



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jens Ödman

Att straffbelägga det omöjliga

– Om straffansvar för otjänliga försök enligt 23 kap. 1 § BrB

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Joel Eriksson

VT 2017

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
SUMMARY	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund och syfte	5
1.2 Frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och perspektiv	6
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Material	7
1.7 Distinktioner och terminologiska frågor	8
1.8 Disposition	8
2 RÄTTSHISTORISK BAKGRUND	9
3 GÄLLANDE RÄTTSLÄGE	10
3.1 Försöksbrottet enligt brottsbalken	10
3.2 Faran utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter	12
3.3 Objektiv och subjektiv försöksteori	13
3.4 Otjänliga och tjänliga försök	14
3.5 Otjänliga medel och otjänliga objekt	15
3.5.1 Otjänliga objekt	15
3.5.2 Otjänliga medel	16
4 DOKTRIN	18
4.1 Bedömning enligt Wennberg	18
4.2 Bedömning enligt Strahl	19
4.3 Bedömning enligt Jareborg	20

5	BEDÖMNING I RÄTTSPRAXIS	22
5.1	Tidigare prejudikat	22
5.2	NJA 2003 s. 670	23
5.2.1	Doktrin angående NJA 2003 s. 670	24
5.3	Underrätterna	25
6	AVSLUTANDE ANALYS OCH SYNPUNKTER	27
6.1	Högsta domstolens bedömning av otjänliga försök	27
6.2	Underrätternas bedömning av otjänliga försök	28
6.3	En lagtext utan vägledning	29
6.4	Bedömningen av otjänliga försök i framtiden	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Sammanfattning

Genom att utgå från rättsdogmatisk metod ämnar uppsatsen till att undersöka hur otjänliga försök behandlas i svensk gällande rätt.

Utformningen av försöksbestämmelsen i 23 kap. 1 § första stycket BrB innebär att straffansvar kan inträda vid samtliga försök som innebär fara för brottets fullbordan, men även vissa försök där faran varit utesluten, s.k. *otjänliga försök*. Detta om faran för brottets fullbordan varit utesluten på grund av *tillfälliga omständigheter*. Syftet med lagtextens utformning är att straffansvar ska följa på sådana försök som är värda att tas på allvar. Problematiskt är emellertid att lagtextens utformning inte ger någon vägledning för bedömandet av vad som är att betrakta som tillfälliga omständigheter. I doktrin har olika uppfattningar gjorts gällande angående bedömningen av otjänliga försök. Domstolarna förefaller emellertid inte ha anslutit sig till någon av dessa uppfattningar.

Målsättningen med uppsatsen är att försöka belysa problematiken kring behandlingen av otjänliga försök och bedömningen av huruvida fara för brottets fullbordan varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.

Den bedömning som tillämpats av Högsta domstolen är slutligen inte helt lämplig. Resonemanget som tillämpats kan i teorin leda till en långtgående kriminalisering och tillgodoser inte heller lagtextens krav på att omständigheterna ska ha varit av tillfällig natur. För att tillgodose de principer som gör sig gällande i straffrätten hade det i framtiden varit önskvärt att bedömningen av tillfälliga omständigheter kompletterades med ytterligare en bedömning som tar utgångspunkt i lagtextens krav på att omständigheterna ska ha varit av just tillfällig natur.

Summary

By using legal dogmatic method, this thesis intends to examine the criminal liability of harmless attempted crimes in relation to Chapter 23 Article 1 in the Swedish Penal Code.

The article criminalises all attempts that mean a *danger* that the act would lead to the completion of the crime, but also some attempts where such danger is precluded, namely if such danger is precluded due to *fortuitous circumstances*. According to legislative history, the purpose of this formulation is to penalise attempted crimes that are worth to take seriously. The text of the law does not provide any further guidance of what is to be considered as fortuitous circumstances, which is problematic. Different opinions on the subject have been expressed in doctrine. Although, none of these opinions seem to have been fully embraced by the courts.

The objective of this thesis has been to illustrate the difficulties that are associated with harmless attempted crimes and the assessment of the necessary prerequisite that is the preclusion of the danger due to fortuitous circumstances.

Furthermore, the assessment of the necessary prerequisite used by the supreme court is not to be considered as suitable. The reasoning used by the court could theoretically lead to an extensive criminalisation. Additionally, it is uncertain whether the reasoning is in accordance with the text of the law. For the assessment to be in accordance with the principles of Swedish penal law, it would be adequate that the current assessment of the necessary prerequisite is complemented with an additional assessment, which takes its starting point in the text of the law and the fact that the circumstances are to be of fortuitous nature.

Förord

Med dessa ord avrundas den sjätte terminen på juristprogrammet. Ett ytterligare kliv på den långa vägen mot en jur. kand. når härmed mark. Inledningsvis vill jag rikta ett stort tack till min handledare Joel Eriksson för att ha bidragit med värdefulla synpunkter under arbetets gång.

Vidare vill jag rikta ett tack till min storasyster som tagit en paus i sin annars hektiska vardag för att korrekturläsa denna uppsats.

Avslutningsvis, ett stort tack till mina föräldrar för allting ni gör. Denna uppsats, även om den för er framstår som något ointressant, dedikeras till Er.

Lund, maj 2017

Förkortningar

BrB

Brottskatalog

HD

NJA

Prop.

RH

SL

SOU

SvJT

Brottsbalken

Brottsbeskrivningar i brottsbalken

Högsta domstolen

Nytt juridiskt arkiv

Proposition

Rättsfall från hovrätterna

1864 års strafflag

Statens offentliga utredningar

Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Det förekommer att brott inte fullbordas. Under vissa i lagen angivna förutsättningar går det då att tala om *försöksbrott*. I NJA 2003 s. 670 avlossade en man ett pistolskott mot en dörr i vetskapen om att det befann sig människor utanför dörren. Skottet kunde emellertid inte genomborra dörren, som var en säkerhetsdörr. Fara för brottets fullbordning var således utesluten. Mannen dömdes för försök till dråp. Som huvudregel krävs fara för brottets fullbordning för att straffansvar ska inträda. Anledningen till att mannen i fallet kunde dömas är att den allmänna försöksbestämmelsen i 23 kap. 1 § första stycket brottsbalken, BrB, lämnar visst utrymme för att bestraffa sådana försök där faran för brottets fullbordning är utesluten, s.k. *otjänliga försök*. Detta gäller om faran är utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Vid en första anblick kan formuleringen låta okomplicerad. Lagtexten tillhandahåller emellertid inte någon tydlig anvisning av vad som är att betrakta som tillfälliga omständigheter, varför bedömningen riskerar göras på ett sätt som inte uppenbart har stöd i lagtexten.

Syftet med uppsatsen är att med utgångspunkt i lag, praxis, doktrin och offentligt tryck utreda hur otjänliga försök behandlas i svensk gällande rätt. Utöver att utreda gällande rätt syftar uppsatsen till att belysa de svårigheter som är förenade med bedömningen av otjänliga försök.

