreligger, dels sådant agerande som är företaget *i* nödvärn, *i* nöd, eller *med* giltigt samtycke. I den här texten föreslår jag att kravet på riktning respektive överensstämmelse behandlas som ett självständigt led i bedömningen av ansvarsfrihet. Jag ställer också frågan om analysen av gärningens riktning respektive överensstämmelse kan användas i bedömningen av gärningens försvarlighet.

Jag undersöker i den här texten närmare de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna nödvärn, nöd och samtycke. De subjektiva ansvarsfrihetsgrunderna lämnas utanför diskussionen. Några av de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna lämnas också därhän. Laga befogenhet behandlas inte eftersom de reglerna endast tillkommer vissa yrkesgrupper (agerande i nödvärn, i nöd, och med samtycke kan däremot företas av envar). Läran om social adekvans kommer inte heller att diskuteras.

2. FÖREKOMSTEN AV VISS SITUATION

Låt oss börja med bestämmelsen om *nödvärn* i 24 kap. 1 §. I bestämmelsens första stycke anges förutsättningarna för att en gärning som någon begår i nödvärn ska vara rättsenlig (ibland benämnt rättfärdigad). I bestämmelsens andra stycke stipuleras när rätt till nödvärn föreligger genom en uttömmande uppräknings av fyra nödvärnssituationer. Bestämmelsen kan därmed sägas innehålla åtminstone två led i fråga om vad som krävs för att agerande i nödvärn ska vara rättsenligt: (i) att det föreligger en nödvärnssituation, och (ii) att gärningen inte är uppenbart oförsvarlig. Det är analysen i form av uppdelning i (enbart) dessa två led som jag anser att det finns anledning att frångå.³

3 Se avsnitt 3.2 nedan.

Nödvärnsbestämmelsen är upptagen i brottsbalkens kapitel om *allmänna grunder* för ansvarsfrihet.⁴ Bestämmelsen har alltså formellt sett generell tillämplighet. Den kan enligt sin ordalydelse komma i fråga som grund för ansvarsfrihet från vilket straffbud som helst. Samtidigt är de situationer i vilka rätt till nödvärn föreligger mer eller mindre akuta situationer, inbegripet bland annat påbörjade eller överhängande brottsliga (i meningen fysiska) angrepp på person.⁵ Nödvärnsbestämmelsen får därmed sin främsta betydelse som försvar mot våldsbrott såsom misshandel och sådana brott som innebär ett ingrepp i den enskildes mer direkta sfär, såsom vid hemfridsbrott.

Den nuvarande lydelsen av nödvärnsbestämmelsen har varit i kraft sedan en reform av ansvarsfrihetsgrunderna genomfördes 1994.⁶ Nödvärnssituationerna har dock varit desamma alltsedan brottsbalken trädde i kraft.⁷ I den tidigare lydelsen av bestämmelsen beskrevs nödvärnsgärningarna i lagtexten med uttryckliga handlingsverb.⁸ Av bestämmelsen framgick uttryckligen att i nödvärn handlar den som: *söker avvärja* ett påbörjat eller överhängande brottsligt angrepp på person eller egendom; *betvinga* den som med våld eller hot om våld hindrar att egendom återtas på bar gärning; *hindra* någon att olovligen intränga i rum, hus, gård eller fartyg; eller *avlägsna* någon som olovligen trängt in på sådan plats eller någon som vägrar lämna bostad efter tillsägelse.⁹ Reformen 1994 innebar att dessa handlingsverb byttes ut mot den mer generella skrivningen *rätt till nödvärn föreligger mot* följt av uppräkningsen av nödvärnssituationerna. Ett syfte med förändringen var att det på ett tydligare sätt skulle framgå att nödvärn är en objektiv ansvarsfrihetsgrund. Ett potentiellt rättsenligt agerande i nödvärn är inte avhängigt personens syfte med gärningen eller ens att personen är medveten om att denne befinner sig

4 Placeringen av flera bestämmelser med allmän räckvidd i ett och samma kapitel är en lagteknisk lösning; förbehåll för sådana fall som inte ska utgöra brott fastän de omfattas av ett enskilt straffbud behöver då inte göras för vart och ett av de enskilda straffbudena, se t.ex. Ivar Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, PA Norstedts & Söners förlag, Lund, 1976, s. 368.

5 BrB 24 kap. 1 § andra stycket första punkten, se även prop. 1962:10 del B s. 327. Se även a. prop. s. 323 där det framgår att rent verbala angrepp utesluts från bestämmelsens tillämpningsområde.

6 BrB i sin lydelse 1994:458, prop. 1993/94:130. I sak liknande författningsförslag lämnades av Fängelsestraffkommittén, se SOU 1988:7 s. 23.

7 Reformen i mitten på 1990-talet innebar främst redaktionella ändringar för att lagtexten skulle utformas på ett tydligare sätt, se prop. 1993/94:130 s. 28, 30–32, 68. Den tidigare lagtexten bestod av en lång och grammatiskt komplicerad mening och den språkliga utformningen ansågs svårtillgänglig, varför en omredigering behövdes, se a. prop. s. 31. Se även SOU 1988:7 s. 69.

8 Jag använder uttrycket "nödvärnsgärning" och inte "nödvärnshandling" eftersom nödvärnsbestämmelsen är avsedd att omfatta både handling och underlåtenhet, se prop. 1993/94:130 s. 69 och SOU 1988:7 s. 70. Motsvarande gäller för nöd.

9 BrB i sin lydelse 1962:700.

i en nödvärnssituation.¹⁰ Istället är rättsenligheten avhängig huruvida *objektivt sett* (i) en nödvärnssituation föreligger och (ii) att gärningen är icke uppenbart oförsvarlig.¹¹

En annan av de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna är bestämmelsen om *nöd* i 24 kap. 4 §. I bestämmelsens första stycke anges förutsättningarna för att en gärning som någon begår i nöd ska vara rättsenlig. I bestämmelsens andra stycke stipuleras vad som utgör nöd. Bestämmelsen kan, i likhet med bestämmelsen om nödvärn, sägas innehålla åtminstone två led i fråga om vad som krävs för att agerande i nödvärn ska vara rättsenligt: (i) att det föreligger en nödsituation, och (ii) att gärningen inte är oförsvarlig. Precis som i fallet med nödvärn anser jag att det finns goda skäl att istället rekommendera att prövningen görs i tre led.¹²

Bestämmelsen om nöd är, liksom den om nödvärn, formellt sett generellt tillämplig. Den kan aktualiseras i relation till i princip vilken brottstyp som helst. Till skillnad från nödvärn har nöd ett bredare tillämpningsområde när det gäller vilka typer av situationer där bestämmelsen kan komma i fråga, både sett till bestämmelsens språkliga utformning och med beaktande av rättspraxis. I och med att nöd föreligger när fara hotar liv, hälsa, egendom, eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse blir det inte fråga om samma begränsning till den enskildes närmast fysiska sfär som i nödvärnsbestämmelsen. I rättspraxis har nöd anförts som invändning mot straffansvar för bland annat egenmäktigt förfarande,¹³ skadegörelse,¹⁴ egenmäktighet med barn,¹⁵ osant intygande,¹⁶ narkotikabrott,¹⁷ brukande av falsk urkund,¹⁸ och jaktbrott.¹⁹ Invändningen har inte lett till ansvarsfrihet i något av dessa fall.

10 Se prop. 1993/94:130 s. 31.

11 Reformen innebar också att handlande i nödvärn som är uppenbart oförsvarligt (excessivt) inte är rättsenligt, men begreppsligt sett alltså utgör nödvärn, se prop. 1993/94:130 s. 69 och SOU 1988:7 s. 70. Agerande i nödvärn kan alltså vara antingen rättsenligt eller otillåtet.

12 Se avsnitt 3.3 nedan.

13 NJA 1982 s. 621 och NJA 2000 s. 302. HD bedömde att någon nödsituation inte förelåg.

14 NJA 1981 s. 907 och NJA 1988 s. 495. I 1981 års fall bedömde HD att någon nödsituation inte förelåg. I 1988 års fall bedömde HD att en nödsituation i och för sig förelåg, men att agerandet var oförsvarligt.

15 NJA 1993 s. 128. HD bedömde att någon nödsituation inte förelåg.

16 NJA 1996 s. 443. HD bedömde att en nödsituation i och för sig förelåg, men att agerandet var oförsvarligt.

17 NJA 1998 s. 512 och NJA 2017 s. 872. I 1998 års fall bedömde HD att nödinvändningen var så löst grundad att den inte skulle beaktas. I 2017 års fall bedömde HD att en nödsituation i och för sig förelåg, men att agerandet var oförsvarligt.

18 NJA 1979 s. 335. HD bedömde att någon nödsituation inte förelåg.

19 NJA 2004 s. 786. HD bedömde att en nödsituation i och för sig förelåg, men att agerandet var oförsvarligt.

Att bestämmelsen om nöd har ett potentiellt mer omfattande tillämpningsområde i fråga om antalet *brottstyper* där nöd kan komma i fråga som grund för ansvarsfrihet (jämfört med nödvärn) innebär inte att nödbestämmelsens tilltänkta tillämpningsområde i fråga om antalet misstänkta *brott* är avsett att vara omfattande. I förarbetena till bestämmelsen, liksom i rättspraxis, har det slagits fast att bestämmelsen ska tillämpas restriktivt.²⁰ Som Martinsson har noterat kan den begränsningen sägas ha realiserats, åtminstone i tidigare rättspraxis, genom en sträng syn på vad som utgör en nödsituation (snarare än via försvarlighetsbedömningen).²¹ Exempelvis har Högsta domstolens (HD) hållning i flera fall varit att i sådana situationer där en intresseavvägning (mellan bland annat miljöskydd och äganderätt) redan avgjorts genom lagstiftning eller myndighetsbeslut kan en nödsituation överhuvudtaget inte sägas föreligga.²² Efter en dom 2017 verkar den hållningen inte längre gälla fullt ut.²³

Till de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna räknas också bestämmelsen om *samtycke* i 24 kap. 7 § enligt vilken en gärning någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott endast om den är oförsvarlig. Vid försvarlighetsbedömningen ska hänsyn tas till den skada, kränkning eller fara som gärningen medför, dess syfte och övriga omständigheter. Till skillnad från nödvärn och nöd är samtyckesbestämmelsen inte uppdelad i två separata stycken. Den uppdelning som görs mellan rätt till nöd(värn) respektive försvarlighet i nöd(värns)gärningen görs således inte beträffande samtycke i utformningen av författningstexten. Det innebär dock inte att samtyckesbestämmelsen innehåller färre komponenter sett till det rättsliga innehållet än vad som är fallet beträffande nödvärn och nöd. Det följer av bestämmelsens ordalydelse att en gärning någon begår *med samtycke från den mot vilken den riktas* är rättsenlig under förutsättning att den är försvarlig – samtycke behöver alltså föreligga. Utöver detta angavs det i förarbetena att det samtycke som föreligger också måste vara giltigt.²⁴ För att ett samtycke ska vara giltigt krävs att det lämnats

20 Se bl.a. prop. 1962:10 del B s. 336; prop. 1993/94:140 s. 34–35; NJA 2004 s. 786.

21 Dennis Martinsson, 'På nödfrenten något nytt?', Juridisk Publikation, 2018 nr. 2, s. 311–328, på s. 317.

22 Se NJA 1982 s. 621 och NJA 2000 s. 302. Se även NJA 1993 s. 128 och jfr NJA 1979 s. 335.

23 Se NJA 2017 s. 872 p. 13–16, där HD istället behandlade den av statsmakterna redan gjorda intresseavvägningen inom ramen för försvarlighetsbedömningen. Se vidare avsnitt 3.3 nedan.

