

Martin Borgeke

”Nöd och smärtlindring” – ett nedslag i straffrättens allmänna del mot bakgrund av ett rättsfall från Högsta domstolen¹

1 Bakgrund

A åtalades för att ha framställt och därefter innehaft drygt 80 gram växtmaterial och 125 gram ”preparat” som innehöll cannabis, som är narkotika, för missbruk. Han hade också olovligen använt preparat som innehöll cannabis.

Handlandet som sådant var klarlagt. Båda gärningarna utfördes med uppsåt.

Bakgrunden var att A för drygt 20 år sedan bröt nacken i en motorcykelolycka och sedan dess hade varit förlamad från bröstet och nedåt. Han led av kramper och svåra neuropatiska smärtor som uppstod i den skadade ryggmärgen. De preparat för smärtlindring som sjukvården hade tillhandahållit hade antingen haft dålig effekt eller medfört negativa biverkningar. Det var för att lindra sina besvär som A hade framställt, innehaft och använt cannabis. En mindre del av cannabisen, ca 6 gram, hade han köpt och alltså inte framställt själv.

A hade strävat efter att den av honom odlade cannabisen inte skulle ha beroendeframkallande egenskaper eller rusgivande effekter. Bl.a. hade han försökt att få fram cannabis med lägre halt av tetrahydrocannabinol (THC) än normalt och mer cannabidiol (CBD) än som är vanligt. CBD har inte någon rusgivande effekt. Det finns forskning som pekar i riktning

¹ Rättsfallets beteckning är NJA 2017 s. 872.

mot att CBD kan motverka vissa risker som är förknippade med bruk av cannabis, t.ex. risken för psykosjukdom och beroende. Det mesta av den av A odlade cannabisen hade också en ovanligt låg THC-halt.

A frikändes av tingsrätten men fälldes till ansvar av hovrätten, som dömde honom till villkorlig dom och dagsböter. I båda domstolarna fanns det skiljaktigheter.

Efter domen i hovrätten, men före HD:s avgörande av målet, hade A av Läkemedelsverket beviljats enskild licens avseende Bediol, som är ett cannabisbaserat läkemedel. Sådan licens kan beviljas när andra, godkända, läkemedel saknas för den aktuella indikationen.

2 Den framställda narkotikan var avsedd för missbruk

HD konstaterade i sin dom i "Nöd och smärtlindring" NJA 2017 s. 872 att den framställda narkotikan var avsedd för konsumtion som inte hade stöd i någon ordination av läkare. Därmed var den definitionsmässigt avsedd för missbruk. Enligt HD hade A därmed *gjort sig skyldig till* en sådan gärning som avses i narkotikastrafflagen. Med detta uttryck avsåg HD att A:s gärning stämde överens med den beskrivning av narkotikabrott som finns i 1 § narkotikastrafflagen; det rörde sig alltså om en straffbelagd gärning. Huruvida A hade gjort sig skyldig till brott återstod att bedöma.

Det kan här noteras att HD:s uttryckssätt kan leda till missförstånd. Det är först sedan domstolen har gått igenom alla de förutsättningar som gäller för straffansvar som det är möjligt att konstatera att någon har gjort sig skyldig till brott. Nu använder HD i och för sig inte termen *brott*, utan talar om sådan *gärning* som avses i 1 § narkotikastrafflagen. Men i uttrycket att någon har gjort sig *skyldig* ligger, att personen har ådragit sig skuld. Och det är den fråga som hela målet handlar om: Har A gjort sig skyldig till narkotikabrott, dvs. är alla de förutsättningar, som gäller för att hans handlande ska medföra straffansvar för honom, verkligen uppfyllda? Det som HD på detta tidiga stadium av prövningen borde ha sagt är att A:s gärningar är brottsbeskrivningsenliga, dvs. stämmer överens med föreskriften i 1 § narkotikastrafflagen. Huruvida han genom sitt handlande gjorde sig *skyldig* till något som innefattades i åtalet är långt ifrån klart redan här.

3 De övriga gärningarna i åtalet

A hade också innehaft och brukat cannabis. HD påminner om rättsfallet ”Det delvis förbrukade narkotikainnehavet” NJA 2017 s. 415 av vilket framgår, att den som har brukat narkotika, som tidigare har utgjort en del av ett eget innehav av narkotika, ska dömas endast för innehavet. Motsvarande princip ska gälla också då någon har framställt den narkotika som senare innehas och brukas. Den som både har framställt viss narkotika och sedan innehaft och brukat denna ska alltså i princip dömas för endast framställningen.

