

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 20 november 2017

Mål nr

B 2106-16

PARTER

Klagande

AT

Ombud och privat försvarare: Jur. kand. VR och jur. kand. NL

Motpart

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Narkotikabrott

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom 2016-03-31 i mål B 7872-15

DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar hovrättens domslut på det sättet att Högsta domstolen *dels* i stället för narkotikabrott enligt 1 § första stycket 2 och enligt 2 § dömer AT endast för narkotikabrott enligt 2 § narkotikastrafflagen (1968:64) i dess lydelse före den 1 juli 2016, *dels* bestämmer påföljden för AT till 40 dagsböter om 130 kronor.

Högsta domstolen ändrar hovrättens dom även i fråga om rättegångskostnader och tillerkänner AT ersättning av allmänna medel för rättegångskostnad vid tingsrätten med 3 000 kr, avseende försvararkostnad.

AT ska få ersättning av allmänna medel för rättegångskostnad i Högsta domstolen med 8 038 kr, avseende försvararkostnad.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.

AT har i första hand yrkat att han ska frikännas. I andra hand har han yrkat att gärningen i åtalpunkten 1 ska bedömas som ringa narkotikabrott och att han frikänns från åtalet i åtalpunkten 2. AT har också yrkat ersättning för rättegångskostnad vid tingsrätten och i Högsta domstolen.

Riksåklagaren har motsatt sig ATs yrkanden i sak. För det fall AT döms enligt åtalpunkten 1 har riksåklagaren emellertid tillstyrkt att gärningen enligt åtalpunkten 2 ska anses konsumerad.

Riksåklagaren har i Högsta domstolen justerat gärningsbeskrivningen i åtalpunkten 1 till följande.

AT har olovligen framställt och därefter innehaft 83,9 gram växtmaterial

innehållande cannabis samt 125 gram preparat innehållande cannabis, som är narkotika, allt avsett för missbruk. Det hände den 22 januari 2015 och en viss tid dessförinnan i Kungsbyn, Västerås stad. – AT begick gärningen med uppsåt.

Gärningsbeskrivningen avseende åtalpunkten 2 är utformad enligt följande.

AT har olovligen använt preparat innehållande cannabis, som är narkotika. Det hände den 22 januari 2015 eller en tid dessförinnan i Kungsbyn, Västerås stad eller på annan plats i riket. – AT begick gärningen med uppsåt.

SKÄL

Frågorna i målet

1. De frågor som aktualiseras i detta mål är framför allt om odling av cannabis avsedd för smärtlindring kan vara tillåten med stöd av bestämmelsen om nöd i 24 kap. 4 § brottsbalken och, om så inte är fallet, hur gärningen bör rubriceras och påföljden bestämmas.

Bakgrund

2. AT bröt nacken i en motorcykelolycka år 1994 och är sedan dess förlamad från bröstet och nedåt. Han lider av kramper och svåra neuropatiska smärtor som uppstår i den skadade ryggmärgen. De preparat som sjukvården tillhandahållit har antingen haft dålig effekt eller medfört negativa biverkningar. För att lindra besvären har han därför framställt, innehaft och använt cannabis. En mindre del av narkotikan (ca 6 gram) har köpts och alltså inte framställts av honom själv.

3. AT har strävat efter att den av honom odlade cannabisen inte skulle ha beroendeframkallande egenskaper eller rusgivande effekter. Han har bl.a.

försökt odla cannabis som innehåller mindre tetrahydrocannabinol (THC, vilket är den substans som står för den rusgivande effekten) och mer cannabidiol (CBD) än vad som är vanligt. Den senare substansen har inte rusgivande effekt. Enligt vad som uppgetts av den sakkunnige som åberopats av AT, Amir Englund, finns det forskning som pekar i riktning mot att CBD kan motverka vissa risker som är förknippade med bruk av cannabis, t.ex. risken för psykosjukdom och beroende. Det är heller inte visat annat än att THC-halten i den cannabis som hittats hos AT, med undantag för en mindre del, har varit ovanligt låg.

