

Putativ nöd

Till tolkningen av försvarlighetsrekvisiten i Brottsbalkens regler om nöd och nödvärn

av docenten, jur. dr NILS JAREBORG

Inledning

Brottsbalkens ikraftträdande 1965 innebar väsentliga förändringar på nödrättens område. Reglerna om berättigat nödvärn hade undergått förändringar i både utvidgande och inskränkande riktning: det absoluta nödvärnet vid grövre angrepp hade försvunnit, samtidigt som det inte längre för ansvarsfrihet var nödvändigt att den angripne ej gjort större våld än nöden krävde — enligt BrB 24:1 är ansvar uteslutet, om handlingen ej „med hänsyn till angreppets beskaffenhet och det angripnas betydelse är uppenbart oförsvarlig“. Vidare infördes i BrB 24:4 en allmän undantagsregel om ansvarsfrihet vid nöd. Stadgandet får antagas vara ett korrekt uttryck för de riktlinjer som behärskat rättspraxis under strafflagens giltighetstid. Enligt 24:4 är den, som på angivet sätt handlar i nöd, fri från ansvar „om gärningen med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt måste anses försvarlig“. Också här finns således ett försvarlighetsrekvisit, ehuru det är så utformat att ansvarsfriheten sträckts mindre långt än i fall av nödvärn.

När jag i fortsättningen talar om nöd avser jag både nöd i 24:4 och nödvärn i 24:1, såvida ej annat anges. Likaså kommer jag att kalla såväl „försvarlig“ i 24:4 som „ej . . . uppenbart oförsvarlig“ i 24:1 för försvarlighetsrekvisit.

Den fråga jag tänker behandla är den om BrB medfört ytterligare en förändring på nödrättens område. Att så är fallet har gjorts gällande av Strahl och i kommentaren till BrB. I första upplagan av kommentaren säges sålunda, att 24:1 och 24:4 „torde böra i enlighet med sin ordalydelse läsas så, att undantagen är beroende på att den föreställning gärningsmannen gjorde sig om de faktiska förhållandena var, på sätt i varje bestämmelse fordras, försvarlig. För att han skall kunna straffas kräves att hans gärning var icke försvarlig, och detta oförsvarlighetsrekvisit, ett slags culperekvisit, torde icke avse endast själva gärningen utan även omständigheterna därvid, alltså den faktiska situationen.“¹⁾ Som exempel nämnes, att någon av misstag tror att brand uppstått och därför, på sätt som vore försvarligt om det förhölle sig så, bryter in i en grannes hus för att taga eldsläckningsredskap. För att han skall gå fri från ansvar för uppsåtlig skadegörelse anges hans misstag skola vara försvarligt,

dvs. icke culpöst.²⁾ I andra upplagan av kommentaren vidhålles samma ståndpunkt, men motiveringen avviker något.

Reglerna om ansvarsfrihet vid nöd betraktas i allmänhet som komplexa rekvisit som förses med en negation och s.a.s. kopplas på brottsdefinitionerna i de aktuella straffbuden. T.ex. BrB 3:5 skall då läsas på följande sätt: Den som tillfogar annan person kroppsskada, sjukdom eller smärta eller försätter honom i vanmakt eller annat sådant tillstånd och icke handlar i nöd på sätt som beskrives i BrB 24:1 och 24:4, dömes för misshandel . . .³⁾ Enligt allmänna principer om imputation skall allt detta vara täckt av uppsåt. Som jag utvecklade på annat håll torde — om man bortser från dolus eventualis — täckning av negativa rekvisit alltid föreligga utom när gärningsmannen befinner sig i villfarelse, dvs. felaktigt tror att det negativa rekvisitet inte är uppfyllt, och här han är tveksam hur därmed förhåller sig.⁴⁾ Således är de negativa rekvisiten vid t.ex. misshandel inte täckta av uppsåt, om gärningsmannen uppfattar sin situation på sådant sätt att en berättigande nödsituation föreläge, om hans uppfattning vore korrekt.

Strahls och Beckmans uppfattning är en annan. För att förändra ansvarsfrihet måste villfarelsen vara försvarlig, ursäktlig. I fråga om nödreglerna är ordinarie regler om imputation satta ur spel. Ansvar för uppsåtligt brott skall ådömas så snart gärningsmannen varit culpös, dvs. om han, vid sådan eftertanke och aktsamhet som kan krävas av honom, skulle ha förstått att den föreliggande situationen ej var sådan som han faktiskt trodde. Ehuru det är oklart om han i fall av försvarlig villfarelse går fri på grund av att han är berättigad att utföra handlingen eller på grund av att han är ursäktad ehuru han utför handlingen, så kan sägas, att i praktiken blir läget ungefär detsamma som vid häleriförseelse och de sedlighetsbrott, vid vilka en åldersgräns utgör ett rekvisit. För vissa rekvisit krävs dolus, för vissa andra räcker det med culpa. Med hänsyn till skillnaden mellan 24:1 och 24:4 kan sägas, att i förhållande till nödvärnsregeln skall culpan vara grov, medan detta ej krävs i förhållande till nödregeln.

I andra upplagan av kommentaren utvecklas närmare huru som ett förbehåll om ansvarsfrihet kan utformas på två olika sätt.⁵⁾ Enligt den ena metoden innebär förbehållet en korrigerig av brottsbeskrivningen i det särskilda ifrågakommande straffbudet. Denna metod ansågs under strafflagens tid vara brukad i fråga om samtliga grunder för brottslighetens uteslutande och enligt kommentaren är så fortfarande fallet beträffande samtycke och förmans befallning. Den andra metoden innebär att förbehållet lämnar straffbuden med deras rekvisit orubbade och utgör en helt fristående regel om ansvarsfrihet. Denna metod anses vara utnyttjad i BrB 5:1 andra stycket, vari stadgas att

den, som företagit en gärning som uppfyller rekvisiten för förtal, ej skall dömas till ansvar om det var försvarligt att lämna uppgift i saken och han visar att uppgiften var sann eller att han hade skälig grund för den. Den anses också vara utnyttjad i BrB 15:4 andra stycket, varefter ansvar ej skall ådömas den som, ehuru han lämnat osann uppgift eller förtigit sanningen på sätt som uppfyller rekvisiten för mened, osann partsutsaga eller ovarsam utsaga, hade ägt vägra yttra sig, under förutsättning att omständigheterna innebär skälig ursäkt för honom. Enligt kommentaren torde bestämmelserna i BrB 24:1—4 (nödvarn, laga befogenhet, nöd) vara utformade som förbehåll som lämnar straffbudens rekvisit orubbade och endast stadgar undantag från den genom straffbuden gjorda kriminaliseringen. „Vad som ger anledning att uppfatta de nämnda bestämmelserna på annat sätt än t.ex. det underförstådda förbehållet att samtycke icke givits är, att straffbarheten enligt dem, liksom enligt 5:1 andra stycket, gjorts beroende av handlingens försvarlighet.“⁶) Det grundläggande argumentet är således detsamma som i första upplagan av kommentaren: ordalydelsen torde ge vid handen att Strahls och Beckmans tolkning är den riktiga.

Strahl och Beckman menar således, att försvarlighetsrekvisiten i 24 kap. inte bara föreskriver en intresseavvägning utan också innehåller ett culparekvisit. Såsom kommer att framgå av den följande översikten, är denna lära en nyhet i svensk straffrättsdogmatik. Denna *nya lära* får betydelse endast vid putativ nöd, dvs. när någon berättigande situation ej förefinns, men en sådan skulle ha förelegat, om gärningsmannens uppfattning vore riktig, och när denne i motsvarande situation visserligen inte misstar sig men tvekar (från den senare typen av fall bortses dock i fortsättningen). Rent faktiskt kan läget då vara antingen att ingen nödsituation alls föreligger eller att en nödsituation faktiskt föreligger, vilken emellertid inte berättigar till det företagna våldet. I motsats till den nya läran kräver den *äldre läran* täckning med uppsåt även i vad gäller nödsituationen. Om därvid någon täckning av själva försvarlighetsrekvisitet erfordras lämnar jag därhän, då frågan hänger samman med den allmänna frågan rörande täckning av rekvisit som förutsätter värderingar.⁷)

Den äldre lärans ställning i svensk rätt

I 1861 års KF ang. mord, dråp och annan misshandel var nödvärnsreglerna, vilka utan ändring överfördes till 1864 års Strafflag, synnerligen restriktiva. Om de var tillämpliga, så fick man dock göra allt som var nödigt för farans avvärjande. Hade gärningsmannen gjort större våld än nöden krävde skulle domstolen erbjuda „efter omständigheterna, om han för uppsåtlig gärning eller blott såsom för vållande straffas bör“. Ordet „såsom“ fanns inte med i Lagkommitténs förslag till straffbalk (1832), utan

hade utan motivering införts av Lagberedningen i dess förslag (1844).⁸⁾ Carlén tolkade denna regel om excess så, att man även på uppsåtliga brott skulle kunna tillämpa straffskalan för oaktsamhetsbrott; orden „såsom“ medförde att det inte behövde föreligga ett oaktsamhetsbrott för att straffskalan för ett sådant skulle få användas.⁹⁾ Med denna tolkning är tydligt, att det i excessfallen inte behövdes läggas någon större vikt vid om en ousäktlig villfarelse friade från dolusansvar eller ej. Riktigheten i Carléns tolkning bestreds emellertid från flera håll, bl. a. av Hagströmer.¹⁰⁾ Och långt senare framhöll 1934 års sakkunniga i ämnet, att regeln i fråga säkerligen blott innebar en anvisning åt domaren att noggrant pröva, om det i verkligheten förelåg dolus eller allenast culpa i förhållande till den genom nödvärns-handlingen orsakade rättskränkningen.¹¹⁾