4 Var gärningen rättsenlig på grund av nöd?

Enligt HD var A:s intresse att vara fri från smärta sådant som kan för-
anleda en tillämpning av bestämmelsen om nöd. I nöd får man ju enligt 24 kap. 4 § BrB företa även annars straffbelagda handlingar när fara hotar bl.a. hälsa. Det som man gör i en nödsituation får dock, för att vara rätts-
enligt, inte vara *oförsvarligt*. Vid den bedömningen ska farans beskaffen-
het, den skada som orsakas annan och omständigheterna i övrigt vägas in. I det här fallet gällde det väl närmast att pröva A:s lidande mot det något diffusa kriteriet ”omständigheterna i övrigt”. Någon skada för an-
nan hade ju inte uppstått.

HD förklarar (i p. 14) att det följer av syftet med nödbestämmelsen att
ansvarsfrihet i princip förutsätter att det är fråga om en på så sätt oförut-
sedd situation att lagstiftaren inte har haft möjlighet ta ställning till den.
Man påpekar att detta innebär bl.a. att det i princip inte är försvarligt
att, med åberopande av nöd, avvika från sådana intresseavvägningar som
redan har gjorts i lagstiftningen. I denna del hänvisar HD till ”De förfal-
skade passen” NJA 1979 s. 335.

HD:s resonemang i denna del väcker två funderingar. Den ena är att
det som enligt lagtexten ska bedömas inte är om en gärning som har ut-
förs i en nödsituation är *försvarlig* utan i stället om den är *oförsvarlig*. Det
kan kanske tyckas att detta är samma sak. Men lagstiftaren omformule-
rade vid en reform år 1994 nödbestämmelsen till att avse en ”oförsvarlig-
hetsbedömning” i stället för en ”försvarlighetsbedömning” med intention-
en att det därmed skulle öppnas för att domstolarna, som det uttalades
i förarbetena, ”friar från ansvar i nödsituationer i något fler fall än för
närvarande” (se prop. 1993/94:130 s. 36). Det är naturligtvis ingen stor

sak att HD har vänt på formuleringen, men när nu lagstiftaren har tagit upp saken kan det finnas skäl att påpeka hur det är tänkt.

Det är för övrigt en klassisk och väl beprövad domstolsteknik att i domskälen hänvisa till lagens exakta formulering. Då kan det inte uppstå någon oklarhet kring om domstolen har gjort sin prövning på det sätt som lagen föreskriver eller om rätten har provat målet utifrån någon annan uppfattning om innebörden i den norm som är aktuell. Och – vilket ju är viktigast – domstolen riskerar inte heller att hamna fel i sin bedömning.

Den andra funderingen är att nödbestämmelsen nog inte siktar bara på situationer som lagstiftaren inte har haft möjlighet att ta ställning till. Visserligen anger HD att det ”i princip” är så. Men det finns en mängd situationer som lagstiftaren *har* haft möjlighet att ta ställning till, men inte gjort det. Man har överlåtit till domstolarna att bedöma massor av situationer där olika straffbestämmelser i och för sig är tillämpliga, men som måste vara undantagna från området för vad som är otillåtet. Vi behöver bara tänka på hela det medicinska fältet och på alla de av lagstiftaren olösta situationer som förekommer inom det som brukar betecknas som ”lek och idrott”. Under samlingsbeteckningen *social adekvans* finns en stor mängd straffbelagda gärningar som inte är otillåtna eftersom de av olika skäl anses som rättsenliga. Dessa gärningar kan i vissa fall gränsa till nödsituationer, men kan också avse helt andra typer av fall. Att ta som utgångspunkt att lagstiftaren har gjort alla de intresseavvägningar som kan aktualiseras i nödsituationer eller nödliknande situationer kan knappast vara rätt, i vart fall framstår en sådan inställning som diskutabel.

HD:s slutsats blir att A:s gärning inte kan anses tillåten med stöd av nödbestämmelsen. Förklaringen är att lagstiftaren redan har gjort en avvägning mellan intresset av effektiv smärtlindring och intresset av kontroll av narkotika och också inrättat en ordning för kontrollerad distribution av narkotika för medicinskt bruk. Och då är en gärning som beskrivs i 1 § narkotikastrafflagen och som utförs i syfte att lindra smärta enligt HD ”försvarlig” bara i rena undantagsfall, t.ex. i en akut situation när omedelbar tillgång till sedvanlig sjukvård saknas.