1.2 Frågeställningar

De frågeställningar som uppsatsen ämnar till att besvara är huruvida det råder enighet i praxis och doktrin beträffande vad som i lagens mening ska betraktas som tillfälliga omständigheter. Vidare kommer den rättspraxis som finns på området att undersökas i syfte att utröna huruvida denna kan

betraktas som konsekvent. Slutligen ska besvaras huruvida bedömningen av otjänliga försök i rättspraxis ur ett straffrättsligt perspektiv är att betrakta som lämplig och hur otjänliga försök i framtiden bör behandlas.

1.3 Avgränsningar

För att straffansvar ska inträda vid försöksbrott krävs att ett antal rekvisit är uppfyllda. Uppsatsen syftar emellertid till att belysa en mycket avgränsad del av försöksbrottet, nämligen otjänliga försök och vad som avses med att faran är utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Samtliga rekvisit kommer därför inte behandlas inom ramen för denna uppsats. Det är icke desto mindre nödvändigt att läsaren besitter i vart fall grundläggande kunskap om samtliga rekvisit i den allmänna försöksbestämmelsen, varför dessa i korthet kommer att nämnas. 23 kap. 1 § andra stycket BrB kommer inte heller att diskuteras.

1.4 Metod och perspektiv

För att tillgodose syftet och frågeställningarna kommer utgångspunkt att tas i rättsdogmatisk metod. Metoden innebär i korthet att utifrån ett rättsligt problem söka svar i de juridiska källorna, för att utröna vad gällande rätt är. Med gällande rätt som utgångspunkt kommer en analys att föras i syfte att problematisera denna.¹

Gällande rätt kommer att diskuteras ur ett rättsutvecklingsperspektiv. Detta innebär att uppsatsen ämnar till att försöka belysa och diskutera tendenser i rättsutvecklingen. Utrymme har även lämnats åt att diskutera vad rätten (i framtiden) *borde* vara.

¹ Korling & Zamboni, Rättsdogmatisk metod s. 21.

1.5 Forskningsläge

Det har gjorts gällande olika uppfattningar i doktrin om hur bedömningen av vad som ska betraktas som tillfälliga omständigheter i lagens mening ska göras. Framträdande på området är framförallt Jareborg och Wennberg som har behandlat otjänliga försök och bedömningen av tillfälliga omständigheter. Vidare har det i doktrin förts fram åsikter av både Asp och Victor, främst kring det senaste rättsfallet NJA 2003 s. 670. Dessa åsikter kommer också att lyftas.

1.6 Material

Givet val av metod kommer stor del av materialet följaktligen att utgöras av lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin. Det finns få moderna författare som ägnat frågan någon större uppmärksamhet. Ett undantag i detta avseende är emellertid Suzanne Wennberg som bidragit med omfattande material, inte minst i hennes bok *Försök till brott* där hon för ett omfattande resonemang kring bedömningen av otjänliga försök. Hennes verk har använts både som informationskälla och inspiration till denna uppsats.

Vad gäller senare rättsfall som behandlar otjänliga försök finns inte alltför många från högsta instans. Vissa avgöranden har också, i vart fall till viss del, förlorat sin betydelse. Dessa har således inte ägnats någon uppmärksamhet. För att belysa gällande rätt har jag försökt att använda så nya avgöranden som möjligt. I något fall förekommer äldre rättsfall, men dessa har använts snarare för att exemplifiera begreppsbyggnader än för att beskriva gällande rätt. Fokus har legat på avgöranden från högsta instans, men även avgöranden från underrätterna har lyfts i syfte att belysa gällande rätt. Ett rättsfall som ägnats stor uppmärksamhet är NJA 2003 s. 670. Detta beror i sin tur på att det är det senaste avgörandet från HD som behandlar bedömningen av otjänliga försök.

1.7 Distinktioner och terminologiska frågor

Med tjänliga försök avses försök där konkret fara förelegat vid försökspunktens inträde. Ett otjänligt försök föreligger när konkret fara varit utesluten vid försökspunktens inträde.

I den fortsatta framställningen har jag valt att använda beteckningen ”gärningsperson” istället för den traditionella beteckningen ”gärningsman”. Detta av den enkla anledningen att termen ”gärningsperson” är könsneutral. ”Han” och ”hon” förekommer i den fortsatta framställningen, i dessa fall har det i de specifika fallen rört sig om en ”han” respektive en ”hon”.

1.8 Disposition

Inledningsvis kommer den rättshistoriska utvecklingen och tillkomsten av dagens allmänna försöksbestämmelse i 23 kap. 1 § första stycket BrB i korthet att beskrivas. Vidare följer ett kapitel som övergripande behandlar gällande rättsläge. Där kommer att redogöras för samtliga rekvisit i den allmänna försöksbestämmelsen. Uppsatsens fokus är som ovan nämnt på otjänliga försök och rekvisitet faran utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter, vilket kommer att diskuteras i ett eget delkapitel. I slutet av kapitlet kommer distinktionen av tjänliga och otjänliga försök beskrivas samt begreppen otjänliga objekt och otjänliga medel.

I senare kapitel kommer illustreras hur rekvisitet diskuterats i doktrin och hur bedömningen av rekvisitet skett i praxis. I det avslutande kapitlet kommer frågeställningarna försöka besvaras tillsammans med övriga synpunkter som jag ansett vara av väsentlig betydelse för att tillgodose uppsatsens syfte.

2 Rättshistorisk bakgrund

Utformningen av dagens allmänna försöksbestämmelse härstammar från 1937. Detta var året då de försökssakkunniga påbörjade sitt arbete med att reformera lagstiftningen avseende försök till brott. Arbetet resulterade år 1940 i ett betänkande.² I betänkandet föreslogs att straffansvar borde följa på tjänliga försök och sådana otjänliga försök där fara för brottets fullbordan var utesluten enbart på grund av tillfälliga omständigheter, vilket är samma formulering som återfinns i dagens bestämmelse. Det råder emellertid tveksamhet om de försökssakkunniga ansåg att bedömningen av frågan huruvida fara var utesluten på grund av tillfälliga omständigheter skulle göras på objektiv grund eller från gärningspersonens synpunkt.³ Förslaget i betänkandet kom att införas i 1864 års strafflag, SL, genom 1942 års strafflagsreform.⁴

Innan tillkomsten av SL bestraffades försöksbrott genom särskilda materiella försöksbestämmelser.⁵ Fram till 1942 fanns alltså ingen allmän försöksbestämmelse. Sedan tillkomsten av denna har lagen i stort sett hållit sig oförändrad fram till dagens allmänna försöksbestämmelse i 23 kap. 1 § BrB.⁶

² SOU 1940:19.

³ SOU 1996:185 del II s. 207.

⁴ SOU 1940:19 och prop. 1942:4.

⁵ SOU 1996:185 del II s. 203f.

⁶ Strafflagsrevisionen år 1948 (prop. 1948:80) och tillkomsten av BrB 1962 (prop. 1962:10) innebar ingen saklig förändring av den allmänna försöksbestämmelsen.

3 Gällande rättsläge

De rekvisit som måste uppfyllas för straffansvar enligt den allmänna försöksbestämmelsen kommer i följande kapitel beröras i korthet. Vidare kommer två försöksteorier som påverkat utformningen av den allmänna försöksbestämmelsen beskrivas. Slutligen kommer redogöras för otjänliga försök och hur dessa kan ta sig till uttryck.