4. Tingsrätten frikände AT med hänvisning till att gärningarna hade begåtts i en nödsituation och att hans handlande inte kunde anses vara oförsvarligt. En av rättsens ledamöter var skiljaktig och ville döma AT till villkorlig dom och dagsböter.

5. Hovrätten har dömt AT enligt åtalet till villkorlig dom och dagsböter. En ledamot var skiljaktig och ville fastställa tingsrättens dom i skuldfrågan.

AT har framställt narkotika avsedd för missbruk

6. Enligt 1 § första stycket 2 narkotikastrafflagen är det straffbelagt att framställa narkotika som är avsedd för missbruk. Bestämmelsen omfattar odling av narkotiska växter. Med missbruk avses konsumtion som inte har stöd i en i vederbörlig ordning utfärdad ordination. (Se prop. 1982/83:141 s. 15 f. och 33.)

7. AT har odlat och därigenom framställt cannabis. Narkotikan har varit avsedd för konsumtion som inte haft stöd i läkares ordination. Även med beaktande av att odlingen föranleddes av mycket speciella skäl och att ATs konsumtion av cannabis inte syftade till att vara rusgivande, måste den

narkotika som han odlade anses ha varit avsedd för missbruk i den mening som avses i 1 § första stycket 2 narkotikastrafflagen. AT har följaktligen gjort sig skyldig till en sådan gärning som avses i den bestämmelsen.

Förhållandet till övriga gärningar

8. Av ATs uppgifter och den övriga utredningen i målet framgår att han även har innehaft och brukat cannabis. Innehav och bruk är straffbelagt enligt 1 § första stycket 6 narkotikastrafflagen. Av rättsfallet ”Det delvis förbrukade narkotikainnehavet” (NJA 2017 s. 415) följer att den som har brukat narkotika, som tidigare har utgjort en del av eget innehav av narkotika, ska dömas för endast innehavet. Motsvarande princip gör sig gällande också då någon har framställt den narkotika som senare innehas och brukas. Den som både har framställt viss narkotika och sedan innehaft eller brukat denna ska alltså i princip dömas för endast framställningen.

Kronisk smärta kan innebära att det föreligger en nödsituation

9. En gärning som begås i nöd utgör, enligt 24 kap. 4 § brottsbalken, brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig. Enligt lagrummets andra stycke föreligger nöd när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.

10. Nöd förutsätter inte, såsom nödvärn enligt 24 kap. 1 § andra stycket 1 brottsbalken, att det föreligger ett påbörjat eller överhängande angrepp på ett skyddat intresse. En nödsituation kan vara för handen redan på ett något tidigare stadium, nämligen när faran är ”nära förestående” eller ”tämligen nära förestående” (se SOU 1953:14 s. 414; jfr ”Gräsövargen” NJA 2004 s. 786, där bestämmelsen inte kunde tillämpas vid en osäker framtida fara). Att bestämmelsen i första hand tar sikte på tämligen akuta situationer utesluter heller inte

att den kan tillämpas även i andra fall, såsom vid mer bestående farestillstånd.

11. AT har till följd av sin ryggmärgsskada haft kraftiga smärtor av närmast kronisk karaktär. Intresset av att vara fri från smärta är ett sådant intresse som kan föranleda tillämpning av bestämmelsen om nöd. Förekomsten av allvarigare smärta bör i detta avseende ses som ett intrång i intresset av hälsa.

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

Gärningen är inte tillåten enligt bestämmelsen om nöd

13. En gärning som är företagen i nöd utgör, enligt 24 kap. 4 § brottsbalken, brott endast om den är oförsvarlig. För ansvarsfrihet fordras som huvudregel att gärningen avser att värna ett intresse som är av betydligt större vikt än det intresse som offras genom denna. Normalt fordras också att det inte finns något annat sätt att värna intresset. Även om faran skulle ha kunnat avvärijas utan nödhandlingen kan emellertid gärningen vara försvarlig, nämligen när det skulle ha krävts oproportionerliga ansträngningar eller uppoffringar för den handlande att avvärja faran på något annat sätt. (Jfr prop. 1962:10 del B s. 336 f.)