Men vad betyder det att Läkemedelsverket beviljade A enskild licens avseende ett cannabisbaserat läkemedel innan HD avgjorde målet? Det finns inget som tyder på annat än att det redan när A företog de handlingar som åtalet avsåg fanns förutsättningar för honom att få en sådan enskild licens. Kan Läkemedelsverkets agerande uppfattas så, att verket ansåg att det rörde sig om en nödsituation som berättigade till ett avsteg

från vad som annars gäller i fråga om bruk av narkotika. En sådan slutsats ligger inte långt borta. Därmed skulle man kunna se det så att en statlig myndighet kom fram till att det rörde sig om ett nödläge där bruk av cannabis fick tolereras medan HD ansåg det motsatta.

Att nödbestämmelsen inte ledde till att A:s handlande blev tillåtet är dock en ståndpunkt som får accepteras. Det ligger också en hel del i att rättsenlighet med stöd av nödbestämmelsen i ett fall som detta nog bör kräva att situationen är av mera akut slag, t.ex. sådan att tillgång till sedvanlig sjukvård inom rimlig tid saknas.

5 Var gärningen rättsenlig på annan grund?

HD ansåg att A:s gärning inte heller på någon annan grund var tillåten. Det resonemang som HD för i p. 17 i domskälen går ut på att A:s gärningar aktualiserar en intressekonflikt som ”typiskt sett” är att hänföra till nödbestämmelsen och att det därför inte bör finnas något utrymme för att bedöma gärningen som ”ansvarsfri” med stöd av någon annan – skriven eller oskriven – undantagsregel.

Vad HD här mera precist menar med att gärningen inte är *ansvarsfri* är att gärningen inte är *rättsenlig*, dvs. tillåten med stöd av någon annan undantagsregel. Nödregeln är ju en objektiv ansvarsfrihetsgrund som, om den är tillämplig, medför att gärningen inte är otillåten. Det är en fördel om domstolarna i detta skede av bedömningen tar sikte på frågan om rättsstridighet, som handlar om gärningen som sådan, och inte talar om ansvarsfrihet, som är ett mera diffust och övergripande begrepp som många gånger leder tanken mera till de förutsättningar som gäller för personligt ansvar.²

En fråga är emellertid hur långt det är möjligt att generalisera HD:s ställningstagande i den här delen. Genom de olika straffbestämmelserna kriminaliseras en stor mängd handlingar. Det är dock uppenbart att allt som faller under någon straffbestämmelse inte kan vara otillåtet. Ett inte obetydligt antal gärningar som stämmer överens med det som anges i straffbestämmelserna måste undantas från det straffbelagda området. För de fall som är vanligast har det införts särskilda regler. Många av dessa finns i 24 kap. BrB, t.ex. nödvärnsfallen och nödsituationerna. Man kan säga att bestämmelserna om nöd, nödvärn, laga befogenhet etc. ska läsas

² Man brukar tala om objektiva respektive subjektiva ansvarsfrihetsgrunder. Så HD:s skrivsätt är begripligt, men ändå inte alldeles ”på kornet”.

in i alla straffbestämmelser som om de stod redan i beskrivningen av brotten som ett negativt objektivt rekvisit, dvs. som ett rekvisit som *inte* får vara uppfyllt för att handlandet ska utgöra brott.

Men regleringen av undantagsfallen är inte fullständig och det har aldrig varit lagstiftarens ambition att göra den fullständig. Att säga att alla de situationer som inte omfattas av de olika straffbestämmelserna, trots att de stämmer överens med beskrivningen av en straffbelagd gärning, är reglerade skulle låsa domstolarna på ett olyckligt sätt. Det finns alltså ett utrymme för ansvarsfrihet vid sidan av bestämmelserna i 24 kap. BrB om exempelvis nöd, som inte är lagreglerat. Här kan hänvisas till "Manifestet" NJA 1985 s. 893. Där uttalade HD bl.a. följande.

Det torde emellertid förhålla sig så att domstolarna har befogenhet att även utan uttryckligen angivet stöd i lag förklara ett annars straffbart handlande straffritt, när den uppkomna situationen är atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren samt starka motskäl kan åberopas mot en kriminalisering.