Hur denna prövning skulle gå till var Hagströmer den förste att förklara. Uppsåt föreligger inte då villfarelsen föranleder till ett antagande att det finns ett intresse som, därest det funnes, skulle göra handlingen berättigad, dvs. „så snart villfarelsen kommer den handlande att tro effektens orsakande ej vara sådant, som för ett rättsstridigt orsakande förutsättes (om t.ex. en person på grund af ett missförstånd anser sig vara angripen så, som i 5:7 sägs, och i denna tro öfvar våld å den förmente angriparen, är detta våld ej öfvadt med dolus).“¹²⁾

1890 genomfördes en reform av nödvärnsrätten. Ett moment häri var att nyssnämnda regel rörande excess erhöi en ny avfattning. Nya Lagberedningen hade visserligen föreslagit ett bibehållande av den gällande lydelsen, men på hemställan av Lagutskottet infördes i stället en regel om möjlighet att ådöma ringare straff än stadgat. Lagutskottets motivering var emellertid inte invändningsfri. Det uttalade, att då en excesshandling „väl nästan alltid måste anses vara uppsåtlig, synes uttrycket 'såsom för vållande' vara ganska oegentligt, helst vid nödvärn kunna förekomma handlingar, vilka endast såsom uppsåtliga äro med straff belagda.“¹³⁾ 1934 års sakkunniga fann detta uttalande bero på att utskottet inte rätt förstått dolusrekvisitets innebörd och de betvivlade ej att det „icke saknat betydelse för en tillämpning i mindre lycklig riktning av bestraffningsreglerna vid nödvärns-excess“.¹⁴⁾

Oberoende av vad som skedde i praxis, kom vad jag har kallat den äldre läran till allt klarare uttryck i doktrinen. Thyrén tog den som en uppenbar konsekvens av allmänna straffrättsliga principer: „Om inkulpaten med orätt antager ett faktiskt förhållande, som, derest det funnits, skulle skapat en nödvärns-situation, så kan han icke anses hafva begått brottet uppsåtligen (men möjligen i culpa).“¹⁵⁾ Bergendal, Wetter och Stjernberg redovisade samma ståndpunkt.¹⁶⁾ Strafflagskommissionen framhöll, på tal om faktisk villfarelse, att det är likgiltigt om gär-

ningsmannen tror, att ett för brottet nödvändigt faktum saknas, eller om han tror, att ett faktum föreligger, vilket enligt lag skulle göra handlingen tillåtlig. Härom förelåg enligt kommissionen i det stora hela full enighet inom litteratur och lagstiftning.¹⁷⁾

Strafflagskommissionens lagförslag innehöll i 4 kap. 5 § andra stycket ett stadgande som med all önskvärd tydlighet utvisade, att den äldre läran var accepterad av kommissionens ledamöter: „Nu har någon utan sannolika skäl trots sådan fara vara å färde, som i något av de i första stycket nämnda lagrum sägs: gjorde han skada och är gärningen belagd med straff, då den begås av oaktsamhet; varde dömd till det straff.“ Bortsett från att ordföljden är mindre tysk, är stadgandet identiskt med § 12 andra stycket i kap. 4 i Thyréns förberedande utkast till strafflag.¹⁸⁾ Strafflagskommissionen ansåg visserligen att regeln i och för sig blott var en konsekvens av det allmänna stadgandet om oaktsamhet, men den bedömdes likväl som befogad för att förhindra vissa tänkbara missförstånd.¹⁹⁾

Under första tredjedelen av 1900-talet blev nödvärnsrätten upprepade gånger föremål för debatt i riksdagen. I anledning av en motion yttrade Första lagutskottet 1934 rörande nödvärns-excess, att för att gärningsmannen „skall dömas för uppsåtlig förbrytelse fordras, att han vid nödvärnshandlingen insett att han gjort större våld än nöden krävde“.²⁰⁾ Samma år kallades professorn Nils Stjernberg, borgmästaren Jakob Pettersson och advokaten Georg Stiernstedt att som sakkunniga inom justitiedepartementet biträda med utredning rörande revision av gällande lagbestämmelser om nödvärnsrätt, varjämte assessorn Gunnar Lindskog förordnades som sekreterare. De sakkunniga avgav sitt betänkande innan året löpt ut. Det viktigaste i deras förslag bestod i avskaffandet av de s.k. objektiva överskotten, vilkas förekomst ofta hade medfört, att nödvärnsrätten i praxis tunnats ut på ett sätt som var stötande för det allmänna rättsmedvetandet. I denna del följdes de sakkunnigas förslag av lagstiftning 1937.

Enligt de sakkunniga fordras för dolusansvar „dels att man verkligen velat åstadkomma den yttre effekt man åstadkommit, och ej t.ex. i misshugg kommit att tillfoga en större skada än man velat, dels att man riktigt uppfattat den föreliggande yttre situationen och ej på grund av villfarelse rörande denna trots sig befogad till åtgärden i fråga, t.ex. tyckt sig se angriparen använda ett livsfarligt tillhygge och av denna grund ansett sig äga en större nödvärnsrätt än man i verkligheten hade.“²¹⁾ Som nämnts syntes Lagutskottet vid 1890 års riksdag ej tillräckligt ha beaktat det senare momentet i dolusrekvisitet. Då praxis föreföll ha utvecklats sig på ett icke önskvärt sätt, ansåg man bestämt

skäl föreligga för att i lagens text ge tydligt uttryck åt den „i nutida straffrätt allmänt erkända grundsatsen, att en för brottslig gärning tilltalad, som på grund av omständigheterna, om ock aldrig så ousäktligt, antagit, att han ägt laglig befogenhet till den ifrågavarande gärningens företagande, icke kan straffas för uppsåtlig gärning.“ Däremot bedömdes ej som lika behövt att statuera, att den som ursäktligt trott de faktiska förhållandena vara sådana, att han befann sig i en nödvärnssituation, icke kan straffas ens för vållande till den skada han åstadkommit.²²⁾ Följaktligen föreslogs att följande stadgande skulle upptagas som en andra punkt i SL 5:9 första stycket, dvs. i den paragraf enligt vilken bedömningen av nödvärnsexcess företogs: „Vilke han ej sådant våld göra, eller trodde han på grund av omständigheterna sådan fara å färde vara, att han ägde det våld öva, må straff för uppsåtlig gärning ej ådömas.“²³⁾

I det till lagrådet remitterade förslaget var emellertid det föreslagna tillägget i SL 5:9 ej medtaget. Departementschefen förnekade visserligen inte, att en viss oklarhet rätt beträffande de subjektiva förutsättningarna för ansvar vid nödvärnsexcess och att oriktig lagtillämpning förekommit. Emellertid syntes dessa skäl för ett förtydligande tillägg i ej oväsentlig grad ha förlorat i betydelse sedan det, genom de sakkunnigas betänkande och Första lagutskottets uttalande 1934, blivit fullt klarlagt vilken betydelse de subjektiva omständigheterna har för straffbarheten vid nödvärnsexcess. Ytterligare anfördes, att det var föga tilltalande att för ett särskilt fall ange en regel som utan uttryckligt stadgande äger allmän giltighet. Dessutom torde en viss komplettering behövas för att förhindra en felaktig tolkning för oaktsamhetsbrottens del. Lagrummet skulle därigenom tekniskt sett bli mycket oformligt. Än oformligare skulle det bli, om man även införde reglerna gällande den som oriktigt trott sig vara i en nödvärnssituation, när han objektivt sett inte haft rätt ens till mindre våld än han övat.²⁴⁾ I propositionen fanns inget ändringsförslag med avseende å SL 5:9.