3.1 Försöksbrottet enligt brottsbalken

Den allmänna försöksbestämmelsen i 23 kap. 1 § första stycket BrB lyder:
Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet, såframt fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten.

En första förutsättning för ansvar är att gärningspersonen har *uppsåt* att begå brott. Uppsåtskravet vid försök har karaktären av överskjutande uppsåt. Med överskjutande uppsåt avses att det på den objektiva sidan saknas något. På den subjektiva sidan krävs emellertid samma uppsåt som skulle krävas vid fullbordan av brottet i fråga.⁷ Uppsåtskravet kommer inte till uttryck i 23 kap. 1 § BrB, men kan indirekt anses följa av kravet på att gärningspersonen ska ha påbörjat utförandet av ett brott.⁸

Vidare ska personen ha nått den s.k. *försökspunkten*. Av detta följer att försöket ska ha övergått från förberedelse till verkställighet. Med försökspunkten avses den tidigaste tidpunkt då gärningspersonen kan sägas ha påbörjat utförandet av brottet. För att placera försökspunkten måste utgångspunkt tas i den aktuella brottsbeskrivningen. Avgörande är hur handlingsrekvisitet formuleras i bestämmelsen.⁹

⁷ Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten s. 41.

⁸ Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättens grunder s. 399.

⁹ Wennberg, Introduktion till straffrätten s. 73.

Av paragrafen framgår vidare att det endast kan dömas till försök när brottet *inte är att betrakta som fullbordat*. För att ta reda på när brottet *inte* är fullbordat krävs att vetskap finns kring när brottet är att betraktas som fullbordat, brottstypens s.k. fullbordanspunkt. Vad som är att betrakta som ett fullbordat och således också ett icke-fullbordat brott framgår av vad som föreskrivs för varje enskild brottstyp.¹⁰

Försöksansvar för det specifika brottet ska dessutom vara *särskilt föreskrivet*. Dessa särskilda stadganden återfinns dels i slutet av de olika kapitlen i brottsbalkens brottskatalog, dels i bestämmelser i annan lagstiftning. Det ovan sagda innebär att paragrafen äger tillämplighet även vad gäller specialstraffrätten om ett särskilt stadgande finns där.

Utöver de tidigare nämnda rekvisiten krävs slutligen att försöksgärningen har inneburit *fara för brottets fullbordan*, alternativt att fara endast på grund av *tillfälliga omständigheter varit utesluten*. Det går alltså att utvärdera två alternativa farerekvisit, det senare farerekvisitet kommer att behandlas ingående i nästa kapitel. Den fara som avses i bestämmelsen är konkret fara.¹¹

Bedömningen av huruvida fara för brottets fullbordan föreligger eller inte ska göras vid tidpunkten för försökspunktens inträde. Detta innebär dock inte att kunskaper som i efterhand kan inhämtas får beaktas.

Farebedömningen ska följaktligen baseras på all den i efterhand erhållna kunskapen om omständigheterna vid försöket såsom dessa var vid försökspunktens inträde.¹²

¹⁰ Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättens grunder s. 406.

¹¹ Ibid. s. 407.

¹² Wennberg, Straffansvar s. 144.

3.2 Faran utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter

Genom att ställa upp en tilläggsbestämmelse eller ett ”undantagsrekvisit”¹³ som föreskriver att straffansvar ska följa på försök där fara varit utesluten enbart på grund av tillfälliga omständigheter har lagstiftaren försökt komma till rätta med problemet med huruvida ansvar bör följa på så kallade *otjänliga försök*.¹⁴

Syftet med lagtextens utformning är enligt förarbetena att bestraffning ska följa på försök som är värda att tas på allvar. Departementschefen anförde i förarbetena att ett borttagande av samtliga otjänliga försök från det straffbara området i alltför stor utsträckning skulle leda till ansvarsfrihet, vilket inte betraktades som önskvärt. Istället menade departementschefen att avgränsningen mot det straffria området borde göras på annat sätt, nämligen att ansvar skulle inträda för försök där de omständigheter som föranlett misslyckandet, ur ett normalt bedömande från gärningspersonens synpunkt, var att betrakta som tillfälliga. Ansvar skulle dock inte inträda för försök där brottsplanen innehöll en djupgående brist.¹⁵

Från lagstiftarens håll har det ansetts som svårt att tydligt definiera vad som avses med att faran varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Att ange på vilka huvudsakliga grunder bedömandet ska ske har följaktligen överlämnats åt rättstillämpningen.¹⁶

¹³ SOU 1996:185 del II s. 193.

¹⁴ Se nedan under kap 3.4.

¹⁵ Prop. 1942:4 s. 61.

¹⁶ Ibid. s. 61.

3.3 Objektiv och subjektiv försöksteori

Teorierna illustrerar två olika moralfilosofiska grunder för försökets straffbarhet, dels den i handlingen objektiva faran och dels den i gärningspersonens brottsliga (subjektiva) vilja.¹⁷ Båda teorierna har påverkat utformningen av den svenska försöksbestämmelsen och ämnar till att försöka besvara frågan hur användandet av straff vid försöksbrott kan rättfärdigas. I förarbetena uttalades att straffbarheten för otjänliga försök i hög grad är beroende av vilken teori som väljs att ta ledning av.¹⁸

En renodlad subjektiv försöksteori tar uteslutande sikte på gärningspersonens brottsliga vilja. Samtliga otjänliga försök hade enligt en sådan teori därför kunnat straffas. Emellertid hade inte ansvarsfrihet för en person som gör någonting olagligt i tron om att denne gör någonting lagligt kunnat motiveras. Om det enbart för straffbarhet krävdes att gärningspersonen uttryckte sin vilja att begå brott genom en handling, borde vilken handling som helst godtas. Detta hade i förlängningen potentiellt kunnat medföra ett närmande av kriminalisering av tankar.¹⁹

Av en renodlad objektiv försöklära följer i kontrast att otjänliga försök inte hade kunnat bestraffas eftersom sådana försök inte innebär någon fara för brottets fullbordan. Annorlunda uttryckt följer av den objektiva försöksteorin ett krav på att försöket varit tjänligt. Utgångspunkt tas alltså i det befarade brottet, oberoende av gärningspersonens vilja.

Den svenska försökläran vilar i huvudsak på objektiv grund. Istället för att anamma en renodlad subjektiv eller objektiv försöksteori har lagstiftaren sökt bestraffa vissa otjänliga försök genom att till viss del tillämpa en subjektiv försöksteori. Detta genom att uppställa krav på att faran för brottets fullbordan i vissa fall inte behöver föreligga för straffansvar, om faran för brottets fullbordan är utesluten endast på grund av tillfälliga

¹⁷ Wennberg, Försök till brott s. 108.

¹⁸ SOU 1940:19 s. 45.