24 Se prop. 1993/94:130 s. 39 och 42. Huruvida kravet på giltigt samtycke också anses följa från författningstexten är sannolikt beroende av hur vi väljer att konstruera det rättsliga samtyckesbegreppet. En möjlighet är att samtyckesbegreppet anses innebära att villkoren för giltighet är uppfyllda. I så fall får formuleringen *med samtycke från den mot vilken den riktas* förstås som att samtycket också är giltigt. En annan möjlighet är att samtyckesbegreppet endast anses innefatta den viljeriktning som personen har, även om giltighetsvillkoren inte är uppfyllda. I så fall innebär

av någon som är ensam behörig att förfoga över det intresse som ges upp i och med att samtycke ges till viss gärning; att personen är kapabel att förstå innebörden av samtycket; att samtycket är frivilligt och allvarligt menat; och att det givits med full insikt om relevanta förhållanden.²⁵ Åtminstone två led kan därmed utläsas också från samtyckesbestämmelsen i fråga om vad som krävs för ansvarsfrihet: (i) att det föreligger giltigt samtycke från den person som gärningen riktas mot och (ii) att gärningen är försvarlig. Precis som i fallet med nödvärn och nöd anser jag att det finns goda skäl att analysera också denna bestämmelse i tre led.²⁶

Samtyckesbestämmelsen har såsom upptagen i brottsbalkens kapitel om allmänna grunder för ansvarsfrihet, och sett till sin språkliga utformning, i och för sig generell tillämplighet – formellt sett. Det förhåller sig dock på det viset att förekomsten av samtycke också kan utesluta att en gärning är brottsbeskrivningsenlig, och redan i och med det utesluta straffbarhet.²⁷ I sådana fall, som är relativt många till antalet, kommer samtyckesregeln i 24 kap. 7 § inte att (behöva eller ens kunna) tillämpas.²⁸ Av den anledningen får tillämpningsområdet för samtyckesbestämmelsen sägas vara kraftigt beskuret. Tillämpningsområdet för bestämmelsen beskärs ytterligare av de syften som motiverar de enskilda straffbuden. Samtycke kan nämligen endast komma att bli rättsligt relevant i relation till de brottstyper där enskilda personer kan förfoga över skyddsintresset. Så är fallet exempelvis vid brott mot liv och hälsa i brottsbalkens tredje kapitel.²⁹

formuleringen *med samtycke från den mot vilken den riktas* att (faktiskt) samtycke måste föreligga, men att samtycket kan vara ogiltigt. Då ställs ett tillkommande krav på giltighet upp.

25 Se prop. 1993/94:130 s. 39.

26 Se avsnitt 3.4 nedan.

27 I uttrycket "redan i och med det" ger jag uttryck för en (prövnings)ordning inom brottsbegreppet där frågan om det föreligger en brottsbeskrivningsenlig gärning prövas innan frågan om gärningen också är otillåten (det vill säga, att det inte föreligger någon rättfärdigande ansvarsfrihetsgrund). HD har i NJA 2013 s. 397 p. 10 understrukt att "[s]amtyckesregeln i 24 kap. 7 § brottsbalken har alltså i praktiken ett begränsat tillämpningsområde. Främst är den aktuell vid brotten mot liv och hälsa (3 kap.) och vid ärekränkingsbrott (5 kap.) samt i viss mån vid brotten mot frihet och frid (4 kap.), t.ex. vid olaga frihetsberövande."

28 Denna typ av samtycke – där samtycke fungerar som en omständighet som utesluter brottsbeskrivningsenlighet (brottsbeskrivningsenlighetsuteslutande samtycke) – är inte heller föremål för diskussionen i den här texten. Här är det endast regeln om samtycke i 24 kap. 7 § som avses.

29 Se prop. 1993/94:130 39 och 72; SOU 1988:7 99–104. Däremot spelar samtycke från en eller flera personer inte någon roll i fråga om brotten mot allmänheten eller brotten mot staten; skyddsintresset för de bestämmelserna tillkommer nämligen inte enskilda personer, se prop. 1993/94:130 s. 39 och SOU 1988:7 s. 104. Jag vill här understryka att det inte råder identitet mellan *samtyckesregelns tillämpningsområde* och *giltighetsvillkoret* att samtycke *lämnats av någon som är ensam behörig att förfoga över det ifrågavarande intresset*. Det sistnämnda villkoret avser giltighet i det enskilda fallet (den enskilda agenten) och inte tillämplighet generellt sett (brottstypen i fråga).

I svensk rätt uppställs inget krav på att en persons samtycke ska komma till uttryck för att det ska vara giltigt. Istället understryks det i förarbetena att så kallat tyst eller inre samtycke är tillräckligt för att samtycke enligt 24 kap. 7 § ska föreligga.³⁰ För samtycke krävs således viss ”inre” aktivitet från den samtyckande. Samtidigt är samtycke, liksom nödvärn och nöd, en objektiv ansvarsfrihetsgrund. Det innebär att gärningspersonen inte behöver känna till att den samtyckande personen faktiskt samtycker för att gärningen ska vara potentiellt rättsenlig till följd av samtycket. På den punkten är de tre ansvarsfrihetsgrunderna lika. Samtidigt skiljer sig samtycke från de två andra ansvarsfrihetsreglerna genom att det för samtycke krävs en mental insikt eller inställning – inte hos gärningspersonen utan hos den samtyckande personen.³¹ Det skulle närmast vara att göra våld på språket att hävda att en person samtyckt till viss gärning om personen inte är medveten om att gärningen genomförs eller ska genomföras. En annan sak är hur pass bestämd denna inställning behöver vara. Det menar jag är en fråga som bäst behandlas i termer av överensstämmelse mellan ett giltigt samtycke och den eventuellt samtyckesenliga gärningen, och jag återkommer därför till det.³²

3. GÄRNINGENS EGENSKAPER OCH RIKTNING

3.1 BEDÖMNINGSMODELLER I DOKTRIN OCH RÄTTSPRAXIS

Jag har inledningsvis hävdat att bestämmelserna om nödvärn, nöd och samtycke ofta analyseras i två led. I flera framställningar i den juridiska litteraturen delas kraven för nödvärn respektive nöd upp på just detta vis: förekomsten av en nöd(värns)situation och försvarlighetsbedömningen.³³ I en framställning består det första ledet både av förekomsten av en nödvärnssituation och att nödvärnsgärningen ska ha vissa egenskaper.³⁴ I andra framställningar delas kraven

För att ansvarsfrihet ska komma ifråga krävs dock att båda kraven är uppfyllda.

30 Se prop. 1993/94:130 s. 39.

31 I det här avseendet skiljer sig samtycke tydligast från nöd, som kan föreligga utan att någon av de inblandade personerna behöver ha viss mental inställning. I fråga om nödvärn i situationer med påbörjade eller överhängande brottsliga angrepp krävs att samtliga brottsförutsättningar är uppfyllda (se prop. 1993/94:130 s. 28), vilket innefattar även att uppsåt eller oaktsamhet ska föreligga. I många nödvärnssituationer innebär detta att angriparen inser eller är medveten om vissa risker i relation till den brottsbeskrivningsenliga gärningen som denne utför gentemot personen som befinner sig i nödvärnssituationen (vid samtliga tre uppsåtsformer liksom vid medveten oaktsamhet – endast omedveten oaktsamhet utesluts, tekniskt sett).

32 Se avsnitt 3.4 nedan.

33 Se Petter Asp, Magnus Ulväng & Nils Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2 u.,ustus, Uppsala, 2013, s. 211–219 (framställningen struktureras under rubrikerna ”nödvärnssituationerna” respektive ”nödvärnsgärningen och dess försvarlighet”) och s. 220–225 (framställningen struktureras sedan under rubrikerna ”nödsituationen” respektive ”nödgärningen och dess försvarlighet”).

34 Se Dan Frände & Claes Lernestedt, ’Nödvärn i Sverige och Finland — några utsnitt’, *SvjT*, 2021 s. 767–811, på s. 786–787.

istället upp i tre steg: förekomsten av en nöd(värns)situation; nöd(värns)gärningen och försvarlighetsbedömningen.³⁵ Redogörelse för vad som krävs i fråga om det mellanliggande ledet – nöd(värns)gärningen – är då i regel klart mer kortfattad och mindre utvecklad än det första respektive tredje ledet. I fråga om samtycke är det vanligt att framställningarna delas upp i två led: villkoren för giltigt samtycke och försvarlighetsbedömningen.³⁶ Andra sätt att presentera samtyckesregeln förekommer dock.³⁷

I rättspraxis, särskilt nyare sådan, är det också vanligt att bestämmelserna om nödvärn, nöd och samtycke beskrivs som bestående av två led. HD redogör ofta för villkoren för respektive led, det vill säga dels vad som krävs för att exempelvis en nödvärnssituation ska föreligga, dels vad som krävs för att en gärning företagen i nödvärn ska vara tillåten. Bedömningen i det enskilda fallet struktureras ofta också på motsvarande sätt.³⁸

Min uppfattning är att de framställningar som analyserar exempelvis nödvärnsregleringen i tre led eller steg är tydligare än framställningar där två led används. Framställningar med tre bedömningsled kommunicerar att det finns en begränsning i fråga om vilka sorts gärningar som kan vara rättsenliga då de företas i exempelvis en nödvärnssituation, oaktat försvarlighetsbedömningen. Jag vill därför ansluta mig till detta sätt att beskriva rättsreglerna. Utöver det

35 Se Agneta Bäcklund, Stefan Johansson, Hedvig Trost, Per Ole Träskman, Suzanne Wennberg, Fredrik Wersäll, Brottsbalken en kommentar (1 januari 2023, version 22, JUNO) kommentaren till 24 kap. 1 § respektive 24 kap. 4 § (framställningen inordnas under rubrikerna "nödvärnssituationen", "nödvärnshandlingen" respektive "försvarlighetsbedömningen"). Se även Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt, Lustus, Uppsala, 2001, s. 256–262 (framställningen är ordnad i rubrikerna "nödvärnssituationen", "nödvärnsgärningen" respektive "försvarlighetsbedömningen") och s. 263–267 beträffande nöd. Se även Claes Lernestedt, 'Finns permanenta och förutsebara nödsituationer?', Blendow LexNova, april 2019, 'Nödvärn och flera personer på angriparsidan', Blendow LexNova, mars 2020 och 'Ansvarsfrihetsgrunder och en förmildrande omständighet', Blendow LexNova, januari 2023.

