



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Dighed

Oäkta underlåtenhetsbrott
Jareborgs garantlära i praxis

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Professor Per Ole Träskman

Ämnesområde
Straffrätt

Termin
Ht 1999

Innehållsförteckning

1. FÖRKORTNINGAR	5
2. FÖRORD	6
3. SAMMANFATTNING.....	7
4. INLEDNING	8
4.1 Syfte och mål	8
4.2 Metod.....	8
4.3 Disposition.....	8
4.4 Material	8
5. ALLMÄNT OM UNDERLÅTENHET.....	9
5.1 Konkurrens mellan handling och underlåtenhet.....	9
5.1.1 Hur bedöms underlåtenheten	9
5.2 Begreppen handling och handlingsverb.....	10
5.3 Underlåtenhetsbegreppet	11
5.4 Funderingar kring begreppet underlåtenhet.....	12
5.4.1 Johs Andernæs	12
5.4.2 Nils Jareborg	13
6. VAD UNDERLÅTENHETSBROTT ÄR	14
6.1 Kommissivdelikt och omissivdelikt.....	14
6.2 Äkta och oäkta underlåtenhetsbrott	14
6.3 Underlåtenhet som orsak till överträdelse av kommissivdelikt.....	14
7. ORSAKANDE OCH KAUSALITET	16
7.1 Fysiskt orsakande	16
7.1.1 Fysiska kausalkedjor.....	16
7.1.1.1 Tendensgeneralisering.....	17
7.1.2 Fysiska kausallinjer	17
7.2 Psykiskt orsakande.....	18
7.3 Underlåtenhetens kausalitet och Lindomefallet.....	19
7.3.1 Ett klassiskt exempel.....	19
7.3.2 Lindomefallet.....	20

7.3.3	Kommentar till författarens idéer.....	22
8.	LEGALITETSPRINCIPEN SAMT KRIMINALISERING.....	23
8.1	Legalitetsprincipen.....	23
8.1.1	Rättssäkerhet.....	23
8.2	Kriminalisering av underlåtenhet.....	24
8.2.1	Äkta underlåtenhetsbrott.....	24
8.2.2	Oäkta underlåtenhetsbrott.....	24
8.3	Straffbudens utformning.....	24
8.3.1	Kritik mot brottsbalken.....	25
9.	TOLKNING AV STRAFFBUD.....	26
9.1	Hur lagtolkning går till.....	26
9.2	Objektiv tolkning.....	27
9.3	Intentionstolkning.....	28
9.4	Laganalogi.....	28
9.4.1	Är analogisk lagtolkning och straffrätt förenligt.....	29
9.5	Analogi eller tolkning vid användning av de oäkta underlåtenhetsbrotten.....	30
10.	GARANTLÄRAN.....	32
10.1	Garantlärans utveckling.....	32
10.2	Garantlärans enligt Jareborg.....	32
10.2.1	Övervakningsgarant.....	33
10.2.1.1	Ansvar för eget beteende.....	33
10.2.1.2	Ansvar för annan persons beteende.....	34
10.2.1.2.1	Oklart rättsläge.....	35
10.2.1.3	Ansvar för andra farokällor.....	36
10.2.2	Ställning som skyddsgarant.....	36
11.	ALTERNATIV TILL JAREBORGS GARANTLÄRA.....	39
11.1	Rättspliktsläran.....	39
11.2	Tolkning av straffbudet i varje enskilt fall.....	39
12.	RÄTTSPRAXIS OCH GARANTLÄRAN.....	42
12.1	Inledning.....	42
12.2	Genomgång av rättspraxis.....	42
12.3	Sammanställning över de berörda rättsfallen.....	64

13. AVSLUTANDE KOMMENTAR	66
13.1 De lege ferenda	67
14. KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	68
15. RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	69

1. Förkortningar

BrB	Brottsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
Nja	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RR	Rådhusrätt
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätt

2. Förord

Barnet: Mamma är det rätt att straffas för något man inte gjort?

Mamma: Nej naturligtvis inte!

Barnet: Bra, för jag har inte gjort mina läxor!

Vitsar i stil med denna brukar det titt som tätt stå i de mer humoristiska delarna som man kan finna långt bak i dagstidningarna. På dagstidningarnas förstasidor brukar frågeställningen vara mer allvarlig och då exempelvis beröra om lärare skall hållas ansvariga för vållande till annans död när elever drunknat vid utflykter, då lärarna inte vidtagit de säkerhetsåtgärder de borde. En sådan tragisk olycka har under uppsatsens skrivande blivit mål för hovrätten över Skåne och Blekinge och kommer att, på förekommen anledning, beröras i detta arbete.

Vitsen med vitsen, för att vara lite vitsig, är att visa på att det inte är helt självklart att straffa den som inte gjort något. Det krävs att den som underlåtit att göra något bort göra det han eller hon underlåtit att göra. Det är det som denna uppsats handlar om.

Jag skulle vilja tacka min handledare för hjälpen med uppsatsen. Ett tack riktas även till Hovrättsassessor Mats Loberg för hjälpen att få fram rättsfall från Hovrätten över Skåne och Blekinge.

Johan Dighed

Lund den 25 oktober 1999

3. Sammanfattning

Begreppet oäkta underlåtenhetsbrott är något som över tiden ansetts vålla en konflikt med legalitetsprincipen. Många har uttryckt sitt ogillande mot att straff utdöms utan att det klart framgår i straffbuden att även underlåtenhet kan leda till ansvar för det som det däri stadgas. För att få in de oäkta underlåtenhetsbrotten under straffbuden har dessas innehåll varit föremål för allehanda slag av tolkning. Tolkning av straffbud leder oftast till konflikt med legalitetsprincipen, vilken är en av de grundläggande principerna inom straffrätten. Nils Jareborg har löst detta problem genom att visa på att de verb som används i straffbuden är av social natur. Sålunda behöver man inte tolka straffbuden för att få in de oäkta underlåtenhetsbrotten däri. De har alltid inkluderats i straffbuden, där handlings verbet sociala natur innebär att gärningen kan bestå av antingen en handling eller en underlåtenhet.

När väl problemet med legalitetsprincipen lösts kvarstår ytterligare ett problem med de oäkta underlåtenhetsbrotten. Är en underlåtenhet alltid lika straffvärd som en handling? Skall man alltid straffas då straffbudets rekvisit uppfyllts genom den underlåtenhet gärningsmannen gjort sig skyldig till eller måste det finnas en begränsning? Denna begränsning består idag i att gärningsmannen för att hållas ansvarig för en underlåtenhet måste ha befunnit sig i vad som kallas för garantställning. Enligt Nils Jareborg, som utvecklat garantläran till vad den är idag, finns det två typer av garantställning; övervakningsgarantställning och skyddsgarantställning. Någon fast förankring i rättspraxis har garantläran inte fått. Även om det inte i rättspraxis finns något klart uttalande om att man använt sig av Jareborgs garantlära kan man spåra de tankebanor vilka Jareborg sökt teoretisera genom utvecklandet av garantläran. Detta märks främst inom den praxis som berör arbetsgivarens ansvar för brister i säkerhetsåtgärder på arbetsplatser. Inom detta område kan man klart se att arbetsgivaren kommer i skyddsgarantställning vilken konstitueras genom arbetskyddslagstiftning. Genom lagstiftningen konkretiseras arbetsgivarens skyldigheter att vidta skyddsåtgärder och ett underlåtande av att vidta dessa leder till att arbetsgivaren kommer hållas ansvarig för de olyckor som uppkommer på arbetsplatsen. Detta naturligtvis under förutsättning att det finns ett kausalsamband mellan underlåtandet att vidta säkerhetsåtgärder och den uppkomna olyckan.

4. Inledning

4.1 Syfte och mål

Med denna uppsats har jag som syfte att undersöka huruvida Jareborgs garantlära använts i praxis.

4.2 Metod

För att klara det av mig uppställda målet med uppsatsen har jag delat upp arbetet i olika etapper. Detta dels för att läsaren skall förstå problemen bakom garantläran och hur den utvecklats och dels hur jag kommit fram till mina slutsatser i rättsfallsgenomgången. Det sista för att stärka inslaget av intersubjektivitet i uppsatsen. Sålunda är uppsatsen uppdelad i en förklarande del och en analyserande del.

4.3 Disposition

Jag har valt att disponera uppsatsen i två huvuddelar. Den första delen är en teoretisk del och den andra en mer praktisk delning. Den första delen är i sin tur uppdelad i olika delar, detta för att läsaren på ett enklare sätt skall förstå problemen i detta område och hur garantläran löst dem. Följaktligen avslutas den teoretiska delen med en beskrivning av vad Jareborg menar med garantlära.

Uppsatsen inleds med en del som berör allmänt vad som karakteriserar begreppet underlåtenhet och handling samt vad som menas med underlåtenhetsbrott. Därefter kommer en, vad jag anser, mycket teoretisk avdelning om orsakande och kausalitet, vilken skall ytterligare förstärka läsarens förståelse för problemet underlåtenhet kontra handling. Efter den inledande delen övergår uppsatsens teoretiska del i en avdelning som berör legalitetsprincipen och hur den förhåller sig till tolkning av straffbud. Detta dels för att visa på problemet med att vissa anser att de oäkta underlåtenhetsbrotten inte klart framgår i straffbuden och dels för att visa på hur Jareborg löst detta så att det passar in i hans garantlära. Avslutningen av den teoretiska delen behandlar Jareborgs garantlära, eller om man hellre vill hur garantläran utvecklats av Jareborg. Sålunda skall saken kring garantläran knytas ihop för att sedan kunna användas i den andra delen av uppsatsen, den del som är mer praktisk.

I den avslutande delen av uppsatsen används det teoretiska som beskrivits i den första delen av uppsatsen. Här görs en genomgång av rättspraxis och efter varje fall gör jag en analys av detsamma med avseende på garantläran. Jag försöker i detta skede se om domstolarna använt sig av det tankesätt som Jareborg teoretiserat genom utvecklingen av garantläran.

4.4 Material

Det material jag använt till denna uppsats består i stort sett av två typer. Dels har jag använt mig av både gammal och ny doktrin och dels har jag använt mig av rättsfall, i huvudsak från Högsta domstolen. Det förekommer även vissa hovrättsavgöranden och artiklar från olika juridiska tidskrifter samt offentliga utredningar och kommentarer. Då uppsatsen till största del behandlar garantläran såsom den kommit att utvecklas av Nils Jareborg är av naturlig anledning det som publicerats av Nils Jareborg som jag använt flitigast.

5. Allmänt om underlåtenhet

5.1 Konkurrens mellan handling och underlåtenhet

Det är inte alltid lätt att skilja mellan vad som avses med en underlåtenhet och vad som avses med en handling. Den som genom en positiv handling skapar en fara har en plikt att söka förebygga skador. Den som gräver en grop är sålunda skyldig att tillse, genom säkerhetsåtgärder, att ingen faller i densamma och skadar sig. I den typen av fall ser man emellertid saken som så att den föregående positiva handlingen och den efterkommande underlåtenheten bildar en enhet.¹ Att inte slå på strålkastarna då man kör bil kan ses som det positiva handlandet att köra bil med släckta strålkastare. Ansvar för underlåtenhet bör enligt Nils Jareborg vara av subsidiär natur.² Kan man finna att någon är ansvarig genom en handling behöver man inte ta hänsyn till eventuell underlåtenhet. Handlingen konsumerar sålunda underlåtenheten och ansvar för underlåtenheten bör då komma under beaktande då ansvar för handling inte kommer i fråga. Undantag bör dock göras då blott oaktsamhet förelåg vid handlingen men uppsåt vid underlåtenheten. Underlåtenheten bör då få företräde före handlingen.

5.1.1 Hur bedöms underlåtenheten

Att underlåta att göra något bedöms normalt som mindre straffvärt än att utföra en handling.³ Påbud ställer vanligtvis större krav på människor än vad de förbud som finns gör. Detta förhållande förklarar till viss del den återhållsamhet som finns, då det gäller att med hjälp av straffrättslig reglering reagerat mot underlåtenhet. Hos gemene man finns det också en obenägenhet att vilja acceptera eller förstå att underlåtenhet faktiskt kan förorsaka skada m.m.⁴

Till viss del kan man förstå och hålla med de som anser att det är fel att straffa människor då de genom underlåtenhet har orsakat något. Argumentet är ju rätt så till vida att man inte kan etablera en kausalkedja mellan en underlåtenhet och en viss händelse. Detta är dock inte relevant vad angår om en människa skall hållas ansvarig för vad som hände, eller inte hände. Orsaksbegreppet i detta fall är ett socialt begrepp.⁵ Argument av den tidigare typen skulle även kunna leda till att om en människa förhindrar ett händelseförlopp, och det då uteblir, hon inte skulle kunna hållas ansvarig här för. Vid den sortens fall krävs argumentation med hypotetiska kausalkedjor.⁶ Det finns även sakliga skäl för att hålla en människa ansvarig för vad hon låter ske, då hon kunnat ingripa i ett händelseförlopp.

När underlåtenhet straffas i Sverige har man i vissa fall uppställt krav på att det för gärningsmannen skall finnas en rättsplikt att handla. Denna lära kallas garantläran⁷ och gärningsmannen skall befinna sig i vad som kallas garantställning. Detta tilläggskrav har uppställts på grund av att straffansvaret annars skulle vara alltför omfattande.

¹ Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, s. 108.

² Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 127.

³ SOU 1996:185, s. 311.

⁴ ibid, s. 311.

⁵ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s., 89.

⁶ Se vidare kapitel om kausalitet.

⁷ Se kapitel om garantläran.

Det finns tre olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott:⁸

1. Underlåtenhet kan vara identisk med att göra något som närmast tyder på aktivt handlande. Vid t.ex. förskingring kan det genom att man inte avskiljer viss egendom innebära att man åsidosätter sin redovisningsskyldighet.
2. Det kan vara att psykiskt påverka en annan människa genom att inte göra något så att denne företar eller underlåter att göra något visst. Att en person tiger kan i vissa situationer tolkas som så att ett visst förhållande föreligger och genom detta konstituera en uppmaning att begå brott.
3. Att underlåta att göra något kan även anses som ett fysiskt orsakande av en viss följd (att låta något ske istället för att förhindra det). Det är i dessa fall som garantläran⁹ fyller sin funktion och begränsar kretsen av tänkbara gärningsmän. Det uppställs där ett krav på att det skall finnas en särskild anledning för gärningsmannen att ingripa.

5.2 Begreppen handling och handlingsverb

Handlingsbegreppet skulle kunna existera utan underlåtenhetsbegreppet, men det omvända är en logisk omöjlighet. Handling och kroppsrörelse representerar två olika aspekter på mänskligt beteende. Den första är social den andra fysisk. En gärning har alltid en motsvarighet i en kroppsrörelse medan det omvända inte gäller. Många kroppsrörelser saknar motsvarighet i handling, t.ex. det faktum att hjärtat slår.¹⁰

Handlingsbegreppet är ursprungligen socialt. De mest centrala fallen av handling är de som företas i ett visst socialt sammanhang. Att hälsa på någon genom att lyfta armen är en mer ”typisk” handling än att lyfta på armen. Att bara i sig lyfta på armen utgör en handling men inte på det sättet som vi vanligen talar om en handling.¹¹ En handling kan vara att sparka någon samtidigt som handlingen består av att man rör benet. Det är inte rörande av benet som vi avser som handling utan det att benet sparkar på någon. Sålunda är handlingsbegreppet ett socialt begrepp.

Majoriteten av handlingsverben hänför sig då till händelseförlopp och inte till vad som kallas primära handlingar. En primär handling är t.ex. benet som rör sig. Handlings verbet kan man kalla det faktum att benet sparkar någon/något. Sålunda är gränsen mellan handling och följd flytande. Så snart en handling inte är primär så kan den analyseras i en annan handling.

Döda = slå i huvudet + den slagne dör

+> slå i huvudet = svinga hammaren + hammaren träffar någons huvud

En handlingsterm som inte avser en primär handling kan ersättas av en annan handlingsterm jämte relevanta omständigheter

Rösta = avlämna valsedel under omständigheter som konstituerar att ett var pågår.¹²

⁸ SOU 1996:185, s. 312., se även under rubriken: Underlåtenhet som orsak till överträdelse av kommissivdelikt.

⁹ Se kapitlet om garantläran.

¹⁰ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s., 52.

¹¹ Ibid, s., 53.

¹² De bägge exemplen är hämtade från Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s., 53.

Straffrättsligt ansvar kan utkrävas även om personen i fråga saknat förmåga att kontrollera sina rörelser. Detta under förutsättning att gärningsmannen vid en tidigare tidpunkt i händelseförloppet haft kontroll och hans uppsåt eller oaktsamhet omfattar att han i en senare situation kommer att sakna kontroll och därigenom komma att orsaka ett visst resultat. Sålunda innefattas handlingsbegreppet i vid mening även vissa ofrivilliga handlingar.

5.3 Underlåtenhetsbegreppet¹³

Underlåtenhetsbegreppet är enbart socialt i den bemärkelsen att det inte som vid handling finns någon fysik motsvarighet till underlåtenheten. Begreppet underlåtenhet är parasitiskt på handlingsbegreppet, en underlåtenhet är alltid en underlåtenhet att göra något visst.¹⁴ Det skulle inte kunna gå att säga att man underlåter att göra något utan att implicit eller explicit hänvisa till en handling. ”Man kan säga >>jag ser att han gör något, men jag vet inte vad han gör>>, men man kan inte säga >>jag ser att han underlåter att göra något, men jag vet inte vad han underlåter att göra>>.”¹⁵ Vid underlåtenhet förutsätts sociala förväntningar. Mot bakgrunden av dessa kan underlåtet av en viss handling få en upplysande funktion.¹⁶ Parasitismen tar sig också uttryck i det att det måste finnas särskilda skäl för att tala om underlåtenhet eller om underlåtenhet som en del av en handling. En aktivitet som innehåller en underlåtenhet kallas vanligen endast för en handling. Handlingen konsumerar sålunda underlåtenheten.¹⁷

Underlåtenhet är inte detsamma som ren passivitet eller överksamhet. Vad individen faktiskt gör är inte av betydelse. Om A underlåter att släppa ut den som skall frigges från häktet är det inte av intresse om, A då han underlåter att göra det, är överksam (t.ex. sover) eller aktiv (t.ex. äter).

Varje icke företagande av en handling är dock inte en underlåtenhet. Om det vore på det viset skulle varje individ hela tiden göra sig skyldig till ett oändligt antal underlåtenheter. Jag skulle t.ex. själv då jag skriver detta underlåta att köra bil, handla, gå över gatan o.s.v. Då man talar om icke företagna handlingar bör man ha goda skäl att förvänta en viss handling skall utföras. Enligt Nils Jareborg har A underlåtit att göra handlingen H, när han¹⁸

1. inte gjorde H, och
2. borde ha gjort H.

Uttrycket ”borde ha gjort H” är emellertid flertydigt. Det kan avse

- a) att A enligt egen uppfattning hade goda skäl att göra H;
- b) att det faktiskt fanns goda skäl för A att göra H; eller
- c) att det fanns goda skäl att tro att A skulle göra H.

Förväntansunderlaget (a-c) består därför i ett flertal faktorer t.ex. sociala eller personliga regler, sedvänjor, vanor, rutiner, prognoser m.m. Begreppet underlåtenhet förutsätter sålunda en bakgrund av regler eller regelbundenheter.

¹³ Denna del bygger till stor del på Nils Jareborgs bok Straffrättens gärningslära.

¹⁴ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s., 55.

¹⁵ Ibid, s. 98.

¹⁶ Ibid, s. 98.

¹⁷ Ibid. Jämför även Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, s. 108.

¹⁸ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 56.

Underlåtenhet att utföra en omöjlig handling kan faktiskt vara en underlåtenhet om handlingen rent generellt inte är omöjlig att utföra utan att omöjligheten har sin grund i tillfälliga förhållanden. Exempelvis kan den individ som har underlåtit att göra något visst i ett tidigare skede genom ett handlande eller en underlåtenhet försatt sig i den situation som gör att den handling som förväntas inte går att utföra.

5.4 Funderingar kring begreppet underlåtenhet

5.4.1 Johs Andernæs¹⁹

Den absoluta passiviteten är ett tillstånd som inte uppnås förrän i döden. Hjärtat pumpar runt blodet, signalsubstanserna i hjärnan förmedlar våra tankar och intryck. Den passivitet som dock är intressant för oss ur juridisk synvinkel är den relativa passiviteten, ”ikke-foretagelsen av en bestemt handling”²⁰, även kallad underlåtenhet. Härigenom klargörs att underlåtenhet inte får sammanblandas med överksamhet eller vila. Först i och med en förväntning på en bestämd handling uppstår begreppet underlåtenhet.²¹ Definitionen av underlåtenhet i tysk doktrin överensstämmer med Andernæs.²²

Andernæs har valt ut följande definitioner av underlåtenhet för kommentar:

- a) *Icke-företagandet av en (av rätten) påbjuden handling.*²³ Detta alternativ utesluts genom att en sådan definition skulle leda till ett cirkelresonemang. Det man har som en väsentlig del i definitionen av underlåtenhetsbegreppet, är just det att man vill ta reda på vad som är en underlåtenhet. Svårigheten ligger däri att man vill avgöra om en handling är påbjuden och då säga att en underlåtenhet är icke företagandet av en påbjuden handling leder till ett cirkelresonemang. Andernæs påpekar också att ”Heller ikke stemmer begrensningen med vanlig språkbruk.”²⁴
- b) *Icke-företagandet av en väntad handling.*²⁵ Detta alternativ stämmer väl överens med allmänt språkbruk enligt Andernæs. Alternativet förkastas dock genom att Andernæs skriver att ”det kan jo tenkes at der kan forekomme tilfelle hvor en pssivitet kan straffes til tross for at ingen hadde ventet noe annet av vedkommende.”²⁶
- c) *Icke-företagandet av en möjlig handling.* Detta alternativ är det som Andernæs anser som mest lämpligt men han väljer slutligen att med underlåtenhet beteckna det rent negativa förhållandet, d.v.s. undantar ordet möjlig.
- d) *Icke-företagande av en handling.* Varför han undantagit ordet ”möjlig” är på grund av att omöjligheten att handla kan ha framkallats av den som inte kan utföra handlingen, t.ex. ”ved å drikke seg bevisstløs.”²⁷

¹⁹ Johs Andernæs idéer har jag tagit del av i hans bok Straffbar underlåtenhet.

²⁰ Andernæs, Johs, Straffbar underlåtenhet, s. 1.

²¹ Ibid, s. 10.

²² Örnemark Hansen, Helén, Bidragsbedrägeri, s. 59.

²³ Andernæs, Johs, Straffbar underlåtenhet, s. 3.

²⁴ Ibid, s. 4.

²⁵ Ibid, s. 4.

²⁶ Ibid, s. 4-5.

²⁷ Ibid, s. 5.

Denna definition av underlåtenhetsbegreppet leder till att jag just i skrivandets stund underlåter att föda barn, något som för mig som man är omöjligt!

5.4.2 Nils Jareborg²⁸

Jareborg anser att Andernæs begreppsbildning är otillfredsställande då genom Andernæs definition man föga upplyses om vad som är en underlåtenhet.²⁹ Jareborg menar att det enligt normalt språkbruk icke går att konstatera en underlåtenhet om det inte går att konstatera att det förväntats att vederbörande skall handla. Bristen på ord med betydelsen ”inte göra” kan ibland få oss att tala om ren inaktivitet som underlåtenhet. Detta är missvisande eftersom ”the basic notion of ´omitting´ and ´failing´ is that of leaving undone something which is usually done and which can be done, and carries with it often the suggestion that the thing left undone should have been done.”³⁰ Detta är viktigt att poängtera då överksamheten i sig inte straffas utan endast då den sammanfaller med en underlåtenhet.