¹⁹ Wennberg, Försök till brott s. 108.

omständigheter. Syftet med att uppställa detta rekvisit har varit att urskilja de försök som är värda att tas på allvar.²⁰

3.4 Otjänliga och tjänliga försök

Otjänliga försök kännetecknas av att konkret fara varit uteslutet vid försökspunktens inträde. Tjänliga försök å andra sidan kännetecknas av att det vid försökspunktens inträde förelegat konkret fara för brottets fullbordan. Samtliga tjänliga försök är straffbara.²¹ Vid bedömandet av huruvida ett försök är otjänligt eller tjänligt finns således två alternativ. Om det står klart att brottet inte skulle komma att fullbordas, föreligger ett otjänligt försök. Föreligger det istället osäkerhet i frågan, och således fara för fullbordat brott, föreligger ett tjänligt försök.²²

I doktrin har de straffbara otjänliga försöken beskrivits som brott där *abstrakt fara* för brottets fullbordan förelegat vid försökspunktens inträde. Gällande rätt kan därför också beskrivas som att bestraffning sker av alla försök i vilka det förelegat konkret fara för brottets fullbordan, det vill säga alla tjänliga försök, samt sådana otjänliga försök som uttrycker en abstrakt fara.²³ Det farebegrepp som avses i bestämmelsen är emellertid konkret fara. För att inte komplicera begreppsbildningen ytterligare räcker det därför att fortsättningsvis tala om fall där fara för brottets fullbordan förelegat (tjänliga försök) eller fall där fara *inte* förelegat (otjänliga försök). Ordet ”fara” kommer således i den fortsatta framställningen att behandlas som synonymt med ”konkret fara”.

²⁰ SOU 1995:185 del I s. 257.

²¹ Berggren m.fl., Brottsbalken (20 april 2017, Zeteo), kommentaren till 23 kap. 1 §.

²² Wennberg, Försök till brott s. 207.

²³ Ibid. s. 205.

3.5 Otjänliga medel och otjänliga objekt

I förarbetena sades att den tillfällighet som lagen föreskriver kan bestå i en förväxling av medel eller objekt eller i en avvikelse i fråga om medlets eller objektets beskaffenhet från det sedvanligen föreliggande.²⁴

Ett otjänligt försök kan följaktligen gestalta sig på två olika sätt: antingen på grund av att medlet som sådant är otjänligt, alternativt att försöket riktar sig mot ett objekt som sådant är otjänligt. De rättsfall som kommer att lyftas i detta kapitel syftar till att exemplifiera otjänliga medel och otjänliga objekt.²⁵

3.5.1 Otjänliga objekt

Med otjänliga objekt avses att objektet enligt brottsplanen inte existerar eller är otillgängligt. Att gärningspersonen inte inser att objektet inte existerar eller är otillgängligt har ingen betydelse.²⁶ Att i en folksamling försöka stjäla ur en ficka som råkar vara tom utgör ett skolexempel på otjänligt angreppsobjekt och ett straffbart otjänligt försök.²⁷

I NJA 1979 C 72, åtal s. 14 åtalades två personer för försök till stöld då de hade berett sig tillträde till en sedelautomat vid en bensinstation.

Sedelkassetten hade dock nyligen tömts, varför det inte fanns några sedlar att stjäla. Att sedelautomaten inte innehöll några pengar var en tillfällig omständighet som uteslöt fara för fullbordat brott, eftersom att en sedelautomat normalt sett innehåller sedlar. Ett straffbart otjänligt försök förelåg således och de två personerna dömdes för försök till stöld.²⁸

I NJA 1985 s. 544 hade två personer försökt stjäla två värdefulla väskor ur en bil tillhörande en köpman. De tilltalade hade dock varit övervakade ett tag och personen som ägde bilen och väskorna hade blivit tipsad av polisen

²⁴ SOU 1940:19 s. 49.

²⁵ Om bedömningen av tillfälliga omständigheter, se nedan under kap. 4–5.

²⁶ Wennberg, Försök till brott s. 221.

²⁷ Prop. 1942:4 s. 61.

²⁸ Wennberg, Försök till brott s. 222.

att placera tomma väskor i bilen. I domskälen konstaterade HD att det ur de tilltalades synpunkt måste betraktats som en tillfällighet att polisen upptäckte de båda förövarna och således kunde tipsa ägaren. Likväl menade HD att det ur de tilltalades synpunkt var en tillfällighet att polisen medverkade så att (den iscensatta) situationen uppstod. De tilltalade dömdes för försök till grov stöld.

I RH 2015:47 hade två män försökt stjäla en bil enbart med hjälp av skruvmejsel och tång. Bilen var dock försedd med en elektronisk startspärr, för att programmera sig förbi denna krävdes datautrustning eller nyckel till bilen. Någon fara för brottets fullbordan förelåg alltså inte. Att bilen var utrustad med elektronisk startspärr ansågs av hovrätten vara en tillfällig omständighet eftersom att det ännu inte ansågs vara ovanligt med bilar som kunde tillgripas på ett ”traditionellt sätt”. De båda männen dömdes för försök till tillgrepp av fortskaffningsmedel.

3.5.2 Otjänliga medel

Med otjänliga medel avses det valda tillvägagångssättet i största allmänhet, inte enbart det fysiska hjälpmedlet eller redskapet som sådant. Otjänliga medel föreligger om brottet inte kan fullbordas med hjälp av det valda tillvägagångssättet. Vissa brott kräver inga fysiska redskap alls, exempelvis bedrägeri, utpressning och smuggling. Otjänliga medel kan likväl föreligga. Att tillvägagångssättet inte varit framgångsrikt innebär inte nödvändigtvis att försöket utförts med otjänliga medel.²⁹

NJA 1990 s. 354 illustrerar ett straffbart försök med otjänliga medel. Den tilltalade försökte ta med sig en pistol till häktet i Göteborg för att överlämna denna till sin pojkvän så att han genom hot skulle kunna fly. Försökspunkten uppnåddes i och med att hon anmälde sin ankomst till häktet. Den tilltalade släpptes emellertid aldrig in då åklagaren efter anonymt tips dagen innan beslutat att pojkvännen inte skulle få ta emot besök, samt beslutat att den tilltalade skulle kroppsvisiteras och tas in på

²⁹ Wennberg, Försök till brott s. 230.

förhör. Faran var utesluten vid försökspunktens inträde och ett otjänligt försök förelåg. HD ansåg att farans uteslutande berodde på tillfälliga omständigheter, personen dömdes därför för försök till främjande av flykt.

I NJA 2003 s. 670 åtalades en person för mord på den grund att han i en lägenhet avlossat ett skott mot lägenhetens ytterdörr, som var en säkerhetsdörr, medveten om att personer befann sig utanför dörren. Skottet som personen avlossade hade med den aktuella ammunitionen inte kunnat gå igenom säkerhetsdörren, fara för brottets fullbordan var utesluten och således förelåg ett otjänligt försök. HD ansåg emellertid att dörrens beskaffenhet i kombination med vapnets ammunition utgjorde tillfälliga omständigheter och dömde den tilltalade för försök till dråp.³⁰

³⁰ NJA 2003 s. 670 redogörs för ytterligare i kap. 5.