36 Se Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättens grunder, s. 227–236 (framställningen delas in under rubrikerna "vad förutsätts för giltigt samtycke", "samtyckesregelns tillämpningsområde", "försvarlighetsbedömningen", respektive "hypotetiskt samtycke").

37 Se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 282–290 (framställningen är ordnad under rubrikerna "begreppslig bakgrund" (inklusive villkoren för giltigt samtycke), "samtyckesregelns tillämpningsområde", "hypotetiskt samtycke", samt "försvarlighetsbedömningen").

38 Se, gällande nödvärn, NJA 2005 s. 237 och NJA 2009 s. 234. Se, gällande nöd, NJA 2017 s. 872. Se, gällande samtycke, NJA 2018 s. 591 och NJA 1999 s. 460 där det konstaterades att samtycke inte förelagat och att den tilltalade inte kunde "undgå ansvar på den grunden att samtycke skulle föreligga helt oberoende av om gärningen vid samtycke skulle ha varit att bedöma som oförsvarlig", vilket talar för att förekomsten av ett (giltigt) samtycke ses som en nödvändig förutsättning för att det skulle vara relevant att göra en bedömning av gärningens försvarlighet.

vill jag fördjupa analysen av vilka begränsningar som finns för att en gärning ska kunna bedömas vara företagen i nödvärn, i nöd eller med samtycke. Sådana begränsningar finns nämligen – vilken gärning som helst duger inte för ansvarsfrihet. Jag vill också hävda att nämnda begränsningar gäller oberoende av hur en försvarlighetsbedömning skulle falla ut. Jag argumenterar därför i det följande för att reglerna om nödvärn, nöd och samtycke inte ska bedömas i enbart de två leden: huruvida viss situation föreligger respektive försvarlighetsbedömningen.³⁹ Ytterligare uppmärksamhet behöver ägnas även åt ett mellanliggande led. Det ledet består av de krav som ställs på att en nödvärns- respektive nödgärning är ägnad att avvärja den föreliggande nödvärns- respektive nödsituationen och att en gärning som företas med samtycke också är samtyckesenlig. Den huvudsakliga poängen med den diskussion som jag för här är att ge detta mellanliggande led ett mer självständigt och strukturerat innehåll.

3.2 NÖDVÄRN

Att det finns ett krav på att en nödvärnsgärning ska ha vissa egenskaper kan sägas följa från lagtexten som föreskriver potentiell ansvarsfrihet för *gärning som någon begår i nödvärn* (paragrafens första stycke).⁴⁰ Rent språkligt är det svårt att se att en gärning som begås då en nödvärnssituation föreligger men riktar sig mot exempelvis någon helt utomstående kan sägas begås i nödvärn. En sådan gärning, som gör ingrepp i tredje persons rättssfär, begås i och för sig *under* en nödvärnssituation. Däremot begås gärningen inte i nödvärn eftersom den inte utgör ett försvar (värn) mot det nödvärnsgrundande angreppet. Kravet kan också sägas följa från formuleringen *rätt till nödvärn föreligger mot* följt av respektive nödvärnssituation (paragrafens andra stycke).⁴¹ Låt oss använda ett par enkla exempel för att illustrera:

Swishbedrägeriet: A överfaller och misshandlar B på en gångstig. B tar upp sin mobil och skickar ett sms med vilseledande information till C, som senare swishar en summa pengar till B.

Tillhygget: A överfaller och misshandlar B på en gångstig. B tar upp sin mobil och använder den för att slå A i huvudet.

Även om gärningen i *Swishbedrägeriet* är företagen då en nödvärnssituation föreligger finns det en brist i vad gärningen riktas mot. Det gäller alldeles oavsett

³⁹ Se avsnitt 2 ovan respektive avsnitt 4 nedan.

⁴⁰ Se SOU 1988:7 s. 202.

⁴¹ Se prop. 1993/94:130 s. 69. Se även Brottsbalken en kommentar, kommentaren till 24 kap. 1 §, under rubriken nödvärnshandlingen.

hur försvarlighetsbedömningen skulle falla ut. Gärningen i *Tillhygget* är däremot sådan att den kan tänkas avbryta misshandeln.

Den tidigare lydelsen av nödvärnsbestämmelsen innehöll uttryckliga handlingsverb (*söker avvärja, betvinga*, och så vidare) som beskrev nödvärns-gärningen.⁴² Dessa fasades ut i samband med 1994 års reform av ansvarsfrihetsreglerna. En anledning till det var enligt förarbetena att sådana uttryck kunde ge ”intrycket av att det för ansvarsfrihet krävs att den som handlar har ett särskilt syfte med handlingen eller åtminstone att han är medveten om att det är fråga om en nödvärnssituation.”⁴³ Något sådant krav gäller inte, eftersom nödvärn är en objektiv ansvarsfrihetsgrund.⁴⁴ Att något försvarssyfte inte krävs skulle möjligtvis kunna ge intrycket att vilket agerande som helst som företas i en nödvärnssituation skulle kunna vara rättsenligt. Det var inte avsikten med reformen. I kommittébetänkandet uttalades att en nödvärnshandling i princip ska rikta sig mot det brottsliga angreppet och att en gärning som företas i en nödvärnssituation och som ”inte kan eller är avsedd att kunna påverka den uppkomna situationen” är oförsvarlig och ska inte leda till ansvarsfrihet.⁴⁵ I propositionen uttalades:

Ändringen innebär naturligtvis inte att vilken handling som helst är tillåten. Ansvarsfrihet inträder sålunda inte för handlingar som varken objektivt eller subjektivt sett är ägnade att avvärja nödvärnssituationen. Det framgår av att rätten till nödvärn föreligger *mot* ett angrepp eller *mot* en viss person och av kravet på att handlingen inte får vara uppenbart oförsvarlig.⁴⁶

Det står alltså klart att även nuvarande utformning av nödvärnsbestämmelsen innehåller en begränsning i fråga om vilka gärningar som är sådana att de kan räknas som nödvärnsgärningar.⁴⁷

Vad som avses med *objektivt* respektive *subjektivt ägnat att avvärja nödvärnssituationen* utvecklas inte vidare i motiven. Att en gärning är ägnad att åstadkomma något kan förstås på flera sätt. Det innebär, generellt sett inom straffrätten, att gärningen typiskt sett duger för att uppnå viss effekt. Det krävs inte att en specifik gärning i ett enskilt fall också leder till effekten. Jag menar att det

42 Se avsnitt 2 ovan.

43 Se prop. 1993/94:130 s. 31. Se även a. prop. s. 69 och SOU 1988:7 s. 70–71.

44 Se prop. 1993/94:130 s. 31 och s. 69. Se även SOU 1988:7 s. 70–71.

45 SOU 1988:7 s. 202.

46 Se prop. 1993/94:130 s. 69. Kursivering i original.

47 Reformen av nödvärnsbestämmelsen avsågs inte innebära någon materiell förändring av nödvärnrätten, se prop. 1993/94:130 s. 28–30.

finns starka skäl att använda den betydelsen också i det här sammanhanget. Det innebär i så fall att gärningen typiskt sett duger för att avvärja nödvärnssituationen. Utöver denna kvalificering kan uttrycket *ägnat att avvärja nödvärnssituationen* tolkas på åtminstone två olika sätt. För det första kan det tänkas beteckna att gärningen kan lyckas avvärja situationen – att gärningen har framgångspotential såsom avvärjandegärning. För det andra kan det tänkas beteckna att gärningen ska ta sikte på något visst – den kan inte riktas mot vem eller vad som helst. Jag är övertygad om att den första tolkningen är olämplig, sett till ändamålen med nödvärnsregleringen. Om det skulle ställas krav på att en gärning som företas i en nödvärnssituation också ska kunna lyckas med att avvärja exempelvis ett brottsligt angrepp mot person skulle resultatet bli att de gärningar som är helt utsiktslösa inte vore ägnade att avvärja nödvärnssituationen. En angripen som befinner sig i ett numerärt eller fysiskt underläge som inte kan övervinnas skulle då inte få använda nödvärnsvåld. Regleringen skulle då vara strängare mot den som är fysiskt svag. Istället bör den andra tolkningen vara den korrekta. Kravet att gärningen ska vara ägnad att avvärja nödvärnssituationen fungerar då begränsande i fråga om vilka personer det är tillåtet att rikta nödvärnsvåld mot och i fråga om vilka sorters gärningar som är tillåtna. En sådan ordning är också förenlig med de förarbetsuttalanden som gör gällande att en nödvärnsgärning inte får innebära intrång i tredje mans intressesfär och att sådana intrång ska bedömas utifrån nödbestämmelsen.⁴⁸

För att fånga in den här begränsningen på ett sätt som är dogmatiskt och schematiskt gångbart menar jag att det är hjälpsamt att explicit tala om att nödvärnsgärningen ska vara riktad mot viss person.⁴⁹ Närmare bestämt behöver den gärning som företas i nödvärn riktas mot exempelvis det brottsliga angrepp som konstituerar nödvärnssituationen.⁵⁰ Om det endast är gärningar som någon begår i nödvärn som kan vara rättsenliga (förutsatt att de inte är uppenbart oförsvarliga) är ett nödvändigt led att bedöma om gärningen i fråga verkligen är begången *i* nödvärn, eller om det är en gärning som endast är begången *under* en nödvärnssituation. Jag menar att ett lämpligt sätt att beskriva det här kravet är att en gärning som företas i nödvärn behöver ha viss *riktning* för att potentiellt

48 Se SOU 1953:13 s. 412.

49 Jfr Frände & Lernestedt, 'Nödvärn i Sverige och Finland — några utsnitt', s. 784, not 52 där författarna talar om "riktadhet" i den gärning som ger rätt till nödvärn.