Problemet med ordet förväntad är att det ibland används då man vill påvisa sannolikhet att en handling kommer att ske. Att A sannolikt kommer att utföra H är ej skäl att säga att A, om han inte utför H, underlåtit att göra H. Detta under förutsättning att han eller människor i allmänhet brukar göra H i just den situationen. Sålunda kan man säga att för att man skall kunna använda förväntan som grund för underlåtenhet krävs det att förväntan har sin grund i en vana, praxis, en rutin eller sedvänja. Dessa normer om utgör förväntansunderlaget kan vara av både rättslig och moralisk natur. Även principer eller regler av annan natur kan utgöra förväntansunderlaget. Om förväntansunderlaget inte fastställs uppstår ytterligare ett moment som påverkar straffutlämpningen negativt då det spär på tänjningen av legalitetsprincipen ytterligare på de oäkta underlåtenhetsbrottens område.

Det synes ej lämpligt att sammanföra underlåtenhet att handla med handling till ett juridiskt-tekniskt handlingsbegrepp. I den mån ett sådant behövs kan man använda ordet gärning.³¹

När A underlåter att göra H är det ovidkommande vad A faktiskt gör. När A underlåter att komma till ett avtalat möte är det för underlåtenheten irrelevant om A spelar fotboll, äter apelsiner eller sover.³²

²⁸ Nils Jareborgs idéer vad avser just denna del har jag tagit del av i, Handling och uppsåt, En undersökning rörande doluslärans underlag.

²⁹ Jareborg, Nils, Handling och uppsåt, En undersökning rörande doluslärans underlag, s. 98.

³⁰ Ibid, s. 98 not 151.

³¹ Ibid, s. 96 not 138.

³² Ibid, s. 97.

6. Vad underlåtenhetsbrott är

Antalet brottsbeskrivningar i brottsbalken som har sin grund i att en direkt underlåtenhet förekommit är få.³³ Påbud ställer högre krav på människor än vad förbud gör. Ett påbud skär av alla möjliga handlingsalternativ utom ett. Förbud skär endast av ett av många möjliga handlingsalternativ.

6.1 Kommissivdelikt och omissivdelikt

Man brukar indela brott, i abstrakt mening, i dessa två kategorier. Vid omissivdelikt utkrävs ansvar alltid därför och endast därför att en person inte har gjort något visst som han borde ha gjort. Att personen i fråga borde ha gjort något behöver inte kräva annat än att det är kriminaliserat att icke företaga en viss handling. Vid omissivdelikten är det sålunda alltid nödvändigt med en underlåtenhet för att konstituera ansvar. Detta även om det råkar finnas ett positivt verb varmed underlåtenheten kan betecknas. Sålunda kan den gärning, till vilket verbet hänför sig, inte utföras på annat sätt än genom underlåtenhet.³⁴

Kommissivdelikt måste inte nödvändigtvis utföras genom en handling, detta följer av definitionen av omissivdelikt. Hade det varit så att alla kommissivdelikt måste utföras genom en handling så hade inte en tudelning av brotten, i abstrakt mening, kunnat göras. En tredelning hade varit nödvändig, omissivdelikt, kommissivdelikt och brott däremellan vilka varken kräver handling eller underlåtenhet då dessa brott kan begås genom bägges dessa sätt. Det finns, enligt Jareborg, emellertid vissa praktiska skäl för att göra en tudelning.³⁵ Detta leder till att det lämpligaste sättet att definiera kommissivdelikt på är att säga att kommissivdelikt är de brott som inte är omissivdelikt. Sålunda lämnas öppet om brottet kan begås inte bara genom handling utan även genom underlåtenhet.

6.2 Äkta och oäkta underlåtenhetsbrott

Ett äkta underlåtenhetsbrott sker genom ett överträdande av ett omissivdelikt. Ett oäkta underlåtenhetsbrott sker genom ett överträdande av ett kommissivdelikt om överträdelsen sker genom underlåtenhet. Vad som är oäkta med detta underlåtenhetsbrott är att det egentligen är ett handlingsbrott som begås genom underlåtenhet. Egentligen får inte förstås så att det brott som begåtts genom underlåtenhet inte innefattas i brottsbeskrivningen utan det var ett sätt att ursprungligen förklara denna typ av brott. Idag finns det inget ”oäkta” med dessa brott utan begreppet lever vidare och används av oss än idag.

6.3 Underlåtenhet som orsak till överträdelse av kommissivdelikt

Teoretiskt sätt kan de allra flesta kommissivdelikt överträdas genom underlåtenhet. En mindre grupp kräver dock egenhändig handling och kan sålunda inte överträdas genom underlåtenhet. Hit hör de delikt som kriminaliserar levnadssätt, t.ex. BrB 6:8 (koppleri). Överträdande av kommissivdelikt genom underlåtenhet kan ske på tre sätt. Sålunda finns det tre olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott;

³³ Ett exempel är BrB 10:8 (fyndförseelse).

³⁴ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 119.

³⁵ Ibid, s. 119.

(1) Att underlåta att göra något kan under vissa omständigheter vara liktydigt med att göra något annat. Exempelvis kan att underlåta att göra något vara liktydigt med att åsidosätta en skyldighet att göra något visst (t.ex. att underlåta att hålla de medel man är redovisningsskyldig för avskilt o.s.v.)

(2) Psykisk påvekan genom att underlåta att göra något, så att den som påverkas handlar eller underlåter att handla. Detta är det sätt på vilket underlåtenhet främst aktualiseras som brottslig gärning vid anstiftan BrB 23:4, bedrägeri BrB 9:1 och utpressning BrB 9:4.

(3) Fysiskt orsakande av viss följd kan ske genom underlåtenhet. I detta fall begränsas kretsen gärningsmän. Detta sker på grunda av att;

a) kretsen av gärningsmän inte skall bli alldeles överskådlig

b) det för den enskilda kan bli oerhört betungande att för att undgå straff söka förhindra att allehanda risker förverkligas

c) rättvise- eller straffvärdesskäl kan komma in. Varje underlåtenhet är inte lika klandervärd som orsakande av följden genom handling.

Sålunda kommer endast straffrättsligt ansvar på tal då det i det speciella fallet kan förväntas att den som underlåtit att handla borde handlat. Detta förväntansunderlag skall vara av kvalificerad natur. Detta brukar numera i doktrinen beskrivas så som att gärningsmannen måste befinna sig i garantställning. I vilka situationer som garantställning konstitueras i svensk rätt är i betydande grad oklart.³⁶

³⁶ Se vidare avsnittet om Garantläran.

7. Orsakande och kausalitet³⁷

Det kausalsamband man har att göra med i underlåtenhetsfallen är hypotetiskt ty ”ex nihilo hihil fit” (ur ingenting uppstår ingenting). Sålunda måste det styrkas att om den positiva handlingen företagits så hade sannolikt effekten uteblivit.³⁸ Ansvar kan med andra ord inte utdöms om anledning finnes att anta att skadan hade inträffat även om den felande uppfyllt sin skyldigheter. Doktrinen talar härom avgörande kausalitet, nödvändig betingelse.

7.1 Fysiskt orsakande

I straffrätten, då den gäller om ett brott har förövats eller ej, riktas intresset avseende orsakande på om det råder orsakssammanhang mellan konkreta företeelser.³⁹ Särskilt tittas då på mänskliga gärningar (handling eller underlåtenhet) som orsaker. Distinktion mellan orsak och betingelser är att de senare utgör en i sammanhanget ointressant bakgrund medan den första är den intressanta faktorn i mängden av faktorer som orsakar händelsen.⁴⁰

Hela tiden runt omkring oss sker händelser av olika slag. En händelse följs av en annan händelse i förlopp som inte bara är slumpmässiga utan ofta följer upprepade mönster. Händelserna står i relation till varandra så till vida att om x inträffar så måste också y inträffa. Denna kausala relation avser nödvändigheter.

7.1.1 Fysiska kausalkedjor

Den fysiska kausalkedja som binder samman handlingen H (den primära handlingen) med följden F kan skrivas som H-F. Detta skeende kan endast påvisas om det är fysiskt nödvändigt för att F skall ske att H har skett. För att visa detta krävs det ofta att man delar upp skeendet i länkar, låt oss kalla dem a-b, b-c o.s.v. Att klargöra ett fysiskt orsakssammanhang innebär att man med hjälp av sin kunskap, om hur världen fungerar, knyter samman olika stadier i en utvecklingskedja. Då många saker för oss ter sig självklara hoppar vi helt enkelt över flera steg i de kausalkedjor vi undersöker. Sålunda hoppar man ofta över länkarna då det nästan alltid är på det viset att alla straffrättsliga bedömningar av kausalsammanhang är triviala saker vilka inte förutsätter expertutredningar.⁴¹

I vissa fall är det dock så att vi vet att a kan orsaka b och sålunda relationen a-b kanske stämmer men det kan även vara något annat som orsakar b. Ibland kan det vara så att den mest sannolika förklaringen till varför b inträffat är att a har inträffat. Inom straffrätten måste man dock vara utomordentligt försiktig med att ge dylika generaliseringar samma kvalitet som orsak.⁴² Ett exempel: någon är misstänkt för brott, därför att han har haft motiv, tillfälle och förmåga att utföra brottet. Naturligtvis kan någon okänd ha utfört brottet och endast om det framstår som osannolikt att så är fallet har man rätt att vara säker på att det är den misstänkte som har utfört brottet.⁴³

³⁷ Detta kapitel bygger till stor del på straffrättens gärningslära, Jareborg, Nils.

³⁸ Agge, Ivar, Thornstedt, Hans, Straffrättens allmänna del, s. 74.

³⁹ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 83.

⁴⁰ Ibid, s. 81.

⁴¹ Ibid, s. 84.

⁴² Ibid, s. 85.

⁴³ Exemplet återfinns på sid 85 i Straffrättens gärningslära, Nils Jareborg.

7.1.1.1 Tendensgeneralisering

En ytterligare generalisering som brukar göras avseende orsakande är vad som kan kallas för en tendensgeneralisering. Den uppkommer då man vet att om man gör a ökar risken för att b uppkommer. En dylik generalisering är otjänlig som underlag för att klarlägga om det föreligger orsakssamband mellan a och b. Det enda man vet är att det kan tänkas vara på det sättet. Man erhåller sålunda genom tendensgeneralisering en arbetshypotes. Att a har orsakat b måste fastställas utom denna tendensgeneralisering.⁴⁴

Att genom små steg a-b, b-c o.s.v. klarlägg en kausalkedja mellan H-F kallas för att använda ett generiskt förfaringssätt.⁴⁵ Inom straffrätten är det som sagt ofta föga problematiskt att fastställa en kausalkedja mellan H-F. T.ex. om en pistolkula rör sig från punkt 1 till punkt 3 och en person rör sig från punkt 2 till punkt 3 representerar detta två kausalkedjor. Uppbyggnaden av dem är så trivial att vi inte behöver göra mer än att förstå att de föreligger (att en människa behöver använda sitt nervsystem för att gå och att nervsystemet behöver kalium och natrium för att fungera o.s.v. är något som vi inte behöver förstå utan det räcker att vi vet att människan rör sig från punkt 2 till punkt 3). Är sedan personen och kulan vid samma tidpunkt vid punkt 3 sammanstrålar de två kausalkedjorna och en av många tänkbara kausalkedjor leder då till personens död. Om man då ställer sig frågan vad som orsakade personens död går man baklänges i en av kausalkedjorna tills det att man kommer till den som avlossade skottet från punkt 1. Även den andra kausalkedjan, den som innehåller personens förflyttning från punkt 2 till punkt 3 kan vara straffrättsligt relevant då personen t.ex. kan ha blivit tvingad att förflytta sig till punkt 3. Sålunda kan någon vara ansvarig för att personen förflyttar sig till punkt 3 och därigenom vara ansvarig för personens död.

7.1.2 Fysiska kausallinjer

Kausalkedjor innehåller länkar mellan positiva händelser som innebär att en förändring har skett. Utevaron av en viss händelse kan vara så anmärkningsvärd att den behöver förklaras. Att något inte inträffat kan i sin tur ha konsekvenser. Vid kausalkedjor har man följande relation:⁴⁶

1. faktor a - faktor b

Vid kausallinjer (för att fastställa kausallinjer som innehåller minst en negativ faktor krävs att man gör hypotetiska antaganden, vilket sker genom att man uppställer hypotetiska kausalkedjor):

2. faktor a => frånvaro av faktor b

I detta fall måste vi anta att om faktor a hade varit frånvarande så hade faktor b funnits (frånvaro av faktor a => faktor b). Detta innebär att faktor a måste, genom att den finns hindra existensen av faktor c som är den faktor (de faktorer) som måste finnas för att faktor b skall existera. Faktor a => frånvaro av faktor c => frånvaro av faktor b. Frånvaro av faktor a => faktor c => faktor b. Den hypotetiska kausalkedjan mellan c och b har sålunda förhindrats av existensen av a.

Exempel på detta fall är att B, utför handlingen h, anlägger en eld och A häller vatten på den så att den släcks. Frånvaro av faktor a (att A häller vatten på elden) leder till faktor c (att högen tar eld)

⁴⁴ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 86.

⁴⁵ Ibid, s. 86.

⁴⁶ Relationerna är hämtade från sid 87 i Straffrättens gärningslära, Nils Jareborg.

som i sin tur leder till faktor b (att högen brinner upp). Faktor c beror i sin tur på att B tänt eld på högen men det förloppet hindras inte av att A håller vatten på den brinnande högen. A:s handlande, a, förhindrar förloppet $c \Rightarrow b$, inte h (B:s handlande) $\Rightarrow c$. Dock måste sägas att c i och med a blir en faktor utan värde.

3. frånvaro av faktor a \Rightarrow faktor b

I detta fall måste vi anta att faktor a föreligger vilket i sin tur leder till frånvaro av faktor b. Detta gäller under den förutsättning att b inte utgår från faktor a samt att existensen av faktor a gör så att den faktor (de faktorer), kallas faktor c, som gör så att b existerar, inte föreligger. faktor a \Rightarrow frånvaro av faktor c \Rightarrow frånvaro av faktor b.

Exempel på detta fall är att B fallit i vattnet och A underlåter att slänga i en frälsarkrans vilket leder till att B dör. A orsakar därigenom B:s död. Hade A kastat i frälsarkransen, faktor a, hade faktor b, att B dör, varit frånvarande. Faktor b utgår inte från faktor a samt faktor c (att B inte på egen hand kan vara över vattenytan) leder inte till faktor b i och med att faktor a finns. Någon kausalkedja mellan c och b går inte att konstruera.

4. frånvaro av faktor a \Rightarrow frånvaro av faktor b

I detta fall måste vi göra antagandet att om faktor a föreligger så föreligger faktor b. Faktor a \Rightarrow faktor b. Sålunda är det endast förekomsten av faktor a som kan konstituera förekomsten av faktor b. Den hypotetiska faktor c påverkar inte faktor b i detta fall. Om man inte väljer att se det som så att om faktor a så faktor c som gör så att faktor b uppkommer.

Exempel på detta fall är att A underlåter att låsa upp dörren och A är den ende som kan låsa upp dörren, B kommer då inte in. Hade A utfört faktor a, låst upp dörren, så hade faktor b, att B kommit in, existerat.

Behovet av en distinktion mellan kausalkedjor och kausallinjer kommer av att man vid bevisning av konkret fysiskt orsakande alltid måste komma in på argument som rör kausalkedjor.⁴⁷

7.2 Psykiskt orsakande

Mänsklig påverkan sker på det sättet att A orsakar så att B gör H eller inte gör H⁴⁸. Detta sker genom att A förser B med skäl för att göra eller inte göra H. B gör eller gör inte H på grund av att han tror att p. Det är A som har fått B att tro att p. Man brukar säga att A förmår B att göra eller inte göra H. B:s uppfattning att p grundar sig i att A har eller inte har gjort något som om A inte gjort eller gjort skulle resulterat i uppfattningen att inte p.

Vi har fyra olika modellfall att titta på.⁴⁹

⁴⁷ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 87.

⁴⁸ Ibid, s. 93.

⁴⁹ Hämtade från sid 94 i Straffrättens gärningslära, Nils Jareborg.

1. A:s handling => B:s handling;

A har lånat B:s bil under ett år. Oljan måste bytas i motorn varje år. A har inte bytt olja och säger det till B som då byter oljan. (hade A inte sagt det till B hade B utgått från att A bytt oljan eftersom det måste göras varje år)

2. A:s handling => B:s underlåtenhet;

A har lånat B:s bil under ett år. Oljan måste bytas i motorn varje år. A har inte bytt olja men säger till B att han bytt oljan. B underlåter då att byta oljan i motorn och densamma skär då inom kort.

3. A:s underlåtenhet => B: handling;

A har lånat B:s bil under ett år. Oljan måste bytas i motorn varje år. A har inte bytt oljan och underlåter att säga det till B som då utgår från att A bytt oljan och kör därför med bilen utan att byta oljan. Detta resulterar i att bilen skär.

4. A:s underlåtenhet => B:s underlåtenhet.

A har lånat B:s bil under ett år. Oljan måste bytas i motorn varje år. A har inte bytt oljan och underlåter att säga det till B som då utgår från att A bytt oljan och byter därför inte olja. Detta resulterar i att bilen skär. Då ingen idé om naturlig nödvändighet ligger till grund för bedömningen av att en kausal relation råder bör termen kausalkedja ej användas i detta fall.⁵⁰

7.3 Underlåtenhetens kausalitet och Lindomefallet

Denna del i uppsatsen bygger på en artikel: Om underlåtenhetens straffbarhet publicerad i Tidskrift för rettsvetenskap 1994 sid 469 ff. skriven av Zalma M. Putermans. För att förstå författarens ståndpunkt och hans sätt att resonera redogörs här först för hans inställning till hur man löser det klassiska exemplet med den icke simkunnige som trillar i vattnet.

7.3.1 Ett klassiskt exempel

A har trillat i vattnet medan en annan person, B, som råkat befinna sig i närheten och bevittnat händelsen och som utan att behöva utsätta sig själv för fara eller obehag kunnat ha räddat A t.ex. genom att kasta en frälsarkrans till A. B gjorde inget och såg på då A drunknade.

Problemet med att säga att B:s underlåtenhet borde vara ansvarsgrundande ligger däri att det kan sägas saknas kausalitet mellan A:s död och B:s underlåtenhet. Allmänt kan sägas att C (cause) är orsaken till E (effekten) om C inträffar vid tiden t_1 och är ett tillräckligt villkor för E vid tiden t_2 , där t_1 är före t_2 . Vissa menar att C inte skall vara ett tillräckligt villkor utan ett nödvändigt villkor, andra att C inte bara skall vara ett tillräckligt villkor utan kräver även att C är ett nödvändigt villkor.⁵¹ Enligt den sista skolan inträffar E om och endast om C inträffar. Som ett ytterligare krav kräver även vissa att någon slags fysisk eller psykisk inverkan ingår i det nödvändiga och/eller tillräckliga villkoret. Med

⁵⁰ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 94.

⁵¹ Putermans, Zalma M., Tidskrift för rettsvetenskap 1994, s. 472.

det sista tillägget måste det anses svårt att se något kausalsamband mellan A:s död och B:s underlåtenhet att rädda A från att drunkna.

Författaren menar att det är mer plausibelt att plädера för straffbarhetens underlåtenhet då det föreligger ett kausalt förhållande än då det inte gör så. Författaren tillägger dock att han inte är främmande för att man i vissa fall kan straffa även då kausalitet inte föreligger. Han menar att krav på straffbarhet på extremt asociala beteenden är tilltalande. Författaren menar att det inte är någon tvekan om att B:s beteende då han underlåter att rädda A är extremt asocialt och B bör bestraffas därför.

Han delar in underlåtenhet i aktiv och passiv underlåtenhet. B som inte räddar A gör enligt författarens indelning sig skyldig till passiv underlåtenhet. Aktiv underlåtenhet innehåller ett kausalt förhållande. Han menar att i ett fall som Lindomefallet så förelåg en aktiv underlåtenhet.

7.3.2 Lindomefallet⁵²

Hovrätten för västra Sverige 1991-04-26 B 157/91

Detta är ett fall som varit mycket omskrivet i media, främst på grund av att det påstås att två personer som varit med då ett mord begåtts kan gå fria genom att skylla på varandra. Jag kommer i det följande att beskriva vad som hänt fram till det att C slås ihjäl. A och B kände varandra sen en tid tillbaka. Bägge var missbrukare, A gick för tillfället på antabus. B kände sig jagad av några och ville ha hjälp av A och sökte då upp honom. B ville skaffa ett vapen. Då han varit intern på Lindome anstalten hade han lärt känna en man som kallades för "Räven". B viste inte "Rävens" adress men han viste att han bodde någon stans i Lindome. Innan A och B åkte ut till Lindome för att söka hitta "Räven" åkte de och pantsatte B:s stereo. B fick 1000 kronor i pant för den och betalade omgående en skuld på 300 kronor som B hade till A. Väl ute i Lindome frågade de två ynglingar på moped om de viste var "Räven" bodde. Ynglingarna trodde det kunde vara i närheten. B fick, då de passerade ett hus, en ingivelse om att det var där "Räven" bodde. Här börjar berättelserna gå isär.

Enligt B stannade de vid huset och knackade på. C öppnade och B frågade efter "Räven" men C viste inte vem denna "Räven" var. B gick då in i huset för att se om det fanns någon mer där. I köket lade B ifrån sig den hummer han köpt i Olskroken för att ge till "Räven". B gick in i ett av de angränsande rummen och hörde då ett liv i från köket. Då han åter kom in i köket såg han hur A slog en stekpanna i huvudet på C. Efter detta sökte B igenom huset efter eventuella vapen och värdesaker. Här väljer jag att avsluta B:s berättelse då vad som hände efter det att de lämnat huset inte är intressant för detta arbete.

Enligt A stannade de vid huset och B gick fram för att se efter om det var där "Räven" bodde. C sade till B att han inte bodde där och B återvände till bilen. B sade då till A att "här bor det fint folk". B satt sedan en tid i bilen. Där var han ganska stökig och bröt bland annat av ena klon på hummern, tappade en cigarett i sätet och fick för sig att det brann och sökte släcka branden med öl. B gick därefter upp till huset och gick in. A vet inte om B blev insläppt eller bara gick in. Efter 15 minuter ropade B från huset att A skulle komma in. C frågade då vem A var och A sa då att han var B:s chaufför. B sade då åt A att hämta en brännvinsflaska i bilen. C ville nu att de båda männen skulle gå

⁵² Lindomefallet behandlas utförligt i *Ulla Jacobssons* bok, "Vi hade ju haft ihjäl en gubbe" Mordet i Lindome.

därifrån. Då knuffade B till C så att han föll på rygg vid köksbordet. B sprang sedan fram till A och började sparka C. Efter lite förvirring då A och B virrade runt i huset tog B ut en stekpanna från ett skåp och slog C i huvudet minst två gånger. Efter detta sökte B igenom huset efter eventuella vapen och värdesaker. Här väljer jag att avsluta A:s berättelse då vad som hände efter det att de lämnat huset inte är intressant för detta arbete.

Tingsrätten

Tingsrätten väljer att tro på A:s berättelse och anser sålunda att B bragt C om livet.

Hovrätten

Hovrätten ansåg inte att A:s berättelse var mer trovärdig än B:s berättelse. Hovrätten menade att åklagaren inte uppfyllt det beviskrav som måste ställas när det gäller åtal för brott av förevarande slag. Med andra ord ansåg de det inte visat att B bragt C om livet.

Sålunda kan konstateras att det antingen är A eller B som bragt C om livet.⁵³ A skyller på B och vice versa. Både A och B var närvarande då brottet begicks men någon teknisk bevisning avseende vem av A och B som utförde dådet har ej säkrats. I ett fall som detta, där det var två personer A och B av vilka en slog ihjäl C, menar författaren att man skulle kunna tala om underlåtenhet. Om det är A som slår ihjäl C så är det underlåtenhet från B:s sida. Är det istället B som slår ihjäl C så är det A som har underlåtit att förhindra dådet. Sålunda vet vi ej vem av A eller B som är skyldig till dådet och vem av A eller B som är skyldig till underlåtenheten.