14. Det följer av syftet med nödbestämmelsen att ansvarsfrihet i princip förutsätter att fråga är om en på så sätt oförutsedd situation att lagstiftaren inte har haft möjlighet att ta ställning till den. Detta innebär att det rättsliga

sammanhang i vilket en gärning är företagen får stor betydelse för bedömningen. Det innebär också att det i princip inte är försvarligt att, med åberopande av nöd, avvika från sådana intresseavvägningar som redan har gjorts i lagstiftningen (jfr t.ex. ”De förfalskade passen” NJA 1979 s. 335).

15. Genom den reglering som avser kontroll av narkotika och genom systemet för godkännande och licensiering av läkemedel har lagstiftaren gjort en avvägning mellan intresset av effektiv smärtlindring och intresset av kontroll av narkotika. Lagstiftaren har härigenom också tillhandahållit ett sätt på vilket intresset av smärtlindring ska tillgodoses och inrättat en ordning för kontrollerad distribution av narkotika för medicinskt bruk. En gärning som innefattar narkotikabrott och som utförs i syfte att lindra smärta är därför försvarlig bara i rena undantagsfall, t.ex. i en akut situation när omedelbar tillgång till sedvanlig sjukvård saknas.

16. Mot denna bakgrund kan den gärning som nu är föremål för bedömning inte anses vara tillåten med stöd av nödbestämmelsen. Det är en annan sak att det framstår som förklarligt att AT prioriterade sitt befogade intresse av frihet från smärta framför samhällets intresse av att kontrollera hanteringen av narkotika.

Gärningen kan inte heller anses tillåten på annan grund

17. Också vid sidan av de ansvarsfrihetsgrunder som lagen anvisar finns det ett visst utrymme för att anse att en straffbelagd gärning är tillåten (jfr SOU 1988:7 s. 127 ff.). Det fall som nu är föremål för bedömning aktualiserar emellertid en intressekonflikt som typiskt sett är att hänföra till nödbestämmelsen. Därmed bör det inte finnas utrymme för att bedöma gärningen som ansvarsfri med stöd av någon annan – oskriven – undantagsregel.

AT har agerat uppsåtligen

18. AT har haft insikt om att han odlat cannabis och om att narkotikan var avsedd för bruk utan läkares ordination. För att uppsåt ska föreligga i förhållande till att narkotikan var avsedd för vad som i lagens mening är ett missbruk, så krävs det inte att AT själv klassificerade den avsedda konsumtionen som ett missbruk. Han har följaktligen haft uppsåt i förhållande till att han framställde narkotika avsedd för missbruk.

AT är heller inte ursäktad och gärningen utgör därför brott

19. AT har erkänt att han var medveten om att gärningen var straffbelagd enligt narkotikastrafflagen. Bestämmelsen om straffrättsvillfarelse i 24 kap. 9 § brottsbalken aktualiseras alltså inte. Såsom bestämmelsen om excess i 24 kap. 6 § är utformad saknas det vidare möjlighet att ta hänsyn till att ATs gärning, vid en mer allmän bedömning, kan framstå som i viss mening ursäktlig.

20. Den gärning AT har begått genom att framställa narkotika utgör följaktligen brott. Vid denna bedömning ska han dömas för att ha innehaft eller brukat narkotika bara i den mån narkotikan inte härrör från framställningen (jfr p. 8).