Härmed nådde den äldre läran en position av ovedersäglig giltighet. Vad som sedan sagts i frågan fram till antagandet av BrB har karaktär av konstateranden av något som inte tarvar närmare motivering. I 1945 års proposition rörande lagstiftning om polismans rätt att bruka våld yttrade sålunda departementschefen rörande nödvärn att, ehuru gränsdragningen mellan tillåtet och otillåtet skett efter objektiva grunder, det följer av allmänna regler, att även subjektiva omständigheter hos den angripne är av betydelse. „Våldets tillåtlighet måste nämligen bedömas med hänsyn till de förhållanden som för den angripne voro kända. Om han misstagit sig i fråga om angreppets art, kan han på sin höjd dömas till ansvar för oaktsamhetsbrott.“²⁵⁾

Försvarlighetsrekvisiten i nuvarande nödregler fanns med i Straffrättskommitténs förslag till Brottsbalk (1953). Att försvarlighetsbedömningen skall företagas med utgångspunkt i den faktiskt föreliggande situationen framgår av kommitténs uttalanden och än mer av vad departementschefen anförde i 1958 års lagrådsremiss.²⁶⁾ Och vad Straffrättskommittén yttrade om de subjektiva förutsättningarna för straffbarhet vid excess mötte ej gensaga under de nästan tio år det tog att genomföra lagförslaget. Kommittén framhöll, att för „att gärningsmannen skall kunna dömas för uppsåtlig förbrytelse fordras att han vid handlingens företagande insett de faktiska omständigheter på grund av vilka skadan av den avvärjande åtgärden blivit större än som var medgivet. Är handlingen straffbar såsom oaktsamhetsbrott, kan oaktsamheten här såsom eljest läggas honom till last om han missuppfattat situationen på ett sätt som med hänsyn till omständigheterna måste anses oursäkligt.“ Av att man hänvisade till 1934 års sakkunniga framgår än tydligare, att även Straffrättskommittén omfattade den äldre läran.²⁷⁾

Av doktrinen män redovisade Thornstedt och Agge innan BrB förelåg i färdigt skick, att de utgick från att den äldre läran var riktig.²⁸⁾ Thornstedt har därefter vidhållit sin åsikt och klart tagit avstånd från det nya läran. Liksom jag har gjort finner han att av förarbetena inte annat kan anses framgå än att ingen ändring av rättsläget var avsedd och att ingen tvekan kan råda om vad som då var gällande rätt.²⁹⁾ Han slutar med följande ord: „Något sakligt skäl att avvika från förarbetenas ståndpunkt och genom att uppfatta försvarlighetsrekvisitet subjektivt utsträcka tillämpningsområdet för dolösa brott till vad som för ett naturligt betraktelsesätt är vårdslöshet synes icke föreligga.“³⁰⁾

Den föregående redogörelsen kan synas onödigt utförlig. Syftet har varit att med full evidens påvisa, att Strahls och Beckmans tolkning av försvarlighetsrekvisiten innebär ett tydligt, plötsligt och till synes omotiverat avsteg från vad som allmänt antagits skola vara gällande rätt.

Ulländsk rätt

I *dansk* och *norsk* rätt är anslutningen till den äldre läran fullständig.³¹⁾ Det kan anmärkas, att danska strafflagens nödvärnsparagraf (§ 13) innehåller ett försvarlighetsrekvisit och att norska strafflagens nödvärnsparagraf (§ 48) innehåller någonting som är mycket likt ett försvarlighetsrekvisit: „ei . . . ubetlinget utilbørlig“.

Den *tyska* nödrätten är tämligen komplicerad. Vad beträffar nödvärn i StGB § 53 kan emellertid helt kort sägas, att man i allmänhet tar det som självklart att äldre läran skall tilläm-

pas.³²⁾ Så sker även i 1962 års strafflagsförslag (E 1962), vars 20 § har följande lydelse: „(1) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. (2) Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht.“³³⁾ Denna paragraf har således allmän räckvidd, liksom § 19 i det alternativförslag, som en lång rad framstående tyska straffrättsteoretiker avgav 1966 (AE 1966): „(1) Wer bei Begehung der Tat ... irrig Umstände annimmt, welche das Unrecht der Tat ausschliessen würden, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt ...“³⁴⁾

Welzel och en del andra anhängare av den finala handlingsläran, såsom t.ex. Maurach, anser emellertid att den nya läran skall tillämpas. Mycket kortfattat är tankegången den följande. Man måste skarpt skilja mellan förbuds(påbuds)norm och undantagsregel. Uppsåtskravet hänför sig enbart till det i förbuds(påbuds)normen beskrivna gärningsinnehållet. Varje villfarelse rörande en undantagsregels existens, utformning, tillämplighet eller de faktiska omständigheter den hänför sig till är en villfarelse rörande rättsstridigheten hos den uppsåtliga gärning som gör huvudnormen tillämplig. Alltså skall reglerna om „Verbotsirrtum“ (s.k. egentlig rättsvillfarelse) användas även vid t.ex. putativnödvarn.³⁵⁾

En svaghet i detta resonemang är den som t.ex. Mezger upprepade gånger framhållit: det går inte att skilja undantagsregler och negativa rekvisit från varandra.³⁶⁾ Vidare måste man ju acceptera den finala handlingslärans grundläggande systematik, vilken svensk rätt står främmande inför. Slutligen förutsätter Welzel, liksom flertalet tyska straffrättsteoretiker, att varje ursäktlig rättsvillfarelse skall medföra ansvarsfrihet — en uppfattning som kommit till uttryck både i E 1962 (§ 21) och AE 1966 (§ 20). I svensk rätt är ju läget helt annorlunda.³⁷⁾ Om man för svensk rätts del accepterar Welzels dogmatiska schema, så måste man alltså — om man inte ändrar reglerna om normvillfarelse — faktiskt frångå den nya läran vid putativ nöd och i stället kommer ett i praktiken strikt ansvar att gälla i förhållande till nödreglerna.

StGB innehåller också (i §§ 52 och 54) regler om „entschuldigender Notstand“, vilka fått motsvarigheter i E 1962 § 40 och AE 1966 § 23. Däremot finns ingen regel om „rechtfertigender Notstand“. Enligt rättspraxis uppnås emellertid ansvarsfrihet vid s.k. „übergesetzlicher Notstand“. En sådan rättfärdigande situation föreligger dock enligt praxis blott under förutsättning av bl. a. att gärningsmannen faktiskt företagit en „pflichts-

gemässe Prüfung“ av fareläget och olika handlingsalternativ. Welzel tolkar detta som ett erkännande av hans lära.³⁸⁾ Mezger förklarar däremot, att något avsteg ej i och för sig är gjort från den äldre läran: ifrågavarande bedömning är en saklig förutsättning för ansvarsfrihet; något villfarelseproblem är det helt enkelt inte fråga om på det stadiet.³⁹⁾ „Unvorsätzlich handelt, wer irrig alle Voraussetzungen annimmt, die die (vermeintliche) Notstandshandlung rechtfertigen würden, wenn sie wirklich vorliegen. Wer die Voraussetzungen nicht pflichtgemäss geprüft hat, handelt rechtswidrig selbst dann, wenn sie wirklich vorliegen; wer ohne pflichtgemässe Prüfung an das Vorliegen einer Gefahr glaubt, handelt daher nicht im vorsatzausschliessenden Irrtum, weil auch bei wirklichen Vorliegen dessen, was er nur irrig angenommen hat, seine Tat genau so rechtswidrig wäre ...“⁴⁰⁾ I E 1962 har man kompromissat på det sättet att man gör undantag från det allmänna regeln i § 20. I § 39 finns ett förslag till regel om „rechtfertigender Notstand“, vars andra moment lyder: „Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche die Tat nach Absatz 1 rechtfertigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist. ...“ Dvs. ousäktlig villfarelse medför ansvar för dolusbrott på sätt som nya läran anger. Som skäl för en sådan reglering åberopas rättskänslans krav och nödvändigheten att med hänsyn till rättsordningens effektivitet begränsa relevanta invändningar.⁴¹⁾ Häftig kritik har emellertid riktats mot detta förslag⁴²⁾ och i AE 1966 tages avstånd därifrån. Det senare förslaget författare kan inte medge, att bestraffningsbehovet skulle vara större vid putativ nöd än vid putativ nödvärn, putativt samtycke, etc., och man finner det „systemwidrig“ att för detta fall använda den regel som gäller för „Verbotsirrtum“.⁴³⁾ (Det kan tilläggas, att i E 1962 finns ytterligare inskränkningar av liknande natur, bl. a. i § 40 rörande ursäktande nöd. I AE 1966 förklarar man, att „Putativ-Entschuldigungs-Notstand“ är äkta nöd: här föreligger inget villfarelseproblem utan ett „Zumutbarkeitsproblem“.⁴⁴⁾)

I *österrikisk, schweizisk* och *italiensk* rätt torde den äldre läran vara allenarådande.⁴⁵⁾

I common law-länderna är den straffrättsliga systematiken primitivare än t.ex. i de nordiska länderna och på kontinenten, därigenom att man principiellt skiljer mellan prima facie förutsättningar för fällande dom och en rad „defences“, varibland man sällan gör åtskillnad på sådana som hänför sig till berättigande faktorer och sådana som hänför sig till ursäktande faktorer. Samtidigt är systematiken mer tillkrånglad — och ibland obefintlig — då det ofta är svårt att se klara principer bakom de preciserade regler som efter hand kommit att bli gällande.