HD framhåller i "Manifestet" NJA 1985 s. 893 att fastän det står klart att domstolarna har en befogenhet att godta undantagssituationer, så måste de utnyttja denna befogenhet med största försiktighet. Lagstiftning om undantagsfallen har alltså ett klart företräde.

Som sammanfattande beteckning för detta oreglerade område av rättsenliga undantagsfall brukar man använda termen social adekvans. I rättsfallet "Cross-checking" NJA 2018 s. 591 utvecklar HD läran om social adekvans. HD skriver (i p. 10) följande.

Att en gärning är socialadekvat kan sägas innebära att den är tillåten trots att detta inte låter sig förklaras med hänvisning till vedertagna tolkningsmetoder eller skrivna undantagsregler. Det rör sig om en grupp i lag oreglerade undantagsfall. Social adekvans är i den meningen snarare en beteckning på en slutsats – att en gärning är tillåten – än ett skäl för denna slutsats. De olika undantagsfallen har dock så mycket gemensamt att det finns anledning att tala om en lära om social adekvans. Gemensamt för dem är att det, på ett eller annat sätt, finns ett samhälleligt intresse av att gärningen ska vara tillåten.

Läran om social adekvans bygger alltså på allmänna överväganden om vad som från samhällelig synpunkt kan anses vara önskvärt eller tolerabelt. Vad som vid en prövning av domstol bestäms vara socialadekvat kan ligga långt ifrån t.ex. nödbestämmelsens tillämpningsområde. Men det

bör också kunna ligga ganska nära. Det kan gälla sådana situationer som lagstiftaren inte har tänkt på när nödbestämmelsen infördes eller när den senare (år 1994) omformulerades, men där det skulle framstå som orimligt att inränga det aktuella handlandet bland andra otillåtna gärningar. För övrigt är tillämpningsområdet för nödbestämmelsen något diffust i dess ytterområden. Vad som "typiskt" sett är att hänföra till nödbestämmelsen kan därför vara föremål för diskussion.

Har lagstiftaren haft den aktuella situationen för ögonen, eller en liknande situation, och tagit ställning emot att den ska omfattas av t.ex. nödrätten så är ju läget klart. Och beträffande de fall som hamnar i kärnområdet för nödparagrafen ska frågan om rättsenlighet helt klart avgöras med stöd av regeln i 24 kap. 4 § BrB. Men finns det verkligen skäl att utesluta en tillämpning av reglerna för social adekvans när det gäller situationer som ligger något vid sidan av, men som i någon mening skulle kunna sägas "typiskt sett" utgöra nöd? Kan man i linje med detta tänka sig att det finns ett område intill de olika objektiva ansvarsfrihetsgrundernas tillämpningsområde som så att säga är "ingen mans land", där verkan av närheten till exempelvis nödbestämmelsens tillämpningsområde omöjliggör resonemang om social adekvans? Från allmänna straffrättsliga utgångspunkter är det svårt att tro att det förhåller sig så. Och HD:s dom behöver heller inte tolkas på det viset. I "Cross-checking" NJA 2018 s. 591 är det för övrigt så att de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna samtycke och social adekvans samspelar vid bedömningen av vad som utgör tillåtet våldsutövande på en ishockeyrink. Det framstår inte som onaturligt att också social adekvans och nöd skulle kunna samverka vid bedömningen av om A:s handlande var tillåtet eller inte.

6 Var gärningsmannen helt eller delvis ursäktad?

Genom att A:s gärning stämde överens med en straffbestämmelse (1 § narkotikastrafflagen) – och någon grund för att den ändå var rättsenlig inte fanns – var det fråga om en otillåten gärning. Eftersom A hade erforderligt uppsåt var det allmänna skuldkravet uppfyllt. Vad som då återstod innan HD kunde konstatera att A hade gjort sig skyldig till narkotikabrott var frågan, om A:s gärning av någon anledning var helt eller delvis ursäktad.

HD konstaterar i denna del först att så som bestämmelsen om ansvarsfrihet i vissa fall av excess (24 kap. 6 § BrB) är utformad saknas det möjlighet att ta hänsyn till att A:s gärning kan framstå som i viss mening ursäktlig. Varför excessbestämmelsens utformning hindrar att den tillämpas utvecklar HD inte. Paragrafen lyder på följande vis.