50 I andra nödvärnsfall än de som utgörs av brottsliga angrepp mot person eller egendom (jfr 24 kap. 1 § andra stycket 1 p.) behöver en nödvärnsgärnings vara riktad mot den person som hindrar att egendom återtas på bar gärning (jfr 24 kap. 1 § andra stycket 2 p.), eller mot den person som olovligen trängt in eller försöker tränga in i rum, hus, gård eller fartyg (jfr 24 kap. 1 § andra stycket 3 p.) eller mot den person som vägrar lämna en bostad efter tillsägelse (jfr 24 kap. 1 § andra stycket 4 p.).

leda till ansvarsfrihet.⁵¹ Det är alltså fråga om ett krav på ändamålsenlighet i gärningen. Uttrycket ”riktning” fångar dels in den begränsning som finns i fråga om vem som är en godtagbar måltavla för nödvärnsgärningen, dels riskerar det inte att signalera att det finns krav på viss intention eller syfte hos personen som agerar i nödvärn. Att gärningen behöver ha viss riktning ändrar alltså inte det faktum att nödvärn är en objektiv ansvarsfrihetsgrund.

I valet mellan att schematiskt göra en två- eller trestegsbedömning av kraven för rättsenligt agerande i nödvärn anser jag därför att en tredelad bedömning är att föredra. Det möjliggör större nyansering kring vad som räknas som en nödvärnsgärning – nämligen en gärning som objektivt eller subjektivt är ägnad att avvärja nödvärnssituationen. Vi kan på så sätt skilja mellan (i) nödvärnssituationen (med de krav som stipuleras i respektive punkt i nödvärnsbestämmelsens andra stycke), (ii) nödvärnsgärningen (med kravet på att gärningen är ägnad att avvärja nödvärnssituationen – förstått som riktning), och (iii) försvarlighetsbedömningen (med de krav som stipuleras i nödvärnsbestämmelsens första stycke).

3.3 NÖD

När det gäller nöd finns också begränsningar i fråga om nödgärningens egenskaper – vilken gärning som helst duger inte för potentiell ansvarsfrihet. Sådana krav kommer dock inte till uttryck i lagtexten på fullt lika klart sätt som när det gäller nödvärn. Det anges inte några specifika eller konkreta nödsituationer som ger rätt till agerande i nöd. Istället föreskrivs att nöd föreligger när fara hotar vissa av rättsordningen skyddade intressen. Därmed får begränsningen beträffande egenskaperna i en nödgärning anses stipuleras enbart i uttrycket *gärning som någon begår i nöd*.⁵² Låt oss, även när det gäller nöd, illustrera med exempel:

Svarta marknaden: B har diabetes och blir akut mycket dålig. A bryter sig in i det stängda apoteket tvärs över gatan, tillgriper insulin och behåller det för att sälja vidare till C på svarta marknaden.

Insulinet: B har diabetes och blir akut mycket dålig. A bryter sig in i det stängda apoteket tvärs över gatan, tillgriper insulin och ger det till B.

51 Jfr Lernestedt, 'Ansvarsfrihetsgrunder och en förmildrande omständighet', där uttrycket riktadhet används. Ett möjligt problem med att tala om riktadhet är att det kan uppfattas som att viss intention eller medvetenhet finns hos personen som agerar i nödvärn, vilket inte är ett krav eftersom nödvärnsregleringen är en objektiv ansvarsfrihetsgrund.

52 Se prop. 1993/94:130 s. 71. Se även Brottsbalken en kommentar, kommentaren till 24 kap. 4 §.

I båda exemplen föreligger en nödsituation och den brottsbeskrivningsenliga tillgreppsgärningen är densamma. Däremot är det bara i *Insulinet* som gärningen avvärjer nödsituationen – B är i den akuta sjukdomssituationen nämligen inte hjälpt av att A säljer insulin till C i *Svarta marknaden*.

Nödbestämmelsen ändrades, liksom nödvärnsbestämmelsen, vid 1994 års reform av ansvarsfrihetsgrunderna. Liknande ändringar som de som gjordes avseende nödvärn gjordes också i nödbestämmelsen. De tidigare uttrycken *för att avvärja fara för liv eller hälsa, rädda värdefull egendom, respektive av annan sådan orsak handlar i nöd* ersattes av det mer generella uttrycket *gärning som någon begår i nöd*.⁵³ I propositionen framfördes att det var naturligt att nödparagrafen så långt som möjligt utformades på ett sätt som ansluter till nödvärnsparagrafen.⁵⁴ Även beträffande nödparagrafen anfördes att det var angeläget att utmönstra uttryck som ”för att avvärja” ur lagtexten, eftersom det kan ge det ”felaktiga intrycket att det för ansvarsfrihet vid nöd krävs att den handlande haft ett särskilt syfte”.⁵⁵ På samma sätt som i fråga om nödvärnsbestämmelsen underströks det alltså att något särskilt syfte att avvärja eller avhjälpa nödsituationen inte förutsätts för nödbestämmelsens tillämplighet.⁵⁶ I och med den delning av nödparagrafen i två separata stycken som då skedde kan denna uppdelning – mellan nödsituation respektive försvarlighetsbedömning – sägas ha understrukits än kraftigare.

Liksom i fallet med nödvärn var avsikten med att utmönstra de aktiva handlingsverben *avvärja* och *rädda* inte att vilken gärning som helst företagen under en nödsituation skulle vara potentiellt rättsenlig:

I princip gäller att en nödhandling objektivt eller subjektivt skall vara ägnad att avhjälpa nöden. Detta ligger i uttrycket *gärning som någon begår i nöd*. Dessutom skall en försvarlighetsbedömning göras. En i en nödsituation begången gärning som inte kan och som inte heller

53 BrB i sin lydelse 1962:700 respektive 1994:458. Se prop. 1993/94:130 s. 7. Se även SOU 1988:7 s. 24. Nödbestämmelsens tillämpningsområde utökades något i samband med reformen, då uttrycket *värdefull utmönstrades* ur lagtexten beträffande egendom med resultatet att nödrätt efter 1994 års reform föreligger även då fara hotar egendom i allmänhet, se prop. 1993/94:130 s. 35–36. Se även SOU 1988:8 s. 92.

54 Detta gällde exempelvis i fråga om styckesindelning i paragraferna, se prop. 1993/94:130 s. 36. Se även SOU 1988:7 s. 93.

55 Se prop. 1993/94:130 s. 36. Se även SOU 1988:7 s. 94 för liknande resonemang.

56 I propositionen underströks också att den handlande inte heller behöver utföra någon egentlig handling för nödbestämmelsens tillämpning, se prop. 1993/94:130 s. 71. Nödgärningar omfattar således både handling och underlåtenhet. En skillnad mellan reformen av nödvärnsbestämmelsen och nödbestämmelsen var att det redan vid brottsbalkens ikraftträdande begreppsligt sett var så att en gärning begången i nöd som var oförsvarlig begreppsligt sett alltså var att anse som en nödgärning, se prop. 1993/94:130 s. 70 och SOU 1988:7 s. 94.

är avsedd att kunna påverka den uppkomna situationen är naturligtvis – om den över huvud taget kan anses begången i nöd – oförsvarlig och kan inte resultera i att gärningen inte anses som brott.⁵⁷

Kravet att gärningen ska kunna påverka eller vara avsedd att kunna påverka nödsituationen beskrivs här å ena sidan som något som kan härledas ur uttrycket ”gärning som någon begår i nöd” (nödsituationen) och å andra sidan som något som är hänförligt till huruvida gärningen är oförsvarlig (försvarlighetsbedömning). Viss glidning i argumentationen kan alltså utläsas. Jag anser att kravet att gärningen ska kunna påverka nödsituationen hanteras bäst, begreppsligt sett, som ett eget led mellan bedömningen av nödsituationen och försvarlighetsbedömningen. Även här vill jag föreslå att bedömningen görs i tre led: (i) nödsituation (ii) nödgärning och (iii) försvarlighetsbedömning för att åstadkomma större rättsdogmatisk nyansering.

Liksom i fallet med nödvärn anser jag att ett lämpligt och praktiskt hjälpsamt analysverktyg är att se till gärningens *riktning* vid agerande i en nödsituation; är gärningen ägnad (objektivt eller subjektivt) att avvärja nödsituationen? Det är alltså fråga om ett krav på ändamålsenlighet i gärningen. Det är skillnad mellan en gärning som är företagen *i* nöd och en gärning som endast är företagen *under* en nödsituation – endast det förstnämnda ska kunna leda till ansvarsfrihet.

Som jag nämnt tidigare har äldre rättspraxis kring nöd inneburit att en av statsmakterna genomförd intresseavvägning fungerat begränsande för nödbestämmelsens tillämpningsområde. En nödsituation har inte ansetts föreligga i sådana situationer.⁵⁸ HD:s tillämpning av nödbestämmelsen i NJA 2017 s. 872 innebär möjligen att det förhållningssättet lämnats till förmån för ett annat synsätt, nämligen att låta den av statsmakterna genomförda intresseavvägningen fungera begränsande med avseende på försvarlighetsbedömningen istället. I 2017 års fall öppnade HD för möjligheten att nöd kan föreligga vid permanenta faretillstånd.⁵⁹ Det innebär möjligen att fler gärningar än tidigare kan bedömas vara företagna när en nödsituation föreligger. Ett exempel: om den globala uppvärmningen eller viss miljöförstöring bedöms innebära att fara hotar ett viktigt av rättsordningen skyddat intresse skulle nöd kunna bedömas föreligga.⁶⁰ Miljöaktivisters aktion i form av hindrande av trafiken kan då anses

57 Se prop. 1993/94:130 s. 71.

58 Se avsnitt 2.2 ovan.

59 NJA 2017 s. 872 p. 10. För en kritisk analys av domstolens bedömning i denna del, se Martinsson, 'På nödfrenten något nytt?', s. 322–326.