Underlåtenhet är i detta fall det minimum som kan bevisas utan rimligt tvivel och därför kan båda A och B anklagas för detta brott, *in dubio pro reo*. Problemet är dock att det inte nödvändigtvis behöver vara straffbart att underlåta att förhindra att ett brott begås.⁵⁴

Mellan den av A eller B som dödar C föreligger naturligtvis ett kausalt förhållande. Det förhållandet resulterar i C:s död. Om det är A som mördar C har B underlåtit att förhindra det. Författarens resonemang kring underlåtenhet från B:s sida tar sin grund i tolkningen av råd eller dåd i BrB 23:4. Istället för att se råd eller dåd enbart som en fysisk påverkan kan man se det som en psykisk påverkan.⁵⁵ Då B underlåter att förhindra att A mördar C sänder han ut positiva signaler till B (du får göra det du gör, jag tänker inte hindra dig). A uppfattar då detta som en tillåtelse att oförhindrat fullborda dådet. Författaren menar att det är just denna typ av kommunikation mellan A och B som kan göra att denna underlåtenhet betecknas som en aktiv underlåtenhet. Vidare skriver han att en sådan psykisk påverkan med största sannolikhet ägde rum i Lindomefallet. Sålunda menar han i enlighet med sin definition av aktiv underlåtenhet att det förelåg kausalitet mellan B:s underlåtenhet och C:s död.

De praktiska svårigheterna som uppstår, bevisning av att B:s hade så starkt inflytande på A att A inte skulle ha utfört dådet om B hade visat det genom kommunikation, är författaren medveten om. Han menar dock att de praktiska svårigheterna troligen inte är svårare än då man skall bevisa uppsåt. Aktiv underlåtenhet faller enligt författaren redan idag under BrB 23:4 och därför borde A och B i Lindomefallet ha kunnat dömas för medhjälp. Rent formellt skulle då en av dem dömas för ett brott

⁵³ Förvisso kan de vara de båda som utfört handlingen gemensamt.

⁵⁴ Se vidare kapitlet om garantläran

⁵⁵ *Putermans, Zalma M.*, Tidskrift för rettsvetenskap 1994, s. 479.

han inte begått då en av dem måste vara mördaren. Detta är i och för sig sant och den fällande domen svarar då inte mot det faktiska händelseförloppet. Orättvis kan dock inte domen anses av de dömda då den de facto är för mild mot den faktiska mördaren. För mild kan den dock anses av allmänheten men då det saknas bindande bevis för vem som är mördaren måste man betala detta pris om man vill följa rättsstatens grundprinciper.

7.3.3 Kommentar till författarens idéer

Det sätt på vilket författaren resonerar anser jag leder till att så fort man har ett brott som begås och det är någon närvarande så måste han anses vara medhjälpare då han sänder ut positiva signaler genom att inte ingripa. Eftersom man inte ingriper stöttar man då den som begår brottet. Detta leder i sin tur till att vi får ett krav på att man måste ingripa då ett brott begås och man är närvarande, i vart fall skall man inte förhålla sig passiv.

Jag menar på att författarens vida nyttjande av brottsbalken är i strid mot vad som uttalas i praxis och doktrin. Ivar Strahl, som här får representera doktrinen, tar upp ett liknande fall i samband med att han berör något som han kallar för livet regel. ”Att ställa sig att åse ett slagsmål eller ett djurplågeri och att därvid anlägga en gillande min bör regelmässigt gå straffritt på grund av denna regel”⁵⁶. Vi har i Sverige inte någon skyldighet, utom i vissa fall⁵⁷, att förhindra brott.⁵⁸ Legalitetsprincipen fyller en viktig funktion inom straffrätten. Sålunda bör man inte, även om det som skedde i Lindome var avskryvbart, våldföra sig på brottsbalkens ordalydelse och mening för att nå ett slut som i det enskilda fallet kan vara tillfredsställande.

⁵⁶ Strahl, Ivar, Allmän straffrätt i vad angår brotten, s. 281.

⁵⁷ Se BrB 23:6 2st.

⁵⁸ SOU 1996:185, s. 314 ff.

8. Legalitetsprincipen samt kriminalisering

8.1 Legalitetsprincipen

För att en underlåtenhet skall utgöra ett brott och således kunna leda till ett utkrävande av straffrättsligt ansvar krävs en föreskrift i lag eller annan författning.⁵⁹ Denna grundsats, som allmänt går under benämningen legalitetsprincipen, fick sin utformning genom upplysningstidens filosofer. I Franska revolutionens rättighetsförklaring, år 1789, fick legalitetsprincipen sitt första auktoritativa uttryck. Legalitetsprincipens hävdande utgjorde då en reaktion mot domstolarnas godtycke. Numera ingår den som en väsentlig beståndsdel i de civiliserade ländernas rättssystem. I svensk rätt har den respekterats i ca 200 år. Legalitetsprincipen kan härledas från en annan princip, konformitetsprincipen vilken säger att straff eller annan brottspåföljd endast får drabba den som kunnat rätta sig efter lagen.⁶⁰

Den Tyska straffrättsreformatorn Anselm von Feurebach definierade i början av 1800-talet legalitetsprincipen med de kända satserna: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, dvs. inget straff utan lag, inget straff utan brott, inget brott utan kriminalisering genom lag.

Att en gärning inte kan betraktas som brott utan ett uttryckligt stöd i lag måste anses allmänt omfattat i västerländska kulturstater, däri inbegripet Sverige.⁶¹ Trots det faktum att legalitetsprincipen under lång tid har respekterats i svensk rätt så har det dröjt ända fram till våra dagar innan den fått ett tillfredsställande lagstöd. En anledning till detta var att det inom specialstraffrätten ansågs vara en fördel om man inom densamma kunde använda sig av straffbud analogvis.⁶² Genom lagstiftning 1994⁶³ skapades dock ett lagstöd för legalitetsprincipen genom att man i 1 kap. 1 § BrB införde ett förbud mot analogisk tillämnning av straffbud. I artikel 7 i den europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna anges att ingen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet⁶⁴, som vid tidpunkten för dess begående inte utgjorde ett brott enligt inhemsk eller nationell rätt. I och med 1995 gäller denna konvention som lag i Sverige och därigenom får sålunda legalitetsprincipen ett ytterligare starkare skydd.

8.1.1 Rättssäkerhet

Rättssäkerheten stärks genom legalitetsprincipen. Med rättssäkerhet kan man naturligtvis även mena säkerhet att inte bli utsatt för brott. Detta är dock en helt annan säkerhet än den som skall skydda mot att man bli straffad för något som inte var straffbelagt då gärningen begicks.⁶⁵

Det kan finnas situationer då det måste ske en avvägning mellan kravet på legalitet och andra beaktansvärda intressen rörande t.ex. rättsskydd eller effektivitet. Emellertid får effektiviteten aldrig överordnas rättssäkerheten.⁶⁶

⁵⁹ SOU 1996:185 s. 48

⁶⁰ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 40.

⁶¹ SOU 1988:7 s. 44.

⁶² Ibid, s. 49.

⁶³ Se prop. 1993/94:130

⁶⁴ I konventionstexten står det faktiskt gärning eller underlåtenhet. Vår definition av gärning är handling eller underlåtenhet!

⁶⁵ Holmberg, Carl m.fl., Kommentar till brottsbalken I, sjätte upplagan, s. 22.

⁶⁶ SvJT 1986, s. 375.

Det är av avgörande betydelse för rättssäkerheten och för tilltron till det straffrättsliga systemet att de ingripanden och åtgärder som utförs är förutsebara och sker inom de ramar som statsmakterna, i förväg, dragit upp. Förutsägbarheten är inte enbart beroende av att vissa gärningar är straffbelagda utan även av hur de är det. Sålunda ställer legalitetsprincipen krav på lagstiftningen begriplighet och precision.⁶⁷ Man måste dock vara medveten om att en straffrättslig bestämmelse kan komma att vara i behov av tolkning för att kunna användas. Exempelvis är beskrivningen av de olika brottsliga handlingssätten som beskrivs i BrB:s brottskatalog inte sällan av abstrakt slag och de innehåller ofta värderande element. Verkligheten är alltför komplex för att låta sig helt och hållet inordnas i ett straffrättsligt system. Detta område måste därför vara domstolarnas uppgift att konkretisera och fylla ut.

Legalitetsprincipen kan även sägas ha en rationalitetsaspekt. Det är inte meningsfullt att personal inom rättsväsendet lägger ner ibland avsevärd tid på att undersöka hur gränsen skall dras mellan brott och ickebrott. Fördelaktig ur denna synvinkel är det då sålunda att det denna fråga på ett enkelt och klart sätt redogörs för i lagtexten.⁶⁸

8.2 Kriminalisering av underlåtenhet

8.2.1 Äkta underlåtenhetsbrott

Det är endast till en viss del som underlåtenhet direkt i lag är straffbelagt. De lagrum, i vilka det uttryckligen framgår att brotten begås genom underlåtenhet, inrymmer de brott som kallas äkta underlåtenhetsbrott.

8.2.2 Oäkta underlåtenhetsbrott

De oäkta underlåtenhetsbrottsens karakteristiska drag är att, i de lagrum vari dessa brott upptas, det inte klart framgår att även underlåtenhet kan medföra straff. Dessa straffbud avser till synes endast handlingar, men även att det inte klart framgår i lagen att underlåtenhet kan leda till straff är det så. Vilken grad av klarhet, att underlåtenhet ingår i dessa lagrum, anses olika av varierande författare i doktrinen vilket senare kommer att framgå. Det största problemet med att det inte riktigt klart framgår i straffbuden att underlåtenhet kan leda till straff är att det kan leda till en kollision med legalitetsprincipen.

Nils Jareborg, som måste anses vara den ledande inom straffrättsdoktrin idag, är den i doktrinen som är den mest positiva till att de oäkta underlåtenhetsbrotten redan utgör en del av de befintliga straffbuden. Han menar att de oäkta underlåtenhetsbrotten genom en mycket okomplicerad tolkning av straffbuden ingår i de samma. Verben i straffbuden skall enligt honom ses som sociala termer och inte att de endast avser handlingar.⁶⁹

8.3 Straffbudens utformning

De straffbud vi har är numera utformade efter vad som kallas syntetisk lagstiftningsmetod. Detta innebär att de varierande fall vilka straffbuden avser inte är skrivna genom en detaljerad beskrivning

⁶⁷ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 57.

⁶⁸ SOU 1988:7, s. 48.

⁶⁹ Se avsnittet Begreppen handling och handlingsverb.

av vad som exakt krävs för att ett brott skall anses ha blivit begånget, såsom fallet är i kasuistisk lagstiftning.

Visserligen har lagstiftaren då den lagstiftat haft konkreta vardagliga händelser i åtanke men det är omöjligt att i detalj ange alla variationer av gärningar som kan uppstå i ett så komplext samhälle som vi lever i. Övergången från äldre tids kasuistisk lagstiftning har skett bland annat för att undvika luckor i lagen.⁷⁰

I och med den syntetiska lagstiftningsmetoden har i stor utsträckning gränsdragningsfrågor lämnats obesvarade. Sålunda kan det i vissa fall vara svårt att veta var gränsen mellan brott och ickebrott går. Detta är av naturlig anledning inte önskvärt då det inte främjar rättssäkerheten såtillvida att det inte klart framgår vad som är straffbart och vad som inte är det. Samtidigt måste man dock säga att det även är positivt för rättssäkerheten att man lagstiftar på det syntetiska viset. Annars skulle det kunna komma sig att någon går fri efter det att han/hon gjort något som uppenbart strider mot vad det allmänna rättsmedvetandet säger. Detta då på grund av att samhället inte skulle ha haft möjlighet att skriva kasuistisk lagstiftning som passar in på alla de av samhället förkastliga situationer som kan uppstå. Vid kasuistisk lagstiftning skulle man i och för sig kunna använda sig av analogisk lagtolkning. Att använda sig av analogi främjar inte heller det rättssäkerheten och jag menar sålunda att syntetisk lagstiftning torde vara mer rättssäkerhet än kasuistisk lagstiftning med analogisk rättstillämpning. Visserligen måste man tolka den syntetiska lagstiftningen för att kunna tillämpa den men om den tolkningen görs efter uppställda regler så kan man med ganska stor förutsägbarhet kunna inse vad som är straffbart och vad som inte är straffbart. Reglerna vi har är motivuttalanden.

8.3.1 Kritik mot brottsbalken

Både före och efter BrB:s antagande har kritik framförts mot densamma.⁷¹ Kritiken har bestått i att man i allt för stor utsträckning överlämnat frågor, om vad som är och icke är straffbart, till rättstillämpare och doktrin. Man måste dock säga att domstolar och åklagare varit återhållsamma med möjligheterna att vidsträcka det brottsliga området.⁷² I de fall det varit tveksamheter har rättstillämparen sökt vägledning ur lagstiftarens motiv. Genom detta måste det anses att rättstillämpningen inte är helt skönmässig utan följer de motiv som uppställts. En ”lagstiftning genom motiv” är på straffrättens område dock inte att rekommendera, motivuttalandena är inte bindande. Det förekommer även fall då lagtext och vad som står i motiven helt strider mot varandra.⁷³

En risk som finns med en oklar gränsdragnings mellan brott och ickebrott är att rättskipningens effektivitet kan sättas före den enskildes rättssäkerhet. Även om inte straffbudens främsta uppgift⁷⁴ är att förse medborgarna med information om vilka förbud och påbud som gäller är det i legalitetsprincipens intresse att medborgarna i största mån kan utläsa vilka handlingssätt som är förbjudna respektive påbudna.

⁷⁰ *Thornstedt, Hans*, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 325.

⁷¹ *Jareborg, Nils*, Brotten första häftet, s. 59.

⁷² *Ibid*, s. 59.

⁷³ *Ibid*, s. 59.

⁷⁴ Den främsta uppgiften är att förse rättstillämparna med handlingsregler.

9. Tolkning av straffbud

Rättstillämpning enligt lag förutsätter lagtolkning. Med tolkning menas då tolkning av en given text, att bestämma textens mening. Tolkning av lagtext behövs på grund av det sätt på vilket lagtext är utformad (jämför den ovan beskrivna syntetiska lagstiftningsmetoden). Inte bara sättet på vilket lagen är skriven utgör tolkningsbehov utan även det att språket inte i sig möjliggör höggradig precision. Thornstedt menar att lagstiftningens oförmåga att ge klar besked beträffande vad som är att anse som brott respektive ickebrott beror på språkets ofullkomlighet som meddelsemedel. Det är omöjligt att garantera medborgaren en strafffri sfär genom att använda sig av verbala medel.⁷⁵ Tolkningen sker främst genom subordination.⁷⁶ Det innebär att lagens ord preciseras med den givna gärningen i åtanke.

Då vi talar om oäkta underlåtenhetsbrott uppkommer naturligt frågan om hur man kan få in underlåtenhet under ett straffbud som till synes endast kriminaliserar handling. Sker detta genom en tolkning av straffbudet eller utsträcks dess tillämpningsområde analogt? Är över huvud taget analog tillämpning möjlig inom det straffrättsliga området? Svaret på dessa frågor kommer senare. Med analogi menar jag laganalogi⁷⁷.

Beskrivningarna av de brottsliga handlingsätt som finns i BrB:s brottskatalog (3-22 kap.) är abstrakta.⁷⁸ I SOU 1940:20 s 66f. kan man läsa att den dåvarande straffrättskommittén menade att någon fullständig lösning av alla tänkbara fall är inte var möjligt att ge i lagtext, utan att framledes uppkommande oförutsedda frågor måste lämnas att tolkningsvis lösas. ”Det kan då ofta vara bättre att till ledning för tolkningen hava ett otvetydigt uttryck för lagens allmänna anda och mening än en noggrann detaljreglering, som gjorts utan tanke på den föreliggande frågan.”⁷⁹ De gärningsbeskrivningar som finns i BrB måste tolkas. Detta med hänsyn till den lagstiftningsmetod som använts samt att språket har sina begränsning att förmedla de tankar lagstiftaren haft.

För att en gärning skall vara straffbar måste den rymmas under ett straffbud, låt vara att det endast genom tolkning kan förstås att gärningen inrymmes därunder. Detta strider inte mot legalitetsprincipen. Vid tvivelsmål hur ett straffbud skall förstås är det i princip den mildare tolkningen som är att föredra enligt sentensen in dubio mitius (i tvivelsmål det mildare).⁸⁰

9.1 Hur lagtolkning går till

Lagtolkning i syfte att lösa ett specifikt fall sker genom att man, eventuellt stegvis, preciserar lagtexten så att man med det konkreta fallet i tanke avgränsar en klass av fall som är mindre vid än den i lagtexten angivna klassen. Det är vad som kallas subordinerande tolkning.⁸¹

I andra hand kan tolkning ske genom att man ersätter befintliga ord och uttryck med andra som i sammanhanget förstås som synonymt med det som ersätts. Denna typ av tolkning kan ske både

⁷⁵ Thornstedt, Hans, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, s. 325.

⁷⁶ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 87.

⁷⁷ Peczenik, Alexander, Juridikens teori och metod, s. 52.

⁷⁸ SOU 1988:7 s. 45.

⁷⁹ Ibid, s. 45 som hänvisar till SOU 1940 s. 66f.

⁸⁰ Holmberg, Carl m.fl., Kommentar till brottsbalken I, sjätte upplagan, s. 23.

⁸¹ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 87.

innan man preciserar lagtexten och efter det att man gjort så. När man gör sådan tolkning krävs det, för att tolkningen skall vara meningsfull, att man använder mindre obestämda uttrycksätt än det uttryck som ersätts. Den tolkning som sker på detta sätt kallas analyserande tolkning. Även denna tolkning har som mål ökad precisering.

Precisering går ut på att sänka textens grad av obestämdhet. En fullständig precision är ouppnåelig av både teoretisk och praktiska skäl. Det viktiga är att man uppnår en i sammanhanget godtagbar bestämdhet.

9.2 Objektiv tolkning⁸²

Då man tolkar en text utan att använda tolkningsdata kallas det för att man utför objektiv tolkning.⁸³ Denna typ av tolkning kan även kallas för klarläggande tolkning. Tolkningen, som sker av ord, fraser, satser och satskombinationer, görs i två steg:

1. Rent språklig tolkning, bokstavstolkning. Hjälpmedel här kan vara ordböcker, grammatiska böcker m.m. De ordförklaringar och legaldefinitioner som finns i lagtexten skall naturligtvis beaktas.
2. Tolkning med hjälp av kontexten, d.v.s. det textuella sammanhanget i vilket ordet, satsen förekommer. Denna typ av tolkning medför i allmänhet en precisering av det område som det som tolkas kan ha. Vissa områden som vid den rent språkliga tolkningen kan framstå som plausibel skärs bort. Ett särskilt betydelsefullt kontextelement är det faktum att texten man tolkar är juridisk. Sålunda om det uppstår en konflikt mellan det vardagliga språket och det juridiska, vad avser betydelsen av ett visst ord, får det anses att det finnas anledning att låta det senare ha företräde.

Systematisk tolkning kallas den tolkning som sker med hjälp av kontexten i vissa delar. Som tolkningsdatum används då det faktum att ordet, satsen används på ett visst sätt i ett systematiskt sammanhang. Sålunda spelar det då roll hur ordet, satsen används i texter av likvärdig ålder och lagstiftningsteknik. Internationella konventioner kan få betydelse vid tolkning av svensk lagtext, då den senare kommit till på grund av tillträddandet av den tidigare.

Lagtext måste tolkas utan att man tar hänsyn till att den kan ha formen av en yttrad sats, d.v.s. en sats som vid viss tidpunkt riktar sig till vissa individer. Lagtexten måste betraktas som autonom annars blir den snabbt föråldrad. Detta leder till att lagtext över tiden kan få skiftande innehåll på grund av när den objektiva tolkningen sker. Detta kan medföra att äldre lagtext omtolkas för att passa ihop med nyare sådan.⁸⁴

Vid objektiv tolkning bör man utgå från att lagtexten är rationellt formulerad. Med andra ord att inget i lagtexten är överflödigt, att ord som används flera gånger inte byter betydelse, att texten inte innefattar logiska oförenligheter. Dock måste man vara medveten om att det inte alltid är möjligt att undanröja dylika ofullkomligheter genom tolkning.

Objektiv tolkning leder till klarläggande av en viss text betydelseområde, men blott så att vissa oklarheter redovisas. Man brukar skilja mellan betydelsekärna och betydelseperiferi. Betydelsekärna

⁸² Detta avsnitt bygger till största del på kapitel 3.3.3 i Nils Jareborgs bok *Brotten*, första häftet.

⁸³ *Jareborg, Nils*, *Brotten* första häftet, s. 90.

⁸⁴ *Ibid*, s. 91.

är i vilken den rätta betydelsen bortom rimligt tvivel är klarlagd. I betydelseperferin är det möjligt att bruka ordet, satsen, men det är inte givet att den eller det är att tillämpa. Där betydelseperferin slutar brukar benämnas med ordgränsen. Dock måste man uppmärksamma att det inte är riktigt rättvisande att tala om gränser, dessa är nämligen mycket svävande. Gränsen skall istället beskrivas som en obestämd zon.⁸⁵

9.3 Intentionstolkning⁸⁶

Genom denna typ av tolkning söker man lägga mindre vikt vid avsändarens faktiska avsikter än de avsikter en person i hans ställning rimligen borde ha.

(I) Att lägga vikt vid en lagtexts avsedda betydelse är möjligt endast om man kan identifiera lagstiftaren och dennes åsikter lätt kan utronas. Om det är möjligt finns det förutsättningar för en autentisk tolkning. Under de förutsättningarna kan man tillfråga lagstiftaren vilken betydelse han numera vill läsa in i lagtexten. I och med lagtexts autonomitet bör densammes avsedda betydelse enbart beaktas i den mån den klagjorts genom motivuttalanden.

(II) Lagstiftarens avsikt behöver inte bara avse själva textens utformning utan kan även avse ändamål eller syften med densamma. Då textens betydelse påverkas härav talar man om att man gör en ändamålstolkning eller en teleologisk tolkning. Med beaktande av vad som nämnts om lagtexts autonomitet bör rimligtvis endast ändamål som framkommer i motiv tas hänsyn till. Teleologisk tolkning kan emellertid vara helt frikopplad från lagstiftarens ändamål och hänsyn kan istället tas till vilka ändamål lagstiftningen bör tillgodose för att ha en rationell funktion i det rådande samhället.⁸⁷

Teleologisk tolkning spelar mycket liten roll vid tolkandet av straffrättslig lagstiftning, då det gäller att avgöra huruvida brott föreligger eller ej.⁸⁸ Detta beror i huvudsak på att det enda speciella ändamål som ett straffbud kan ha är att undertrycka det förbjudna beteendet eller förmå folk att utföra påbudna handlingar.

Sålunda skulle jag vilja påstå att man skulle kunna säga att teleologisk tolkning skulle kunna användas för att klarlägga om brott kan begås genom underlåtenhet. Man söker ju efter ändamålet med en teleologisk tolkning. Vi skall senare se att det måhända ej ens behövs tolkning för att de oäkta underlåtenhetsbrotten skall anses ingå i straffbuden.⁸⁹

9.4 Laganalogi

När ett fall bedöms med hjälp av ett straffbud, trots att det ligger utanför det språkligt naturliga tillämpningsområdet för detsamma, kallas det för laganalogi. Motiveringen som används vid användningen av laganalogi är att fallet liknar andra fall vilka regleras av straffbudet vilket är föremål för laganalogi. Laganalogi används då det anses att lagen innehåller en lucka och anses uttrycka principen att lika skall behandlas lika.⁹⁰

⁸⁵ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 91.

⁸⁶ Detta avsnitt bygger till största del på kapitel 3.3.4 i Nils Jareborgs bok Brotten, första häftet.

⁸⁷ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 92.