Om någon i fall där 1–5 §§ detta kapitel eller 10 § polislagen (1984:387) är tillämplig har gjort mer än som är medgivet, ska han ändå vara fri från ansvar, om omständigheterna var sådana att han svårligen kunde besinna sig.

Regeln tar uppenbarligen sikte på fall där den som plötsligt råkat t.ex. i en nödsituation har svårt att bedöma vilket handlande som är godtagbart och alltså inte oförsvarligt i sammanhanget. A:s situation var inte sådan. Han hade gott om tid att överväga hur han skulle handla. Därmed framstår HD:s resonemang om att han inte kunde gå fri från ansvar med stöd av bestämmelsen i 24 kap. 6 § BrB som okontroversiell.

Härefter anger HD att A hade erkänt att han var medveten om att *gärningen var straffbelagd* enligt narkotikastrafflagen och uttalar, att bestämmelsen om straffrättsvillfarelse i 24 kap. 9 § BrB alltså inte aktualiseras. I denna del finns det anledning till en viss fördjupning.

Regeln om ansvarsfrihet i vissa fall av straffrättsvillfarelse finns alltså i 24 kap. 9 § BrB. Den mycket tydliga grundprincip som kommer till uttryck i bestämmelsen är att det inte spelar någon roll om den som begår en otillåten gärning kände till att det som han gjorde var straffbart eller inte.³ Han döms, oavsett sin eventuella brist på kunskap om straffrättens innehåll, för det brott som han har begått. Men helt utan undantag kan denna hårda linje mot lagöverträdare inte upprätthållas. Om det var uppenbart ursäktligt att den handlande var i villfarelse om gärningens tillåtlighet ska han inte fällas till ansvar.

Bestämmelsen i 24 kap. 9 § BrB talar alltså om *gärningens tillåtlighet*, medan HD anger som skäl för att det inte kan röra sig om en straffrättsvillfarelse att A var medveten om att *gärningen var straffbelagd*. Att gärningen var straffbelagd var ju helt uppenbart. Handlandet stämmer helt klart in på beskrivningen av narkotikabrott i 1 § narkotikastrafflagen. Men det som målet handlade om var ju inte detta, utan om gärningen, trots att den var straffbelagd, var rättsevenlig och därmed tillåten. Frågan gällde alltså just gärningens tillåtlighet. Det får också antas att A var i vill-

³ Den latinska sentensen för denna rättsgrundsats är ”ignorantia iuris nocet” dvs. okunighet om rätten skadar.

farelse på den här punkten. Och med den officialprövningsprincip som gäller för brottmålsprocessen var det denna fråga som HD skulle svara på.

Vad HD borde ha prövat var alltså inte endast A:s kunskap om att handlandet täcktes av bestämmelsen om narkotikabrott i 1 § narkotikastrafflagen, utan också om A insåg att ingen undantagsregel gjorde handlandet tillåtet. Det är nämligen svårt att tänka sig att lagstiftaren år 1994 valde uttrycket "gärningens tillåtlighet" av en ren slump. Formuleringen framstår i stället som väl genomtänkt. Villfarelse rörande undantagsfallens (de objektiva ansvarsfrihetsgrundernas) tillämpningsområden, t.ex. nödbestämmelsens, bör alltså också kunna leda till ansvarsfrihet, om villfarelsen var uppenbart ursäktlig.

Nu kan man kanske utgå från att HD hade svarat på samma sätt också om HD hade ställt den i sammanhanget rätta frågan. Någon ansvarsfrihet på grund av straffrättsvillfarelse fanns det antagligen inte fog för. A:s eventuella missuppfattning om gärningarnas tillåtlighet var sannolikt inte uppenbart ursäktlig. Men med en bedömning av detta slag skulle det återstå för HD att besvara frågan, om inte straffvärdet var lägre med stöd av föreskriften i 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB på grund av den inte uppenbart ursäktliga straffrättsvillfarelsen. Denna lagregel avser den situationen att gärningen, utan att vara fri från ansvar, är sådan som avses i 24 kap. BrB. Med HD:s alltför begränsade prövning av straffrättsvillfarelsefrågan blev följdfrågan aldrig ställd. Och kanske förhöll det sig så att en straffvärdereduktion på grund av straffrättsvillfarelsen var befogad? För egen del skulle jag tro det, även om det i prop. 1993/94:130 uttalas, att utrymmet för att tillämpa 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB vid straffrättsvillfarelse torde vara mindre än vid andra ansvarsfrihetsgrunder med hänsyn till den restriktivitet som gäller för ansvarsfrihet på grund av sådan villfarelse.