60 Se Stockholms tingsrätts dom den 22 november 2023 i B 4628-23. Jfr Lernestedt, 'Finns permanenta och förutsebara nödsituationer?'.

vara företagna under nöd och domstolen behöver göra en försvarlighetsbedömning. Möjligen är farans beskaffenhet (den globala uppvärmningen) så pass allvarlig att den skada som åsamkas annan (förseningar i trafiken) inte är tillräcklig för att gärningen ska bedömas vara oförsvarlig. Det i sin tur innebär möjligen att området för potentiell ansvarsfrihet expanderar. Det vore troligtvis inte förenligt med den restriktiva tillämpning av nödbestämmelsen som aviserades i dess förarbeten. I det här avseendet kan kravet på gärningens riktning fungera begränsande. Även om det föreligger en nödsituation är inte varje åtgärd ägnad att avvärja den fara som hotar. Trafikstörningen i exemplet ovan är inte ägnad att avvärja faran om den globala uppvärmningen inte upphör eller lindras till följd av gärningen.⁶¹ Schematiskt kunde problemet uttryckas som att det föreligger en nödsituation men att det brister i gärningens egenskaper såtillvida att den inte har korrekt *riktning*. Gärningen är inte företagen *i* nöd utan endast *under* eller *samtidigt* som en nödsituation föreligger.⁶²

I NJA 2017 s. 872 finns ytterligare en bedömning som är intressant att uppmärksamma i detta sammanhang. En nödsituation ansågs då föreligga på grund av den kraftiga och närmast kroniska smärta den tilltalade led av.⁶³ Den tilltalade hade begått gärningar som utgjorde bruk, innehav respektive framställning av narkotika.⁶⁴ HD ansåg att det inte skulle dömas i konkurrens mellan dessa brott, utan att det skulle dömas endast för framställningen.⁶⁵ Samtidigt måste det vara bruket av narkotikan som kunde avvärja nödsituationen (genom att verka smärtlindrande), snarare än framställningen.⁶⁶ Framställningen vore närmast att bedöma som förberedelse till en gärning som skulle ha företagits i nöd.⁶⁷ Det kunde kanske sättas i fråga om framställningsgärningen hade tillräcklig riktning

61 På liknande sätt kan det vara med skogsavverkning av biologiskt värdefull skog: avverkningen hindras inte (den försenas bara) av en besittningsrubbing som en aktivist företar. Som en parentes kan här noteras NJA 2000 s. 302. I det fallet ansåg HD att någon nödsituation inte förelåg, eftersom det markområde som de tilltalade avsåg skydda från avverkning genom att kedja fast sig vid maskiner inte vid tidpunkten för gärningen var ett naturreservat. Det framgår dock i den skiljaktiga meningen att de åtalade gärningarna (egenmäktigt förfarande) bidrog till att förverkliga syftet med naturreservatet, eftersom ett avverkningsförbud meddelades två dagar efter de aktuella gärningarna. I en dylik situation skulle det möjligen ligga närmare till hands att säga att gärningen var ägnad att avvärja faran som konstituerar nödsituationen.

62 Om en sådan gärning istället anses ha korrekt riktning för att den är ägnad att avvärja nödsituationen (om än på sikt) ska däremot en försvarlighetsbedömning göras, se avsnitt 4 nedan, där denna möjlighet diskuteras.

63 NJA 2017 s. 872 p. 9–12.

64 Jfr 1 § första stycket 6 p. respektive 2 p. narkotikastrafflagen i sin dåvarande lydelse.

65 NJA 2017 s. 872 p. 8.

66 Se Lernestedt, 'Finns permanenta och förutsebara nödsituationer?'

67 Jfr NJA 1996 s. 93 gällande vad som kan beskrivas som förberedelse till nödvärn.

för att gärningen ska kunna sägas vara begången i nöd. En sådan bedömning gjorde däremot inte HD, som istället anförde följande:

Det förhållandet att [den tilltalades] tillstånd är långvarigt och att den företagna gärningen, att odla cannabis, endast på längre sikt skulle ha kunnat bidra till att avhjälpa intresseintrånget hindrar inte att den är företagen i nöd. En annan sak är att nödsituationens karaktär – med hänsyn till att en straffbelagd gärning sällan kan vara ett godtagbart medel för att hantera ett mer bestående problem – kan påverka bedömningen av om gärningen är tillåten med stöd av lagrummet.⁶⁸

Att gärningen endast på sikt kunde avhjälpa smärtorna hindrade alltså inte att den var företagen i nöd. Den omständighet att det finns mellanliggande gärningar (i det aktuella fallet åtminstone bruk av narkotikan) som behöver genomföras innan nödsituationen avvärjs hindrar alltså inte att det är en nödgärning. En spännande fråga är om det resonemanget kan utsträckas till att gälla även i andra situationer. Kan en gärning bestående i att hindra trafiken bedömas vara företagen i nöd även om den endast på sikt, genom exempelvis att opinionen svänger och politiska beslut fattas, kan ”bidra till att avhjälpa intresseintrånget” genom minskade utsläpp? Ska vi tänka oss att ju mer långvarigt nödtillståndet är, desto större avstånd till avhjälpan kan accepteras?

3.4 SAMTYCKE

I rättskällorna uttrycks klara begränsningar i fråga om vilka typer av gärningar som är rättsenliga på grund av att de företas med giltigt samtycke. Frågan har getts relativt ingående behandling i förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin. Där rör diskussionen huvudsakligen hur kraftig våldsutövning och framförallt hur allvarliga skador som ska vara tillåtna då de tillfogas med giltigt samtycke. Det är en fråga om den samtyckesenliga gärningens rättsenlighet och således hänförligt till försvarlighetsbedömningen.⁶⁹

Det jag vill diskutera i detta underavsnitt är en annan fråga – nämligen frågan om den brottsbeskrivningsenliga gärning som utförs då ett giltigt samtycke föreligger också kan sägas *vara* den gärning som samtycket avser. Med andra ord: omfattar samtycket den gärning som utförs? Är gärningen utförd *med* samtycke i den mening att den kan sägas vara samtyckesenlig – i enlighet med samtycket? Låt oss, på motsvarande sätt som ovan, illustrera problemet med exempel:

68 NJA 2017 s. 872 p. 12.

69 Se avsnitt 4 nedan.

Bortglömda tatueringen: B går till en tatueringstudio och ber A att tatuera ett rött fredsmärke på B:s underarm. A rispar B med en kniv men gör ingen tatuering.

Politiska tatueringen: B går till en tatueringstudio och ber A att tatuera ett rött fredsmärke på B:s underarm. A tatuerar ett fredsmärke men färgen skiftar något i rosa.

I båda exemplen företas en brottsbeskrivningsenlig misshandelsgärning. Gärningarna avviker i varierande grad från det som B ber A att göra. Det är både praktiskt och teoretiskt svårt att avgöra hur stor diskrepans som kan accepteras i relation till det som B hade tänkt sig, men relevanta skillnader går att identifiera mellan exemplen. I *Bortglömda tatueringen* verkar samtycket från B inte ens röra det rispande som A utför. I *Politiska tatueringen* ligger det närmare till hands att säga att samtycket från B omfattar en tatuering, men att den inte riktigt blev som B hade tänkt sig.

Som jag redan nämnt är det i svensk rätt tillräckligt med så kallat tyst eller inre samtycke. Jag menar att det pekar mot att samtycke (åtminstone till viss del) behöver förstås i termer av den föreställning eller tankeinhåll som den samtyckande personen har med avseende på viss gärning. Samtycket i ett enskilt fall kan vara mer eller mindre bestämt. För det första kan skillnad behöva göras mellan ett begränsat samtycke och ett villkorat samtycke.⁷⁰ För det andra kan nyansering behöva göras mellan olika typer av begränsade samtycken. Om jag samtycker till att du örffilar mig på vänster kind (och jag också tänkt mig att du örffilar mig på vänster kind), kanske även en örffil på höger kind omfattas av samtycket. Om jag samtycker till att du läser in mig på mitt arbetsrum i en timme kanske en inläsning som pågår till arbetsdagens slut inte omfattas av samtycket – förutsatt att arbetsdagen inte också slutar inom en timme.⁷¹ Hur mycket får den brottsbeskrivningsenliga gärningen som utförs avvika från det som den samtyckande personen har tänkt sig?

Frågan om överensstämmelse mellan det samtycket omfattar och den gärning som utförs kan visserligen tänkas behandlas som ett av giltighetsvillkoren, nämligen att den samtyckande behöver ha *full insikt om relevanta förhållanden*. Insikt i vad för typ av gärning det är fråga om kan i och för sig ses som insikt i relevanta förhållanden. Samtidigt har gärningens karaktär och egenskaper inte pekats ut i förarbeten eller rättspraxis som något som ska inordnas under

⁷⁰ Se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 282.

⁷¹ Att du kan ha svårt att veta vad mitt samtycke avser – särskilt om detta kan utgöras av ett tyst inre samtycke – är en annan sak. Det handlar då inte om (den objektiva) förekomsten av samtycke, utan om (den subjektiva) uppsåtstäckningen av avsaknaden av sådant samtycke.

giltighetsvillkoren på detta sätt. Det är därmed inte säkert att insikt i gärningens egenskaper är något som ska omfattas av villkoren för giltigt samtycke. Dessutom kan relevanta förhållanden avse annat än den i tid och rum avgränsade gärningen, exempelvis gärningspersonens skäl att utföra gärningen, vilket sammanhang gärningen företas i eller om andra personer påverkas av gärningen. Jag tycker att det därför finns en klar fördel att bryta ut den här frågan och behandla den separat.