⁸⁸ Läget är något annorlunda vad avser påföljder.

⁸⁹ Jareborgs lösning av frågan då han använder sig av handlingsverbens sociala funktion.

⁹⁰ Peczenik, Alexander, Rätten och förnuftet, s 248.

Då man vill använda sig av laganalogi måste man först avgöra om det föreligger en lucka i lagen. En lucka i lagen är en förutsättning för att analogisk tolkning skall få förekomma. Att i den lagstiftning vi idag har, stiftad genom syntetisk lagstiftningsmetod, finna luckor måste anses svårt. Den syntetiska lagstiftningsmetoden har ju som ett syfte att inte lämna stort utrymme för möjlighet till uppkomst av luckor i lagen.⁹¹ För att en lucka i lagen skall finnas krävs det att det tveksamma fallet inte kan subsumeras under ett straffbud trots det synes berättigat och lämpligt att bedöma gärningarna på samma sätt.⁹² Subsumtion innebär att den konkreta gärningen placeras in i en klass av gärningar, som brottsbeskrivningen utpekar. Subsumtion är inte lagtolkning.⁹³

9.4.1 Är analogisk lagtolkning och straffrätt förenligt

Frågan om huruvida analogisk lagtolkning får förekomma inom det straffrättsliga området har över tiden fått skilda svar. Genom lagstiftning 1994⁹⁴ införde man in 1 kap. 1 § BrB ett förbud mot analogisk tillämning av straffbud. Sålunda är det idag inte ett problem men för förståelsen av problemets inverkan på de oäkta underlåtenhetsbrotten redogörs för några framstående rättsvetenskapsmäns syn på frågan.

Ivar Agge ansåg att man, då lagstiftningen inte kan reglera alla gärningar som anses förkastliga eller kan komma att i framtiden anses förkastliga, tvingas acceptera att analogisk tillämning sker i begränsad omfattning. Ett visst område kan av lagstiftaren avsiktligt ha lämnats på grund av lagtekniska eller rättspolitiska skäl. Man har överlåtit att till praxis överlämna dessa frågor lösande. Vidare menade Agge att domare borde kunna tillämpa straffbud analogt på fall där det inte fanns anledning att anta att lagstiftaren, om tillfälle givits, skulle utesluta detsamma från kriminalisering.⁹⁵

Ivar Strahl gav uttryck för en strängare syn på möjligheten till analogisk lagtillämpning inom straffrätten. Han menade att det i princip inte var tillåtet att tillämpa straffbud analogt. Dock kunde det förekomma fall då analogisk tillämpning var nödvändig. För en sådan tillämpning krävde dock Strahl att det förevarande fallet var så likt ett som uttryckligen var straffbelagt att det inte kunde råda något tvivel om att det borde ha lagts under straffbudet.⁹⁶

Nils Jareborg har alltid helt tillbakavisat möjligheten till analogisk tillämpning inom det straffrättsliga området, med ett undantag. Han accepterade att BrB:s medverkansregler användes i specialstraffrätten utan stöd i lag. Dock påpekade Jareborg alltid att användandet av medverkansregler utan stöd i lag strider mot legalitetsprincipen och sannolikt även grundlag samt europakonventionen för mänskliga rättigheter. Idag finns det en uttrycklig bestämmelse i BrB 23:4 st. 1 andra meningen som reglerar detta.

I och med tillkomsten av BrB 23:4 st.1 andra meningen och det faktum att det vid syntetisk lagstiftning svårligen uppkommer luckor i lagen så har behovet av analogisk tolkning inom straffrätten mer eller mindre försvunnit. Det faktum att man genom lagstiftning 1994 (prop. 1993/94:130) införde

⁹¹ Se avsnittet om straffbudens utformning.

⁹² Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, andra häftet, s. 248.

⁹³ Jareborg, Nils, Brotten första häftet, s. 87.

⁹⁴ Se prop. 1993/94:130

⁹⁵ Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, andra häftet, s. 226.

⁹⁶ Strahl, Ivar, Straffrätten allmänna del, s. 9.

i 1 kap. 1 § BrB ett förbud mot analogisk tillämning av straffbud torde avsluta funderingarna kring om analogisk tillämpning av straffbud.

9.5 Analogi eller tolkning vid användning av de oäkta underlåtenhetsbrotten

Tidigare, innan förbudet mot analogisk tillämpning av straffbud, kunde problem inom straffrättens område lösas genom analogisk utsträckning av BrB. Exempelvis, som tidigare nämnts, utsträckte man medverkansreglerna att även gälla specialstraffrätten. Tidigare menades även att problemet med de oäkta underlåtenhetsbrotten inte kunde lösas genom tolkning av straffbuden utan man var tvungen att ta hjälp av analogi. Ivar Agge var av den åsikten att de oäkta underlåtenhetsbrotternas ställning allmänt löstes genom analog tillämpning.⁹⁷ I Helén Örnemark Hansens doktorsavhandling skriver hon att analogi är det sätt på vilket man i Sverige löser problemet med underlåtenhetsbrotternas innefattning i straffbuden. Detta på sedvanerättslig grund.⁹⁸ Jag anser att detta är felaktigt då problemet snarare löses på det sätt som Jareborg förespråkar, vilket beskrivs nedan. Dessutom torde det vara fel på grund av det som stadgas 1 kap. 1 § BrB, vars nya lydelse trätt i kraft då disputationen av doktorsavhandlingen skedde.⁹⁹

Ivar Strahl menade att underlåtenhet i flera fall inte tolkningsvis kunde anses omfattas av ett straffbud. Istället användes en oskriven princip om innebar att straffbudet skulle tillämpas på vissa fall av underlåtenhet.¹⁰⁰ Då Strahl var en av huvudförfattarna till brotsbalkskommentaren under sin livstid synes han ha ändrat sin uppfattning i frågan. I inledningen till kommentar till brotsbalken I 5:e upplagan skrivs nämligen att ”Brottsbeskrivningarna är ofta avfattade så, att de kan synas åsyfta endast handlingar. De bör ändock i viss utsträckning tolkas så att de omfattar även underlåtenhet”¹⁰¹.

Nils Jareborg är, vilket framgår ovan, motståndare till analogisk tillämpning av straffbud. Vad beträffar de oäkta underlåtenhetsbrotten menar han av naturlig anledning att det ej behövs någon analogi för att de skall gälla. Hans uppfattning ligger däri att de verb som används inom straffbuden är sociala termer och det inte är riktigt att hänvisa till att dessa endast avser handlingar. Jareborg menar att det enda som saknas i straffbuden är en inskränkning av den krets av personer som kan fällas till ansvar. Den inskränkningen sker genom garantläran och när den tillämpas sker det genom ett reduktionsslut.¹⁰²

Sålunda undkommer Jareborg på ett mycket smidigt sätt behovet av att genom analogi eller en större tolkning som kan tänkas gå utanför vad som accepteras för att få in de oäkta underlåtenhetsbrotten in i de befintliga straffbuden i BrB. Den tolkning som man ändock måste säga att Jareborg gör, då han menar att straffbudens verb är sociala termer och inte bara handlingstermer, måste anses restriktiv. En tolkning av straffbud, om den skall ske, måste vara restriktiv. Jag skulle även vilja säga att tolkningen som görs är teleologisk till sitt slag.¹⁰³

⁹⁷ Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, andra häftet, s. 363.

⁹⁸ Örnemark Hansen, Helén, Bidragsbedrägeri, s. 62.

⁹⁹ Disputationen skedde fredagen den 23 februari 1996.

¹⁰⁰ Strahl, Ivar, Straffrätten allmänna del, s. 10.

¹⁰¹ Beckman Nils m.fl., Kommentar till brotsbalken I, femte upplagan, s 20.

¹⁰² Se vidare avsnittet om garantläran.

¹⁰³ I enlighet med resonemanget under avsnittet om intentionstolkning.

Användandet av ett straffbud skall stå i överensstämmelse med en naturlig läsning av straffbudet. Genom att använda verben som sociala termer utökar man, utan att gå utanför ordalydelsen, BrB:s omfattning att i realiteten innefatta även de oäkta underlåtenhetsbrotten. Tolkningen av straffbuden faller sålunda inom betydelsekärnan. Över tiden, då denna uppfattning med fog borde vinna acceptans hos rättstillämpare, torde det bli en självklarhet att de oäkta underlåtenhetsbrotten innefattas i ordalydelsen av BrB och någon tolkning över huvud taget inte behöver göras. Då har så att säga grundtolkningen av straffbudet, d.v.s. det man måste utgå ifrån för att kunna göra en tolkning, kommit att på ett naturligt sätt innefatta de oäkta underlåtenhetsbrotten. Legalitetsprincipen kommer sålunda att följas och ens en reflektion över om man bryter densamma behöver inte uppkomma.

10. Garantläran

10.1 Garantlärans utveckling

Sitt ursprung har garantläran hos den tyske författaren Kaufmann.¹⁰⁴ Han tog fram denna lära för att råda bot på de olägenheter som var förenade med rättspliktsläran¹⁰⁵. Garantläran, som Jareborg ser den, är en lära som utvecklats över tiden. Det är ingen lära som domstolarna, i alla fall medvetet, har använt sig av utan det är ett försök att systematisera domstolarnas användning av oäkta underlåtenhet. Idag måste dock sägas att det föreligger en betydande oklarhet vad garantläran består i och någon entydig praxis finns inte.¹⁰⁶ Den första som framförde ett förslag på garantlära i svensk rätt var Ivar Strahl. Hans garantlära utvecklades ur resonemanget att om en underlåtenhet är straffvärd så måste den, som underlåter att göra något, inta en sådan ställning som kan kräva att han ingriper. En ställning som kan kallas garantställning. Enligt Strahl kan garantställning grundas på någon av följande tre omständigheter:¹⁰⁷

1. Föreskrift i lag eller annan författning meddelad av myndighet
2. Åtagande
3. Farlighet

Upphovsmannen till den garantlära som jag ämnar ta upp är Nils Jareborg. Den skiljer sig något mot Strahls vilket kommer att visa sig. Strahls garantlära måste sägas ligga ganska nära rättspliktsläran¹⁰⁸, vilken avfärdas av Jareborg. I kortet kan sägas att Jareborgs garantlära är helt fri från rättspliktsläran och den skiljer mellan två olika typer av garantställning. Den mesta informationen kring vad Jareborg avser med garantlära har jag hittat i hans bok Straffrättens gärningslära.

10.2 Garantläran enligt Jareborg¹⁰⁹

Garantläran har sin giltighet för alla de straffbud som kan överträdas genom fysiskt orsakande via underlåtenhet. Garantläran utformades dock främst med brott mot liv och hälsa i tankarna. Den funktion garantläran har är att begränsa den krets av personer som genom fysiskt orsakande via underlåtenhet kan göra sig skyldig till brottslig handling. Den gärning som individen i fråga har gjort sig skyldig till måste täckas av ordalagen i lagrummet. Detta är dock vid underlåtenhetsbrott inte i sig enbart tillräckligt. När man vid underlåtenhetsbrott använder sig av garantläran gör man ett reduktionsslut. Även om gärningen, dvs underlåtenheten, täcks av ordalagen i lagrummet så faller därunder fler underlåtenheter än de som anses vara brottsliga. Användandet av garantläran sker sålunda i två steg:

¹⁰⁴ Örnemark Hansen, Helén, Bidragsbedrägeri, s. 68.

¹⁰⁵ Se kapitlet om alternativ till garantläran.

¹⁰⁶ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 124.

¹⁰⁷ Strahl, Ivar, Allmän straffrätt i vad angår brotten, s. 321 ff.

¹⁰⁸ Se avsnittet om alternativ till Jareborgs garantlära.

¹⁰⁹ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 121 ff.

Steg 1. Den första tolkningsfrågan man måste besvara, utan att på något sätt använda en läsning av lagrummet som inte ansluter till allmänt språkbruk, är om det fysiska orsakandet genom underlåtenhet faller in under detsamma. Jareborg har valt att se på de verb som används i straffbuden på så sätt att de inte endast avser handlingar utan även att de ses som sociala termer. Fallor underlåtenheten in under lagrummet måste man vid underlåtenhet utöver det använda sig av steg 2.

Steg 2. Här måste man undersöka hur garantläran är beskaffad. Befinner sig gärningsmannen inte i garantställning måste han gå fri från ansvar även att underlåtenheten anses innefattas i ordalydelsen i lagrummet enligt steg 1. Det är inte uteslutet att svaren kan bli olika vid olika brottstyper. Rättspraxis är inte särskilt omfattande vilket kan bero på att garantläran är outvecklad och ogenomarbetad.¹¹⁰ Någon entydig grund att stå på, vad avser detaljer finns i dagsläget inte.¹¹¹

De personer som kan vara i garantställning delas in i två grupper, övervakningsgaranter och skyddsgaranter. Övervakningsgaranterna är skyldiga att avvärja faror som utgår från garantens ansvarsområde. Skyddsgaranter är skyldiga att skydda och avvärja faror som hotar någon eller något som de har ansvar för.

10.2.1 Övervakningsgarant

Vad gäller ansvar för eget beteende så har det, på grund av rättspliktsläran, tidigare märkts en viss tveksamhet att acceptera en princip som innehåller just detta.¹¹² Jareborg menar att det tvärt om borde vara så att om man i något fall med starkare anledning borde vara ansvarig är det just vid egna uppsåtliga eller oaktsamma handlingar. Det har även hävdats att det allmänna ansvaret för egna handlingar är en sorts ansvar som övervakningsgarant, sålunda företas alla brott av personer i garantställning enligt denna syn på saken.¹¹³ Förutom ansvar för egna faror man framkallar kan en övervakningsgarant vara i den ställningen att han ansvarar för underlåtenhet att avvärja risker som härrör från andra människor eller saker.

10.2.1.1 Ansvar för eget beteende

Ansvar vid orsakande genom underlåtenhet vid föregående eget beteende förekommer under följande förutsättningar:

1. A har igångsatt en kausalkedja som har lett till resultatet F.
2. Händelseförloppet innefattas i en brottsbeskrivning och uppfyller även på annat sätt kraven för ogiltig gärning.
3. Då A satte i gång kausalkedjan var kraven för personligt ansvar ej uppfyllda, dvs. A saknade uppsåt eller var ej oaktsam.

¹¹⁰ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 124.

¹¹¹ Ibid, s. 125.

¹¹² Ibid, s. 125.

¹¹³ Ibid, s. 125.

4. Efter det att A satt i gång kausalkedjan, men innan F inträffat, har A kommit i ett sådant läge att han har uppsåt eller är oaktsam på ett sådant sätt som krävs.

5. I detta läge underlåter A att hindra att F inträffar.

6. För att det inte skall bli en fråga om *dolus subsequens* eller *culpa subsequens* måste krävas att underlåtenheten är sådan att lagens ord passar på den.

Det är viktig att komma ihåg att det är inte igångsättandet av kausalkedjan som vederbörande hålles ansvarig för utan det är det faktum att han/hon underlåter att tillse att kausalkedjan avbryts.

En kausalkedja kan vara oändligt lång, A:s far träffar A:s mor och skaffar barn, A. Detta hade inte varit möjligt om A:s mors föräldrar aldrig träffats och skaffat barn o.s.v. Den kausalkedja som åsyftas i upprädningslagen av förutsättningar ovan har därför begränsats till att förutsätta igångsättandet av en otillåten gärning. Med detta i beaktande är ansvar uteslutet i följande situation:¹¹⁴ A överfalls av B vilket i den situationen ger A nödvärnsrätt att t.o.m. döda B. A skadar B svårt, dock inte så svårt att B dör omgående. A underlåter nu att tillkalla hjälp vilket leder till att B dör. Trots att A inte har någon nödvärnsrätt längre vid den tidpunkt då A underlåter att tillkalla hjälp undgår A ansvar. A gjorde då han startade kausalkedjan inte någon otillåten gärning och därför kan han inte på grund av sitt föregående beteende, att skada B, komma att bli ansvarig. Hade A:s nödvärnsrätt inte gått så långt som till att döda utan sträckt sig till att misshandla B så hade A varit ansvarig för underlåtenheten att inte tillse att B kom under vård om A förstått att B höll på att dö.

Vid tillåtet risktagande, exempelvis läkaren som avbryter en påbörjad operation, finns det ingen anledning att konstruera en ställning som övervakningsgarant. Ansvar motiveras då på grund av ställning som skyddsgarant.

10.2.1.2 Ansvar för annan persons beteende

En kausalkedja igångsatt av B har sedan gammalt kunnat rendera i ansvar för A då A underlåter att avbryta en kausalkedja startad av B.¹¹⁵ Detta gäller om A står i sådant förhållande till B såsom övervakare, vårdare eller liknande. A svarar då som om A självt, inte B, satt i gång kausalkedjan. Varför det sedan gammalt varit så har sin grund i att allmänheten har satt sitt tillit till att den som övervakar annan ser till så att risker som har sitt ursprung hos den som övervakats inte förverkligas.

Sålunda skulle man kunna se det som ett incitament för den som övervakar att göra sitt jobb. Ett problem som jag ser är det att den som övervakas helt blir utan incitament att undvika riskens förverkligande då han vet att han inte ansvarar för den skada han gör. Det är naturligtvis bra ur den skadades synvinkel att han lätt kan komma åt en ansvarig men ökar inte risken för att skada uppstår om den övervakade är helt utan ansvar? Plikten att ingripa kan vara begränsad i tid och rum. Exempelvis kan knappast en lärare vara tvungen att ingripa efter skoltid. För att övervakaren skall kunna åläggas ansvar krävs att de förutsättningar som krävs för ansvar för eget beteende skall ha vara tillämpliga på den övervakade. Övervakaren kliver då in i dennes ställning om dessa förutsättningar är uppfyllda.

¹¹⁴ Exemplet återfinns på sid 126 i Straffrättens gärningslära, *Jareborg, Nils*.

¹¹⁵ *Jareborg, Nils*, Straffrättens gärningslära, s. 127.

Tänkbara övervakningsrelationer kan vara: Föräldrar - barn, förmyndare - myndling, fosterföräldrar - fosterbarn, militära och polisiära förmän eller fartygsofficerare - underordnade, lärare - skolbarn, fängspersonal - fångar, vårdpersonal - intagna på mentalsjukhus. Enligt vad Jareborg skriver så krävs det en rättslig övervakningsplikt eller bevakningsplikt.¹¹⁶

10.2.1.2.1 Oklart rättsläge

Denna typ av garantställnings ställning i svensk rätt är tämligen oklar. En starkt bidragande orsak till detta är att lagstiftaren valt att lagstifta om underlåtenhet att hindra brott BrB 23:6 2st. I detta lagrum är en begränsad personkrets ansvarig då den de övervakar begår brott. Personkretsen är "föräldrar och andra uppfostrare eller förmyndare", såsom fosterföräldrar och i vissa fall lärare. Dessa personer är ålagda att förhindra brott av "den som står under deras vård eller lydnad". Detta leder till, menar Jareborg, att det inte räcker med en civilrättslig vårdnadspikt utan det bör även tillkomma ett faktiskt förhållande som rimligen medför tillsynsplikt.¹¹⁷ Det får även stöd i Kommentarer till Brottsbalken II.¹¹⁸

Att detta lagrum finns måste förstås som en inskränkning jämfört med en allmän regel om övervakningsgaranter då ett allmänt ansvar såsom gärningsman inte kommer i fråga utan man åläggs ansvar enligt ett särskilt lagrum samt det faktum att vederbörande går fri från ansvar i fall som inte annars skulle ge en fullgod ursäkt.¹¹⁹

Att se detta lagrum som ett klarläggande av vad som menas med övervakningsgarant vore olyckligt då man inte kan tillämpa detta lagrum om inte ett brott har blivit begånget. Antag att A ser sitt lilla barn hålla ett dödligt gift i B:s glas och A underlåter att förhindra att B dricker ur glaset. Om barnet förstår, dvs. har uppsåt, att B om han dricker ur glaset kommer att dö så kommer A kunna straffas enligt BrB 23:6 2st. Förstår barnet inte att B kommer att dö om B dricker så kan A enligt BrB 23:6 2st inte kunna straffas. Barnet har inte begått något brott. Små barn kan troligen inte klandras för att de inte förstått, dvs. inte vara oaktsamma.

Detta måste bli det slut man kommer till om man accepterar att BrB 23:6 2st är vad som reglerar när någon är övervakningsgarant. Om man inte accepterar ett slut som det sista, att A går fri då barnet inte begått något brott, så får man se BrB 23:6 som ett lagrum som utgör en specialreglering och att det finns en allmän regel om ansvar för annans handlande.

Varför skulle man behöva en specialreglering om man accepterar att det finns något som heter garantläran och övervakningsgarant? Den enda förklaringen jag skulle kunna tänka mig är att man i garantläran inte blir ensam ansvarig om den man övervakar har uppsåt till gärningen. I lagstadgandet så blir man ensam ansvarig. Det kanske till och med är så att, om man blir ensam ansvarig då man är i garantställning, BrB 23:6 2st inte längre borde vara gällande. Jag ser nämligen en kollision mellan lagrummet och garantläran. Enligt min mening borde BrB 23:6 2st vara uttömmande, då den detaljreglerar, och sålunda såsom i exemplet ovan med barnet och giftet leda till att övervakaren frias om den övervakade saknar uppsåt. Att då använda sig av garantläran för att få övervakaren ansvarig skulle enligt mig te sig aningen motsägelsefullt. Att BrB 23:6 2st torde vara en uttömmande reglering förstärks även av det faktum att det finns kompletterande lagstiftning som gör vårdnadshavaren

¹¹⁶ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 128.

¹¹⁷ *Ibid*, s. 128.

¹¹⁸ Beckman Nils m.fl., Kommentarer till brottsbalken II, sjätte upplagan, s. 646.

¹¹⁹ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 128.

ansvarig även då barnet inte begått brott, ex. ordningslagen 1993:1617 3:23 (otillåten sprängning, skjutning och användning av pyrotekniska varor av barn under 15 år). Min enda förklaring är att lagstiftaren vid tillkomsten av BrB 23:6 2st inte accepterat garantlärans utformning, eller känt till den, och för att komma åt ifrågasvarande problematik utformat BrB 23:6 2st, om än något bristfälligt.

10.2.1.3 Ansvar för andra farokällor

Då det finns särskilda skäl att en ansvarig person tillser så att utomstående inte skadas av maskiner, byggnader, djur eller andra farokällor kan den som är ansvarig komma att befinna sig i ställning som övervakningsgarant. Den som äger dessa farokällor är i allmänhet ansvarig för de skador som uppkommer genom att han försummat att övervaka eller vidta erforderliga åtgärder. Ett straffrättsligt ansvar har ansetts lika befogat. För att nå en rimlig begränsning krävs att om farokällans tillstånd är ett resultat av en medveten handling så skulle denna ha inneburit ett otillåtet risktagande i förhållande till den underlåtenhet som orsakade följden.¹²⁰

Övervakningsskyldigheten kan markeras genom lag eller genom en myndighets beslut. Exempelvis genom lagen 1943:459 om tillsyn över hundar och katter så ges stöd för ett påstående om garantställning. Yrkesinspektionens ålägganden, arbetarskyddslagstiftningen m.m. ger även stöd för garantställning. Även den som enligt lag, instruktion, arbetsfördelning, åtagande eller gängse uppfattning är ansvarig för att en viss anläggning är i ett visst skick får anses ansvara för att densamma åtgärdas om den anses bristfällig. Åtminstone måste man anse att vederbörande måste varna för de eventuella risker som kan uppkomma.