Som karakteristik av den *engelska* nödrätten kan anföras, att

av praxis att döma är den nya läran dominerande. Det grundläggande rättsfallet är *R. v. Rose (1884)*. I målet var den 21-åriga Rose åtalad för mord på sin fader. Denne, som var begåvad med osedvanlig fysisk styrka, grälade ofta med sin hustru, vilken han trodde hade varit honom otrogen. Den fatala händelsen inträffade en natt då ett våldsamt grål hade uppstått mellan makarna. Modern ropade „Mord!“ och fadern hotade att knivskära henne. Sonen avlossade då ett skott mot fadern, vilket föranledde dennes död. Det fanns inget bevis för att fadern hade haft omedelbar tillgång till en kniv. I sin summing up till juryn yttrade Lopes, J. bl. a. följande: „If you think, having regard to the evidence, and drawing fair and proper inferences from it, that the prisoner at the bar acted without vindictive feeling towards his father when he fired the shot, if you think that at the time he fired he honestly believed, and had reasonable grounds for the belief, that his mother's life was in imminent peril, and that the fatal shot which he fired was absolutely necessary for the preservation of her life, then he ought to be excused, and the law will excuse him, from the consequences of the homicide. If, however, on the other hand, you cannot come to that conclusion, if you think, and think without any reasonable doubt, that it is not a fair inference to be drawn from the evidence, but are clearly of opinion that he acted vindictively, and had not such a belief as I have described to you, or had not reasonable grounds for such a belief, then you must find him guilty of murder.“ Juryns utslag blev „Not guilty“.⁴⁶⁾ Enligt instruktionen skulle således juryn fälla för uppsåtligt brott, om Roses villfarelse var ursäktlig. Denna regel har upprätthållits av Court of Criminal Appeal i ett nödvärnsfall, *R. v. Chisam (1963)*.⁴⁷⁾

I litteraturen är man emellertid mycket litet benägen att i dessa fall se ett korrekt uttryck för gällande materiell rätt, vare sig generellt eller i fråga om putativ nöd. Cross & Jones framhåller, att vid ursäktlig villfarelse rörande nödsituationen vore ett utslag på „manslaughter“ „more in accordance with modern penological opinion“ än ett utslag slutande på „murder“.⁴⁸⁾ De synes se kravet på „reasonableness“ som processuellt betingat.⁴⁹⁾ Det senare gäller även Turner, som kategoriskt säger om regeln att villfarelse måste vara „reasonable“ för att föranleda frihet från ansvar för uppsåtligt brott: „Examination of the cases will reveal that this rule is fundamentally a matter of evidence.“ Vad domstolarna menar, när de avvisar en invändning om villfarelse under åberopande av att den var „not reasonable“, är egentligen att de inte tror att den tilltalade talar sanning när han säger sig ha varit i villfarelse.⁵⁰⁾ Glanville Williams är än säkrare och kallar instruktionen i Rosefallet för en „misdirection“.⁵¹⁾ „Unreasonable mistake“-teorien är „merely a misleading way of

discriminating between genuine and feigned mistakes“.⁵²) Han påvisar också, att frikännanden har förekommit i flera miss-handelsmål i såväl England som USA, när gärningsmannen har varit berusad och handlat i putativt nödläge, trots att en villfarelse som beror på berusning inte kan kallas „reasonable“.⁵³)

I *skotsk* rätt är det enligt Gerald Gordon klart, att en relevant villfarelse måste vara „reasonable“ för att gärningsmannen skall undgå ansvar. Däremot är det ingalunda klart vad som då menas med „reasonable“: „It cannot mean, that any error the reasonable man would not have made is irrelevant, since that would make all crimes crimes of negligence in any question involving error.“⁵⁴) Av särskild betydelse för bedömande av rättsläget är rättsfallet *Owens v. H. M. Adv. (1946)*. Owens åtalades för mord på F och åberopade nödvärn till sitt försvar. Han hade trott, att F hotade honom med en kniv. Domaren, Lord Jamieson, instruerade juryn, att om Owens var „completely wrong“ i att tro att F hade ett farligt föremål i sin hand, så skulle invändningen avvisas. Denna instruktion bedömdes av Criminal Appeal Court som oriktig och den fällande domen undanröjdes. Lord Justice-General Normand uttalade därvid bl. a., att nödvärnsrätt föreligger när det befinner vara utrett, att den tilltalade trodde sig vara i „imminent danger“ och hans tro omfattades „on reasonable grounds. In the present case, if the jury had come to the conclusion that the appellant genuinely believed that he was gravely threatened by a man armed with a knife but that F actually had no knife in his hand, it would, in our opinion, have been their duty to acquit.“⁵⁵) Gordon tolkar detta så, att med „unreasonable error“ åsyftas blott en högst begränsad grupp av villfarelser, som är så orimliga att de kan karakteriseras som „fantastic“ och i flertalet fall skulle utgöra bevis för att den tilltalade var själsligt abnorm.⁵⁶)

Vad slutligen beträffar *amerikansk* rätt har även där i praxis ofta uppställts ett krav på „reasonableness“.⁵⁷ I Model Penal Code tar man emellertid principiellt avstånd från den nya läran: „reasonableness“ har betydelse endast när gärningen är straffbelagd vid „negligence“ (omedveten culpa).⁵⁸)

Vad jag sagt om utländsk rätt torde utvisa, att inga synpunkter där finnes att hämta som skulle kunna stärka den nya lärans position i svensk rätt. I nordisk och kontinental doktrin är inställningen klart negativ. Undantag förefinns de lege ferenda, dels i form av visst begränsat erkännande i E 1962 (gäller t. ex. inte för nödvärn), som knappast kunnat motiveras på ett godtagbart sätt, dels i finalisternas dogmatik, med betydligt mer viltgående konsekvenser än som Strahl och Beckman föreslagit och beroende av en regel om rättsvillfarelsers relevans som saknar motsvarighet i svensk rätt. Och framförallt: dessa före-

slagna undantag har inget som helst att göra med förekomsten av försvarlighetsrekvisit i ifrågavarande regler. I anglo-amerikansk rätt finns, som vi sett, en tendens att instruera juryn så att den anmodas lämna „unreasonable beliefs“ utan avseende. Men i doktrinen ses detta mera som en bevisvärderingsfråga än som en fråga om materiell rätt och ett accepterande av den nya läran bedömes som föga förenligt med allmänna straffrättsliga principer.

Argumentationen för den nya läran

Som huvudmotivering för sin tolkning har Strahl och Beckman anfört, att lagens ordalydelse ger vid handen, att den nya läran skall gälla. Strahl säger: „Straffbudet skall i dessa fall läsas efter orden.“⁵⁹⁾ I första upplagan av kommentaren står: „... torde böra i enlighet med sin ordalydelse läsas så ...“⁶⁰⁾; i andra upplagan: „Vad som ger anledning att uppfatta ... är, att straffbarheten ... gjorts beroende av handlingens försvarlighet.“⁶¹⁾

Låt oss se på ett annat försvarlighetsrekvisit. Brottsbalkens förtalsparagraf, 5:1, innehåller som förut sagts i sitt andra stycke en undantagsregel, vilken har följande lydelse: „Var han skyldig att uttala sig eller var det eljest med hänsyn till omständigheterna försvarligt att lämna uppgift i saken, och visar han att uppgiften var sann eller att han hade skäligen grund för den, skall ej dömas till ansvar.“ Det här förekommande försvarlighetsrekvisitet är avsett att tolkas rent objektivt i den meningen, att gärningsmannens villfarelser rörande den föreliggande situationen är helt utan betydelse för om gärningen är rättsstridig eller ej. Till detta kommer att undantagsregeln är tänkt skola ha rent objektiv betydelse i den meningen, att den inte behöver täckas av uppsåt. Gärningsmannens villfarelser kan således inte heller föranleda att han anses ursäktad (i förhållande till försvarlighetsrekvisitet) och på sådan grund fri från ansvar.⁶²⁾

I andra upplagan av kommentaren anföres just existensen av 5:1 andra stycket som stöd för den nya läran. Som exempel på ett förhållande, som är analogt med en putativ nödsituation, nämnes att den, som i samband med tillsättningen av en tjänst lämnat en uppgift som i och för sig är förtal av en sökande, går fri från ansvar, om det var försvarligt av honom att yttra sig i saken och han hade skäligen grund för uppgiften. Annars fälls han för uppsåtligt brott. „Detta gäller även om han på grund av oaktsamhet missuppfattat situationen och av misstag trodde, t.ex. att tjänsten var en annan än den var och därför så viktig att det var försvarligt att lämna sådan uppgift, eller av misstag trodde, att han hade skäligen grund för uppgiften. Han dömes för uppsåtligt brott, ehuru hans gärning är att tillskriva oaktsam-

het.⁶³) Detta argument förefaller mig svårbegripligt, eftersom vederbörande skall dömas för uppsåtligt brott även om hans missuppfattning av situationen inte berodde på oaktsamhet; att villfarelsen är ursäktlig inverkar inte på försvarligheten i att lämna uppgiften. Likaså: om det föreligger en privilegierad situation, men gärningsmannen ej hade skäligen grund för sin uppgift, så är det egalt om hans tro att han hade skäligen grund är ursäktlig eller ej, ty han skall i vilket fall som helst dömas för uppsåtligt brott. En annan sak är att svaret på frågan om han hade skäligen grund ofta måste bli beroende på om han iakttagit aktsamhet i olika hänseenden.⁶⁴) Men detta har ju ingenting med försvarlighetsrekvisitet att göra.