Brottet är att bedöma som ringa

21. Den gärning som AT har gjort sig skyldig till är, sedd som framställning avsedd för missbruk enligt 1 § första stycket 2 narkotikastrafflagen, mycket atypisk till sin karaktär. Det har inte varit fråga om framställning av narkotika som skulle användas i rusgivande syfte och den framställda narkotikan har också haft begränsade rusgivande egenskaper (se p. 3). Motivet bakom gärningen har i stället varit att åstadkomma smärtlindring i en situation

där AT som en följd av en svår olycka lidit av mycket allvarlig smärta och där sjukvården, trots upprepade försök, inte förmått bistå med smärtlindring. Den framställda narkotikan har haft en låg THC-halt och får anses ha varit av ett begränsat intresse för den som eftersträvar ett rus, och risken för att narkotikan skulle komma i händerna på andra måste bedömas ha varit i princip utesluten.

22. Vid mindre allvarliga narkotikabrott saknas det ofta anledning att, med hänsyn till andra omständigheter, differentiera mellan gärningar som avser en och samma mängd och en och samma sorts narkotika. Det betyder att de tabeller som finns avseende mängd och sort i högre grad än när gärningen avser större mängder narkotika kan utgöra en utgångspunkt för såväl rubricering som straffmätning. Under de förhållanden som har angetts i punkten 21 – sammantaget med att framställningen avsett en förhållandevis begränsad mängd och att dess omfattning är kopplad till den framförhållning AT haft med avseende på sin självmedicinering – kan emellertid den mer exakta omfattningen av odlingen inte på ett beaktansvärt sätt anses påverka straffvärdheten av gärningen. Tabellerna bör därför i detta fall inte tillmätas någon större betydelse för rubriceringen.

23. Vid en samlad bedömning av omständigheterna – och med beaktande av att straffvärdet inte kan anses ligga på fängelsenivå – bör gärningen bedömas som ringa.

Gärningens straffvärde

24. Straffvärdet för brottsligheten ligger, redan med utgångspunkt i den bedömning som gjorts i föregående punkt, på bötesnivå. Med hänsyn till gärningens atypiska karaktär och med beaktande av bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 5 brottsbalken måste straffvärdet anses ligga inte obetydligt under fängelseminimum.

Det förhållandet att AT efter gärningen ordinerats ett cannabisbaserat läkemedel påverkar straffmätningen

25. AT har under våren 2017 beviljats enskild licens avseende Bediol, vilket är ett cannabisbaserat läkemedel.

26. Den beviljade licensen innebär inte att det har utfärdats några nya regler eller generellt verkande myndighetsbeslut som påverkar bedömningen av den åtalade gärningen (jfr 5 § lagen, 1964:163, om införande av brottsbalken samt ”Viltfällan” NJA 2016 s. 649).

27. Gärningens straffvärde kan inte påverkas av att en enskild licens har utfärdats i tiden efter gärningen. Att AT har fått en sådan licens innebär likväl ett visst erkännande av den intressekonflikt som han har stått inför. Utfärdandet av licensen bygger på en värdering av de mot varandra stående intressena som åtminstone till någon del motsvarar den värdering som AT själv gjorde. Detta bör med stöd av 29 kap. 5 § första stycket 9 brottsbalken ges viss betydelse vid den slutliga straffmätningen.

28. Även om straffvärdet redan med beaktande av omständigheterna kring gärningen ligger på bötesnivå, kan billighetsskäl i detta fall inte anses göra sig gällande med sådan styrka att det med hänsyn till dem skulle vara uppenbart oskäligt att döma till påföljd (jfr 29 kap. 6 § brottsbalken). De bör emellertid leda till ytterligare en reducering av antalet dagsböter.

Sammantagen bedömning vad gäller påföljden, m.m.

29. Vid en sammantagen bedömning ska påföljden, utifrån gärningens straffvärde och de billighetsskäl som föreligger, bestämmas till 40 dagsböter.

30. Vid denna utgång ska staten ersätta ATs rättegångskostnad i Högsta domstolen och del av hans rättegångskostnad vid tingsrätten.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Stefan Lindskog, Agneta Bäcklund, Lars Edlund, Petter Asp (referent) och Malin Bonthron
Föredragande justitiesekreterare: Elisabeth Ståhl