4 Doktrin

I detta kapitel kommer att redogöras för diskussionen kring de otjänliga försökens straffbarhet i doktrin, mer specifikt av Wennberg, Jareborg och Strahl. Urvalet av författare har skett på grundval av att det är dessa tre som HD hänvisade till i sitt senaste avgörande som rör otjänliga försök.³¹

4.1 Bedömning enligt Wennberg

Utgångspunkten för bedömningen ska vara ett normalt bedömande från gärningspersonens synpunkt. Det innebär att bedömningen inte görs av gärningspersonen själv, utan från dennes synpunkt. Detta innebär enligt Wennberg att vikt inte ska fästas vid gärningspersonens tro på försökets genomförbarhet. Enligt Wennberg ska istället avseende fästas vid gärningspersonens perspektiv genom att ifrågasätta vilka *handlingsalternativ* gärningspersonen haft, och om gärningspersonen i sådana fall *råkat* välja ett otjänligt sådant. Annorlunda uttryckt ska faran anses utesluten på grund av tillfälliga omständigheter om det med hänsyn till tid och rum varit nära att fara förelegat. Genom att hypotetiskt pröva vilken inverkan förändringar i *tid och rum* hade haft på angreppet kan enligt Wennberg utrönas huruvida det förelegat andra tjänliga närliggande handlingsalternativ. Har tjänliga handlingsalternativ varit tillgängliga och gärningspersonen råkat välja ett otjänligt sådant, kan slutsatsen dras att tillfälliga omständigheter förelegat.³²

Om försöket riktar sig mot ett *obestämt objekt* som inte existerar, är faran att betrakta som utesluten om gärningspersonen lika gärna kunde ha valt ett tjänligt objekt. Riktar sig försöket istället mot ett *bestämt objekt* som existerar men som är *otillgängligt* för gärningspersonen blir bedömningen lite knepigare. Wennberg illustrerar genom ett exempel.

³¹ NJA 2003 s. 670.

³² Wennberg, Försök till brott s. 212.

En person gör inbrott i en våning för att stjäla en viss familjs matsilver som denne vet brukar finnas där. Det visar sig emellertid att familjen alltid deponerar matsilvret i ett bankfack när de är på semester, varför gärningspersonen inte kommer över något matsilver. Om gärningspersonen medvetet och aktivt valt att bryta sig in då familjen var på semester, kan denne inte sägas ha *råkat* välja en tidpunkt då fara för fullbordat stöldbrott varit utesluten. Om gärningspersonen emellertid är omedveten om att familjen är på semester och väljer att göra inbrott vid denna tidpunkt, kan möjligen sägas att denne ur sin synpunkt *råkade* välja fel tidpunkt, och att faran endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten. I första situationen bör rimligen gärningspersonen således gå fri, i andra situationen bör dock straffansvar följa.³³

Om det rör sig om *otjänliga medel* tillämpas ett liknande resonemang som ovan, enligt Wennberg. Om gärningspersonen haft möjlighet att välja ett tjänligt medel, men istället *råkar* välja ett otjänligt sådant är faran att betrakta som utesluten av en tillfällighet.³⁴

Wennbergs teori är omfattande och detaljerad. Som illustreras i hennes exempel ovan finns emellertid vissa brister då båda försöken torde uppfattas som straffvärda. Wennberg menar slutligen att hennes teori har stöd i ett antal senare avgöranden.³⁵

4.2 Bedömning enligt Strahl

Strahl menar att skiljelinjen mellan straffvärda och icke straffvärda försök är avhängig handlingens farlighet.³⁶ Vad som utgör tillfälliga omständigheter är i sin tur beroende av brottsplanens beskaffenhet. Strahl menar också att

³³ Wennberg, Försök till brott s. 214.

³⁴ Se exemplet ovan under kap. 3.7.

³⁵ Wennberg, Försök till brott s. 213., Wennberg hänvisar till NJA 1985 s. 544, NJA 1990 s. 354 och NJA 1992 s. 679.

³⁶ Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten s. 220.

svaret på frågan om straffbart försök föreligger kan nås genom att rådfråga gängse uppfattning om försöks straffvärdhet.³⁷

Strahl beskriver undantagsrekvisitets tillämpning med exemplet att om någon ger annan person krita i tro att detta ämne är dödande, kan denne gå fri. Om gärningspersonen emellertid har för avsikt att ge offret arsenik, men råkar förväxla två burkar med vitt pulver så att han av misstag ger krita, torde han inte gå fri eftersom att det i detta senare fall endast berott på tillfälliga omständigheter att fara var utesluten.³⁸ I första fallet förelåg en väsentlig brist i brottsplanen, det senare försöket är emellertid värt att tas på allvar eftersom fara för brottets fullbordning var utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.³⁹

Strahls bedömning ger ingen tydlig vägledning av hur bedömandet faktiskt ska ske. Teorin baseras i huvudsak på det som uttalades i förarbetena. Det går av denna anledning att ifrågasätta om det över huvud taget är att betrakta som en egen teori. I fortsättningen kommer därför Strahls bedömning behandlas som synonymt med de uttalanden som gjordes i förarbetena.

4.3 Bedömning enligt Jareborg

Enligt Jareborg krävs att det vid en objektiv bedömning utifrån gärningspersonens position skall framstå som *plausibelt* att dennes uppsåt kommer att förverkligas. Ytterligare krävs enligt Jareborg någon slags risktagande av gärningspersonen. Jareborg menar också, till skillnad från Strahl, att det inte är fråga om att bedöma en gärnings farlighet, utan snarare om att bedöma ett uppsåts grad av rationalitet.⁴⁰ Vidare menar Jareborg att det är poänglöst att tala om att bestraffa försök som är värda att tas på allvar,

³⁷ Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten s. 222.

³⁸ Se SOU 1940:19 s. 49 där samma exempel angavs.

³⁹ Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten s. 221.

⁴⁰ Jfr SOU 1940:19 s. 21f. där gärningens farlighet framhölls som en avgörande faktor.

då detta inte ger någon vägledning för bedömandet. Jareborg menar slutligen att hans begreppsbildning vinner visst stöd i förarbetena.⁴¹

Sammanfattningsvis kan sägas att Jareborgs teori baseras i huvudsak på samma tankegångar som förarbetena. Undantaget är att Jareborg talar om en ”objektiv bedömning” istället för ett ”normalt bedömande” samt att Jareborg tillmäter uppsåtets grad av rationalitet betydelse istället för gärningens farlighet. I kontrast till Wennberg tycks Jareborg också tillmäta vikt vid gärningspersonens tro på försökets genomförbarhet.

Wennberg har kritiserat Jareborgs teori och lyft frågan *vad* det är som ska bli föremål för den objektiva bedömningen (ur gärningspersonens position) som Jareborg förespråkar. Vidare menar hon att slutsatsen av en sådan bedömning är helt beroende av hur de omständigheter som gör försöket otjänligt hanteras och vilka omständigheter som vägs in i bedömningen.⁴²

⁴¹ Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 387f.

⁴² Wennberg, Försök till brott s. 217.

5 Bedömning i rättspraxis

Det finns få rättsfall från högsta instans från senare tid som behandlar problematiken, de som är av betydelse kommer att diskuteras nedan.