10.2.2 Ställning som skyddsgarant

Övervakningsgaranten skyddar mot specifika faror men alla som hotas. Skyddsgaranten är skyldig att skydda den eller det mot alla faror som hotar skyddsobjektet. Sålunda skyddar skyddsgaranten ett visst objekt, skyddsobjektet, medan övervakningsgaranten skyddar alla objekt som kan hotas. Skyddsgarantens skyldighet kan dock i vissa fall vara begränsad till viss typ av fara eller till vissa typ av situationer.¹²¹ Så kan ju även övervakningsgarantens skyddsplikt vara.¹²²

Det är i dagsläget oklart om man kan säga att garantställning kan föreligga i andra fall än då risk för skada av liv eller lem föreligger. Många av de fall som kan uppstå mot egendom skyddas av befintlig lagstiftning men som Jareborg skriver så måste man i vissa fall använda sig av läran om skyddsgarant. Jareborg ger som exempel om man vill fälla en nattvakt till ansvar för medhjälp till stöld, genom underlåtenhet att förhindra att stölden begås, så måste man anta att han befinner sig i skyddsgarantställning. Jareborg menar att skyddsgarantläran skall tillämpas enhetligt över hela straffrättssystemet.¹²³

Att skyddsgarantläran skall tillämpas enhetligt över hela straffrättssystemet håller jag med om. Jag ser annars ett betydande problem som kan uppstå. Legalitetsprincipen, som redan idag måste anses sättas på prov genom att garantläran inte är helt inkorporerad i gällande rätt, skulle i än högre grad påverkas om skyddsgarantläran inte tillämpas enhetligt. Utan enhetligt tillämpning ser jag stora problem att över huvud taget rättstillämparen kommer att till fullo acceptera garantläran såsom

¹²⁰ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 130.

¹²¹ Se under punkt 3, Annan särskild yrkesskyldighet.

¹²² Se under Ansvar för annan persons beteende.

¹²³ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 131.

gällande rätt. Detta även om kanske en del av rättstillämparen redan idag omedvetet använder sig av garantläran.¹²⁴

För att skyddsgarantställning skall finnas krävs att skyddsobjektet, om det är en sak dess rättighetsinnehavare, förlitar sig på att skyddsgaranten ingriper om något hotar objektet. Denna relation som uppstår kan exempelvis ta sig uttryck i att objektet förlitar sig på att skyddsgaranten ingriper och därigenom så skaffar skyddsobjektet inget annat skydd. Ställning som skyddsgarant torde kunna ha sitt ursprung t.ex. i:¹²⁵

1. Nära levnadsgemenskap, däri inkluderat nära släktskap. Hur stor den aktuella kretsen är, är oklart. Någon rättslig relation torde inte varken vara tillräcklig eller nödvändig.

Exempel: Föräldrar - barn (FB 6:2 och 3), undantagsvis barn - föräldrar, make - make, syskon och övriga familjemedlemmar som sammanbor. Personer som befinner sig i en särskild fargemenskap, t.ex. deltagarna i en forskningsexpedition.

2. Frivilligt åtagande, giltigt avtal är inte nödvändigt. Det som är avgörande är om vederbörande faktiskt intagit en ställning som skyddsobjekt (avstått från andra skyddsåtgärder, utsatt sig för viss risk m.m.). Ett avtalsliknande förhållande kan dock vara förklarande för omfattningen av skyddsgarantens åtagande.

Exempel: En erfaren alpinist som tar personer på en bergstur. En läkare som åtagit sig att behandla en patient. Livvakt, badvakt, simlärare, person i fölgebåt vid simning. Person som åtagit sig att pumpa luft åt dykare. Den som omhändertagit djur för annans räkning. Sjuksköterska som vakar över patient. Åtagande att hämta hjälp torde enligt Jareborg inte medföra garantställning. Så inte heller om man omhändertagit annans egendom

Varför är det skillnad på att omhänderta djur för annans räkning och omhänderta annans egendom. Ett åtagande att hämta hjälp skall enligt Jareborg inte heller det grunda garantställning. Om då de som man lovat hämta hjälp inrättar sig därefter och då inte skickar någon mer efter hjälp, dvs avstått från ytterligare skyddsåtgärder, är man då inte i garantställning. Det är lite svårt att se skiljelinjen och det är ju inte bra då det område vi rör oss i är straffrätt och på det området spelar ju som vi vet legalitetsprincipen en betydande roll. I och för sig så skall man använda sig av *in dubio mitus*¹²⁶, men det känns föga tillfredsställande från den skadelidandes synvinkel.

3. Annan särskild yrkesskyldighet, t.ex. till följd av tjänsteplikt eller offentlig ställning. Någon klar gräns mot 2 är svårt att dra genom att viss yrkesutövning är till följd av frivilligt åtagande. Dock torde det under denna del krävas att skyldigheten som skyddsgaranten har är preciserad, avse viss person, viss egendom m.m.

Exempel: Om en polisman underlåter att hindra ett brott skall han inte dömas till medhjälp till brottet. Om däremot en polisman är att vaka över en sinnessjuk man och denne tar livet av sig kan polismannen anses skyldig att ingripa. I det senare fallet är personkretsen, dvs

¹²⁴ Se avsnittet om rättspraxis och garantläran.

¹²⁵ *Jareborg, Nils*, Straffrättens gärningslära, s. 132.

¹²⁶ Se avsnittet om Tolkning av straffbud.

skyddsobjektet preciserat att avse just den sinnessjuka mannen. I lagen 1976:371 om behandling av häktade och anhållna m.fl. § 4 ges instruktioner vilka, om de underlåts att följas, torde kunna leda till ansvar enligt BrB kap. 3.

En skyddsgarant anses inte skyldig att ingripa om skyddsobjektet är en vuxen och psykiskt normal person som medvetet utsätter sig själv för livsfara, ex. vägra äta mat, inta livsmedel o.s.v.¹²⁷

¹²⁷ *Jareborg, Nils*, Straffrättens gärningslära, s. 133.

11. Alternativ till Jareborgs garantlära

11.1 Rättspliktsläran

Den ledande teorin, innan garantläran, inom området för de oäkta underlåtenhetsbrotten var rättspliktsläran, som har sitt ursprung i Feurebachs arbete 'Lehrbuch des peinlichen Rechts'.¹²⁸ Den liksom garantläran har till sitt främsta syfte att begränsa den personkrets som kan komma att stå till svars för vad de underlåter att göra. Det som huvudsakligen skiljer dessa två läror åt är att det inte i rättspliktsläran finns en förklaring som rör ansvar för eget beteende.¹²⁹ En stor skillnad är dessutom att rättspliktsläran grundar sin förpliktelse att handla i rättsliga normer. Garantläran använder sig utöver detta även sig av sociala normer vilka även kan grunda en förpliktelse.¹³⁰ Ansvar för eget beteende har i rättspliktsläran betecknats som sedvanerättsligt vilket visar på att man inte tagit hänsyn till den uppkommande logiska cirkeln.¹³¹

Den logiska cirkeln uppkommer då man talar om en plikt vilken görs gällande av att det finns regler utanför själva straffbudet som fastslår en skyldighet att ingripa. Så förhåller sig det dock inte i det stora flertalet fall. Tvärtom är det just genom själva bestraffningen av underlåtenheten som en sanktionerad plikt att handla fastslås. I rättspliktsläran är det en utomstående regel som konstituerar en handlingsplikt och som motiv för den hänvisar man till att underlåtenhet i dessa fall brukar bestraffas. Detta resonemang leder sålunda till att det föreligger en logisk cirkel då man talar om att en rättsplikt skall föreligga med en grund utom själva straffbudet.¹³²

Rättspliktsläran har sin grund i att beskriva garantställningen såsom det rättsliga underlag som finns för förväntan om handlande genom rättsregler, myndigheters befallning, avtal, offentlig tjänsteställning o.s.v. En särskild rättsplikt måste kunna påvisas för att en underlåtenhet skall medföra ansvar.

Jareborg avfärdar rättspliktsläran genom att han menar att det blivit helt klart att en icke straffrättslig plikt att handla i sig varken är tillräcklig eller nödvändig för att anse att en person är i garantställning. Vid alla typer av garantställningar är det icke rättsliga läget minst lika beaktansvärt som det rättsliga.¹³³ Om en rättsplikt över huvudtaget skall få betydelse krävs det att den förstärks med rättspolitiska skäl. Detta leder till att plikten att handla skall, om den bryts, te sig lika klandervärd som om den som genom uppsåt eller oaktsamhet igångsätter kausalkedjan som leder till följden. Underlåtenheten skall sålunda vara lika straffvärd som en handling.

11.2 Tolkning av straffbudet i varje enskilt fall

Agge och Thornstedt anser att rättspliktsbegreppet på en gång är för snävt och för vitt.

¹²⁸ Örnemark Hansen, Helén, Bidragsbedrägeri, s. 63.

¹²⁹ Se avsnittet om garantläran.

¹³⁰ Örnemark Hansen, Helén, Bidragsbedrägeri, s. 68.

¹³¹ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 124.

¹³² Agge, Ivar, Thornstedt, Hans, Straffrättens allmänna del, s. 75 f.

¹³³ Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära, s. 124.

För snäv på grund av att det inte finns några regler utanför det straffrättsliga sanktionssystemet som ger upphov till en plikt under vilken en underlåtenhet att handla skall medföra ansvar. Just genom att passiviteten straffas kan man säga att en rättsligt sanktionerad plikt fastslås, den logiska cirkel beskriven ovan.

För vid då även om en särskild plikt kan påvisas, på grund av avtal o.s.v., och denna plikt kanske rentav går ut på positiv verksamhet till skydd för vissa intressen, är det därmed inte sagt att det skall leda till straffansvar så snart pliktförsummelsen, underlåtenheten, står i kausalförhållande med skadan. Det måste även krävas att rättsplikten avser att förhindra just den effekt som straffbudet behandlar. De menar att detta får lösas i varje särskilt fall med hänsyn till sådana faktorer såsom rättspliktens sociala betydelse, hur lagbudet som statuerar handlingsplikten är avfattat, parternas avsikter och arten av den positiva handling som krävts för att avvärja olyckan.¹³⁴

Enligt Agge och Thornstedt skall det ske ett urval av situationer i varje särskilt fall.¹³⁵ De menar sålunda att man i varje situation måste tolka sig fram till om det särskilda straffbudet går att applicera. Det tycker jag verkar lite vanskligt med tanke på legalitetsprincipen. De menar även att man skall använda sig av analogi för att likartade fall av underlåtenhet skall bedömas lika och på detta sätt skapa förutsättningar för en enhetlig bedömning.¹³⁶ De har delat upp underlåtenheten i fem kategorier:

1. Skyldighet kan vara grundad på lag eller annan författning. T.ex. föräldrar vårdplikt gentemot deras barn. Sålunda blir en far ansvarig enligt BrB Kap. 3 om han, utan att ingripa, ser på då hans son drunknar. Vidare kan nämnas djurskyddslagstiftning som bland annat reglerar hur djurhållning skall ske. Ett annat exempel finns i arbetsmiljölagen vilken ålägger arbetsgivaren att förebygga att olycksfall uppkommer på arbetsplatsen. För att ansvaret inte skall bli alltför långtgående krävs att rättsregeln syftar till att förebygga skada av mer specifikt slag. Man skall kunna utläsa en skyldighet att ingripa för att förhindra skada av just det slag som inträffat, för att ansvar skall kunna komma utdömas. Krav vilka jag förmodar uppkommit för att tillgodose legalitetsprincipen.
2. Myndighets befallning kan grunda skyldighet att handla. Förutsättning är att den ges av någon som är behörig och kompetent. Förutsättning är även att befallningen riktar sig till en person med lydnadsplikt.
3. Skyldighet att handla kan uppkomma genom avtal. Exempelvis är en simlärare skyldig att tillse att dess elever inte drunknar. Någon som åtagit sig att pumpa luft åt en dykare inte fullföljer sitt åtagande med följderna att dykaren drunknar. Avtalet måste dock avse att vara verksamt för att skydda från just den skada som uppkommit.¹³⁷ Avtalstypen och partsviljan är viktig för att kunna förstå och tolka avtalet så att det inte grundar ett ansvar dem är för vitt.

¹³⁴ Agge, Ivar, Thornstedt, Hans, Straffrättens allmänna del, s. 76.

¹³⁵ Ibid, s. 76 f.

¹³⁶ Idag har vi ett analogiförbud men även om det inte fanns ett nedskrivet då dessa herrar författade sin skrift så anser jag ändå att straffrätten, såsom de vill ha den, är alltför flytande i sitt innehåll. Inte till innehållet bestämda straffbud är något som inte är i överensstämmande med legalitetsprincipen.

¹³⁷ Jämför varför de anser rättspliktsläran alltför vid

4. Offentlig tjänsteställning kan medföra plikt att avvärja viss skada. Denna rubrik är närliggande med den förra. Skillnaden är dock att offentliga funktionärers uppdrag oftast är reglerat i författningar och instruktioner. Frågor som rör vidden av dess plikt att handla går sålunda oftast att finna genom tolkning av dessa bestämmelser.

5. Om man själv givit upphov till en fara för ett genom straffbud skyddat intresse så har man en skyldighet att avvärja just den skada som hotar. En förutsättning är att man har framkallat faran med full insikt därom. Är det föregående handlandet inte brottsligt föreligger inte någon regel som säger att den som gav upphov till faran måste handla för att undvika att skada uppkommer. Här ger Agge och Thornstedt ett exempel som jag inte anser passar in: En läkare som inte fullföljer operationen och sålunda inte syr ihop patienten blir, om patienten dör, ansvarig för dennes död.¹³⁸ Problemet som jag ser det är att den av läkaren företagna handlingen, att skära upp patienten, inte är en otillåten handling. Sålunda skulle att inte sy ihop patienten ej heller vara en underlåtenhet som kan straffas enligt deras resonemang! Däremot kan man nog få in exemplet under rubrik 4. Eventuellt kanske man kan se operationen som en handling vilken innefattar att läkaren både påbörjar, utför och avslutar operationen. Syr läkaren inte ihop patienten kan man säga att läkaren inte utfört en operation, då den inte uppfyller de kriterier som krävs för att det skall få kallas en operation. Det läkaren har gjort är sålunda ett mord. Underlåtenheten att inte sy ihop patienten torde då konsumeras av det faktum att läkaren utfört en aktiv handling, att skära upp patienten. Det skiljer sig inte från det fall då någon skjuter någon som man sedan lämnar att förblöda. Att öppna upp en människa eller att skjuta en kula i en människa torde bägge vara gjorda med uppsåt att döda.

¹³⁸ Agge, Ivar, Thornstedt, Hans, Straffrättens allmänna del, s. 77.

12. Rättspraxis och garantläran

12.1 Inledning

I denna del av uppsatsen kommer jag att applicera garantläran, såsom den utvecklats av Jareborg, på rättspraxis. Efter en kort redogörelse för varje fall delar jag med mig av mina funderingar kring garantläran och dess tillämplighet i det specifika fallet. Huvudsyftet med denna del av uppsatsen är att undersöka om domstolarna har använt sig av det tankesätt som Jareborg satt på pränt i och med hans utveckling av garantläran.

Genomgången görs i kronologisk ordning och i fallande instansordning. I kommentaren till varje rättsfall anger, i *fet kursiv stil*, jag den typ av garantställning som jag anser berörs.

12.2 Genomgång av rättspraxis

NJA 1939 s311

Händelseförloppet

Vid en rivning av en byggnad skadades tre arbetare då den byggnadsställning de arbetade från rasade. Den ansvarige för rivningen hade av Stockholms stads byggnadsnämnd erhållit som villkor för rivningen bland annat att rivningen utförs på sätt som tryggar därvid sysselsatta och förbipasserande mot olycksfall. Åklagaren yrkade ansvar å den ansvarige arbetsledaren för de skador de tre arbetarna ådragit sig. Grunden var däri att arbetsledaren hade brustit i efterlevandet av de av byggnadsnämnden ställda villkoren.

Arbetsledaren menade att det var näst intill omöjligt för honom att övervaka allt som hände på en så stor arbetsplats samt att de tre skadade hade större erfarenhet än honom vad avser rivningsarbeten. Två av de skadade hade varit övertygade om att det tegelstensskikt som kvarlämnats skulle räcka för att hålla kvar byggnadsställningen.

Rådhusrätten

RR:n ansåg att arbetsledaren hade brustit i den tillsyn över rivningsarbetet som hade ålegat honom och fann honom skyldig till vållande till kroppsskada. En rådman menade att det inte tillräckligt styrkts att arbetsledaren underlåtit efterkomma föreskrifter och ville inte bifalla den mot arbetsledaren förda ansvarstalan.

Hovrätten och Högsta domstolen

Varken hovrätt eller HD gör någon ändring.

Kommentar

Domen är inte så utförlig men måste ändå anses tyda på att arbetsledaren befunnit sig i något som måste liknas vid garantställning. Närmare bestämt ställning som **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Här har övervakningsskyldigheten grundats genom byggnadsnämndens beslut. Dock måste påpekas att villkoren för rivning givits till en byggmästare som i sin tur kontrakterat en kooperativ åkeriförening u.p.a. som i sin tur anställde arbetsledaren som blev ansvarig. Sålunda kom alltså byggnadsnämndens villkor att påverka en i ett senare led utsedd ansvarig. Arbetsledarens garantställning kan även grunda sig i arbetsfördelningen och villkoren får då

anses utgöra ett underlag för att ta reda på vad arbetsledaren har för skyldigheter. Naturligtvis finns det skyldigheter utanför dessa villkor men de får ses som ett klagörande av vad som är grundskyldigheten.

NJA 1940 s270

Händelseförloppet

Vid en verkstad förolyckades en av de anställda då en kätting brast och en nästan 2 ton tung luftvärmare rasade ner. Åklagaren yrkade ansvar, för vållande till annans död, å chefen för fabriken verkstad då denne icke vidtagit de försiktighetsmått som föreskrivs i lagen om arbetarskydd samt de försiktighetsmått som situationen måste ansetts ha krävt. Luftvärmaren vägde mycket mer än vad kättingen skulle hålla för.

Rådhusrätten

RR:n fann chefen för fabriken verkstad ansvarig för vållande till annans död. Motiveringen var att de säkerhetsåtgärder som krävts för att undvika olyckan inte hade vidtagits. En rådmän menade att det inte förebragts sådana omständigheter att chefen för fabriken verkstad skulle hållas ansvarig.

Hovrätten

HovR:n fann att chefen för fabriken verkstad hade åsidosatt sina skyldigheter att tillse så att endast för arbetet lämpliga redskap användes. Detta för att tillräckligt säkerhet skall uppnås. Sålunda fann HovR:n liksom RR:n chefen för fabriken verkstad ansvarig. Ett hovrättsråd menade att det inte visats att chefen för fabriken verkstad varit försumlig varför han ej skulle hållas ansvarig.

Högsta domstolen

HD var av samma uppfattning som HovR:n. Ett justitieråd menade dock att chefen för fabriken verkstad inte kunde hållas ansvarig på grund av att det visat sig att den länk som brast var behäftad med en spricka som i hög grad försvagade länken.

Kommentar

Detta tyder på att domstolarna i viss mån använt sig av garantläran så till vida att de tagit hänsyn till att chefen för fabriken verkstad inte följt de i lagen om arbetarskydd föreskrivna försiktighetsmått. Sålunda måste de ansett honom vara i garantställning, **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Vidare märks att RR:n i sitt utslag inte specifikt omnämner lagen om arbetarskydd utan allmänt talar om att alla de försiktighetsmått som krävts för undvikande av olyckan inte vidtagits. Detta menar jag kan tyda på att RR:n anser chefen för fabriken verkstad i ställning såsom övervakningsgarant på grund av den arbetsfördelning som fanns inom fabriken. Därför måste man anse att chefen för fabriken verkstad kan komma att vara i garantställning på grund av två orsaker. Lagen om arbetarskydd måste dock anses mer beskriva vad övervakningsgaranten har att göra och arbetsfördelningen utpeka vem som är i garantställning. Att det finns en garantställning grundas dock till viss del på lagen om arbetarskydd och den i förening med arbetsfördelningen visar på att det finns en övervakningsgarant. Dock måste påpekas att även skeenden, vilka skulle kunna anses komma utanför vad lagen om arbetarskydd behandlar, kan leda till ansvar för övervakningsgaranten då garantställningens omfattning även får anses påverkas av arbetsfördelningen. Sålunda är dessa två komponenter i ett dynamiskt samspel.

Det skiljaktiga hovrättsrådet och justitierådet grundar sina yttranden i att chefen för fabriken verkstad vidtagit erforderliga försiktighetsmått. Det har varit olyckliga omständigheter som lett till olyckan. Sålunda är deras skiljaktighet inte grundad i att någon kan hållas ansvarig för det han inte gjort utan att garantställningen inte omfattar den specifika situation i vilken skadan uppkommit. Chefen för fabriken verkstad har gjort vad som kan förväntas av honom.

NJA 1943 s552

Händelseförloppet

Fallet rör en barnmorska som har brutit mot det reglemente som styr barnmorskors förfarande. Genom att barnmorskan underlåtit att följa reglementet så har modern och hennes foster dött. Att gå in på vad barnmorskan inte gjort är inte av intresse utan det räcker att vi accepterar att hon underlåtit att följa reglementet.

Häradsrätten

H.R:n fann att barnmorskan till viss del brutit mot reglementet. Detta brott mot reglementet anser de dock inte vara orsak till modern och hennes fosters död.

Hovrätten

HovR:n fann att barnmorskan genom att underlåta att vidta de åtgärder som ankommit på henne varit vållande till modern och hennes fosters död.

Högsta domstolen

HD är av samma uppfattning som hovrätten.

Kommentar

Oavsett om man anser att barnmorskans brott mot reglementet lett till modern och fosterets död eller ej måste det anses framgå att barnmorskan befunnit sig i en garantställning. Garantsällningen har varit av den typ som kallas för *skyddsgarantställning på grund av frivilligt åtagande*. Skyddsobjektet får anses utgöras av modern och det ofödda barnet. Barnmorskans underlåtenhet att handla kan enligt mig inte endast hängas upp på det reglemente som styr barnmorskors agerande. Även övrigt vad som kan krävas av en person i hennes ställning måste tas hänsyn till, reglementet får endast ses som ett konkret bevis på vad barnmorskan faktiskt måste göra. Reglementet kan inte anses utgöra allt barnmorskan måste göra utan det kan även utanför det finnas ett område i vilket barnmorskan måste ingripa. Området måste snarare avgränsas med vad det kvasikontrakt, som barnmorskan och modern måste anses ha träffat, kan anses innefatta.

NJA 1946 s712

Händelseförloppet

En man hade vid sitt arbetet fått en träflisa i ett finger. Mannen uppsökte då företagets läkare för att få vård. Vården mannen erhållit över tiden har varit så bristfällig att den till slut ledde till att mannens finger var tvunget att amputeras.

Rådhusrätten

RR:n anförde att det med hänsyn till skadans art och faran för komplikationer måste anses ha ålegat läkaren att genom noggrannare undersökningar följa sjukdomsfallet samt, då han borde upptäckt den

svullnad och de smärtor som fanns, remitterat mannen till en kirurgisk klinik. Genom att läkarens underlåtenhet i dessa avseenden har han gjort sig skyldig till vållande till kroppsskada.

Hovrätten och Högsta domstolen

HovR:n och HD gjorde inga ändringar.

Kommentar

Läkaren hade i detta fall åtagit sig att behandla mannen och inte på ett tillfredsställande sätt fullföljt sitt åtagande. Läkaren måste anses befinna sig i garantställning, **skyddsgarantställning på grund av frivilligt åtagande**. Skyddsobjektet utgörs naturligtvis av mannen och man kan säga att läkaren frivilligt åtagit sig att behandla skyddsobjektet. Det har då ingåtts ett sorts avtal mellan mannen och läkaren vilket måste anses innefatta att läkaren förbundit sig att vårda mannen på bästa sätt. Mannen har med största sannolikhet haft den inställningen och det är därför han avstått från att söka ytterligare läkarvård. Han har litat på att läkaren skall hjälpa honom. Avtalet är till för att begränsa skyddsgarantens ansvarsområde. Det vore fel om läkaren skulle hållas ansvarig för att han inte skyddat patienten då han gått över gatan och blivit påkörd. Naturligtvis kan det finnas fall då även en läkare ansvarar för en patient då han går över gatan, men så inte i detta fall. Om läkaren med fog underlåtit att göra ett visst ingrepp kan han förmodligen inte hållas ansvarig då garantläran inte söker fastställa ett strikt ansvar.