7 Gärningarna utgjorde ringa narkotikabrott

Av flera skäl kommer HD fram till att gärningen utgjorde ett ringa narkotikabrott, trots att mängden narkotika inte var helt obetydlig. Viktigast för denna bedömning var naturligtvis syftet med framställningen av cannabisen. Men också det förhållandet att det i princip hade varit uteslutet att narkotikan skulle komma i händerna på andra hade betydelse. Med det resonemang som hade lett HD hit var bedömningen befogad.

8 Straffvärdebedömningen

Vid bedömningen av straffvärdet beaktade HD bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB. Vad HD tar hänsyn till är att A handlade i en nödsituation; den allvarliga smärtan var ett intrång i intresset ”hälsa”. A:s handlande var visserligen oförsvarligt, men straffvärdet var lägre än om det inte hade rört sig om en nödsituation. Hade gärningen varit att bedöma utan beaktande av nöd hade den normalt haft ett straffvärde på fängelsenivå. Men det hade den alltså inte i detta fall.

För straffvärdebedömningen har enligt HD också gärningens atypiska karaktär betydelse. Uttryckssättet är samma som i ”Manifestet” NJA 1985 s. 893. Något annat som tyder på att HD har varit inne på tankar kring social adekvans finns dock inte i HD:s domskäl. I stället dementerar HD att social adekvans ska tillmätas någon betydelse i sammanhanget genom skrivningen i p. 17: Eftersom A:s fall aktualiserar en intressekonflikt som typiskt sett är att hänföra till nödbestämmelsen bör det inte finnas utrymme för att bedöma gärningen som ansvarsfri med stöd av någon annan – oskriven – undantagsregel. Men då blir frågan, varför gärningens atypiska karaktär ska spela någon roll för bedömningen av straffvärdet, obesvarad.

9 Annat som påverkade straffmätningen

Som framgått beviljades A efter gärningarna enskild licens avseende det cannabisbaserade läkemedlet Bediol. Frågan var enligt HD då om detta förhållande skulle få någon betydelse straffrättsligt, och i så fall vilken.

HD konstaterar (i p. 27) att gärningens straffvärde inte kan påverkas av att en enskild licens har utfärdats efter gärningen. Att A har fått en sådan licens innebär enligt HD likväl ett visst erkännande av den intressekonflikt som han stått inför. Utfärdandet av licensen bygger nämligen på en värdering av de mot varandra stående intressena som åtminstone till någon del motsvarar den värdering som A själv gjorde. Enligt HD leder detta till att regeln i 29 kap. 5 § första stycket 9 p. BrB bör ges viss betydelse vid den slutliga straffmätningen.

Resultatet blev att påföljden bestämdes till 40 dagsböter.

Den av HD återopade lagregeln i 29 kap. 5 § första stycket 9 p. BrB är ”öppen” i den meningen att den tillåter hänsynstagande till andra omständigheter än de som anges tidigare i uppräknningen av billighetsskäl i paragrafen. Det har uttalats i förarbetena (prop. 1987/88:120 s. 96) att

det ska röra sig om omständigheter som är hänförliga till gärningsmannens personliga situation eller som har inträffat efter brottet. De ska i princip vara likvärdiga med och lika tungt vägande som de omständigheter som nämns i de tidigare punkterna i 29 kap. 5 § första stycket. Den situation som gällde i detta mål nämns inte i förarbetena som ett fall som avses med regeln i p. 9⁴ i 29 kap. 5 § första stycket. Det hindrar emellertid inte att den kan tillämpas.

Vad man kan diskutera är emellertid om det är självklart att ett efterföljande beslut, i det här fallet att A fick enskild licens för ett cannabisbaserat läkemedel, ska påverka *straffmätningen* med stöd av 29 kap. 5 § BrB? HD har väl i och för sig rätt när man skriver att licensen innebär ett visst erkännande av den intressekonflikt som A har stått inför. Men sådana skäl, dvs. att det fanns en klar intressekonflikt, hör väl närmast samman med *straffvärdebedömningen*, dvs. bedömningen av A:s skuld. Själva nödbestämmelsen handlar ju för övrigt om hur man ska se på olika intressekonflikter och en tillämpning av regeln om nöd leder till att graden av rättsstridighet minskar och i vissa fall hamnar på noll; dvs. gärningen blir tillåten. Men då är vi tillbaka till frågan, om det verkligen var oförsvarligt att göra så som A gjorde. Att själva erkännandet av intressekonflikten, som HD anger, skulle ha någon betydelse som ett billighetsskäl är det inte alldeles lätt att se. I stället bör det väl ha betydelse för bedömningen av otillåtligheten av gärningarna.