5.1 Tidigare prejudikat

I NJA 1992 s. 679, som gällde otjänliga objekt, åtalades tre italienska medborgare för försök till grovt narkotikabrott. Detta då de hade tagit sig från Italien till Stockholm i bilar med dolda förvaringsutrymmen för narkotika. Tanken var att de i Stockholm skulle omhänderta ett parti kokain för att sedan transportera detta vidare ut ur Sverige. Kokainpartiet i fråga hade dock beslagtogs av tullpersonal i Göteborg, dit det levererats i russinlådor på beställning av en chilensk medborgare. Tullpersonalen lät emellertid russinkartongerna transporteras vidare till Stockholm. När de tre italienarna anlände till Stockholm låg russinkartongerna (som då inte innehöll något kokain) upplagda på ett lager. Försökspunkten placerade HD vid den tidpunkt då de tre männen anlät till Stockholm och ringt den chilenska medborgaren. De tre gärningspersonerna var alltså vid försökspunktens inträde långt ifrån narkotikan (som vid tidpunkten var beslagtagen). HD menade att myndigheternas ingripanden ur de tilltalades synpunkt berott på tillfälliga omständigheter.⁴³ De tilltalade dömdes för försök till grovt narkotikabrott. I rättsfallet återgick HD till synsättet att det är möjligt att påbörja utförandet av någonting som omöjligt kan inträffa.⁴⁴

⁴³ I domskälen hänvisades till NJA 1985 s. 544 och 1990 s. 354, i fallet berodde de tillfälliga omständigheterna också på myndighetsingripanden. HD:s resonemang i NJA 1992 s. 679 är samma som resonemangen i de två förstnämnda fallen. Således framstod det inte som nödvändigt att också redogöra för dessa. För en översiktlig redogörelse av NJA 1985 s. 544 och NJA 1990 s. 354 se kap. 3.5.1 respektive 3.5.2.

⁴⁴ Jämför NJA 1989. s. 456 där HD framförde en annorlunda argumentationsmodell.

5.2 NJA 2003 s. 670

Det senaste rättsfallet från HD som behandlar otjänliga försök, mer specifikt otjänliga medel, är NJA 2003 s. 670, vilket lyfts tidigare i uppsatsen. En person åtalades för försök till mord då han inifrån en lägenhet försökte avlossa ett skott mot lägenhetens ytterdörr med vetskap om att det befann sig människor utanför dörren. Eftersom att dörren var en säkerhetsdörr förelåg inte fara för brottets fullbordan, frågan var istället om denna fara kunde anses vara utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Avgörande för bedömningen var om ammunitionens styrka i förening med säkerhetsdörrens konstruktion utgjorde en tillfällig omständighet. Den tilltalade medgav att han kände till att det var en säkerhetsdörr, han hade dock ingen närmare kännedom om dörrens motståndskraft. HD menade att det vid en objektiv bedömning från den tilltalades utgångspunkt måste ansetts vara antagligt att skottet skulle gå igenom dörren. Brottplanen ansågs således vara värd att ta på allvar. Gärningen var också av farlig beskaffenhet. Att fara för brottets fullbordan inte förelåg ansågs bero på tillfälliga omständigheter, ett straffbart otjänligt försök förelåg därför. HD dömde den tilltalade för försök till dråp.

HD anförde också att omständigheterna i fallet skiljde sig från tidigare avgöranden på så sätt att det i det aktuella fallet redan från början stod klart att avsikten att skjuta genom dörren inte skulle kunna förverkligas.⁴⁵ Dock menade HD att det var svårt att motivera en principiell skillnad mellan fall där faran uteslutits på grund av en tillfällighet innan brottet påbörjades och ett fall där det förelegat ett mer beständigt hinder för brottets fullbordan, om det i båda fallen var fråga om omständigheter som ur gärningspersonens synpunkt var att betrakta som tillfälliga. HD lyfte också det faktum att det gjorts gällande olika uppfattningar i doktrin. I domskälen uttalade HD att det var tveksamt om Wennbergs teori ligger i linje med HD:s senare avgöranden.

⁴⁵ Det framgår i domskälen att HD menar att fallet skiljer sig från NJA 1985 s. 544, NJA 1990 s. 354 och 1992 s. 679.

Påståendet har dock förklarats som felaktigt av Wennberg, som menar att HD i senare avgöranden nått sina slutsatser genom att hypotetiskt pröva förändringar i tid och rum.⁴⁶

5.2.1 Doktrin angående NJA 2003 s. 670

Då NJA 2003 s. 670 är det senaste rättsfallet från HD och skiljer sig från tidigare avgöranden finns här anledning att belysa de kommentarer kring domen som gjorts gällande i doktrin.

Wennberg har kommenterat HD:s sätt att resonera i domen. Hon menar att HD i domen hypotetiskt prövar försöket utfört under något förändrade *förhållanden* och att HD således gått längre än tidigare avgöranden där domstolen endast prövat hypotetiska förändringar i *tid och rum*. Anledningen till detta är att HD uppfattat försöket som straffvärt, samtidigt som HD inte med framgång kunde testa vad förändringar i tid och rum skulle ha inneburit. Dörren skulle oberoende av tid och rum inte kunnat genomborras av skottet. Wennberg ställer sig också frågande till vad frågan som hade hänt om denna bedömning tillämpats på andra situationer. Att hypotetiskt pröva försök utfört under ändrade förhållanden hade i teorin kunnat få långtgående konsekvenser då utrymmet för vad som kan betraktas som tillfälliga omständigheter skulle kunna vidgas.⁴⁷

Asp menar att fallet visar på svårigheterna att finna ett slags test avseende frågan om faran är utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Han menar dock att en objektiv bedömning från gärningspersonens synpunkt bör vara en god utgångspunkt.⁴⁸

⁴⁶ Wennberg, Försök till brott s. 213., Wennberg hänvisar till NJA 1985 s. 544, NJA 1990 s. 354 och NJA 1992 s. 679.

⁴⁷ Wennberg, Försök till brott s. 231f.

⁴⁸ Asp, Svensk rättspraxis s. 915.

Asp uppmärksammar emellertid också problemen med en sådan bedömning. I första hand menar han att bedömningen är otillräcklig av den anledningen att viss otjänlighet kan vara ”osynlig”.⁴⁹ Asp har sannolikt tagit intryck av Jareborg som tidigare också understrukt att det finns brister med testet i form av att sådana försök som innebär ”osynlig” otjänlighet kan komma att betraktas som straffbara.⁵⁰ Vad som avses härom är exempelvis att ett straffbart försök hade förelegat där någon försöker ha sex med en person i tron om att denna är underårig, men som inte är det.⁵¹ I *egentlig mening* föreligger alltså inte tillfälliga omständigheter, men ur gärningspersonens synpunkt kan det ändå framstå som möjligt att fullborda brottet, varför det (ur gärningspersonens synpunkt) går att betrakta faran som utesluten av tillfälliga omständigheter. Asp anser följaktligen att bedömningen bör kompletteras med en bedömning som tar sikte på lagtextens krav på att omständigheterna ska ha varit tillfälliga, vilket leder tillbaka till en bedömning kring tjänliga handlingsalternativ.⁵²

Victor menar att 2003 års fall är att betrakta som ett steg mot en mer subjektivt präglad försökslära, även om HD:s försökskonception fortfarande får anses vara svår att överblicka.⁵³

5.3 Underrätterna

Det är svårt att dra generella slutsatser utifrån underrätternas avgöranden. I vissa avgöranden förefaller den fortsatta utgångspunkten vara att bedömningen ska ske från gärningspersonens synpunkt, vilket är det resonemang som HD konsekvent använt sig av.⁵⁴ Det finns emellertid också

⁴⁹ Asp, Svensk rättspraxis s. 915.