Schematiskt tänker jag mig alltså att frågan om överensstämmelse mellan det ett giltigt samtycke omfattar och den gärning som utförs behandlas som ett andra av tre led i bedömningen av om ansvarsfrihet ska inträda. Villkoren för giltigt samtycke utgör då det första ledet och försvarlighetsbedömningen utgör det tredje ledet. I och för sig hade det kunnat tänkas att frågan om överensstämmelse skulle utgöra det första ledet i och med att frågan handlar om huruvida samtycket omfattar den brottsbeskrivningsenliga gärningen. Det kunde tänkas vara en mer elementär fråga än den om huruvida samtycket var giltigt. Jag tycker dock att det är lämpligare att behandla frågan om giltigt samtycke i det första ledet eftersom flera av giltighetsvillkoren är sådana att de identifierar förhållanden eller egenskaper som redan föreligger då den brottsbeskrivningsenliga gärningen företas. Så är fallet med villkoret att den samtyckande ensam förfogar över det skyddade intresset, är kapabel att förstå innebörden i vad det är att samtycka och har insikt om relevanta förhållanden.⁷²

Jag anser att exempelvis NJA 2013 s. 397 skulle kunna analyseras i termer av bristande överensstämmelse mellan det som samtycket avsåg och den brottsbeskrivningsenliga gärningen. I det fallet hade de tilltalade tejpät, duschat och dragit målsäganden längs golvet i skolan där de gick. Målsäganden hade i samband med gärningarna uppgett (ibland på uppmaning av någon av de tilltalade) att han samtyckte till behandlingen. Följande framgick i HD:s domskäl:

[Målsäganden har] uppgett att han sa att han var med på tejpningen av det skälet att han ville få det hela överstökad och för att inte andra, ännu värre, händelser skulle inträffa. Det saknas anledning att betvivla denna uppgift. Ett samtycke som är lämnat under sådana former är varken frivilligt eller allvarligt menat och kan därmed inte godtas.⁷³

72 Att någon är kapabel att förstå innebörden i att samtycka är en dispositionell egenskap hos den samtyckande personen – tidsmässigt föregår den alltså både gärningen och samtycket (om detta förstås som en mental inställning).

73 Se NJA 2013 s. 397 p. 18.

Den brist som ansågs finnas i fråga om ett samtycke som kan leda till ansvarsfrihet förlade HD till vad som får förstås som giltighetsvillkor.⁷⁴ Det ansågs föreligga en tillräckligt stor brist i fråga om grunden för den viljeriktning som målsäganden gett uttryck för. Jag menar dock att den brist som förelåg hade (bättre) kunnat behandlas i termer av att samtycket överhuvudtaget inte gällde eller omfattade de åtalade gärningarna. Det framgick nämligen i målet att:

[Målsäganden] trodde att det bara var fråga om att bli tejpad och duschad. Han visste inte att de skulle dra honom på golvet. Han kände sig kränkt och förnedrad när han låg blöt och bunden på golvet och han spelade med för att inte framstå som svag.⁷⁵

Den som har samtyckt till att bli tejpad och duschad kan inte automatiskt sägas ha samtyckt till att bli dragen på golvet – särskilt om den samtyckande personen inte ens tänkt tanken på att bli dragen på golvet. Så kan vara fallet även om samtycket är giltigt, i den mening att samtycket lämnats med insikt om förhållandena kring gärningen, exempelvis gärningens syfte som lek eller hån. Jag vill hävda att en jämförelse mellan den gärning som den samtyckande samtycker till och den gärning som också utförs av gärningspersonen är ett nödvändigt led i bedömningen av om samtycket ska leda till ansvarsfrihet. Det är inte självklart att den jämförelsen ryms inom ramen för bedömningen av om samtycket lämnats med *full insikt om relevanta förhållanden*. Det är därmed inte säkert att bedömningen kan reduceras till bedömningen av samtyckets giltighet.

Frågan om samtycket omfattar den utförda gärningen kan delvis sägas behandlas i NJA 2018 s. 591, där det var fråga om åtal för misshandel avseende en så kallad cross-checking under en hockeymatch. HD diskuterar vilka gärningar som ska vara tillåtna då de utförs mot någon som frivilligt deltar i spelet:

När det gäller ishockey och andra liknande sporter innebär bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § brottsbalken – under förutsättning att deltagande i spelet är frivilligt – att sådana handlingar som är förenliga med spelets regler är att anse som tillåtna. Men även åtskilliga handlingar som visserligen är otillåtna men naturligt förbundna med

74 I NJA 2013 s. 397 var dock inte fråga om tillämpning av samtyckesregeln i 24 kap. 7 §, utan HD slog fast att det i fråga om samtycke till ofredande (den i målet åtalade gärningen) är fråga om att samtycke utesluter brottsbeskrivningsenlighet. Det bör noteras att HD inte förde några uttryckliga resonemang kring vad som krävs för ett giltigt samtycke i det avseendet. Jag menar däremot att HD får tolkas som att kraven att samtycket ska vara frivilligt och allvarligt menat (vilka utgör del av giltighetsvillkoren för sådant samtycke som anges i 24 kap. 7 §, se prop. 1993/94:130 s. 39 och 42) gäller även när det är fråga om brottsbeskrivningsenlighetsuteslutande samtycke.

75 NJA 2013 s. 397 p. 5.

idrotten i fråga måste uppenbarligen vara tillåtna från straffrättslig synpunkt (jfr här sådana regelöverträdelser som enligt ishockeyns bestämmelser ska leda till utvisningar). I sådana fall kan bestämmelsen om samtycke bara i viss utsträckning – t.ex. när det gäller handlingar som ligger på gränsen till att vara tillåtna enligt regelverket – förklara varför gärningar som uppfyller rekvisiten för t.ex. misshandel är att anse som tillåtna.⁷⁶

Jag tror att HD:s resonemang i denna del kan tolkas som att resonemangen (främst) handlar om gärningens rättsenlighet. Resonemanget handlar om försvarlighetsbedömningen och inte om huruvida giltigt samtycke till viss gärning föreligger. Om uttalandet däremot läses tillsammans med HD:s bedömning av den i målet åtalade gärningen blir bilden möjligtvis något annorlunda:

Gärningen har varit otillåten enligt ishockeyns regelverk. Det är inte fråga om en sådan gärning som ändå kan anses omfattad av det samtycke till att utsättas för visst våld som [målsäganden] måste anses ha lämnat genom att frivilligt delta i spelet [...].⁷⁷

Den fråga som är relevant för diskussionen här är inte om samtycke ”kan förklara varför gärningar som uppfyller rekvisiten för t.ex. misshandel är att anse som tillåtna”.⁷⁸ Den frågan handlar om gärningens försvarlighet. Istället är jag intresserad av frågan om det ”samtycke till att utsättas för visst våld som [målsäganden] måste anses ha lämnat genom att frivilligt delta i spelet”.⁷⁹ Den intressanta frågan är alltså om samtycket omfattade den specifika cross-checkingen på grund av att målsäganden frivilligt deltog i spelet rent generellt.

Ett sätt att tolka HD är att *samtycke till att utsättas för visst våld genom att frivilligt delta i spelet* uttrycker en bevisrättslig presumptionsregel. Frivilligt deltagande i visst spel är i så fall tecken på att samtycke förelegat till de brottsbeskrivningensligna gärningar som utförs inom ramen för spelet. I så fall kan vi tänka oss att, *materiellt* sett, samtycke fortfarande krävs i relation till var och en av de brottsbeskrivningensligna gärningar som utförs under exempelvis en hockeymatch. Om en person som blir tacklad inte samtycker till just den

76 NJA 2018 s. 591 p. 18. Utöver detta kan, enligt HD, läran om social adekvans (som ytterst bygger på det samhälleliga intresset av idrottsutövning) innebära att handlingar som sker inom spelets ramar men utan samtycke från den deltagande spelaren är tillåtna, se NJA 2018 s. 591 p. 19.

77 NJA 2018 s. 591 p. 28. Hänvisning till p. 18 i domen utelämnad här. Gärningen ansågs inte heller vara fri från ansvar med stöd av läran om social adekvans, se NJA 2018 s. 591 p. 29.

78 Se sista meningen i NJA 2018 s. 591 p. 18.

79 Se sista meningen i NJA 2018 s. 591 p. 28.

tacklingen är kraven för en otillåten gärning uppfyllda.⁸⁰ Däremot krävs det, *processuellt* sett, att det förs bevisning om att samtycke till den enskilda tacklingen har saknats för att presumtionen ska brytas. Sådan bevisföring krävs redan på den grunden att det är åklagaren som har bevisbördan för att samtycke inte har förelegat.⁸¹

Ett annat sätt att tolka HD är att *samtycke till att utsättas för visst våld genom att frivilligt delta i spelet* uttrycker en *materiell* regel som gäller för vissa sammanhang. Inom ramen för visst idrottsutövande såsom hockey, fotboll, boxning och andra kontaktsporter består aktiviteten av på förhand obestämda gärningar som företas under vissa tidsintervaller (perioder, halvlek och ronder). Det är i praktiken omöjligt att ta ställning till alla de gärningar som företas och som kan komma att företas när spelet pågår: kan jag tänka mig att bli tacklad mot sargen enbart i första perioden, att bli tacklad endast vid tekning, att bli tacklad bara av de spelare som är lite svagare? I sådana situationer är det kanske mer meningsfullt att se till överensstämmelse mellan samtycke till idrottsutövningen i stort och typerna av gärningar som typiskt sett utförs under denna utövning – en analys på ”makronivå” med andra ord. I så fall ska det frivilliga deltagandet i spelet inte förstås som del av en processrättslig presumptionsregel utan som en materiell straffrättslig regel om vad samtycke omfattar i just kontexten viss idrottsutövning.

3.5 VISSA FÖRBEHÅLL

Att gruppera villkoren för ansvarsfrihet beträffande reglerna om nödvärn, nöd och samtycke i två led har delvis goda skäl för sig. Ett sådant skäl är att författningstexten på ett tydligt sätt (i synnerhet när det gäller nödvärn och nöd) signalerar att det krävs både att viss situation är för handen och att agerandet i den situationen följer vissa krav. Min uppfattning är dock att det kan vara mer ändamålsenligt att i analysen av dessa bestämmelser använda sig av tre led snarare än två – en trestegsraket snarare än en tvåstegsraket, alltså. Vid en jämförelse mellan framställningar i doktrinen som använder sig av två respektive tre led menar jag att de tredelade framställningarna har en klar fördel. Den fördelen är att det görs tydligt att vilken gärning som helst som är företagen i en nödvärnssituation, i en nödsituation, eller då giltigt samtycke föreligger inte duger för ansvarsfrihet. Det handlar då inte primärt om att gärningen exem-

⁸⁰ Om samtycke förstås som en mental inställning kan detta vara fallet både när den tacklade inte alls hade tänkt tanken på tacklingar och när den tilltalade i och för sig samtyckte till lättare, men inte kraftigare, tacklingar. En annan sak är att den tacklande gärningspersonen kanske trodde att den tacklade samtyckte till tacklingen. Det är då fråga om en typ av uppsåtsbrist som får hanteras som putativt samtycke.

⁸¹ Jfr RH 2015:1, NJA 1990 s. 210 och NJA 1998 s. 512.

pelvis innebär för kraftig våldsutövning. Sådana resonemang är hänförliga till försvarlighetsbedömningen.