Än mindre framstår det som riktigt att åberopa BrB 15:4 andra stycket, som inte innehåller något försvarlighetsrekvisit, såsom parallell till nödreglerna. I andra upplagan av kommentaren såges, att om den tilltalade icke hade skäligen ursäkt, „något som kan ha berott på att han icke förstod men borde ha förstått att han borde begära att slippa yttra sig“, skall han fällas för mened, etc. „Att det var av oaktsamhet som han yttrade sig utan att begära att slippa hindrar icke, att han dömes för uppsåtligt brott.“⁶⁵) Men „skäligen ursäkt“ har i och för sig ingenting att göra med culpabegreppet och systematiskt sett har BrB 15:4 andra stycket en helt annan position än nödreglerna. De senare har till syfte att klargöra vad man är berättigad att göra, inte när man är ursäktad, ehuru man gör något som man inte är berättigad att göra. Dessutom tillhör BrB 15:4 andra stycket den heterogena samling av ursäkter, som något missvisande brukar kallas „subjektiva straffrihetsgrunder“⁶⁶), och har således ingenting att göra med de ursäkter man möter i samband med lärorna om dolus och culpa.

Även BrB 24:2, som rör laga befogenhet att bruka våld, innehåller ett försvarlighetsrekvisit. Strahl och Beckman menar, att detta skall tolkas på samma sätt som vid nöd. Det intressanta är nu, att redan föregångaren till 24:2, SL 5:10, fick ett försvarlighetsrekvisit vid 1945 års ändringar i SL. Det skall medges, att departementschefen då var i dogmatiskt hänseende oklar i sitt uttryckssätt. Om det använda våldet med hänsyn till omständigheterna var försvarligt kunde sålunda komma att bero inte bara på den yttre föreliggande situationen utan också på subjektiva omständigheter hos den handlande. Även om våldsanvändningen ej var objektivt välgrundad, kunde våldet vara försvarligt ur den ansvariges synpunkt. Detta vore t.ex. förhållandet, om han ej känt till vissa omständigheter som bort föranleda ett mildare handlingsätt från hans sida. Så långt kan uttalandet sägas ge visst stöd för den nya lärans riktighet och tyvärr stannade Straffrättskommittén här när den refererade departementsche-

fens yttrande. Denne tillade nämligen, att i sådant fall gällde detsamma som han tidigare sagt om nödvärnsrätten. Därmed torde vara klart, att han menade att villfarelser inte skulle beaktas som berättigande utan blott som ursäktande omständigheter, dvs. i enlighet med den äldre läran.⁸⁷⁾

Det finns annat stöd för att försvarlighetsrekvisitet i SL 5:10 var att tolka i enlighet med den äldre läran. I rättsfallet *NJA 1967 B 10* hade två kadetter, A och B, under utövande av visst våld tagit en värnpliktig, C, i förvar under återopande av att han var berusad (36 § Militära rättegångslagen). Av utredningen framgick, att C inte var berusad vid omhändertagandet. RR och HovR dömde kadetterna till ansvar för rättsstridigt tvång, SL 15:22. HD satte emellertid tilltro till kadetternas uppgift, att de trott att C var identisk med en berusad värnpliktig som tidigare under kvällen hade antastat dem på en festplats. HD yttrade bl. a.: „Om A och B mera noggrant givit akt på C innan han togs i förvar, skulle det ha stått klart för dem att C icke var så spritpåverkad att han borde omhändertagas. De har i nu angivna avseende icke iakttagit tillbörlig omsorg.“ Det hade inte heller förelegat annan laglig grund för att taga C i förvar och mot hans vilja föra honom till kasernvakten. HD:s slutsats blev sedan: „Enär A och B vidtagit åtgärden under antagande att C var berusad och därför trott sig äga rätt att taga honom i förvar, har de icke gjort sig förfallna till ansvar för rättsstridigt tvång ... Deras förfarande är att bedöma som tjänstefel ...“.

Även om det är tveksamt om kadetterna var för upprätthållande av ordningen tjänstgörande krigsmän och SL 5:10 således omedelbart tillämplig, torde detta lagrum i allt fall ha tillämpats analogivis. Det är alldeles uppenbart, att kadetternas villfarelse av HD tillmätts betydelse som ursäktande omständighet och medfört frihet från ansvar för dolusbrott. Lika klart är att HD funnit det vara oförsvarligt av dem att antaga, att C var berusad. Enligt nya läran borde HD alltså ha fastställt HovR:s dom. — Om den omständigheten att fallet, som således avdömts sedan BrB trätt i kraft, har placerats som ett notisfall, skall tolkas som att man velat indicera, att det ej skall betraktas som vägledande för tillämpningen av BrB:s regler om laga befogenhet att bruka våld, kan bara bli föremål för gissningar.

Jag har utgått från att försvarlighetsrekvisitens uppfyllande eller icke uppfyllande avgör gränsen mellan tillåtet och otillåtet, mellan rätt och orätt. Är gärningen försvarlig så är den också berättigad. Som underlag för bedömningen huruvida gärningen är berättigad kan också sådana omständigheter medtagas som rör gärningsmannens personlighet och hans uppfattning om sin situation. Man skulle således kunna statuera, att gärningen är objektivt berättigad, dvs. av rättsordningen godkänd, om den är

putativt berättigad, och då kan man eventuellt stipulera, att endast ursäktlig villfarelse får beaktas. Men i så fall gör man våld på distinktionen mellan berättigande och ursäktande omständigheter.⁶⁸) Att denna distinktion inte har betydelse för svensk straffrättsdogmatik torde inte med fog kunna göras gällande.

Argumentationen för den nya läran bygger emellertid till icke ringa del på att denna distinktion förutsättes vara irrelevant. Det säges sålunda i kommentaren mot resonemanget, att ansvarsfrihet skall inträda när uppsåtet inte omfattade frånvaron av nödsituation: „Men lagtexten kräver mera för att han skall gå fri från ansvar: hans handling skall vara försvarlig. Vid prövningen därav synes man icke utan vidare kunna utgå från hans egen föreställning om situationen.“⁶⁹) Det förefaller som om här förutsättes just det som skulle bevisas, nämligen att försvarlighetsrekvisitet hänför sig till inte bara en intresseavvägning utan även till gärningsmannens eventuella villfarelser. Man kan lika väl påstå, att den som trodde att han hade samtycke att taga annans sak likväl skall dömas för tillgreppsbrott, eftersom lagtexten kräver mera för att han skall gå fri från ansvar, nämligen samtycke. Enligt den äldre läran är det alldeles klart att vid putativ nöd är handlingen inte försvarlig, men också att det inte är det frågan gäller.

Ett exempel som diskuteras i kommentaren är att någon, som oriktigt tror att brand uppstått, bryter sig in i en grannes hus för att där taga eldsläckningsredskap, varvid någon annan försöker hindra honom. Om mannen då med ett tillhygge slår den som försöker hindra honom och om villfarelsen att brand uppstått är ursäktlig, så skall han enligt den äldre läran dömas för vållande till kroppsskada. Enligt Strahl och Beckman skulle emellertid detta innebära, „att han fälldes emedan han befunnits enligt två lagrum culpös beträffande samma förhållande. Att han icke förvissade sig om att brand utbrutit skulle göra hans handling oförsvarlig enligt 24:4 och culpös enligt 3:8. Man måste fråga sig, om det är naturligt att antaga att lagen för ansvar kräver oaktsamhet enligt två lagrum beträffande samma förhållande. Det förefaller naturligare att tänka sig, att det subjektiva rekvisitet i ett ifrågakommande straffbud icke har avscende på frånvaron av nödsituation och att mannen i exemplet därför, om han handlat oförsvarligt, skall dömas för uppsåtlig misshandling.“⁷⁰) Förvisso är det inte naturligt att antaga att lagen för ansvar kräver oaktsamhet enligt två lagrum beträffande samma förhållande och det gör inte heller den äldre läran. Resonemanget förutsätter, att en anhängare av äldre läran också accepterar den nya läran. Om man inte utgår från att försvarlighetsrekvi-

sitet nödvändigtvis måste också vara ett culparekvisit, så uppkommer givetvis inte det „onaturliga“ resultatet.

Av det sagda framgår, att försvarlighetsrekvisiten kan läsas på flera olika sätt. Mot bakgrunden av allmänna straffrättsdogmatiska principer framstår det naturligast att läsa dem som i BrB 5:1 andra stycket och i SL 5:10, dvs. såsom åsyftande en gränsdragning utifrån rent objektiva synpunkter, med bortseende från gärningsmannens egen uppfattning om sin situation. Skillnaden mellan dessa två lagrum är endast att vid förtal har undantag gjorts från den allmänna regeln om täckning medelst uppsåt. En annan möjlig tolkning är, som nämnts, att villfarelser, eventuellt blott ursäktliga, kan göra en eljest oberättigad gärning berättigad. Också i detta fall blir aldrig tal om att tillämpa allmänna regler om imputation.