⁵⁰ Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 388.

⁵¹ Asp, Svensk rättspraxis s. 915 & Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 388.

⁵² Asp, Svensk rättspraxis s. 915.

⁵³ Victor, HD om otjänliga försök s. 101.

⁵⁴ Se exempelvis Göta hovrätt, mål B 2289–12, dom 2012-10-15, Svea hovrätt, mål B 4960–11, dom 2011-04-29, Hovrätten för Västra Sverige, mål B 3486–11, dom 2012-02-06 och Västmanlands tingsrätt, mål B 1806–16, dom 2016-05-10. De två förstnämnda avgörandena rörde otjänliga objekt och de två sistnämnda otjänliga medel.

avgöranden där domstolarna av allt att döma tycks ha tillämpat ett annat synsätt för att motivera domsluten.

I Svea hovrätt, mål B 9443–06, dom 2006-12-21 hade en man hittat ett bankomatkort tillsammans med två lappar på vilka det var nedskrivet flera nummerserier, ett namn och en adress. Namnet på lapparna stämde överens med namnet på bankomatkortet. Han försökte senare vid en bankomat ta ut pengar på kortet med hjälp av nummerserierna på lappen, men misslyckades då ingen av koderna stämde. Hovrätten hänvisade till Wennberg, och menade att den tilltalade inte kunnat *råka* välja en felaktig kod, eftersom att rätt kod inte funnits nedskriven. Hovrätten anförde slutligen att det inte funnits någon utsikt till fullbordan eftersom att ingen av nummerserierna stämde, faran var således utesluten, men *inte* på grund av tillfälliga omständigheter varför hovrätten ogillade därför åtalet.

I RH 2015:47 konstaterade hovrätten att hypotetiska förändringar i tid inte spelade någon roll eftersom att bilen alltid varit utrustad med elektronisk startspärr.⁵⁵ Därefter prövade hovrätten om förändringar i rum hade påverkat utfallet, varpå den kom fram till att valet av objekt var en sådan tillfällighet som avsågs i bestämmelsen. Vidare menade hovrätten att graden av sannolikhet för att uppsåtet skulle förverkligas hade betydelse för bedömningen. Hovrätten menade slutligen att det ännu var såpass vanligt med personbilar som kunde tillgripas på ett ”traditionellt sätt” att valet av objekt kunde anses bero på slumpen, varför faran var att betrakta som utesluten av en tillfällighet. De tilltalade dömdes därför för försök till tillgrepp av fortskaffningsmedel. I domskälen nämndes ingenting om att bedömningen skulle göras utifrån gärningspersonens synpunkt.

⁵⁵ Se ovan under kap. 3.5.1 för en redogörelse av omständigheterna i fallet.

6 Avslutande analys och synpunkter

6.1 Högsta domstolens bedömning av otjänliga försök

Av HD:s senaste avgöranden kan konstateras att bedömningen skett strikt från gärningspersonens synpunkt.⁵⁶ Låt vara den skillnaden att HD i NJA 2003 s. 670 förespråkade en ”objektiv bedömning”, till skillnad från ett ”normalt bedömande” från gärningspersonens synpunkt, som föreskrevs i tidigare avgöranden. Den faktiska innebörden förefaller vara densamma. Resonemanget stämmer alltså i huvudsak överens med det som uttalades redan i förarbetena, där det föreslogs att det var en sådan bedömning som skulle göras.

Som Jareborg och Asp påpekat kan emellertid en objektiv bedömning från gärningspersonens synpunkt i teorin föranleda att sådana ”osynliga” otjänliga försök kan komma att bli straffbara. Det är också lätt att instämma med Wennbergs åsikt att slutsatsen av en sådan objektiv bedömning blir helt beroende av vilka omständigheter domstolen väljer att lägga till grund för bedömningen. HD:s avfärdande av Wennbergs teori är enligt min mening, som Wennberg också påtalat, sannolikt på grund av att en hypotetisk prövning av förändringar i tid och rum inte hade påverkat utfallet av skottet. Dörrens och vapnets beskaffenhet var bestående och således oberoende av förändringar i tid och rum. Jämför omständigheterna i NJA 1992 s. 679, gärningspersonerna hade rimligen lyckats genomföra brottet om de anlät till Sverige någon vecka tidigare.

HD nämner också i NJA 2003 s. 670 att gärningen var av ”farlig beskaffenhet”. Huruvida detta bör tolkas som ett krav eller endast ett argument för en fällande dom är dock oklart. Det går också att ifrågasätta

⁵⁶ Se NJA 2003 s. 670, NJA 1992 s. 679, NJA 1990 s. 354 och NJA 1985 s. 544.

huruvida gärningen som sådan var av farlig beskaffenhet, eftersom skottet omöjlig kunde genomborra säkerhetsdörren. Argumentet står vidare i kontrast till Jareborgs uppfattning om att det inte är fråga om att bedöma en gärnings farlighet, utan snarare en fråga om att bedöma uppsåtets grad av rationalitet.

Det finns sammanfattningsvis ingenting som tyder på att HD anammat någon av de teorier som diskuterats i doktrin. HD påtalade att det i fallet förelegat ett beständigt hinder för brottets fullbordande samt att det från början stått klart att gärningspersonens avsikt att skjuta genom dörren inte kunde förverkligas. I tidigare avgöranden hade istället faran uteslutits på grund av en tillfällighet innan brottet påbörjades. HD fann ändå skäl att döma för försök till dråp med motiveringen att det från gärningspersonens synpunkt måste varit att betrakta som en tillfällig omständighet att skottet inte genomborrade dörren. Resonemanget indikerar slutligen på att HD lade mer tyngd på en bedömning från gärningspersonens perspektiv snarare än det faktum att omständigheterna faktiskt varit av tillfällig natur, vilket indikerar på ett steg mot ett mer subjektivt synsätt.

6.2 Underrätternas bedömning av otjänliga försök

I Svea hovrätt mål B 9443–06, dom 2006-12-21, som gällde otjänliga medel, menade hovrätten istället att det inte fanns några tjänliga handlingsalternativ. Fallet är intressant ur två aspekter, dels av den anledning att HD i NJA 2003 s. 670 förklarade att det är tveksamt om Wennbergs teori ligger i linje med HD:s senare avgöranden, dels att domstolen kommer fram till att det förelåg ett otjänligt försök, men att faran *inte* varit utesluten på grund av tillfälliga omständigheter. En sådan slutsats får med beaktande av de fall jag studerat anses som ovanlig. Det finns emellertid fog för att ifrågasätta om det inte med en strikt bedömning från gärningspersonens synpunkt hade kunnat betraktas som en tillfällig omständighet att korrekt nummerserie inte fanns nedskrivna.

Varför domstolen inte använde sig av ett sådant resonemang likt det i NJA 2003 s. 670 ges inget svar på.

I RH 2015:47 nådde hovrätten en fällande dom genom att hypotetiskt pröva de förändringar i tid och rum som Wennberg förespråkar. Samtidigt har domstolen utifrån ett objektivt synsätt undersökt huruvida det är plausibelt att gärningspersonens uppsåt kommer att förverkligas. Domstolen nämnde heller i domskälen ingenting om att bedömningen skulle ske från gärningspersonens synpunkt. Att domstolen inte tillämpade det resonemang som användes i NJA 2003 s. 670 beror sannolikt på att det sistnämnda fallet rörde otjänliga medel.