NJA 1947 s467

Händelseförloppet

Vid uppförande av ett hisstorn på en arbetsplats förolyckades två arbetare då hisstornet rasade. Detta berodde på att hisstornet inte hade stagats som det borde. Frågan var om den jämlikt 75§ byggnadsstadgan d. 20 nov. 1931 ansvarige ledaren av byggnadsarbetet dels en av honom anställd verkmästare, som utförde den omedelbara ledningen på platsen, kunde hållas ansvariga.

Rådhusrätten

RR:n fann att det funnits en skyldighet för den omedelbare arbetsledaren och den som enligt byggnadsstadgan är ansvarig att tillse så att hisstornet på vederbörligt sätt stagats. Genom sin underlåtenhet att tillse att stagningen genomförs hölls de bägge ansvariga för vållande till annans död.

Hovrätten

HovR:n ansåg att den enligt byggnadsstadgan ansvarige försummat sina skyldigheter såsom ansvarig, på grund av att han inte på ett tydligt och bestämt sätt meddelat den omedelbare arbetsledaren instruktioner för uppförandet av hisstornet. Då tillräckliga instruktioner inte givits arbetsledaren anses den enligt byggnadsstadgan ansvarige försummat att på egen hand tillse så att uppförandet av hisstornet skett på ett betryggande sätt. Arbetsledaren på platsen ansågs ha underlåtit att fullgöra den ledning och övervakning som ankommer på en arbetsledare. HovR:n höll sålunda med RR:n.

Ett hovrättsråd var skiljaktigt och menade att den enligt byggnadsstadgan ansvarige hade givit den omedelbare arbetsledaren tillräckliga instruktioner. Sålunda ville hovrättsrådet fria den enligt byggnadsstadgan ansvarige.

Högsta domstolen

HD gjorde ingen ändring jämfört med HovR:n. Två justitieråd var dock skiljaktiga. Ett av dem ville likt den skiljaktige i HovR:n fria den enligt byggnadsstadgan ansvarige. Det andra justitierådet ville fria bägge från ansvar. Grunden för att fria den enligt byggnadsstadgan ansvarige var att man borde ta hänsyn till omfattningen av dennes verksamhet och storleken på hans arbetsbörda. Krav på att han personligen skulle ha utövat ständig tillsyn kan inte fordras av honom. Grunden för att fria den omedelbare arbetsledaren från ansvar var att de arbetare som uppförde hisstornet hade god vana av att utföra den sortens arbete och det därför inte kan anses att arbetsledaren varit försumlig.

Kommentar

Det den enligt byggnadsstadgan ansvarige straffas för är att han försummat att utföra den kontroll han borde då han inte på ett nöjaktigt sätt instruerat arbetsledaren. Hade han instruerat arbetsledaren hade han varit fri från ansvar. Sålunda bestraffas den enligt byggnadsstadgan ansvarige därför att han inte instruerat arbetsledaren. Arbetsledaren straffas därför att han underlåtit att utföra erforderlig kontroll. Den enligt byggnadsstadgan ansvarige befinner sig i en övervakningsgarantställning vilken konstituerats av byggnadsstadgan. Arbetsledaren befinner sig även han i garantställning såsom **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Dennes garantställning konstitueras på grund av arbetsfördelningen. Hade den enligt byggnadsstadgan ansvarige gått fri från ansvar genom att han på ett nöjaktigt sätt instruerat arbetsledaren så hade den senare befunnit sig i övervakningsgarantställning på grund av dels arbetsfördelningen och dels på grund av byggnadsstadgan. Jämför NJA 1939 s311. Sålunda menar jag att en övervakningsskyldighet som konstitueras genom lag eller myndighets beslut kan överföras från den initiale övervakningsgaranten till den som utses som ansvarig av densamma.

NJA 1970 s463

Händelseförloppet

Några pojkar lekte med en hemmagjord kanon vilken under leken exploderade. En av pojkarna, A, fick då så gott som hela sin vänstra hand bortsprängd. Olyckan skedde på två av pojkarnas, B och C, pappas fastighet då pappan var hemma. Frågan var då i detta fall om pappan kunde anses skadeståndsskyldig gentemot pojke A. Detta då på grund av att han brustit i sin uppsikt över sina pojkar B och C.

Häradsrätten

HR:n fann pappan skadeståndsskyldig gentemot A på grund av att han visat sådan försummelse att han måste anses såsom ansvarig för den vid olyckan uppkomna skadan.

Hovrätten

HovR:n hade samma inställning som HR:n då de menade att pappan, genom att han inte vidtog någon åtgärd i syfte att se till så att skjutningarna upphörde, brustit i sina skyldigheter som vårdnadshavare.

Högsta domstolen

HD menade att det inte var styrkt att pappan brustit i sin tillsyn över söner, som med beaktande av deras ålder varit påkallad. Sålunda fann de pappan ej ansvarig för de uppkomna skadorna.

Kommentar

Även om detta rättsfall inte berör ett straffrättsligt ansvar så har jag tagit med det då det på ett bra sätt visar på den garantställning som föräldrar gentemot sina barn kommer i. Föräldrar kommer både

i *övervakningsgarantställning med ansvar för annans beteende* och i skyddsgarantställning. I detta fall så uppmärksammas den tidigare. Det som jag anser är viktigt att poängtera är att det ansvar som övervakningsgaranten har inte är ett så kallat strikt ansvar. Ansvaret vilar på något som kan liknas vid en culpabedömning i vilken man då tar hänsyn bland annat, såsom i detta fall, till den övervakades ålder. Övervakningsansvaret är sålunda begränsat genom de faktorer som exculperar övervakningsgaranten. Jämför vad som skrivs i den avslutande kommentaren.

Föräldrars tillsynsplikt är reglerad ex. i FB 6:2 där man kan utläsa bägge typerna av garantställning, dvs både för att skydda barnet mot skador och andra mot de skador barnet kan ge upphov till. Vidare beskrivs föräldrars plikt i BrB 23:6 2st. Detta lagrum beskriver jag ingående i kapitel 10.2.1.2 Ansvar för annan persons beteende.

NJA 1973 s141

Händelseförloppet

Eller den så kallade "nattkissaren". I detta fall hade en man en natt olovligen tagit sig in på en byggarbetsplats för att uträtta sina behov. Inne på byggarbetsplatsen trillade mannen ner i ett öppet hisschakt och skadades svårt. Frågan gällde här om mannen kunde få skadestånd från den ansvarige för byggarbetsplatsen då denne underlåtit att tillse att obehöriga inte kunde komma in på området. Att mannen obehörigen tagit sig in på området var även det en nyckelpunkt vad angick skadeståndsdelen, men den ämnar jag inte beröra.

Rådhusrätten

RR:n ogillade ansvarstalan på grund av att mannen obehörigen tagit sig in på byggarbetsplatsen och han därför inte skulle vara berättigad till skadestånd på grund av skada som uppstått på grund av den för byggarbetsplatsen ansvariges underlåtenhet. En rådman var skiljaktig och menade att den för byggarbetsplatsen ansvarige hade, genom underlåtenhet att lämna hisschaktet öppet, varit vållande till mannens skador.

Hovrätten

HovR:n menade att den för byggarbetsplatsen ansvarige var ansvarig för mannens skador. Grunden för detta var att den för byggarbetsplatsen ansvarige inte hade följt de särskilda villkor som fanns i det tillstånd de fått av polismyndigheten. I tillståndet fanns bland annat som villkor att området skulle vara inhägnat med plank. Den inhägnad som hade funnit var bristfällig. Det framgick av vittnesmålen att en sådan inhägnad hade varit möjlig att göra. Då den för byggarbetsplatsen ansvarige inte efterkommit de villkor som intagits i tillståndet, då möjlighet till att följa dem funnits, ansågs den samme försumlig. Med hänsyn till att arbetsplatsen inte varit tillfredsställande avskärmat måste arbetsledningens underlåtenhet, att tillse att hisschaktet varit täckt, anses oförsvarligt. Sålunda då den för byggarbetsplatsen ansvarige brutit mot myndighets meddelad säkerhetsföreskrift samt ej sökt undanröja de olycksrisker som uppstått på grund därav måste den för byggarbetsplatsen ansvarige anses som vållande till mannens skador.

Högsta domstolen

HD vidhöll HovR:ns ståndpunkt.

Kommentar

Vad detta rättsfall visar på är det som kallas för ställning som **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Även om ingen i detta fall åtalats för något brott utan det rör skadestånd så måste principerna även kunna användas i ett åtal rörande vållande till kroppsskada. Det den för byggarbetsplatsen ansvarige underlåtit att gör var att följa myndighets villkor meddelade i ett tillstånd. Med andra ord hade den för byggarbetsplatsen ansvarige inte befunnit sig i garantställning om han följt villkoren. I vart fall kan man säga att den garantställning som den för byggarbetsplatsen ansvarige skulle befinna sig i inte täcker de skador som kunnat uppstå även om han följt villkoren. Sålunda måste man se detta rättsfall som ett exempel där **övervakningsskyldighet markerats genom myndighets beslut**.

NJA 1973 s504

Händelseförloppet

En verkstadsarbetare hade vid en olycka, i den fabrik där han jobbade, skadat ena handen. Handen hade blivit klämd i en kantpress. Frågan som uppkom i målet var om arbetsgivaren hade underlåtit att ge tillräckliga instruktioner till verkstadsarbetaren vad avser skötandet av kantpressen. Arbetsgivaren menade att arbetet vid maskinen inte var av särskilt farlig art. Vidare sade arbetsgivaren att det för denna typ av kantpress det inte finns några speciella skyddsföreskrifter utfärdade av myndighet.

Rådhusrätten

RR:n fann arbetsgivaren ej vållande till den skada arbetstagaren lidit. Grunden för detta var att arbetet som utfördes var av enklare art och att skadan kunde ha undvikits genom normal aktsamhet från arbetstagarens sida. Vad som även påverkade bedömningen var att några särskilda säkerhetsföreskrifter ej fanns utfärdade för denna typ av kantpress. Sålunda menar domstolen att arbetsgivaren inte varit försumlig.

Hovrätten

HovR:n menade liksom RR:n att arbetet arbetstagaren utfört varit av enklare art och att det inte krävts några särskilda anvisningar för att undvika olyckor av nu uppkommen art. Vidare menade de att då olyckan inträffat först klockan 15.00, då situationer likt den som föregick olyckan uppkommit flera gånger under dagen, det måste tyda på att arbetstagaren varit tillräckligt förtrogen med kantpressen. HovR:n fann att arbetsgivaren inte varit försumlig.

Högsta domstolen

I HD inhämtades ett yttrande från arbetsskyddsstyrelsen som erinrade om att det fanns föreskrifter i arbetskyddslagstiftningen som var tillämpliga i detta fall. Där i skrivs bland annat att arbetsgivaren är skyldig att iakta allt som, med hänsyn till arbetets natur och de förhållande under vilka det bedrivs, samt arbetstagarens ålder, yrkesvana och övriga förutsättningar för arbetet, skäligen kan erfordras för att förebygga att arbetstagare drabbas av olyckor. Domstolen menar att arbetsgivaren, då den underlåtit att ge arbetstagaren erforderliga instruktioner beträffande arbetet vid kantpressen, varit vållande till olyckan.

Kommentar

Bägge de två första instanserna bortser helt ifrån arbetskyddslagstiftningen. Dock funderar de i de banorna då de påpekar att några särskilda säkerhetsföreskrifter ej fanns utfärdade för denna typ av kantpress. Således måste det anses att även de funderat kring om det funnits någon reglering rörande användandet av denna typ av kantpress. Dessa instanser friar arbetsgivaren från ansvar då det inte menar att densamma varit vållande. Den bedömningen görs då utifrån den grunden att någon garantställning inte kunnat etableras. HD tar hänsyn till arbetskyddslagstiftning och det får anses vara det som avgör att arbetsgivaren anses ansvarig för olyckan på grund av underlåtenhet att ge arbetstagaren erforderliga instruktioner för arbetets utförande. Arbetsgivaren kommer då i garantställning, **övervakningsgarantställning med ansvar för andra farokällor, detta på grund av lag**, arbetskyddslagstiftning. Skillnaden mellan de bägge första instanserna och HD är att den senare kunnat etablera en plikt för arbetsgivaren att tillse så att arbetstagaren får tillräckliga instruktioner för att kunna utföra arbetet utan att olyckor uppstår. Arbetsgivaren kommer i garantställning.

NJA 1979 s129

Händelseförloppet

En man skadades allvarligt då han dök från en brygga vid ett kommunalt bad. Kommunen hade inte satt upp några skyltar som varnade för att det var farligt att dyka från bryggan. Frågan var om kommunen genom sin underlåtenhet att sätta upp skyltar kunde hållas ansvarig för olyckan.

Tingsrätten

TR:n anförde att det var ostridigt att kommunen är ansvarig för badplatsen i fråga. TR:n ansåg att förhållandena vid badplatsen inte utgjorde skäl för kommunen att räkna med att någon badande kunde föranledas att tro att dykning från bryggorna kunde ske utan risk.

Hovrätten

HovR:n menade att, då det av utredningen framkommit att dykning från bryggan allmänt förekommit samt kommunens vetskap om vattendjupet vid den del av bryggan där mannen skadades, det måste stått klar för kommunen att sådan dykning inte kunde ske utan risk för de badande. Då kommunen underlåtit att uppsätta varningsskyltar ansåg domstolen att kommunen var vållande till den olycka som drabbade mannen.

Högsta domstolen

HD var av samma uppfattning som hovrätten.

Kommentar

Frågan i detta fall gällde om kommunen genom underlåtenhet att uppsätta skyltar kunde ådra sig skadeståndsskyldighet men jag anser att det även är intressant ur straffrättslig ansvarssynpunkt, under förutsättning att man kan göra någon i kommunen ansvarig. Den bedömning som jag anser vara att störst intresse i detta fall är i vilket skick domstolarna ansett att badet skall vara i. Någon diskussion om huruvida kommunen kan hållas ansvarig för den eventuella försummelse den gjort sig skyldig till finns inte. Tingsrättens bedömning är att man inte kan anse att kommunen, genom att underlåta att varna för att dykning från bryggorna kan vara förenat med risk för skada, handlat mot vad som kan anses vara gängse uppfattning om i vilket skick en anläggning skall vara. Den garantställning kommunen befinner sig i, **övervakningsgarantställning med ansvar för andra farokällor**, täcker med andra ord inte underlåtenheten att sätta upp varningsskyltar. Garantställningens

omfattning blir begränsad av i vilket skick man kan kräva att anläggningen befinner sig. Det finns ingen lagstiftningen eller några myndighetsbeslut som kan ge en hjälp för att bestämma garantställningens omfattning. Det blir den gängse uppfattningen som får bestämma. Frågan är då vad är den gängse uppfattningen? Jag tycker mig märka en klar likhet med culpabedömningen. Hade kommunen behövt att räkna med att någon badande kunde föranledas att tro att dykning från bryggorna kunde ske utan risk. Sålunda utgör garantställningens omfattning, i detta fall, och culpabedömningen en enhet. Då detta fall behandlar skadestånd tillkommer ytterligare moment i den skadeståndsrättsliga culpabedömningen men det är inte den culpabedömningen som jag avser i mitt resonemang ovan.

NJA 1980 s454

Händelseförloppet

En pojke hade förolyckats genom att han hade fallit ner i en vattenbrunn. Brunnen låg i anslutningen till en gårdsplan. Vattenbrunnens öppning låg i markplanet. Brunnen brukade vara övertäckt med en järnlucka på vilket det i sin tur brukade vara pålagt en större sten. Frågan i målet var om fastighetsägaren genom underlåtenhet att skaffa bättre skydd vid brunnen gjort sig skyldig till vållande till annans död. Hur skyddsanordningar vid brunnar skulle vara utförda gick att finna i den allmänna ordningsstadgan. Däri stadgas att vid brunnar skall vidtagas sådana skyddsanordningar, som med hänsyn till platsens belägenhet och övriga omständigheter kan anses påkallade.

Tingsrätten

TR:n gjorde den bedömningen att fastighetsägaren med hänsyn till brunnens belägenhet och konstruktion inte åsidosatt sin skyldighet att vidtaga sådan skyddsanordning som kan anses varit påkallad. Tingsrätten friade fastighetsägaren från ansvar. En nämndeman var skiljaktig och ansåg att de åtgärder som vidtagits av fastighetsägaren inte var tillräckliga och ville sålunda döma till ansvar.

Hovrätten

HovR:n ansåg att fastighetsägaren haft fog för sin uppfattning att säkerhetsanordningarna kring vattenbrunnen varit tillfyllest. Hovrätten fastställde tingsrätten dom.

Högsta domstolen

HD menade att den skyddsanordning som fanns i vart fall varit tillräcklig för att hindra att täckningen över brunnsöppningen rubbades genom någon oavsiktlig åtgärd. Då det emellertid bodde barn i närheten av brunnen borde skyddsanordningen ha varit av sådant slag att den även kunnat motstå ett försök av ett barn att flytta undan den. Olyckan måste i efterhand anses visa att befintlig skyddsanordning varit otillräcklig. Något olyckstillbud eller annat som kunnat visa på att skyddsanordningen var otillräcklig hade inte inträffat. Med hänsyn taget till det sista samt anordningens tyngd måste fastighetsägaren enligt HD anses haft fog för sin uppfattning att skyddsanordningen var tillfyllest. Hans missbedömning är inte en oaktsamhet som är klandervärd. Sålunda friar även HD fastighetsägaren från ansvar för vållande till annans död. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att fastighetsägaren haft anledning att räkna med att brunnsöppningen kunde komma att helt eller delvis blottas och att en olycka av det slag som inträffade skulle kunnat inträffa.

Kommentar

Den springande punkten i detta rättsfall är dels om skyddsanordningen varit tillfredsställande och om fastighetsägaren med fog haft den uppfattningen. Hur skyddsanordningar vid brunnar skulle vara utformade gick att finna i den allmänna ordningsstadgan. Både tingsrätten och hovrätten menade att skyddsanordningen vid brunnen varit tillfyllest. HD å andra sidan menade att skyddsanordningen ej varit tillräcklig men friade på grund av att fastighetsägaren haft fog för att tro att den var tillräcklig. Den garantställning som fastighetsägaren befann sig i är **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Garantställningen markerades genom förordning, den allmänna ordningsstadgan. Jag förmodar att man även skulle ha kunnat grunda en garantställning på grund av vad som kallas gängse uppfattning om i vilket skick anläggningen, i det här fallet brunnen, skall vara. Naturligtvis ser jag problemet med att bevisa vad som är gängse uppfattning. Därför är den allmänna ordningsstadgan till stor hjälp för att konkretisera när fastighetsägaren i detta fall inte uppfyllt vad som på honom åligger. Även att fastighetsägaren här var i garantställning så friades han från ansvar. Enligt de två första instanserna hade fastighetsägaren gjort vad som ålegat honom enligt den allmänna ordningsstadgan. Enligt HD hade fastighetsägaren inte gjort det men friades på grund av att den oaktsamhet han gjort sig skyldig till inte kunde anses av det klandervärda slag som krävs för att döma till ansvar för vållande till annans död. Sålunda skulle man kunna säga att gränsen för garantställningen inte bara är beroende av om fastighetsägaren följt vad den allmänna ordningsstadgan säger utan även av om fastighetsägaren varit klandervärt oaktsam. I och för sig kan man säga att fastighetsägaren fortfarande är inom garantställningens område i HD domen men frias på grund av brist i det personliga ansvaret. Jag skulle tro att det senare är det riktiga.

NJA 1984 s323

Händelseförloppet

Även kallat "Visby ringmur". En person hade färdats genom en öppning i Visby ringmur ut på en stig. Några meter utanför muren fanns en avsatts där stigen övergick i en trappa. Detta uppmärksammades inte av cyklisten som föll ned för avsatsen och skadades. Frågan är om kommunen kan anses vållande till skadan genom underlåtenhet då de inte vidtagit särskilda åtgärder till förebyggande av olycka av nu inträffat slag. Särskild åtgärd skulle ha kunnat vara uppsättande av en förbudsskylt.

Tingsrätten

TR:n gjorde följande bedömning. Stigen var inte allmän väg. Med hänsyn taget till Visbys särskilda karaktär med snirkliga gator och gränder måste man som cyklist vara extra vaksam då man cyklar i centrala Visby. Kommunen har inte haft anledning att räkna med att en cyklist skulle bege sig ut ur ringmuren utan att lägga märke till trappan. Sålunda är kommunen därför inte ansvarig.

Hovrätten

HovR:n fastställde TR:ns dom. Ett hovrättsråd och en assessorn var skiljaktiga. De menade att kommunen genom försummelse i myndighetsutövning vållat olyckan.

Högsta domstolen

HD ansåg inte heller de att kommunen varit vållande. Det med motiveringen att sannolikheten för att ens en föga förtänksam person skulle ge sig ut på cykel genom Palisadporten och därvid färdas som om det inte fanns någon risk för uppdykande hinder måste bedömas som ringa.

Kommentar

Detta fall är ett skadeståndsfall riktat mot kommun. Det kan vara straffrättsligt intressant om man kan göra någon i kommunen straffrättsligt ansvarig. Vad jag vill visa på genom att kommentera detta fall är att det verkar som om kommunen kommer i garantställning, **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Kommunen fyller sålunda någon sorts övervakningsfunktion som skall skydda de som befinner sig i kommunen från faror som kan uppstå inom kommunens område. Detta naturligtvis under förutsättning att det, inte som i detta fall, rör sig om rimligen förutsägbara olyckor. Kommunen kan ej heller antas skydda de som befinner sig i kommunen från faror som ligger utom kommunens område. Garantansvaret begränsas sålunda av kommunens verksamhetsområde. Det är inte tal om något skyddsgarantansvar. Mycket av den verksamhet som kommunen sysslar med torde genom underlåtenhet kunna ge upphov till farokällor, ex bristande underhåll av lekplatser. Då kommunen sysslar med ett stort antal områden måste de på varje område ha samma ansvar som om ett företag hade haft om de utfört de arbetsuppgifterna.

NJA 1987 s187

Händelseförloppet

I detta fall hade A och B kolliderat. A hade framfört sitt fordon i rätt körbana och 400m längre fram sett en bil, B, komma mot honom i samma körbana. B körde sålunda i fel körbana. A höll sig i rätt körbana och utgick från att B skulle byta över till sin körbana. Då 35-40m kvarstod mellan fordonen svängde A över i vänster körbana för att undgå en kollision. Då svängde även B över i denna körbana, för B den rätta. Vid kollisionen dör B. Frågan var om A var att anse som vållande till B:s död. De alternativ som togs upp av domstolarna var att A genom att svänga över till B:s körbana varit oaktsam samt att A genom att underlåta att söka göra B uppmärksam på att han befinner sig i fel körbana är oaktsam.

Tingsrätten

TR:n menade att A genom att göra en i det närmaste panikartad gir över vägen till vänster måste anses som oaktsam. Sålunda menade TR:n att A varit vållande till B:s död.

Hovrätten

HovR:n gjorde samma bedömning som TR:n.

Högsta domstolen

HD menade att det inte rimligen kan fordras av A då avståndet mellan A och B krympt till 35-40 att A skulle fortsätta att köra i höger körbana. A:s vänster gir kan därför inte anses ha varit oaktsam i den situationen. Däremot menar HD att A varit oaktsam då han underlåtit att, i ett tidigare läge då han såg B:s bil i fel körbana, nedbringat hastigheten och med ljus- och ljudsignaler sökt uppmärksamma B på faran för kollision.