Den nya läran kan ses såsom en kombination av sistnämnda tolkning och en tolkning i analogi med BrB 5:1 andra stycket. I så fall bortfaller rättsstridigheten, dvs. gärningen är att betrakta som berättigad, av rättsordningen godkänd, dels när den är försvarlig ur rent objektiv synpunkt, dels vid putativ nöd om villfarelsen är försvarlig. Vissa uttryckssätt hos Strahl och Beckman — t.ex. „Även vid inbillat angrepp torde den hotade kunna ha rätt till en nödvärnshandling . . .“⁷¹) — antyder, att det är denna ordning de har tänkt sig. Häremot talar emellertid den omständigheten att det vore märkligt, om faktorer som av tradition klassificerats som ursäktande plötsligt utan motivering skulle betraktas som berättigande. Vidare förringas riktigheten i en sådan ståndpunkt av vad som förekommer i förarbetena. Straffrättskommittén hade i sitt lagförslag upptagit, att vid nödvärn skulle försvarligheten bedömas med hänsyn till angreppets beskaffenhet, det angripnas betydelse och omständigheterna i övrigt. I 1958 års lagrådsremiss utgick uttrycket „omständigheterna i övrigt“ och återkom sedan aldrig. Departementschefen yttrade i anledning härav: „Den i kommitténs förslag upptagna föreskriften att hänsyn därjämte skall tagas till omständigheterna i övrigt torde däremot få utgå, då den väsentligen avser beaktande av rent subjektiva förhållanden. Sådana omständigheter som hänför sig till den angripnes möjligheter att i en hastigt inträdande situation överväga hur han skall skydda sig får beaktas i anslutning till reglerna om nödvärnsexcess.“⁷²) Detta kan jag inte läsa som annat än ett avståndstagande från att subjektiva omständigheter skulle kunna ha betydelse för gärningens försvarlighet, dess berättigande.

Den nya läran kan emellertid uppfattas på ett annat sätt. Den innefattar då dels att försvarlighetsrekvisitet skall tolkas rent objektivt (som i 5:1 andra stycket) med verkan för rättsstridigheten, och dels att „försvarlig“ skall tolkas såsom innebärande

att endast villfarelse, som det är försvarligt att befinna sig i, kan beaktas inom ramen för imputationen. Detta uppfattningssätt innebär emellertid, att man ger ett rekvisit, som förutsätter vissa värderingar, en roll som inte kan utläsas av lagtexten. Som jämförelse kan följande anföras. Enligt BrB 4:4 skall den dömas för olaga tvång som t.ex. genom hot att åtala eller ange annan för brott tvingar honom att göra, tåla eller underlåta något, såframt tvånget är otillbörligt. Enligt allmänna regler om täckning med uppsåt är ansvar uteslutet, om gärningsmannen var i sådan villfarelse, att tvånget inte vore att bedöma som otillbörligt, om man utginge från att hans uppfattning vore riktig. Det vore naturligtvis helt gripet ur luften att säga, att villfarelse inte kan beaktas vid uppsåtsbedömningen, om tillbörlig omsorg ej iakttagits vid det tillfälle då den felaktiga tron uppkom. Jag medger, att „otillbörlig“ i motsats till „oförsvarlig“ sällan är ett adekvat predikat till „villfarelse“, men samtidigt vill jag påstå, att det är en tillfällighet att ordet „oförsvarlig“, som i nödparagraferna är avsett som predikat till „handling“ och „gärning“, också ibland kan vara predikat till „villfarelse“.

Bör den nya läran accepteras?

Av vad som hittills sagts framgår ej annat än att svaret måste bli „Nej!“. Den nya läran saknar stöd i förutvarande doktrin och i lagens förarbeten. Från utländsk rätt finns inget argument till dess förmån att hämta och hur den än uppfattas gör den våld på den accepterade straffrättsdogmatiken. Den motivering som ges i kommentaren till BrB är inte övertygande. Min slutsats blir att det inte är visat, att det finns fog för att släppa in denna dogmatiska bastard i svensk straffrätt. Detta utesluter inte i och för sig att det ändå kan finnas sakliga skäl för att acceptera den nya läran.

För att kunna avgöra om så är fallet måste beaktas vilka konkreta avvikelser från den äldre läran som den nya läran medför. Först skall emellertid inskjutas, att rättspraxis tiger i frågan, vilket bl. a. hänger samman med att domstolarna är synnerligen misstroagna mot invändningar om nöd och nödvärn; de allra flesta avvisas såsom icke förtjänande avseende. I de få fall som återstår tillämpades under SL:s tid nästan alltid reglerna om excess. Inget refererat fall kan sägas otvetydigt avse putativ nöd.⁷³⁾ Som ett tänkbart exempel på putativ nöd kan dock följande otryckta rättsfall anföras, ehuru invändningen ifråga ej togs på allvar. *NJA 1960 C 215*: A:s fästmö hade flyttat ifrån honom och börjat sällskapa med B. Då A mötte B på gatan tilldelade han denne minst två knytnävsslag i ansiktet, vilka åstadkom en splitterfraktur i näsbenet, näsblod och svullnad. A anförde, att B hade stuckit handen innanför rocken när A gick fram emot

honom. Det blånkte. Eftersom A hade hört, att B knivskurit folk, trodde han att det som blånkte var en kniv. Då B hastigt höjde handen över huvudet slog A till. Han medgav att han var förargad på B. B uppgav, att han hade en halv liter sprit innanför rocken och att A hade sagt, att B skulle få sig en läxa. RR yttrade: „B:s uppgift, att A börjat misshandla honom utan att B givit anledning därtill vinner visst stöd av A:s egen uppgift, att han vid tillfället var förargad på B. Rätten anser B:s berättelse förtjäna tilltro framför A:s utsaga. Vad A invänt om att han vid misshandeln handlat i självförsvar finner rätten med hänsyn härtill vara vederlagd.“ HovR gjorde ej ändring och HD beviljade ej prövningstillstånd.

I följande fall uppkommer en skillnad mellan äldre och nya läran, försåvitt ansvar för *dolusbrott* är aktuellt.

- (1) *Faktiskt*: ingen nöd(värns)situation (t.ex. B pekar på A med en leksakspistol)

Putativt: nöd(värns)situation (t.ex. A tror att pistolen är riktig)

Förutsättning: A:s villfarelse är (uppenbart) oförsvarlig

Gärningen: A håller sig inom ramen för vad han skulle ha varit berättigad till, om hans tro varit sann (t.ex. A knuffar uppsåtligen undan B — misshandel eller ofredande)

Äldre läran: A skall dömas för culpabrott (om sådant finnes)

Nya läran: A skall dömas för dolusbrott

- (2) *Faktiskt*: som i (1)

Putativt: som i (1)

Förutsättning: som i (1)

Gärningen: A överskrider vad han skulle ha varit berättigad till, om hans tro varit sann (t.ex. A dödar B uppsåtligen — mord eller dråp)

Äldre läran: A skall dömas för dolusbrott, men reglerna om excess är analogt tillämpliga (BrB 24:5: fakultativ straffnedsättning och i vissa fall ansvarsfrihet)

Nya läran: A skall dömas för dolusbrott

- (3) *Faktiskt*: nöd(värns)situation (t.ex. B tänker slå ner A)

Putativt: värre nöd(värns)situation (t.ex. en ring blånker till, men A tror att det är en kniv)

Förutsättning: som i (1)

Gärningen: A överskrider vad den faktiska situationen berättigar till, men håller sig inom ramen för som varit berättigad om hans tro varit sann (t.ex. A slår till B mycket hårt — grov misshandel)

Äldre läran: A skall dömas för culpabrott, men reglerna om excess är tillämpliga

Nya läran: A skall dömas för dolusbrott, men då han faktiskt har en viss nödrätt, så är reglerna om excess tillämpliga.

Detta schema baserar sig på vad som anföres i första upplagan av kommentaren. Enligt andra upplagan är reglerna om excess alltid tillämpliga vid putativ nöd, varför bedömningen i fall (1) modifieras och skillnaden mellan äldre och nya läran i fall (2) försvinner, om man ser till det praktiska resultatet.

I BrB 24:5 säges: „Har någon i fall som avses i 1—4 §§ gjort större våld eller svårare skada än i varje fall är medgivet . . .“ I första upplagan av kommentaren framhålls, att 24:5 är tillämplig bara när det faktiskt föreligger en nödsituation.⁷⁴⁾ Detta förefaller riktigt. Att våld är „medgivet“ synes förutsätta, att 24:1 eller 24:4 berättigar till viss våldsutövning. I andra upplagan påstås emellertid, att en förutsättning för att lagrummet skall vara tillämpligt är att gärningen bedömes som oförsvarlig. „Han har t.ex. skjutit mot en inbillad angripare ehuru det var uppenbart oförsvarligt av honom att icke förvissa sig om att angrepp förelåg . . .“⁷⁵⁾ Reglerna om excess skulle således vara tillämpliga, ehuru någon nödsituation inte kan påvisas. Skälet för denna ståndpunkt torde framgå av följande sats à propos den nya läran: „Ett korrektiv mot omotiverad hårdhet innebär också bestämmelserna i 24:5 om straffrihet eller strafflindring vid excess . . .“⁷⁶⁾ Ståndpunkten förutsätter, att fallen (1) och (2) kan sägas vara sådana som avses i 24:1 och 4 och att de innefattar att våldsutövning är medgiven enligt något av dessa lagrum. Jag ser detta som helt uteslutet. Häremot kan inte invändas, att enligt den äldre läran är reglerna om excess tillämpliga i fall (2), där ju faktiskt ingen nödsituation föreligger. 24:5 kan inte åberopas som direkt stöd för den äldre lärans ståndpunkt i fall (2), eftersom där inte förefinns något fall av nödexcess. Var som sker är i stället att man inom uppsåtsrekvisitets ram behandlar en putativnödexcess analogt med nödexcess: gärningsmannen bedöms på samma sätt som skulle ha skett om hans uppfattning varit riktig. Detta är man kanske inte tvungen att göra, men det synes rimligt att låta den otvivelaktigt ursäktande omständigheten komma honom till godo. Ett motsvarande förfarande är uteslutet för den nya lärans del, eftersom uppsåtsrekvisitet inte alls anses hänföra sig till nödreglerna.