Underrätternas resonemang är sammanfattningsvis inte lika konsekvent som HD:s, som genomgående utgått från ett bedömande från gärningspersonens synpunkt. I vissa fall verkar domstolen anammat det resonemang som HD tillämpat. I andra fall tycks underrätterna ha tillämpat ett mer objektivt synsätt för att motivera sina domar.

6.3 En lagtext utan vägledning

HD:s resonemang, som ovan redogjorts för, ligger möjligen i linje med förarbetena. Emellertid förefaller det som att lagtextens krav på att omständigheter som uteslöt faran ska vara tillfälliga hamnar i skymundan. Det går vidare att ifrågasätta om lagtexten ger utrymme för att använda en sådan bedömning som HD tillämpat. Är det skäligt, eller språkmässigt rimligt, att kalla ett kontrollerat myndighetsingripande för en tillfällig omständighet? Är det rimligt att kalla ett beständigt hinder för en tillfällig omständighet? Lagtextens krav på att omständigheterna ska ha varit just tillfälliga förefaller istället ha tillskrivits en betydelse som skiljer sig från den betydelse som kravet enligt allmänt språkbruk torde ha. En ytterligare egendomlighet som följer av lagtextens utformning och kombinationen av objektiv och subjektiv försöksteori är att det enligt gällande rätt är möjligt

att påbörja utförandet av ett brott även om det från början från början varit omöjligt att fullborda brottet.

Lagtexten som sådan tillhandahåller slutligen inte någon vägledning vad gäller bedömningen av tillfälliga omständigheter. Att lagtexten i vägledningshänseende är bristfällig tycks ha accepterats i förarbetena där det istället uttalades att det har överlämnats åt rättstillämpningen att ange på vilka huvudsakliga grunder bedömandet ska ske. En lagtext som inte lämnar någon direkt vägledning och som skiljer sig från den innebörd bestämmelsen enligt allmänt språkbruk torde ha gått att kritisera, inte minst i ljuset av legalitetsprincipen som starkt gör sig gällande i straffrätten.

6.4 Bedömningen av otjänliga försök i framtiden

I de underrättsfall som ovan redogjorts för kan konstateras att bedömningen som skett varit tämligen inkonsekvent, varför det är svårt att dra slutsatser utifrån dessa. Givetvis bör försiktighet också iakttas med att tillmäta rättsfall från underrätterna någon större tyngd, men det är ofrånkomligt att även avgöranden från underrätterna illustrerar gällande rätt.

NJA 2003 s. 670 bör istället betraktas som en utgångspunkt för den fortsatta bedömningen. Detta innebär att bedömningen ska ske strikt från gärningspersonens synpunkt. Vid en bedömning som strikt koncentreras till gärningspersonens synpunkt riskerar emellertid utrymmet för vad som kan anses utgöra tillfälliga omständigheter att vidgas. Resultatet av detta blir att domstolen kan utvidga området för vad som ska betraktas som tillfälliga omständigheter och således bestraffa de försöksgärningar den betraktar som straffvärt. Resultatet av detta blir i sin tur att domstolarna inte har några ramar att förhålla sig till vid beaktandet av vilka objektiva omständigheter som ska ligga till grund för bedömningen, vilket ur legalitetssynpunkt kan kritiseras.

Som diskuterades i förarbetena har det inte funnits någon vilja att övergå till ett renodlat (subjektivt eller objektivt) synsätt. Att bedömningen ska ske med endera av försöksteorierna är sannolikt inte heller att betrakta som önskvärt i framtiden. Jag instämmer istället med Asp som menar att en objektiv bedömning från gärningspersonens synpunkt är en god utgångspunkt, men att denna bedömning bör kompletteras med en ytterligare bedömning som tar sikte på lagtextens krav att det ska vara fråga om tillfälliga omständigheter.

För att återkoppla till exemplet med personen som gör inbrott i syfte att stjäla matsilver.⁵⁷ I ett sådant fall torde det vid en objektiv bedömning från gärningspersonens synpunkt framstå som antagligt för denne att lyckas komma över matsilvret, annars skulle personen sannolikt aldrig brutit sig in över huvud taget. Ett straffbart otjänligt försök hade därför förelegat oavsett vilken tidpunkt gärningspersonen valde att göra inbrott. Vid en kompletterande bedömning av tjänliga handlingsalternativ hade det dock varit rimligt att säga att ett otjänligt straffritt försök förövats, om gärningspersonen aktivt valde att göra inbrott när familjen var på semester eftersom personen då inte *råkat* välja fel tidpunkt. Om gärningspersonen istället valt en slumpmässig tidpunkt, ovetandes om att familjen är på semester, bör det rimligen kunna sägas att faran varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.

Genom att komplettera med en bedömning som tar sikte på lagtextens krav på att de omständigheter som utesluter faran ska ha varit av tillfällig natur hade det straffbara området för otjänliga försök sannolikt minskat. Emellertid hade risken eliminerats för att sådana försök som innebär osynlig otjänlighet, likt exemplet med gärningspersonen som tror att denne har sex med en person som är underårig, hade kunnat bestraffas. Enligt min mening hade en sådan bedömning stämt bättre överens med lagtextens utformning, varför en sådan bedömning också ur ett straffrättsligt perspektiv, med hänsyn till legalitetsprincipen, torde vara att föredra.

⁵⁷ Se ovan under kap. 4.1.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1940:19 *Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök till brott.*

SOU 1995:185 *Straffansvarets gränser.*

Propositioner

Prop. 1942:4 *Förslag till lag om ändring i vissa delar av strafflagen.*

Prop. 1948:80 *Förslag till ändring i strafflagen m.m.*

Prop. 1962:10 *Förslag till brottsbalk.*

Elektroniska källor

Berggren m.fl., Brottsbalken (20 april 2017, Zeteo), kommentaren till 23 kap. 1 § (besökt 22 maj 2017).

Litteratur

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2013.

Asp, Petter, *Svensk rättspraxis*, Svensk Juristtidning 2010 s. 904–996.

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus, Uppsala, 2001.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Suzanne & Ågren, Jack, *Straffansvar*, 9., omarb. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2015.

Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, Norstedt, Stockholm, 1976.

Victor, Dag, *HD om otjänliga försök*, Svensk Juristtidning 2004 s. 100–101.

Wennberg, Suzanne, *Försök till brott*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Wennberg, Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, 10., rev. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolens avgöranden

NJA 1979 C 72.

NJA 1985 s. 544.

NJA 1989 s. 456.

NJA 1990 s. 354.

NJA 1992 s. 679.

NJA 2003 s. 670.

Hovrättsavgöranden

Svea hovrätt, mål B 9443–06, dom 2006-12-21.

Svea hovrätt, mål B 4960–11, dom 2011-04-29.

Hovrätten för Västra Sverige, mål B 3486–11, dom 2012-02-06.

Göta hovrätt, mål B 2289–12, dom 2012-10-15.

Hovrätten för Nedre Norrland, RH 2015:47.

Tingsrättsavgöranden

Västmanlands tingsrätt, mål B 1806–16, dom 2016-05-10.