Kommentar

Garantläran för med sig en begränsning, att vid fysiskt orsakande genom underlåtenhet det finns ett krav på att gärningsmannen skall ha befunnit sig i garantställning för att kunna hållas ansvarig. Denna begränsning medför att man blir benägen att leta efter handlingar istället för underlåtenheter som orsak till den uppkomna följden. Många aktiviteter kan beskrivas som en blandning av handling och underlåtenhet. Om handlingen och dess resultat faller under en brottsdefinition bryr vi oss inte om ifall underlåtenheten och dess resultat gör det.

Att köra bil är inte ett otillåtet risktagande. Ett otillåtet risktagande kan det däremot bli om den som kör bilen underlåter att företa någon skyddshandling, sålunda är att köra bil och samtidigt underlåta att vidta skyddshandlingar ett otillåtet risktagande och man behöver då inte gå in på garantläran.

Skall man ändå titta på garantläran i denna typ av fall kan det vara lockande att anse att föraren av bilen befinner sig i övervakningsgarantställning med ansvar för eget beteende. Igångsättandet av kausalkedjan uppfyller dock inte kraven på en ogiltig gärning. Att köra bil är inte ett otillåtet risktagande. Någon garantställning uppkommer sålunda inte på denna grund. Man kanske kan anse att den som kör bil är i övervakningsgarantställning med ansvar för andra farokällor. I så fall skulle föraren om han underlåter att vidta skyddshandlingar fällas till ansvar på grund av denna underlåtenhet. Problemet med detta resonemang är att det faller på den begränsning som uppställts.¹³⁹ Att köra bil är inget otillåtet risktagande i förhållande till den genom underlåtenheten orsakade följden. Bilkörningen blir ett otillåtet risktagande på grund av underlåtenheten, inte innan. Sålunda skall garantläran inte användas i detta fall.

NJA 1987 s655

Händelseförloppet

I detta fall hade en piketbuss med sex polismän stannat till och plockat upp en man. Mannen var inte gripen eller omhändertagen. Trots detta hade poliserna belagt honom med handfängsel och skjutsat ut honom till en ödlig plats där han blivit befriad från handfängslet. Den polis som körde bussen och en annan av poliserna, som förmodades vara i befälsställning (polis 2), åtalades.

Tingsrätten

TR:n menade att den polis som kört bussen måste ha varit medveten om att mannen belades med handfängsel och då hon på eget initiativ körde till den ensliga platsen finner tingsrätten att polisen gjort sig skyldig till olaga tvång. Vad angår den polis som förmodades vara i befälsställning menade tingsrätten att han måste ha varit medveten om vad som hände i bussen. Genom att underlåta att inskrida mot åtgärderna mot mannen måste polisen, som förmodades vara i befälsställning, anses ha utövat sådant inflytande på händelseförloppet att han därigenom gjort sig skyldig till olaga tvång.

Hovrätten

HovR:n var av samma uppfattning som tingsrätten, vad avser bedömningen av ansvaret för den polis som körde pikébussen. Vad angår polisen som förmodades vara i befälsställning framkom i hovrätten ny information vilken visade på att han inte var i formell befälsställning. Dock ansåg hovrätten att polismannen befann sig i informell befälsställning och fann honom därför ansvarig för vad som hände i bussen.

Högsta domstolen

HD var av samma uppfattning som hovrätten och tingsrätten i bedömningen av den polis som körde bussen. Vad gäller polis 2 skriver HD att det närmare måste undersökas i vad mån en person i polis 2:s situation är skyldig att handla, med risk att han annars straffas för sin underlåtenhet. Att en polis i förmans ställning i ett fall som detta torde kunna bli medansvarig för en underlydandes handling torde vara klart. Vidare skriver HD att då en grupp poliser som i det aktuella fallet tjänstgör gemensamt,

¹³⁹ Se kapitel 10.2.1.3 Ansvar för andra farokällor.

måste emellertid var och en av dem anses ha ett visst ansvar för vad som händer i gruppen. Sålunda skall polis 2 hållas ansvarig även att han inte var förman i gruppen.

Kommentar

Detta fall måste ses som ett ganska klart användande av garantläran. HD undersöker i vilken situation man kan bli ansvarig för vad någon annan gjort. Ett klart fall av **övervakningsgarant med ansvar för annans beteende**. HD:s ställning i detta fall konkretiserade och klargjorde en del av garantläran, de slog fast när en polis kommer i övervakningsgarantställning gentemot sina kollegor. Detta skulle enligt mig i detta fall ha lett till att alla poliser i piketbussen skulle ha blivit, om åtalade, fällda för olaga tvång.

NJA 1989 s552

Händelseförloppet

I detta fall hade en bil som framfördes av A blivit prejad av en annan bil. Då bilen prejats hoppade en man upp på motorhuven. En man på passagerarplats i bil A ingrep då i situationen och accelererade bilen, fortfarande med mannen på motorhuven. Vid hög hastighet bromsade då mannen på passagerarplats och mannen på motorhuven föll av. Därefter accelererade åter mannen på passagerarplats bilen och vid detta tillfälle fastnade mannen som hade varit på motorhuven och släpades med bilen. Mannen som hade varit på motorhuven dog ganska omgående. Frågan är då om föraren av bil A kan anses vållande till mannens död genom att ha underlåtit att bromsa för att minska riskerna att mannen skulle komma till skada.

Tingsrätten

TR:n ansåg att det var visat att föraren av bil A hade haft möjlighet att stoppa bilen. TR:n menade att åligger den som är förare att i en situation som den uppkomna att ingripa. Det får också enligt tingsrätten anses klarlagt att om föraren av bil A ingripit så hade inte mannen avlidit. Sålunda ansåg tingsrätten att föraren av bil A skulle hållas ansvarig för vållande till annans död.

Hovrätten

HovR:n var av samma åsikt som tingsrätten och ansåg att föraren av bil A var ansvarig för vållande till mannens död. Detta på grund av att föraren av bil A inte ingripit i passagerarens förande av bilen. Hovrätten menar att om föraren av bil A hade ingripit så hade den farliga situationen för mannen inte uppkommit vilket i sin tur hade lett till att mannen som hade varit på motorhuven ej heller hade avlidit.

Högsta domstolen

HD ansåg att föraren av bil A inte hade varit ovarsam. Detta på grund av att det rimligen inte kunde krävas att bilföraren, under de omständigheter och den korta tid som förelåg vid olyckan, skulle hinna besluta sig för någon ytterligare åtgärd. Sålunda kan underlåtenheten att trampa på bromspedalen inte läggas föraren till last såsom ovarsamhet.

Kommentar

Resonemanget kring en eventuell garantställning i detta fall liknar det som förs under NJA 1987 s 187. Likheten mellan de bägge fallen är att underlåtenheten inte föregås av något otillåtet risktagande. Man får istället se underlåtenheten som en del i handlingen. Att köra bil på ett vårdslöst sätt. Något

intressant som tas upp i rättsfallet är kausalitetsbedömningen. Händelseförloppet kan indelas i två steg:

Steg 1 inbegriper det moment då passageraren accelererar bilen och föraren underlåter att bromsa.

Steg 2 är då bilen åter, efter att hastigt inbromsats av passageraren, accelereras och den förolyckade mannen släpas med.

Vid kausalitet och underlåtenhet är den allmänna meningen i doktrinen att det föreligger kausalitet endast om den som görs ansvarig i praktiken skulle, oberoende av andra, kunnat ha förhindra effekten. Sålunda skall underlåtenheten utgjort en nödvändig betingelse för skadans inträffade. Förarens underlåtenhet att bromsa i steg 1 kan inte anses med nödvändighet leda till att mannen avlider. Däremot kan man se ett nödvändigt samband i steg 2. Även om man kan fastställa kausalitet så krävs det att föraren varit oaktsam. Det faktum att passageraren åter accelererar bilen måste sägas vara i så hög grad oförutsägbart att föraren därför inte kan hållas ansvarig för att hon inte vidtagit någon åtgärd för att stoppa bilen. Detta är den synpunkt som riksåklagaren framför i sitt revisionsgenmäle. Riksåklagaren stödde i det här fallet förarens yrkande om att helt ogilla åtalet.

NJA 1991 s163

Händelseförloppet

En pojke hade ensam begagnat en hiss i ett hus tillhörande en bostadsrättsförening. Hisskorgen hade natten innan skadats på så sätt att en del av den bakre väggen i hisskorgen saknades. Hålet var 23.5cm brett och 105cm högt. Då pojken färdades i hissen förolyckades han genom att hans huvud krossades då han fört ut det genom hålet i hisskorgen och träffats av hissens motvikt. Frågan var om ordföranden i bostadsrättsföreningen kunde hållas ansvarig för pojkens död på grund av att han underlåtit att, då han fick kännedom om skadan på hissen, stänga av densamma.

Tingsrätten

TR:n. Enligt gällande bestämmelser åligger det en hissägare att om det uppstår fara för olycksfall vid begagnande av hissen avstänga densamma så snart det kan ske. Sådant ansvar åligger i detta fall bostadsrättsföreningen och ordföranden i densamma måste anses ha en särskild skyldighet att handla om han uppmärksammar någon uppkommen olycksrisk. Tingsrätten anser att den bedömning ordföranden i bostadsrättsföreningen gjort, dvs att inte stänga av hissen, inte kan läggas honom till last såsom oaktsamhet och håller honom därför inte ansvarig för vållande till annans död.

Hovrätten

HovR:n gjorde samma bedömning som tingsrätten vad angår frågan om ordföranden i bostadsrättsföreningen var den som man skulle söka ansvaret hos. Den bedömning hovrätten gör skiljer sig från tingsrättens så till vida att de anser att den underlåtenhet som ordföranden i bostadsrättsföreningen gjort sig skyldig till, att inte stänga av hissen, måste anses som oaktsam. Detta på grund av att han måste insett risken för att den omedelbart utanför hiss väggen löpande vikten skulle kunna orsaka allvarlig skada om någon skulle stoppa in sitt huvud eller sin arm genom hålet. Sålunda finner hovrätten att ordföranden i bostadsrättsföreningen är ansvarig för vållande till annans död.

Högsta domstolen

HD gjorde samma bedömning som tingsrätten. De skriver i domen att principiella skäl talar för att man iakttar en viss försiktighet när det gäller tillämpningen av oaktsamhetsrekvisiten i 3 kap 7§ BrB. HD menar att ordföranden i bostadsrättsföreningens underlåtenhet att stänga av hissen inte kan anses innefatta en sådan klandervärd försummelse som skall föranleda straffansvar. En referent var skiljaktig och menade att ordföranden i bostadsrättsföreningen borde insett risken med hissen och ville därför hålla honom ansvarig för vållande till annans död.

Kommentar

Det är ingen tvekan om att ordföranden i bostadsrättsföreningen befinner sig i garantställning. Han är **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**, en skyldighet som markerats genom kungörelsen (1939:733) angående anordnande och begagnade samt tillsyn av vissa hissar. Egentligen är det bostadsrättsföreningen som är ansvarig för att hissen stängs av men då någon person måste vara ansvarig är det ordföranden i bostadsrättsföreningen. Det som är problemet i detta rättsfall är om den underlåtenhet som ordföranden i bostadsrättsföreningen gjort sig skyldig till är straffbar på grund av om han varit oaktsam i sin bedömning av risken. Det är inget som jag avser beröra i denna uppsats.

NJA 1997 s368

Händelseförloppet

I detta fall hade en rådman vid en tingsrätt underlåtit att hålla omhåkningsförhandling. Frågan var om underlåtenheten kunde leda ansvar för tjänstefel.

Hovrätten

HovR:n ansåg att rådmannens underlåtenhet att hålla omhåkningsförhandling var så allvarlig att den måste beivras. Sålunda ansåg hovrätten att rådmannen vid sin myndighetsutövning av oaktsamhet åsidosatt vad som gällt för nu ifrågavarande uppgift.

Högsta domstolen

HD fastställde hovrättens beslut.

Kommentar

Bedömningsfrågan om det var oaktsamt eller inte att underlåta att hålla omhåkningsförhandling upptar av naturlig anledning i stort sett hela målet. Oaktsamheten är något jag inte skall gå in på. Däremot är det av intresse att se på den underlåtenhet rådmannen gjort sig skyldig till. Man kan se detta på två sätt. Antingen kan man säga att rådmannen är i **skyddsgarantställning på grund av annan yrkesskyldighet** eller så kan man se hans underlåtenhet som en del i en handling, dvs hela förloppet. En initial häktning inbegriper att omhåkningsförhandling skall hållas. Någon övervakningsgarantställning med ansvar för eget beteende kan det inte bli tal om då rådmannens första beslut att häkta den som skulle varit föremål för omhåkningsförhandlingen inte är en ogiltig gärning. Ser man det på det sättet att rådmannen befinner sig i skyddsgarantställning måste man anta att den som skulle varit föremål för omhåkningsförhandlingen är skyddsobjektet rådmannen har att skydda. Begränsningen i skyddsgarantens ansvarsområde måste bli ganska snävt avtaget och innehålla just denna typ av felaktigheter som skett i detta fall. Rådmannen har exempelvis ingen skyldighet att skydda den som skulle varit föremål för omhåkningsförhandlingen från att bli misshandlad av häktespersonalen.

NJA 1998 s617

Händelseförloppet

En traktorförare har med en traktorgrävare i syfte att luckra upp markytan tagit tre skoptag i åkern. Då han gjort så har han slitit av en telekabel. Frågan i målet var om markägaren och traktorföraren genom att genomföra grävningarna utan föregående kabelanvisning skall anses genom vårdslöshet ha vållat skadan på kabeln. Sålunda skall deras underlåtenhet att begära kabelanvisning prövas.

Tingsrätten

TR:n ansåg att de bägge förfarit vårdslöst genom att underlåta att begära kabelanvisning innan arbetet påbörjades. Traktorföraren på grund av att det ålegat honom att innan påbörjandet av grävandet vidta säkerhetsåtgärder som skäligen kan påfordras för att undvika skada. Vad angår markägaren så har han genom att han initierat arbetet vidtagit en positiv handling och har därmed ansvar för den underlåtenhet som han gjort sig skyldig till.

Hovrätten

HovR:n ansåg att traktorförarens och markägarens handlande inte var vårdslöst och friade dem från ansvar

Högsta domstolen

HD gjorde samma bedömning som tingsrätten och ansåg både traktorföraren och markägaren solidariskt ansvariga för den uppkomna skadan.

Kommentar

Detta fall är ett skadeståndsfall men är intressant att ta upp då domstolarna på ett mycket klart sätt visar på att den som ansvarar för en handling, eller som de kallar det en positiv handling, även ansvarar för underlåtenheter som ingår som ett led i denna positiva handling. Sålunda markerar domstolen på ett klart sätt att de inte i detta fall laborerat med någon form av *garantställning*. Enligt min mening skulle man i ett fall som detta kunna använda sig av en ***övervakningsgarantställning med ansvar för andra farokällor***. Dock är det viktigt att komma ihåg att man endast in undantagsfall, då underlåtenheten är uppsåtlig och handlingen oaktsam, skall använda sig av underlåtenhet då den ingår i en handling. Handlingen konsumerar vanligtvis underlåtenheten.

SvJT 1968 rf s. 81

Händelseförloppet

En flicka hade efter ett telefonsamtal med sin förre pojkvän, hos sin nye pojkvän tagit ett antal sömntabletter och insomnat. Det nya paret hade bara känt varandra i några dagar. Den nye pojkvänner hade då hon somnat burit in henne till en säng. Då flickan inte gått att väcka på 56 timmar tillkallade den nye pojkvänner läkare. Vid det laget var flickan död. Frågan var om den nye pojkvännerns underlåtenhet att tillkalla läkare i tid kunde göra honom ansvarig för flickans död.

Häradsrätten

HR:n friade den nye pojkvänner från ansvar då det inte ålegat honom någon skyldighet att tillkalla läkare.

Hovrätten

HovR:n gjorde ingen ändring i HR:n dom.

Kommentar

Fallet berör två individer som inte är förlovade och som inte sammanbor. Varför jag poängterar det är att vissa relationer i *nära levnadsgemenskap* skulle kunna ge upphov till *skyddsgarantställning*. Det var just det som pojken i fallet inte befann sig i och därför, även att det var ett kausalsamband mellan hans underlåtenhet och flickans död, friades från ansvar.

RH 1981:107

Händelseförloppet

En kvinna som uppmärksammat att hennes 4-åriga dotter intagit ett okänt antal tabletter har, efter det att hon blivit uppmanad av giftcentralen att omgående söka sjukhusvård, underlåtit att göra det. Först efter åtskilliga timmar har kvinna tagit dottern till läkare. Frågan var om kvinnan kunde anses som ansvarig för framkallande av fara för annan.

Tingsrätten

TR:n ansåg att då kvinna måste ha tagit del av giftcentralens uppmaning att omedelbart uppsöka läkare hon, trots sin farhåga för dottern underlåtit att föra henne till läkare, handlat grovt oaktsamt. Sålunda ansåg tingsrätten att kvinnan hade gjort sig skyldig till framkallande av fara för annan.

Hovrätten

HovR:n gjorde samma bedömning som tingsrätten.

Kommentar

Här är ett klart fall av garantställning. Mamman är i *skyddsgarantställning* gentemot hennes barn. Jag skulle vilja påstå att denna garantställning har sin grund i FB 6:2 och 3. Visserligen skulle man kunna säga att även utan stadgandet i FB så skulle det kunna vara en garantställning i detta fall men då garantläran inte är helt fastlagt i praxis så fyller ett lagrum en viktig funktion. Istället för att göra antaganden om att det förmodligen är en garantställning i en situation som den så har man ett lagrum som klart visar på garantställning. Lagstiftaren har klargjort att det skall vara så i den relation som beskrivs i FB 6:2 och 3. Jag anser dock att detta inte får tolkas som att lagstiftaren, då den menar att en garantställning skall föreligga, alltid så konkret som i detta lagrum lagstiftar om det. Det skulle inte vara i samklang med den syntetiska lagstiftningsmetod som vi har i vårt land.¹⁴⁰ Vidare har det visat sig tidigare i uppsatsen att lagstiftaren inte med sin lagstiftning menat göra en uttömmande reglering av när garantställning existerar.¹⁴¹

RH 1982:73

Händelseförloppet

I detta fall hade föräldrarna till en 14-årig pojke underlåtit att hindra honom från att framföra moped då han inte uppnått den åldersgräns som krävs. I 34§ körkortslagen (1977:477) stadgas att vårdnadshavaren till barnet skall hållas ansvarig därför.

Tingsrätten

¹⁴⁰ Jämför med vad jag skrivit under kapitlet 8.3 Straffbudens utformning.

¹⁴¹ Se kapitel 10.2.1.2 Ansvar för annans beteende, där BrB 23:6 2st tas upp till diskussion.

TR:n friade föräldrarna på grund av att mopeden var trimmad och då var en lätt motorcykel.

Hovrätten

HovR:n ändrade tingsrättes dom och höll föräldrarna ansvariga då de ansåg att föräldrarna inte haft kännedom om att mopeden var trimmad.

Kommentar

Varför jag har med detta rättsfall i genomgången är därför att det klart visar på en **övervakningsgarantställning ,med ansvar för annans beteende, som uppkommer genom lag**, 34§ körkortslagen (1977:477). Denna paragraf stadgar även andra situationer i vilka övervakningsgarantställning uppkommer. Det plikt som åläggs föräldrarna i nämnda lag anser jag att man eventuellt även skulle kunna konstruera genom att använda sig av FB 6:2 och 3.

RH 1984:58

Händelseförloppet

På en byggarbetsplats föll en byggnadsarbetare genom ett hål i golvet och vid fallet ådrog han sig allvarliga skador. Frågan var om arbetsledaren försummat sörja för erforderliga skyddsåtgärder och därigenom vållat den uppkomna skadan. Frågan var också om arbetsledaren med straffrättsligt befriande ansvar delegerat ansvaret till annan person.

Tingsrätten

TR:n fann att byggnadsarbetaren hade fallit genom hålet och skadat sig på grund av brister i säkerheten. Tillräckliga åtgärder hade ej vidtagits för att undvika skador av nu uppkommet slag. Anvisningar om hur säkerheten skall vara beskaffad finns i arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter. Tingsrätten menade att arbetsledaren gett order om att skadeförebyggande åtgärder skulle genomföras och att så också i princip hade skett. God ordning tycks även ha rått på arbetsplatsen samt sammanträden kring säkerhetsfrågor har i rimlig utsträckning förekommit. Dessa omständigheter ansåg tingsrätten leda till att arbetsledaren ej varit oaktsam.

Hovrätten

HovR:n ansåg liksom tingsrätten att den skada byggnadsarbetaren ådragit sig berott på att arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter ej följts. Vad angick ansvaret för skadan ansåg de att någon giltig delegering inte skett. Till att börja med ansåg hovrätten att arbetsledaren haft en rätt att delegera vissa skyddsfrågor då det var en relativt stor byggarbetsplats. Vidare påpekade hovrätten att för att en delegering skall vara giltig krävs att beslutanderätten fullständig överlåtits. Så ansåg hovrätten det inte skett i detta fall. Sålunda höll de arbetsledaren ansvarig för vållande till kroppsskada.

Kommentar

Detta rättsfall rör **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor**. Det är arbetarskyddsstyrelsens **föreskrifter som markerar övervakningsskyldigheten**. Det som jag anser är det mest intressanta med det här fallet är att det berör det som jag tror är det mest komplicerade med denna typ av mål, vem är det som är i garantställning och kan man överlåta garantställningen. Samma problem måste uppstå i de fall då det är kommunen som är ansvarig. Fallet visar på att för att en delegering av ansvaret, garantställningen, skall vara giltig krävs att beslutanderätten kring de frågor som konstituerar garantställningen fullständigt måste överlåtas.

RH 1987:72

Händelseförloppet

I detta fall hade en takarbetare under pågående reparations- och underhållsarbeten förolyckats genom att han trillade ned från taket där han arbetade. Frågan var om arbetsgivaren vidtagit tillräckliga åtgärder för att undgå ansvar för att ha vållat arbetaren död. Några livlinor användes inte på taket, arbetsgivaren menade att de inte använde livlinor utan det gällde att använda huvudet.

Tingsrätten

Enligt 3 kap 2 § arbetsmiljölagen (1977:1169) skall arbetsgivare vidtaga alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsättes för ohälsa eller olycksfall. Enligt 18 § arbetarskyddsstyrelsens kungörelse om takarbete, skall innan reparations- eller underhållsarbeten på tak påbörjas takets beskaffenhet undersökas och sådana skyddsåtgärder vidtas som behövs med hänsyn till arbetets omfattning och art, och skall därvid särskilt övervägas om skyddet mot skada genom nedstörtning skall ordnas genom skyddsräck vid takfoten eller takkanten, liggstege, ställning, arbetsplattform, säkerhetsbälte med lina eller annan åtgärd. Dessa bägge föreskrifter har arbetsgivaren att iakttaga. Arbetsgivaren har helt underlåtit detta och skall därför hållas ansvarig för vållande till annans död.

Hovrätten

HovR:n gjorde ingen ändring. Påpekade dock att arbetsgivaren på ett uppseendeväckande sätt åsidosatt arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter.

Kommentar

Här har vi ett klart exempel på garantlärans tillämpning. Arbetsgivaren är i **övervakningsgarantställning med ansvar för andra farokällor, markerad genom arbetarskyddsstyrelsens kungörelse och arbetsmiljölagen**. Genom att underlåta att följa föreskrifterna är han sålunda ansvarig för vållande till arbetstagarens död.

RH 1992:9

Händelseförloppet

En svinuppfödare har underlåtit att tillkalla veterinär vid allvarliga sjukdomssymptom. Han har istället sökt bota djuren med en sulfakur som inte hade någon verkan. Svinuppfödaren hade även underlåtit att hålla rent i djurstallarna. Detta ledde till att ett stort antal djur självdog och att de djur som klarade sig var tvungna att nödslaktas omedelbart efter besiktning. Frågan om ansvar för djurplågeri genom underlåtenhet har prövats i detta mål.