En invändning mot att införa ett tredje led i bedömningen av ansvarsfrihet är att det skulle innebära en strängare bedömning, sett ur gärningspersonens eller den tilltalades perspektiv. Jag vill poängtera att det krav på att gärningen ska ha viss riktning eller överensstämmelse som jag skisserar här inte får tas för långt. Utgångspunkten för bedömningen om en gärning ska vara tillåten på grund av nödvärn, nöd eller samtycke är – givet legalitetsprincipen – författningstexten. En tolkning som kräver mer för att uppnå rättsenlighet än vad som definitivt går att utläsa ur respektive ansvarsfrihetsbestämmelse innebär att det ansvarsfria området blir mindre. I så fall går den tilltalade så att säga miste om ansvarsfrihet som hen skulle getts med en mindre sträng tolkning.

Jag vill förtydliga att vad jag föreslår när jag talar om gärningens riktning respektive överensstämmelse *inte* är ett tillkommande krav i bestämmelserna om nödvärn, nöd och samtycke. Det jag föreslår är att de krav som kommer till uttryck i författningstexten i respektive bestämmelse (att en gärning begås *i* nödvärn, begås *i* nöd eller begås *med* samtycke) analyseras i och för sig själva. Alternativet förefaller nämligen vara att detta krav analyseras som en del av vad som utgör en nödvärnssituation, som en del av vad som utgör en nödsituation eller som en del av om det föreligger ett samtycke som också är giltigt. Då finns däremot risk att det kravet glöms bort eller kommer i skymundan när de andra bedömningarna, som är relativt omfattande och informationstunga, ska göras.

Det förtjänar att återupprepas att kravet att gärningen ska vara företagen i nöd(värn) och som sådan ska kunna avvärja nöd(värns)situationen inte innebär att gärningspersonen behöver agera med visst syfte, exempelvis i syfte att avvärja situationen. På motsvarande sätt förhåller det sig beträffande samtycke.⁸² Bestämmelserna om nödvärn, nöd och samtycke utgör objektiva ansvarsfrihetsgrunder, vilket i svensk straffrätt innebär att den som agerar i nödvärn, i nöd eller med giltigt samtycke inte behöver känna till att en sådan situation föreligger. Agerandet kan potentiellt sett (om villkoren i försvarlighetsbedömningen uppfylls) vara rättsenligt ändå. När jag föreslår att bryta ut kravet på att gärningen är företagen *i* nöd(värn) eller *med* samtycke från bedömningen av om aktuell situation föreligger alternativt från försvarlighetsbedömningen föreslår jag alltså inte att det införs ett krav på att gärningspersonen ska agera i exempelvis försvarssyfte. Det materiella innehållet i kravet är detsamma, nämligen

82 Att det i 24 kap. 7 § anges att hänsyn ska tas till gärningens syfte innebär inte att insikt om någons samtycke behövs. "Gärningens syfte" kan närmast vara att förstå som det sammanhang gärningen företas i, jfr SvJT 1969 rf s. 20.

att gärningen objektivt sett är riktad mot det angrepp eller förhållande som utgör nöd(värns)situationen alternativt att den objektivt sett är i linje med samtycket i fråga. Diskussionen här ovan avser således endast den systematiska eller rättsdogmatiska behandlingen av detta krav.

4. FÖRSVARLIGHETSBEDÖMNINGEN

Samtliga tre ansvarsfrihetsgrunder som behandlas i den här texten (liksom de som inte behandlas i den här texten, för den delen) förutsätter att gärningen i fråga uppfyller vissa krav på försvarlighet. För att gärningen ska vara rättsenlig krävs det i fråga om nödvärn att gärningen inte är uppenbart oförsvarlig. I fråga om nöd och samtycke krävs det att gärningen inte är oförsvarlig. En försvarlighetsbedömning ska därmed göras utifrån de rekvisit som anges i respektive bestämmelse. Vilka tolkningsdata som gäller för de olika rekvisiten framgår i förarbeten och rättspraxis och har diskuterats i den juridiska doktrinen. Jag kommer här inte redogöra för detta material. Jag vill däremot lyfta frågan om det mellanliggande ledet som jag diskuterat i föregående avsnitt (gärningens riktning vid nödvärn och nöd respektive gärningens överensstämmelse vid samtycke) är något som skulle kunna användas i försvarlighetsbedömningen. I denna del gör jag inga anspråk på att redogöra för gällande rätt, utan här är resonemanget rent utforskande.

I försvarlighetsbedömningen ska som bekant den brottsbeskrivningsenliga gärningen (nödvärnsgärningen, nödgärningen, respektive den gärning som företagits med giltigt samtycke) utvärderas utifrån de rekvisit som anges i respektive bestämmelse. Kanske kunde gärningens riktning respektive gärningens överensstämmelse med samtycket vara något att, så att säga, hänga upp försvarlighetsbedömningen på.

Det faktum att en nödvärnsgärning är ägnad att göra något visst (nämligen att avvärja nödvärnssituationen) möjliggör en utvärdering av hur väl den enskilda gärningen gör detta. En nödvärnsgärnings riktning kan då användas för att konstruera en slags måttstock.⁸³ I förarbetena har det uttalats att det av en rättsenlig nödvärnsgärning krävs att det våld som används inte står i klar disproportion till vad som krävs för att avvärja faran (en behovsbedömning) och att det inte föreligger ett uppenbart missförhållande mellan nödvärnsgärningen och den skada

⁸³ Sett på detta sätt skiljer sig ansvarsfrihetsgrunderna som diskuteras här möjligen från andra ansvarsfrihetsgrunder, och då tänker jag främst på sådana undantagsregler som på vissa ställen anges direkt i anslutning till ett straffbud, exempelvis i fråga om förtalsbestämmelsen i 5 kap. 1 §. Rörande sådana regler är det möjligen svårare att konstruera en måttstock för den enskilda gärningen.

som hotat genom angreppet (en proportionalitetsbedömning).⁸⁴ Det jag tänker mig är att det vore möjligt att beakta nödvärnsgärningens riktning främst i relation till behovsbedömningen och särskilt i relation till om det finns alternativa handlingsvägar.⁸⁵ I NJA 2005 s. 237 bedömdes den tilltalade ha befunnit sig i en nödvärnssituation till följd av ett brottsligt angrepp och knivhuggit angriparen upprepade gånger i buken med resultatet att angriparen avled. HD uttalade i sin försvarlighetsbedömning följande:

Vid bedömningen av hur trängd [den tilltalades] situation var måste beaktas förhållandena på platsen, inbegripet möjligheterna att bege sig därifrån och att påkalla hjälp, samt hans möjlighet att använda mindre grovt våld, kanske riktat mot mindre vitala delar av [angriparens] kropp [...]. Vidare talar en jämförelse mellan [den tilltalades och angriparens] skador, liksom [den tilltalades] uppgift att han höll [angriparens] knivarm medan huggen utdelades, starkt emot att [den tilltalade] befann sig i ett sådant underläge att det var erforderligt att tillgripa det dödliga våldet i stället för att besvara [angriparens] angrepp på ett för denne mindre förödande sätt och därefter bege sig från platsen. Det har således funnits alternativa handlingssätt [...].

I 2005 års fall förelåg rätt till nödvärn och gärningen utgjorde en nödvärnsgärning i det att den riktade sig mot angriparen (gärningen hade alltså korrekt riktning). Gärningen var uppenbart oförsvarlig eftersom våldet stod i klar disproportion till vad som hade behövts för att avvärja faran. Lite tillspetsat kan sägas att gärningen hade korrekt riktning men blev i denna riktning för kraftig eller för bred. I NJA 2009 s. 234 bedömdes också den tilltalade ha befunnit sig i en nödvärnssituation till följd av ett brottsligt angrepp. Den tilltalade utdelade under ett ”relativt utdraget händelseförlopp” ett stort antal hammarslag mot angriparens huvud. Då angriparen till följd av de redan utdelade slagen var påverkad bedömde HD att det hade varit ”möjligt att avvärja vidare angrepp med mindre ingripande våld” men att den tilltalade i det skedet utdelade ytterligare och hårdare slag mot angriparen. Även den gärningen bedömdes vara uppenbart oförsvarlig. Lite tillspetsat kan sägas att den gärningen hade korrekt riktning men pågick i denna riktning för länge.

På delvis liknande sätt kunde det förhålla sig med gärningar företagna i nöd. I NJA 2017 s. 872 bedömde HD att den gärning som bestod i att framställa narkotika var företagen i nöd trots att gärningen endast på längre sikt kunde

84 Se prop. 1962:10 del B s. 327.

85 Detta krav kan sägas ha kommit till särskilt klart uttryck i NJA 2005 s. 237 och NJA 2009 s. 234.

avvärja nödsituationen. Nödgarningen ansågs oförsvarlig på den grund att lagstiftaren genom narkotikaregleringen redan avgjort den intresseavvägning som aktualiserades i målet. HD underströk att en gärning som innefattar narkotikabrott i smärtlindringssyfte endast är försvarlig i rena undantagsfall, såsom i akuta situationer då omedelbar tillgång till sedvanlig vård saknas. Ett sätt att se på dessa resonemang vore i termer av att nödgärningen i och för sig hade korrekt riktning i det att den på sikt kan avvärja nödsituationen. Däremot låg gärningen alltför långt ifrån avvärjandet – även om den hade rätt riktning. Kanske kunde det tänkas att ju tidigare i den möjliga orsakskedjan (sett till när avvärjandet kan ske) som en nödgärning företas, desto mindre är utrymmet för att bedöma den som försvarlig? Ett sådant resonemang kunde i så fall bli aktuellt även i sådana fall där någon hindrar trafiken eller avverkningsverksamhet med åberopande av att ett klimatnödläge föreligger. Förutsatt att en nödsituation bedöms föreligga,⁸⁶ och förutsatt att gärningen bedöms vara företagen i nöd (att den har korrekt riktning), så kan gärningen bedömas vara oförsvarlig på den grund att den ligger för långt ifrån avvärjandet.⁸⁷ Gärningen kunde också bedömas vara oförsvarlig för att det är för osäkert om den också kommer kunna leda till ett avvärjande. Så vore kanske fallet med viss miljöaktivism. En aktion bestående i exempelvis hindrande av trafiken kommer inte omedelbart att avvärja den nödsituation som den globala uppvärmningen utgör. För (åtminstone partiellt) avvärjande krävs det att politiska beslut om minskade utsläpp fattas, eller att civilbefolkningen väljer att minska sina utsläpp, eller att i alla fall någon person lämnar bilen hemma. Det behöver också ske till följd av nödgärningen – det vill säga aktionen. Kanske innebär den osäkerhet som är förenad med sådana orsakskedjor eller framtida handlingar att nödgärningen bedöms vara oförsvarlig.⁸⁸

Något annorlunda skulle det bli rörande gärningar som företas med giltigt samtycke om liknande resonemang kring försvarlighetsbedömningen och kopplingen till gärningens egenskaper övervägs. I förarbetena till samtyckesbestämmelsen anges följande:

86 Det är dock inte självklart att en nödsituation skulle bedömas föreligga i alla sådana situationer, om HD:s tidigare rättspraxis gäller, där förekomsten av en nödsituation utesluts av att den i målet aktuella intresseavvägningen redan avgjorts av statsmakterna (se NJA 1982 s. 621 och NJA 2000 s. 302).