Det låter sig inte påstås, att den nya läran genomsnittligt medför enklare lösningar än den äldre läran. Men som väntat medför den i vissa fall en strängare bedömning och — när endast uppsåtliga gärningar är straffbelagda — en utvidning av det straffbelagda området. Å andra sidan torde kunna påstås, att det för dolusbrottens del på det hela taget saknar praktisk betydelse,

om man accepterar den nya läran eller ej. Man kan lugnt utgå från att åtminstone en villfarelse, som det kan sägas vara uppenbart oförsvarligt att befinna sig i, av en domstol kommer att behandlas på det sättet, att en invändning därom avvisas såsom icke förtjänande tilltro. Detta gäller dock bara i fråga om nöd och nödvärn. I fråga om laga befogenhet att bruka våld har den nya läran även påtagliga praktiska konsekvenser. De tilltalade i mål där regeln härom aktualiseras är i allmänhet tjänstemän med mer eller mindre långtgående befogenheter att tvinga andra personer att tåla något. Den relevanta villfarelsen hänför sig ofta till utformningen och den rätta tolkningen av författningsregler och andra föreskrifter. För en domare framstår det inte som svårfattligt, att en tjänsteman gör misstag, samtidigt som tjänstemän av olika skäl betraktas som speciellt trovärdiga personer. Det ovan nämnda målet mot kadetterna ger i vart fall vid handen, att ett val mellan nya och äldre läran inte är utan betydelse.

Det vill emellertid synas som om den nya läran skulle få sina mest svåröverskådliga konsekvenser på *culpabrottens* område. Den medför där, att döma av ett av Strahl och i kommentaren anfört exempel, en inskränkning av vad som är straffbelagt. Detta gäller dock bara i fråga om nödvärn; rekvisitet „ej ... uppenbart oförsvarlig“ i BrB 24:1 är ju närmast jämförbart med ett krav på grov culpa. Det anförda exemplet är att någon faktiskt är angripen och således har viss nödvärnsrätt, men miss-tager sig om medlet för angreppets avvärjande; han parerer t. ex. ett slag med hjälp av ett gevär, som han felaktigt tror vara oladdat, varvid ett skott brinner av och dödar angriparen. Enligt den nya läran kräves för att han skall kunna dömas för vållande till annans död, att det var uppenbart oförsvarligt av honom, dvs. grovt culpöst, att tro att geväret var oladdat.⁷⁷) (Reglerna om nödvärnsexcess är i så fall tillämpliga.) Enligt den äldre läran kan han däremot dömas till sådant ansvar redan vid den normala culpa som BrB 3:7 kräver. Enligt den nya läran skulle således vid ett verkligt angrepp det i BrB 24:1 inbyggda kravet på grov culpa s. a. s. smitta av sig på ifrågasvarande brottsdefinition, vars egna culparekvisit sätts ur spel. I konsekvensens namn måste man väl gå vidare och säga att, i fall där gärningsmannen inte varit angripen men trots sig vara angripen och det visserligen varit culpöst men inte grovt culpöst att tro detta, för ansvar för t. ex. vållande till annans död skall krävas grov culpa i förhållande till samtliga rekvisit. Det skall emellertid tilläggas, att den nya läran inte behöver få sådana konsekvenser som antydes i det av Strahl och Beckman använda exemplet. Det bör kunna gå att begränsa kravet på grov culpa till att gälla i förhållande till nödvärnssituationen.

Jag har svårt att se den utvidgning av det straffbelagda området som den nya läran medför för dolusbrottens del annorlunda än som ett skäl mot den nya läran. Ty borde man inte, om vikt skall läggas vid vem som är straffvärd, i första hand överväga att bestraffa den som uppsåtligen företager straffbelagda handlingar i fullständig okunnighet om att han befinner sig i en nödsituation? BrB 24:1 och 4 kräver visserligen efter sin ordalydelse direkt uppsåt att avvärja en föreliggande fara. Men som framhålles i kommentaren är det möjligt att hävda, att ordalagen inte valts med tanke på de sällsynta fall där gärningsmannen inte kände till de förhållanden som han skulle kunna åberopa till sitt försvar. Någon bevisning om att syftet ifråga förelegat eller att gärningsmannen känt till nödsituationen kräves i praktiken icke. Att inte ens okunnighet om nödsituationens existens hindrar att nödreglerna skall tillämpas står i samklang med den i svensk straffrätt förekommande tendensen att så långt som möjligt „objektivera“ berättigande undantagsregler, vilken senast kommit till uttryck i *NJA 1966 s. 441*.⁷⁸⁾ I många andra länder utkräves vid okunnighet om en nödsituations existens ansvar för putativt brott (antingen för försök till brott eller för fullbordat brott). Jag vill nu ingalunda påstå, att man i Sverige bör gå över till denna ordning, men om ansvarsfriheten vid nöd skall inskränkas, förefaller det rimligare att börja i denna ändan.

Jag kan tänka mig en metod att motivera den nya läran som skulle kunna ge den en viss följdriktighet. Om man lägger vikt vid att enligt ordalydelsen i 24:1 och 4 krävs ett syfte och frankt påstår, att BrB inte innehåller några regler om berättigande nöd utan blott om ursäktande nöd och att våra regler om berättigande nöd framgår av grunderna för 24:1 och 4, så kan man få den nya läran att i stort sett passa in i systemet. Men jag tror inte att många låter sig övertygas om att 24:1 och 4 egentligen handlar om putativ nöd.

Svaret på den i rubriken till detta avsnitt ställda frågan måste bli: „Nej, den nya läran bör inte accepteras?“

NOTER

- 1) Brottsbalken jämte förklaringar. Utg. av Nils Beckman, Carl Holmberg, Bengt Hult, Ivar Strahl. Band II. Stockholm 1965 (cit. *BrB II*), s. 597.
- 2) Se närmare a.a. s. 597—598, *Strahl*, Kompendium i straffrättens allmänna del. Sjunde, omarbetade upplagan. Uppsala 1969, s. 68—69.
- 3) Se *Jareborg*, Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag. Stockholm 1969, s. 346—350.
- 4) A.a. s. 241—242.

- 5) *Brottsbalken jämte förklaringar*. Utg. av Nils Beckman, Carl Holmberg, Bengt Hult, Ivar Strahl. Band II. Andra upplagan. Stockholm 1969 (cit. *BrB II 2. uppl.*), s. 600—602.
- 6) A.a. s. 602.
- 7) *Jämför Thornstedt*, Översikt över straffrättens allmänna del. Omarbetad upplaga. Stockholm 1966, s. 66.
- 8) Se *SOU 1934:56* s. 7—14.
- 9) *Carlén*, Kommentar öfver Strafflagen. Stockholm 1866, s. 101—102.
- 10) *Hagströmer*, Om rätten till nödvärn. I Förhandlingerne paa det fjerde nordiske Juristmøde i Kjøbenhavn... 1881. Kjøbenhavn 1882. Bilaga IV, s. 16—17. Se även *NJA II 1888* nr 7 s. 11—12 (assessorn Rhodin).
- 11) *SOU 1934:56* s. 32, *NJA II 1937* s. 422.
- 12) *Hagströmer*, Svensk straffrätt. Första bandet. Uppsala 1901—1905, s. 205; se även s. 206 och *Hagströmer*, Om rätten till nödvärn s. 12—13.
- 13) *NJA II 1890* nr 2 s. 38, *SOU 1934:56* s. 14, 18.
- 14) A.a. s. 32, 68—69, *NJA II 1937* s. 422, 427.
- 15) *Thyrén*, Principerna för en strafflagsreform. III. Lund 1914, s. 64.
- 16) *Bergendal*, Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler. III. Straffrätt. Andra, omarbetade och tillökade upplagan. Lund 1928, s. 131, *Wetter*, Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del. Första häftet. Lund 1923, s. 46, *Wetter*, Allmän straffrätt. 2. uppl. Uppsala 1945, s. 59—60, *Stjernberg*, Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del. 6:te uppl. Band I. Stockholm 1935, s. 152.
- 17) *SOU 1923:9* s. 119—120.
- 18) *Thyrén*, Förberedande utkast till strafflag. Kap. I—XIII. (Allmänna delen) Lund 1916, s. 51.
- 19) *SOU 1923:9* s. 177—178, *SOU 1934:56* s. 46.
- 20) A.a. s. 55, *NJA II 1937* s. 426.
- 21) *SOU 1934:56* s. 32, *NJA II 1937* s. 422.
- 22) *SOU 1934:56* s. 68—70, *NJA II 1937* s. 427—428.
- 23) *SOU 1934:56* s. 5, *NJA II 1937* s. 426.
- 24) A.a. s. 429—430.
- 25) *Kungl. Proposition 1945:67* s. 32.
- 26) *SOU 1953:14* s. 397, 415, *NJA II 1962* s. 344—345, 357—358, 359—360.
- 27) *SOU 1953:14* s. 417, *NJA II 1962* s. 362.
- 28) *Thornstedt*, Om rättsvillfarelse. En straffrättslig undersökning. Stockholm 1956, s. 284, *Agge*, Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Tredje häftet. Stockholm 1964, s. 356.
- 29) *Thornstedt*, [Anmälan av Brottsbalkskommentaren]. I SvJT 1968, s. 126—127; se även *Thornstedt*, Översikt över straffrättens allmänna del s. 66—67.
- 30) *Thornstedt*, Anmälan av Brottsbalkskommentaren s. 127.
- 31) *Borgerlig Straffelov* af 15. april 1930... udgivet med kommentarer af Oluf H. Krabbe under medvirkning af Carl Rasting. Anden udgave. Kjøbenhavn 1935, s. 155, *Hurwitz*, Den danske kriminalret. Almindelig del. Kjøbenhavn 1952, s. 272, 293, *Hurwitz*, Den danske kriminalret. Almindelig del. 4. reviderede udgave ved Knud Waaben. [Kjøbenhavn 1967], s. 190, 204, *Waaben*, Det kriminelle forsæt. Kjøbenhavn 1957, s. 141. *Almindelig borgerlig straffelov* av 22. mai 1902... utgitt med kommentar av P. Kjerschow. Oslo 1930, s. 96, 128, 141—142, *Skeie*, Den norske strafferett. Første bind. Den almindelige del. Annen udgave. Oslo 1946, s. 164, 252, 256, *Andenæs*, Alminnelig strafferett. Oslo 1956, s. 157, 166, 198.