10 Avslutande kommentarer

Situationen i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 påminner i viss mån om hur det gick i rättsfallet ”Svartedalen” NJA 2000 s. 302. På ett för dem själva riskabelt sätt kedjade sig några fältbiologer fast vid skogsmaskiner, med vilka man skulle avverka i ett från naturskyddssynpunkt känsligt skogsområde. Personerna lyckades hindra avverkningsarbetet och dagen efter beslutade länsstyrelsen om ett interimistiskt naturreservat, vilket innebar avverkningsförbud. Skogen räddades alltså. Men fältbiologerna dömdes för egenmäktigt förfarande till bötesstraff. HD motiverade det bl.a. med att intresset av att hindra avverkning inom skogsområdet vid den aktuella tidpunkten ännu inte kunde anses ha varit skyddat av rättsordningen. Därmed var det inte någon nödsituation. En ledamot var

⁴ Tidigare p. 8.

skiljaktig och meddelade påföljdseftergift. (Se, förutom rättsfallet, Martin Borgeke, Egenmäktigt förfarande och nöd, i JT 2000–01 s. 409.)

HD har både i "Svartedalen" NJA 2000 s. 302 och i det nu aktuella fallet med odling av cannabis i smärtlindringssyfte intagit en ganska sträng attityd i fråga om att bedöma gärningar som rättsenliga. Detta ligger, när det gäller oskrivna ansvarsfrihetsgrunder, i linje med vad HD uttalade i "Manifestet" NJA 1985 s. 893. HD:s hållning ger också stadga åt straffrätten, som naturligtvis är av godo.

Men frågan är om det verkligen hade behövt bli fällande dom i de här båda målen. Kunde man inte tänka sig en något friare hållning till vilka "atypiska" undantagsfall som kan godtas? I Svartedalsmålet var det inte svårt att inta ståndpunkten att de personer som hindrade avverkningen och därmed räddade det värdefulla skogspartiet borde ha blivit frikända. Det som de gjorde var ju inte så lite hjältemodigt. På motsvarande sätt är frågan om det verkligen var nödvändigt att fälla A till ansvar för brott. För egen del tror jag inte att förtroendet för rättssystemet skulle äventyras om A:s gärningar hade bedömts som rättsenliga, dvs. inte otillåtna. Hans situation med svåra smärtor bör ju ha varit närmast outhärdlig. Det är för övrigt inte alldeles enkelt att förstå varför ett beslut av Läkemedelsverket om enskild licens ska ges så stor betydelse att användningen av smärtlindringsmetoden före beslutet var ett brott, men efter beslutet helt lagligt. Detta gäller även om det i ett fall som detta inte går att åberopa sig på de principer som 5 § BrP vilar på (jfr "Viltfällan" NJA 2016 s. 649).

Självklart skulle följderna av en utgång av det här angivna slaget, dvs. ett frikännande, kunna vara aningen svåra att överblicka. Det kan vara förklaringen till att HD gick på den säkra linjen, vilket naturligtvis får respekteras. Men avgörandet visar att vad som är straffbart och vad som inte är det ibland kan vara föremål för diskussion. När jag begrundar HD:s resonemang i "Nöd och smärtlindring" NJA 2017 s. 872 får jag i tankarna en tidigare presidents⁵ i Skånska hovrätten ord: "Domstolens viktigaste uppgift är att frikänna – för det finns ingen annan som gör det!"

Kan man tänka sig att lagstiftaren, eller möjligen Läkemedelsverket, mot bakgrund av rättsfallet tar något initiativ som mera generellt underlättar för personer som befinner sig i A:s svåra situation? Det kan ju vara en förhoppning nu när HD har klargjort rättsläget på detta sätt.

⁵ Uttalandet har tillskrivits Björn Kjellin, president i Hovrätten över Skåne och Blekinge under åren 1958–1977.