87 Se Stockholms tingsrätts dom den 22 november 2023 i B 4628-23. I målet var fråga om åtal för ohörsamhet mot ordningsmakten efter att den tilltalade hindrat biltrafiken i centrala Stockholm med åberopande av nöd till följd av klimatkrisen. Tingsrätten konstaterade att en nödsituation i och för sig förelåg. Däremot menade tingsrätten att ”en handling – vars inneboende kapacitet att motverka hotet framstår som avlägsen – i motsvarande mån inte torde kunna beaktas som försvarlig” och att den ”faktiska effekten av handlingen som ett sätt att motverka hotet” inte framstod som självklar. Ansvarsfrihet med stöd av nödbestämmelsen följde därför inte.

88 Jfr NJA 2004 s. 786.

Ett samtycke till att bli utsatt för fara [...] omfattar många gånger även att faran förverkligas på ett typiskt sätt. Stor betydelse måste dock härvid – i viss parallellitet med förhållandena vid misshandelsbrottet – tillmätas den inträffade skadans omfattning. Är skadan allvarlig talar detta mot att ett samtycke till att utsätta sig för den fara, som resulterat i skadan, skall anses omfatta även skadefallet.⁸⁹

Att samtycke till att utsättas för fara många gånger “omfattar” att faran förverkligas kan i och för sig tolkas som en fråga om *vilken gärning* samtycket avsåg. I så fall kan skrivningen tänkas peka ut just kravet på hur mycket överensstämmelse som krävs mellan det den samtyckande tänkt sig och den gärning som utförs. Den frågan diskuterades i föregående avsnitt.⁹⁰ Samtidigt verkar uttalandet innebära viss glidning mellan om samtycket omfattat även skadan eller om *ansvarsfrihet* på grund av samtycke ska inträda även då skadan inträffar. Det sistnämnda alternativet pekar snarare mot försvarlighetsbedömningen. Frågan blir då: är en samtyckesenlig gärning försvarlig när den inneburit allvarlig skada och den samtyckande hoppats på att skadan inte skulle inträffa?

Som bekant är den skada eller den fara som gärningen medför två av de rekvisit som enligt 24 kap. 7 § ska beaktas inom ramen för försvarlighetsbedömningen. Möjligen kunde vi tänka oss följande. Graden av diskrepans mellan den brottsbeskrivningsenliga gärningen och den gärning som samtycket avser kan indikera huruvida gärningen är försvarlig. För ansvarsfrihet förutsätts då att de föregående leden är uppfyllda, alltså att ett giltigt samtycke föreligger och att den brottsbeskrivningsenliga gärningen är så pass lik den gärning som samtycket avser att samtycket kan sägas omfatta gärningen.⁹¹

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Nödvärn, nöd och samtycke har mycket gemensamt. Som jag visat i det föregående är behandlingen av dessa regler, schematiskt sett, likartad i fråga om vad som krävs för att den gärning som bestämmelsen tar sikte på ska vara rättsenlig. Som jag också visat behöver kravet på riktning (vid nödvärn och nöd) respektive överensstämmelse (vid samtycke) ges ett mer självständigt och strukturerat innehåll.

89 Se prop. 1993/94:130 s. 73. Se även SOU 1988:7 s. 206.

90 Se avsnitt 3.4 ovan.

91 Det ska noteras att allvarliga kroppsskador, enligt en tumregel som uppställts i förarbeten och rättspraxis, i och för sig själva ofta är tillräckligt för att gärningen ska vara oförsvarlig (se prop. 1993/94:130 s. 38–39, NJA 1993 s. 553, NJA 2013 s. 397 p. 11–12 och NJA 2018 s. 591 p. 8).

Nödvärn, nöd och samtycke kan prövas efter samma schema i fråga om gärningens rättsenlighet. Om gärningen bedöms vara otillåten (och ursäktande omständigheter ska prövas) finns dock en skillnad mellan behandlingen mellan nödvärn och nöd å ena sidan och samtycke å andra sidan. Skillnaden består av sådan ursäktlig excess som regleras i 24 kap. 6 §.⁹² Den regeln är nämligen inte tillämplig med avseende på samtycke. Viss skillnad finns också i fråga om putativsituationer. Störst utrymme har nämligen i förarbetena vigts åt putativt nödvärn respektive putativ nöd. Det finns dock inget som hindrar att det tillämpas även avseende samtycke. Snarare talar både systematiska skäl liksom skuldprincipen rent generellt för att en prövning av putativt samtycke bör göras i sådana situationer där gärningspersonen missuppfattat situationen och tror att den andra personen samtycker.⁹³

Ytterligare ett gemensamt drag för nödvärn, nöd och samtycke är att förekomsten av en sådan grund för ansvarsfrihet enligt 29 kap. 3 § andra stycket femte punkten utgör en förmildrande omständighet vid bestämmande av gärningens straffvärde, i de situationer gärningen utgör brott. Enligt den bestämmelsen ska det särskilt beaktas om gärningen *är sådan som avses i 24 kap.* Bestämmelsen omfattar därmed samtliga regler om ansvarsfrihet i 24 kap.⁹⁴ En intressant fråga är hur ”mycket” av en ansvarsfrihetsgrund som behöver föreligga för att situationen ska utgöra en förmildrande omständighet. Bestämmelsen har tillämpats i putativsituationer, alltså då en sådan situation som avses i någon av ansvarsfrihetsreglerna objektivt sett inte förelegat.⁹⁵ Även i litteraturen är uppfattningen att bestämmelsen ska tillämpas vid putativsituationer.⁹⁶ Sådan tillämpning kan

92 Denna begränsning framgår i författningstexten. Några uttryckliga skäl till varför excessbestämmelsen inte skulle vara tillämplig med avseende på samtyckesbestämmelsen angavs inte i förarbetena. Nog kunde det i och för sig tänkas att gärningspersonen i en samtyckessituation svårligen kan besinna sig, exempelvis vid sport- eller idrottsutövning såsom hockey eller boxning. Excessbestämmelsens systematiska närhet till bestämmelserna om nödvärn eller nöd kan nog förstås på så sätt att det inte sällan föreligger orsakssamband mellan den akuta situationen som nöd(värn) utgör och att gärningspersonen svårligen kan besinna sig. Det är däremot svårt (eller i alla fall svårare) att föreställa sig situationer där gärningspersonen *på grund av* den andres samtycke försätts i sådan affekt att gärningspersonen svårligen kan besinna sig.

93 Så kan vara fallet då kroppsspråk talar för att personen samtycker, då personen tidigare samtyckt och gett uttryck för det men sedan ändrat sig utan att kommunicera det till gärningspersonen, och så vidare.

94 Tidigare föreskrevs strafflindring endast för fall av excess, men regeln omfattar samtliga ansvarsfrihetsgrunder som avses i 24 kap., se prop. 1993/94:130 s. 62–63. Bestämmelsen har motiverats med att gärningar som är företagna då viss ansvarsfrihetsgrund föreligger men ändå är otillåtna regelmässigt har lägre straffvärde än liknande gärningar som inte företas i en sådan situation, se prop. 1993/94:130 s. 74.

95 Se NJA 1995 s. 661 och NJA 2012 s. 45.

96 Martin Borgeke & Mari Heidenborg, Att bestämma påföljd för brott, 3 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 200; Ågren, Brottsbalk 29 kap. 3 § Lexino (1 januari 2023, JUNO); Brotts-

förklaras av rättssäkerhetsskäl.⁹⁷ På ett sätt kan en sådan tillämpning förstås som en förlängning av putativregleringen som sträcker sig utanför brottsbegreppet.

I den här texten har jag argumenterat för att vi bör analysera reglerna om nödvärn, nöd och samtycke som trestegsraketer snarare än tvåstegsraketer. Den centrala skillnaden som jag föreslår är att vi fäster uppmärksamhet vid ett krav som ibland förbises. För nödvärn och nöd är det kravet att gärningen behöver ha viss riktning på så sätt att den är ägnad att avvärja nödvärnsrespektive nödsituationen. För samtycke är kravet att det måste föreligga tillräcklig överensstämmelse mellan det som det giltiga samtycket avser och den gärning som utförs.

Jag vill avslutningsvis säga något på temat ”spelar det någon roll?” Eftersom jag har betonat att kraven för nödvärn, nöd och samtycke är desamma om bestämmelserna analyseras som trestegsraketer, snarare än tvåstegsraketer, kan det ifrågasättas om det är nödvändigt att rekommendera trestegsraketer. Jag anser att ett mellanliggande led där gärningens riktning vid nödvärn och nöd och gärningens överensstämmelse vid samtycke fångar in ett krav som finns i bestämmelserna och som annars lätt glöms bort. För den som inte delar min oro över att detta krav riskerar att glömmas bort är det som jag föreslår i den här artikeln snarare av pedagogisk natur. Andra framställningstekniska lösningar och modeller är dock möjliga. Den som exempelvis arbetar med en tvåstegsraket vid en nödvärnsbedömning kan inordna kravet på riktning som en distinkt del i bedömningen av om det föreligger en nödvärnssituation.⁹⁸ Så nej, egentligen spelar just trestegsraketerna inte så stor roll. Det som däremot spelar roll är att kravet på riktning respektive överensstämmelse ges ett mer självständigt och strukturerat innehåll. Ett smidigt sätt att åstadkomma det menar jag är genom att arbeta med trestegsraketer.

balken en kommentar.

97 Se Maria Rasmussen, *Provokation, affekt och den straffrättsliga värderingen av våldsbrott*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, Stockholm, 2023, s. 127–128.

98 Jfr Frände & Lernestedt, 'Nödvärn i Sverige och Finland — några utsnitt', s. 786–787.