- 32) Strafgesetzbuch (*Leipziger Kommentar*). Achte, neu bearbeitete Auflage. Erster Band. Herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger. Berlin 1957, s. 413 (Jagusch), *Mezger*, Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. Fortgeführt von Hermann Blei. 12., neubearbeitete Auflage. München 1967 (cit. *Mezger & Blei*), s. 130, 190—191, *Baumann*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. 5. neubearbeitete Auflage. Bielefeld 1968, s. 298—299, se även 283—285, 430—433, *Strafgesetzbuch*. Kommentar begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder. 14., neubearbeitete und erweiterte Auflage. München 1969, s. 443, 446—447.
- 33) För motiven, se Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), *E 1962* (mit Begründung). Bundestagsvorlage. [Bonn 1962], s. 133—135.
- 34) Alternativ-Entwurf eines Straffgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Vorgelegt von Jürgen Baumann... Tübingen 1966 (cit. *AE 1966*), s. 54, 55, se även s. 49, 51.
- 35) *Welzel*, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Zehnte Auflage. Berlin 1967, s. 77—80, 86, 94, 163—164, *Maurach*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. Karlsruhe 1954, s. 287, 416—419, *Niederschriften* über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission. 2. Band. Allgemeiner Teil. 14. bis 25. Sitzung. Bonn 1958, s. 6—17, 31—34, Anhang s. 3—5 (*Welzel*).
- 36) *Mezger & Blei* s. 118, 190—191, *Niederschriften* s. 12—13, 21—23; se även a.a. s. 27—30 (Dreher) och *Jareborg*, a.a. s. 241, 348—349.
- 37) *Thornstedt*, Om rättsvillfarelse, *Jareborg*, a.a. s. 253—259, 380—383.
- 38) *Welzel*, a.a. s. 88, 163—164.
- 39) *Mezger & Blei* s. 148—149, *Leipziger Kommentar* s. 351 (Mezger); se även a.a. s. 423—425 (Jagusch) och *Baumann*, a. a. s. 337—338.
- 40) *Mezger & Blei* s. 149.
- 41) Se t. ex. *Niederschriften* Anhang s. 78—79 (Bundesjustizministerium) och *E 1962* s. 160 (bl. a.: „Notstandslagen sind im vergleich zu anderen Fällen, in denen tatbestandsmässige Handlungen gerechtfertigt sein können, dadurch gekennzeichnet, dass der Handelnde, ohne selbst angegriffen zu sein, wie das etwa bei der Notwehr der Fall ist, zum Schutze eines bedrohten Rechtsgutes ein anderes verletzt. In Fällen des Notstandes darf daher ohne nähere Prüfung des gesamten Sachverhalts nicht gehandelt werden. Wenn auch... das Fehlen einer solchen Prüfung, sofern der Täter bei seinem Vorgehen das Richtige trifft, der rechtfertigenden Wirkung der Notstandshandlung nicht entgegensteht, so kann im Fall des Fehlgreifens der Täter nur dann entschuldigt werden, wenn er die Umstände sorgsam geprüft und die Interessen, um deren Gefährdung und Verletzung es ging, gewissenhaft gegeneinander abgewogen hat.“).
- 42) Se t. ex. *Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II. I Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas. Göttingen 1961, s. 294—300.
- 43) *AE 1966* s. 51.
- 44) A.a. s. 55, 57.
- 45) *Niederschriften* Anhang s. 12—13 (Mezger), *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. Zweite, neubearbeitete Auflage. Wien 1954, s. 140, 205—206, 239, *Guadagno*, Manuale di diritto penale. Parte generale. 2a edizione. Roma 1967, s. 262, 290, § 7 i 1968 års österrikiska strafflagsförslag.

- 46) *Cross & Jones*, Cases on Criminal Law. Third edition. London 1962, s. 124—126.
- 47) *Cross & Jones*, An Introduction to Criminal Law. Fifth edition. London 1964, s. 80—81, 130—131; se även s. 84—85, 87 angående *R. v. Levett (1639)*.
- 48) A.a. s. 44.
- 49) A.a. s. 87.
- 50) *Kenny's* Outline of Criminal Law. Nineteenth edition, by J. W. Cecil Turner. Cambridge 1966, s. 59.
- 51) *Williams*, Criminal Law. The General Part. Second edition. London 1961, s. 208.
- 52) A.a. s. 209.
- 53) A.a. s. 208; se även s. 201—205, 209—210, 572—573, 745—746.
- 54) *Gordon*, The Criminal Law of Scotland. Edinburgh 1967, s. 297.
- 55) A.a. s. 298.
- 56) A.a. s. 298; se vidare s. 287, 375—376, 708.
- 57) *Hall & Mueller*, Cases and Readings on Criminal Law and Procedure. Indianapolis etc. 1965, s. 577, 670—671.
- 58) A.a. s. 665—666, *Model Penal Code*, Tentative Draft No. 4, Philadelphia 1955, s. 136, *Model Penal Code*, Proposed Official Draft. Philadelphia 1962, 1.13(10), 1.13(16), 2.02, 2.04, 3.04.
- 59) *Strahl*, a.a. s. 68.
- 60) *BrB II* s. 597.
- 61) *BrB II* 2. uppl. s. 602.
- 62) Brottsbalken jämte förklaringar. Utg. av Nils Beckman, Carl Holmberg, Bengt Hult, Ivar Strahl. Band I. Andra upplagan. Stockholm 1968 (cit. *BrB I*), s. 195—197, 201—202.
- 63) *BrB II* 2. uppl. s. 601.
- 64) *BrB I* s. 202.
- 65) *BrB II* 2. uppl. s. 602.
- 66) *Jareborg*, a.a. s. 352—353.
- 67) *Kungl Proposition 1945:67* s. 32, 40, *NJA II 1945* s. 726—727, *NJA II 1962* s. 350—351, *SOU 1953:14* s. 409, *Thornstedt*, Anmälan av Brottsbalkskommentaren s. 127; se även *Strafflagen* jämte förklaringar till den nya lagstiftningen om brott mot staten och allmänheten. Utg. av Nils Beckman, Ragnar Bergendal, Ivar Strahl. Andra upplagan. Stockholm 1957, s. 144: „Om han icke känt till vissa förhållanden som bort föranleda ett mildare handlingsätt från hans sida, kan detta föranleda straffrihet eller straffnedsättning enligt allmänna regler.“
- 68) Se *Jareborg*, a.a. s. 343—354.
- 69) *BrB II* 2. uppl. s. 602, liknande å s. 603 och *BrB II* s. 597.
- 70) *BrB II* 2. uppl. s. 603.
- 71) A.st.
- 72) *NJA II 1962* s. 345.
- 73) Se dock *NJA 1895* s. 449, *NJA 1910* s. 562.
- 74) *BrB II* s. 597, 618.
- 75) *BrB II* 2. uppl. s. 624.
- 76) A.a. s. 604.
- 77) A.a. s. 603, *BrB II* s. 597—598, *Strahl*, a.a. s. 69.
- 78) Se *BrB II* s. 598, *BrB II* 2. uppl. s. 604, *Jareborg* a.a. s. 348.