Tingsrätten

TR:n ansåg att det styrkts att svinuppfödaren måste ha insett att djuren, efter den sulfakur han påstår sig ha gett dem, inte skulle tillfriskna. Redan då har det ålegat svinuppfödaren att tillkalla veterinär för att inte utsätta djuren för onödigt lidande. Så har inte skett utan han har istället låtit djuren självdö och samtidigt hållit dem under vedervärdiga förhållanden. Tingsrätten fann att svinuppfödaren gjort sig skyldig till djurplågeri.

Hovrätten

HovR:n var av samma uppfattning som tingsrätten.

Kommentar

Djurplågeri är ett brott som ganska ofta begås genom vanvård, underlåtenhet att vårda djuren på ett tillbörligt sätt. Kausalitets problem torde sälla uppstå i dessa fall, så frågan är om man kan anse att svinuppfödaren är i garantställning. Jag skulle vilja påstå att svinuppfödaren i detta fall är i en **skyddsgarantställning**. Inte manifesterad på grund av någon av de tre exemplifieringar som finns i kapitel 10.2.2. Ställning som skyddsgarant. Istället måste man nog söka denna skyddsgarantställnings ursprung i djurskyddslagen (1988:534), där en mängd plikter slås fast. Det är den som är ansvarig för djuret som kan komma i garantställning. Exempelvis har inte den som passerar en bil där en hund sitter instängd i 50 graders värme någon skyldighet, för att undkomma straffrättsligt ansvar för djurplågeri, att ingripa. Det krävs en garantställning.

RH 1996:38

Händelseförloppet

I detta fall hade en kvinna cyklat omkull och skadat sig. Orsaken till olyckan var ett hål i vägbanan. I väglagen stadgas det att det åligger staten att hålla vägbanan i ett för samfärdseln tillfredsställande skick. Frågan var om staten som väghållare hade försummat sin plikt att hålla vägbanan i ett för samfärdseln tillfredsställande skick och därför kunde hållas ansvarig för de skador som uppkommit vid olyckan.

Tingsrätten

TR:n fann att staten som väghållare försummat vad som enligt väglagen ålegat den. Genom sin underlåtenheten att i tid avhjälpa felet var staten att anse som vållande till olyckan.

Hovrätten

HovR:n ansåg i likhet med tingsrätten att staten var att anse som vållande till olyckan. Två hovrättsråd var av skiljaktig mening. De ansåg att en vägtrafikanter har att räkna med att smärre defekter kan förekomma i en vägbanan. Sålunda rörde deras skiljaktighet huruvida skadan i vägen var så stor att den skulle ådra staten ansvar för kvinnans skada. Med andra ord en bedömningsfråga.

Kommentar

Detta fall är ett skadeståndsfall. Jag anser dock att det visar på att staten i sådana fall kommer i garantställning och skulle sålunda bli straffrättsligt ansvarig. Den garantställning som uppkommer är **övervakningsgarant med ansvar för andra farokällor, konstituerad genom lag**, väglagen. Här uppkommer naturligtvis det problem som berörts flyktigt under HovR:n Ä:83-02-15, frågan om vem som i större organisationer är att se som den ansvarige.

Mål nr B 292-99 Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom DB 4197

Händelseförloppet

Under en skolutflykt drunknade två av eleverna i samband med bad. Med på utflykten var 4 lärare och 34 barn från 5:e klass. Då de första barnen kommit fram till stranden hade en av lärarna tilldelat gränser inom vilka bad fick ske. Avsikten med instruktionen var att lärarna lättare skulle kunna ha uppsikt över barnen och att området även skulle vara till för de icke simkunniga. Efter hand som barnen kom ner till stranden fick flertalet av dem instruktioner om var bad fick ske. Då en grupp lekande elever lämnade det för bad angivna området simmade en av lärarna ut för att hämta tillbaka dem. Plötsligt såg han då hur de lekande barnen drogs ut mot havet med ganska stor hastighet. Omedelbart efter det att man fått upp ”alla” eleverna ur vattnet märktes att en av eleverna saknades.

Efter ett tag märktes även att ytterligare en elev saknades. Olyckans hastig förlopp vinner stöd i vad ett vittne berättar om platsen för badet. Vittnet berättade att strömmens riktning i Öresund ganska snabbt kan ändra riktning. Detta kan medföra att vattnet vid den berörda badplatsen längs de båda pirarmarna pressas ut med mycket stor kraft. Enligt vittnet är de angivna förhållandena endast bekanta för en mycket begränsad krets av fiskare och dykare.

Åklagaren yrkade ansvar å de tilltalade för vållande till annans död jämfört med arbetsmiljölagen. Åklagaren gjorde gällande att de tilltalade i egenskap av lärare haft att vidtaga förebyggande åtgärder till undvikande av ohälsa och olycksfall. De har brustit härutinnan genom att tillåta bad i havet då de;

- haft vetskap om de förolyckades bristande simkunnighet
- underlåtit följa av skolan utgiven plan vid aktivitet utanför skolan
- ej fördelat ansvaret sinsemellan vad avser tillsyn av de badande
- ej förevisat sig om platsen eller vädrets lämplighet
- utan tillräcklig grad av aktivitet övervakat de badande.

Tingsrätten

TR:n gick först in på val av badplats. De menade att ingen av de tilltalade haft klart för sig att risk kunde föreligga för en olycka av det slag som inträffade. Denna bristande kunskap kan enligt tingsrätten inte läggas någon av de tilltalade till last. Någon tidigare olycka av liknande slag har veterligen inte förekommit på denna plats. Angående de anvisningar som givits kring badandet gör tingsrätten samma bedömning som de tilltalade, platsen inom det anvisade området var även lämpligt för icke simkunniga. Den promemoria som skolan utgivit vid aktivitet utanför skolan måste enligt tingsrätten anses mager. Dock skrivs däri att elever skall indelas i par i syfte att de skall hålla uppsikt över varandra. Någon parindelning har inte gjorts i detta fall men tingsrätten menar att underlåta att göra så ej står i kausalsamband med det sätt på vilket olyckan inträffade. I samband med att en av lärarna såg att barnen bröt mot de givna direktiven och badade utanför det avgränsade området så simmade denna lärare ut till eleverna för att få dem att återgå till det avgränsade området. I samband med detta skriver tingsrätten att det nu i efterhand hade varit önskvärt med en snabbare reaktion från lärarens sida. Att reaktionen inte var snabbare förklarar dock tingsrätten med att elevernas tafattlek för lärarna inte framstod som något farligt utan endast som en avvikelse från givna direktiv. Vid en samlad bedömning fann tingsrätten det inte styrkt att lärarna i sådan grad brustit i övervakandet av eleverna att de skulle hållas ansvariga för vållande till annans död. Åklagaren överklagade till hovrätten och justerade gärningsbeskrivningen till att även omfatta arbetsmiljöbrott.

Kommentar till tingsrättens dom

Den form av garantställning som berörs i detta fall är **skyddsgarantställning**. Lärarna är i skyddsgarantställning och eleverna är skyddsobjekt. Dock är det som måste anses vara den springande punkten, om lärarna kunnat förutse den starka ström som uppkom. Det var den som var den direkta orsaken till de båda elevernas död. Lärarna måste ha varit medvetna om riskerna med bad i öppet hav. Detta på grund av att de avdelat en gemensam gräns inom vilket bad för simkunniga och icke simkunniga fick ske. Att då som tingsrätten skriver, att elevernas tafattlek för lärarna inte framstod som något farligt utan endast som en avvikelse från givna direktiv, anser jag aningen besynnerligt. Detta då direktiven måste ha givits på grund av någon anledning. Den anledning jag anser mest trolig är att drunkningstillbud annars skulle kunna ske. Då direktiven bröts skedde ett drunkningstillbud, vilket resulterade i att två elever drunknade. Problemet i detta fall är att drunkningsolyckan skedde på ett sätt som inte var förutsägbart för lärarna. Inget annat har påståtts

än att det var den starka strömmen som var orsak till olyckan, om man bortser från den eventuella underlåtenhet från lärarnas sida som fallet handlar om. Lärarna hade enligt åklagaren inte vidtagit tillräckliga säkerhetsåtgärder vilket resulterade i de båda elevernas död. I efterhand kan det konstateras att om barnen befunnit sig inom det avgränsade området, vilket de gjort om lärarna hade övervakat eleverna bättre och därigenom snabbare kunnat ingripa om eleverna kom utanför det avgränsade området, så hade olyckan inte skett. Sålunda är då frågan om ej vidtagna säkerhetsåtgärder kan stå i kausalt samband med oförutsedda olyckor som inte inträffat om säkerhetsåtgärder vidtagits. Problemet är även hur dessa säkerhetsåtgärder skall konstitueras. Hur skall man veta vilka säkerhetsåtgärder som skall vidtas. I detta fall är, som tingsrätten skriver, direktiven om aktivitet utanför skolan magra. Åklagaren har i tingsrätten sökt stöd i arbetsmiljölagen för att på så sätt visa på vad som kan anses som adekvata säkerhetsåtgärder att vidta. Med andra ord hur långt lärarnas skyddsgarantställning sträcker sig, hur den konstitueras. Det synes som om tingsrätten inte tagit någon hänsyn till arbetsmiljölagen då de resonerat kring ansvarsfrågan. I åklagarens överklagande till hovrätten betonas lärarnas roll som arbetsledare och elevernas roll som arbetstagare i enlighet med arbetsmiljölagen. Gärningsbeskrivningen har även, såsom skrevs ovan, justerats till att omfatta arbetsmiljöbrott. Enligt min mening torde en justering av åtalet inte vara nödvändig då man med hjälp av arbetsmiljölagen konstituerar den skyddsgarantställning som lärarna befinner sig i. Sålunda skall lärarna hållas ansvariga för vållande till annans död om man anser att deras underlåtenhet att vidta adekvata säkerhetsåtgärder står i kausalt samband med de bägge elevernas död. Man måste då man undersöker vad som är adekvata säkerhetsåtgärder ha i åtanke att de bägge eleverna som dog tillhörde den del av gruppen som icke var simkunniga.

Hovrätten

Hovrätten inleder med att konstatera att det för att en underlåtenhet skall vara straffbar krävs, enligt allmänna straffrättsliga principer, att det har förelegat en särskild skyldighet att vara verksam. Vidare menar hovrätten att de lagrum i arbetsmiljölagen åklagaren åberopat inte innehåller några konkreta säkerhets- eller skyddsföreskrifter. Hovrätten anser att lagrummen innehåller alltför allmänt hållna anvisningar. Anvisningarna ger i det förevarande fallet inte någon egentligt ledning om det föreligger straffbart vållande.

Därefter kommer hovrätten in på frågan om delegerat ansvar. Ansvaret enligt arbetsmiljölagen åvilar i detta fall rektorn på skolan. Detta ansvar kan åtminstone i vissa delar delegeras vidare. Den promemoria som berör aktivitet utanför skolan kan enligt hovrätten inte ses som en delegering av ansvaret från rektor till lärarna. Vidare skriver de att åklagaren inte heller synes hävda att det ägt rum någon uttrycklig delegering av ansvaret utan att det mer eller mindre skulle vara konkludent. I förarbetena till arbetsmiljölagen har det emellertid understrukits att det vid delegering är av stor vikt att det klargöres vem som i olika avseenden kan anses bära ansvaret. Sålunda skall inte ansvaret kunnas delegeras till någon som inte är medveten om att han eller hon har det och vad det innebär. Bland annat med hänsyn till detta kan den typ av delegering som åklagaren gjort gällande inte godtas när det gäller straffrättsligt ansvar.

Slutligen berör hovrätten händelseförloppet där de gör i stort sett samma bedömning som tingsrätten. Bedömningen av om de tilltalade vidtagit vad som krävts måste göras utifrån en rimlig riskbedömning och sålunda anser hovrätten liksom tingsrätten att olyckan var oförutsebar. De tilltalade hålls inte ansvariga för vållande till annans död.

Kommentar till hovrättens dom

Det viktigaste i domen, ur garantlärans synvinkel, anser jag är det som hovrätten skriver om de av åklagaren åberopade lagrummen. Hovrätten skriver ”Dessa innehåller inte några konkreta säkerhets- eller skyddsföreskrifter utan anger den mer allmänt formulerade skyldigheten för arbetsgivaren att vidta alla åtgärder som erfordras för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall”¹⁴². Jag anser att detta visar på att dessa anvisningar inte grundar något garantställning. Vad som verkar krävas är mer konkreta stadganden som visar på när man kommer i garantställning. Detta måste sägas stämma väl överens med legalitetsprincipen. Som vi sett ovan förespråkar Jareborg en något vidare tolkning av när man kan komma att vara i skyddsgarantställning och jag tror att Jareborg mycket väl skulle kunna anse att lärarna i detta fall var i skyddsgarantställning. Jämför exempelvis med det faktum att en simlärare kan komma i skyddsgarantställning.¹⁴³ Jag anser att det förevarande fallet inte skiljer sig så mycket från simlärarfallet. Lika klart tror jag även att Jareborg, likt både tingsrätten och hovrätten, skulle kommit fram till att det sätt på vilket olyckan inträffade var en olyckshändelse. Olyckan var med andra ord inte förutsebar och även om de tilltalade då befinner sig i garantställning så skall de inte finnas ansvariga, på grund av de inte kan anses ha varit culpösa.

12.3 Sammanställning över de berörda rättsfallen

Det urval av rättsfall jag gjort gör inget anspråk på att vara heltäckande men de skall ge en bra överblick över hur domstolarna enligt mig behandlat garantläran. Jag har sökt hitta de flesta fall som berör detta område och jag tror att jag hittat merparten, det är att jag inte vet som gör att jag inte gör anspråk på att vara heltäckande. Vissa typer av rättsfall, exempelvis djurplågeri genom underlåtenhet, förekommer i en ganska stor mängd. För att undvika en alltför stor upprepning i rättsfallsgenomgången har jag valt att begränsa mig på så sätt att jag berör typfallen. Nedan är en tabell med en sammanställning av de rättsfall som tagits upp i rättsfallsgenomgången.

Övervakningsgarant	Skyddsgarant
<u>Med ansvar för andra farokällor</u>	<i>På grund av lag, författning eller föreskrift</i> RH 1981:107

¹⁴² Mål nr B 292-99 Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom DB 4197, s. 10.

¹⁴³ Se avsnitt 10.2.2 Ställning som skyddsgarant.

<p><i>På grund av lag, författning eller föreskrift</i> NJA 1991 s163 NJA 1980 s454 NJA 1979 s129 NJA 1973 s504 NJA 1973 s141. NJA 1947 s467 NJA 1940 s270 NJA 1939 s311 RH 1996:38 RH 1987:72 RH 1984:58</p> <p><i>På grund av arbetsfördelning</i> NJA 1947 s467</p> <p><i>Övrigt</i> NJA 1998 s617 NJA 1984 s323</p> <p style="text-align: center;"><u>Med ansvar för annans beteende</u></p> <p><i>Militära och polisiära förmän</i> NJA 1987 s655</p> <p><i>På grund av lag, författning eller föreskrift</i> RH 1982:73</p>	<p>RH 1992:9</p> <p><i>På grund av nära levnadsgemenskap</i> SvJT 1968 rf s. 81</p> <p><i>På grund av frivilligt åtagande</i> NJA 1943 s552 NJA 1946 s712</p> <p><i>På grund av annan yrkesskyldighet</i> NJA 1997 s368</p> <p><i>Övrigt</i> Mål nr B 292-99 Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom DB 4197</p>
---	--

13. Avslutande kommentar

Såsom framgår av genomgången anser jag att man kan i de flesta fall applicera ett betraktelsesätt som tar avstamp i Jareborgs garantlära. Sålunda anser jag att det sätt på vilket domstolarna löst de olika problemen går, att såsom Jareborg gjort, sammanfatta i en lära, garantläran. Visserligen har domstolen aldrig öppet medgivit att den nyttjat garantläran, vilket i många av de fall jag tittat på är naturligt eftersom garantläran inte existerade då de avgjordes. Dock måste påpekas att det inte finns någon klarhet kring exakt hur garantläran begränsas, vilket inte är bra med legalitetsprincipen i åtanke. Det är viktigt att det exempelvis framgår när man är i garantställning så att man kan anpassa sitt agerande därefter. Har man inte uppsåt till att man är i garantställning kan man inte hållas ansvarig för den gärning som begått genom underlåtenhet. Det råder dock inte klarhet i om uppsåtet även måste omfatta, för utom uppsåt till det faktiska eller rättsliga läge som utgör grund för garantställning, det faktum att gärningsmannen förstår att lagen kräver ett ingripande från hans sida.

Legalitetsprincipen är mycket viktig inom straffrätten och måste anses vara det som idag förhindrar att hela garantläran är att anse som en del av den gällande rätten. Garantläran har inte fått något fast uttryck i rättspraxis, vilket uppsåts- och culpabegreppen har fått. Dessa bägge begrepp kan på samma sätt som garantläran angripas med utgångspunkt i legalitetsprincipen. Varken uppsåts- eller culpabegreppet är lagstadgade, men det som skiljer dem från garantläran är att de fått en fast förankring i rättspraxis och doktrin. Det sätt på vilket domstolarna resonerade innan exempelvis begreppet culpa var vedertaget visar på att de använt de tankebanor som culpa begreppet innebär utan att känna till etiketten culpa. Det är endast i några få fall jag skulle vilja säga att garantläran är en del av den gällande rätten. De situationer jag åsyftar är föräldrars ansvar för barn, dock med undantag för det som går igenom i kapitel 10.2.1.2.1 Oklart rättsläge, och arbetsgivares ansvar för arbetstagares säkerhet, vilket regleras i lag. I det senare av de bägge fallen menar jag att domstolarna måste anses ha utvecklat en så fast praxis att det måste vara en del av den gällande rätten. Då en person befinner sig i garantställning gör han det på grund av att det kan sägas att han förväntas att göra si eller så. Dessa förväntningar kan vara sociala förväntningar eller ha sin grund i lag. De senare kan även kallas för sociala förväntningar men vad jag åsyftar med social förväntningar är de som inte kan sökas direkt i lag. De är de sociala förväntningarna som gör att garantläran kan komma i konflikt med legalitetsprincipen.

Dessa sociala förväntningar påminner om de man kan finna i det andra ledet i den straffrättsliga culpabedömningen. Skillnaden är dock att man kan söka vad dessa sociala förväntningar är genom att titta på tidigare domstolsavgöranden. Då det gäller garantläran måste det sägas att praxis är alltför mager för att kunna utgöra underlag för garantställning. Detta då med undantag för de fall som gällt arbetsgivares ansvar för arbetstagares säkerhet, men som tidigare påpekats så regleras dessa förväntningar genom lag.

Då domstolarna, i de fall jag tittat på, dömt verkar det som om de gjort en sammanslagning av vållandeifrågan och frågan om eventuell garantställning. Det synes mig som om domstolen anser att den tilltalade varit vårdslös så är han även i garantställning. Förväntningarna på den tilltalade, vad avser vållandebedömningen, smittar av sig på bedömningen om man kan anse att den tilltalade är i garantställning. Sålunda verkar det som om vållandebedömningen och bedömning om garantställning föreligger är intimt sammankopplade.

Om vi ser på ett oäkta underlåtenhetsbrott som är begånget uppsåtligen så skulle jag vilja påstå att man efter det att man bedömt uppsåtsfrågan gör något som kan liknas vid en culpabedömning. Det krävs ju vid oäkta underlåtenhetsbrott att det, förutom att det föreligger uppsåt eller vållande, även föreligger en förväntan på gärningsmannen att han skulle ha utfört den gärning han inte gjorde. Culpa och underlåtenhet är båda avvikelser från vad en människa bort utföra. Detta förväntansunderlag torde vara av samma art som skulle kunna göra gärningsmannen vållande om han inte hade uppsåt. Detta torde vara förklaringen till varför det i de fall jag tittat på är en så intim sammankoppling mellan vållandefrågan och frågan om eventuell garantställning.

13.1 De lege ferenda

Vad det är som skiljer den bedömning som skall göras, vad avser förväntningar, vid vållandebedömning och den förväntasbedömning som skall göras vid frågan om garantställning är enligt mig att den tidigare mycket rikligare förekommer i praxis. Sålunda är det tal om en likvärdig bedömning och det som krävs för att garantläran skall bli accepterad som en del av den gällande rätten är med andra ord en ökad mängd avgöranden.

Hur morgondagen ser ut vet ingen men jag skulle vilja, då jag anser att garantlärans uppbyggnad är mycket bra, att det på något sätt, praxis, doktrin eller lagstiftning, slås fast när man är befinner sig i garantställning.

14. Käll- och litteraturförteckning

I. Tryckta källor

Officiellt tryck

Proposition (prop.1993/94:130)

Statens offentliga utredningar (SOU 1988:7)

Statens offentliga utredningar (SOU 1996:185)

II. Litteratur

Böcker

- | | |
|--|--|
| <i>Andernaes, Johs</i> | Straffbar underlåtelse, et bidrag til straffrettsdogmatiken, Oslo 1942. |
| <i>Agge, Ivar & Thornstedt, Hans</i> | Straffrättens allmänna del, tredje upplagan, Stockholm 1981. |
| <i>Agge, Ivar</i> | Straffrättens allmänna del, föreläsningar, andra häftet, Stockholm 1961. |
| <i>Beckman Nils m.fl.</i> | Kommentar till brottsbalken I, femte upplagan, Stockholm 1982. |
| <i>Beckman Nils m.fl.</i> | Kommentar till brottsbalken II, sjätte upplagan, Göteborg 1997. |
| <i>Hellner, Jan</i> | Skadeståndsrätt, femte upplagan, Stockholm 1995. |
| <i>Holmberg, Carl m.fl.</i> | Kommentar till brottsbalken I, sjätte omarbetade upplagan, Stockholm 1995. |
| <i>Jacobsson, Ulla</i> | ”Vi hade ju haft ihjäl en gubbe”, Mordet i Lindome, Lund 1995. |
| <i>Jareborg, Nils</i> | Brotten första häftet, grundbegrepp brotten mot person, andra upplagan, Lund 1984. |
| <i>Jareborg, Nils</i> | Handling och uppsåt, En undersökning rörande doluslärans underlag, Stockholm 1969. |
| <i>Jareborg, Nils</i> | Straffrättens gärningslära, Stockholm 1995. |
| <i>Peczenik, Alexander</i> | Juridikens teori och metod, Göteborg 1995. |
| <i>Peczenik, Alexander</i> | Rätten och förnuftet, Lund 1986. |
| <i>Strahl, Ivar</i> | Allmän straffrätt i vad angår brotten, Lund 1976. |
| <i>Strahl, Ivar</i> | Straffrätten allmänna del, Uppsala 1973. |
| <i>Örnemark Hansen, Helén</i> | Bidragsbedrägeri, Stockholm 1995 |

Tidningar och tidskrifter

- | | |
|----------------------------|--|
| <i>Thornstedt, Hans</i> | Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955. |
| <i>Putermans, Zalma M.</i> | Om underlåtenhetens straffbarhet, Tidskrift för rettsvetenskap 1994, s 469 ff., Oslo 1994. |
| <i>Edqvist, Björn</i> | Riksdagen och rättssäkerheten, SvJT 1986, s. 374 ff. |

15. Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1939 s311	43
NJA 1940 s270	44
NJA 1943 s552	45
NJA 1946 s712	45
NJA 1947 s467	46
NJA 1970 s463	47
NJA 1973 s141	48
NJA 1973 s504	49
NJA 1979 s129	50
NJA 1980 s454	51
NJA 1984 s323	52
NJA 1987 s187	53
NJA 1987 s655	54
NJA 1989 s552	55
NJA 1991 s163	56
NJA 1997 s368	57
NJA 1998 s617	58

Rättsfall från hovrätterna

SvJT 1968 rf s. 81	58
RH 1981:107	59
RH 1982:73	60
RH 1984:58	60
RH 1987:72	61
Hovrätten för västra Sverige 1991-04-26 B 157/91	20
RH 1992:9	61
RH 1996:38	62
Mål nr B 292-99 Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom DB 4197	63