



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Patrik Lundberg

Medverkan genom underlåtenhet

Det var inte jag, jag gjorde inget, det var han!

Examensarbete
30 högskolepoäng

Per Ole Träskman

Straffrätt

VT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod och material	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Disposition	6
2 ALLMÄNT OM UNDERLÅTENHET	8
2.1 Handling	8
2.2 Underlåtenhet	8
2.3 Orsakande och orsaksrekvisit	9
2.4 Beteende- och effektbrott	10
3 UNDERLÅTENHET	11
3.1 Den allmänna principen om att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott	11
3.2 23 kap. 6 § Brottsbalken att avslöja eller hindra brott	11
3.2.1 23 kap. 6 § Brottsbalken	11
3.2.2 Att anmäla eller på annat sätt avslöja brott, 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken	12
3.2.2.1 RH 1997:1 Kodemordet	13
3.2.3 Att hindra brottets utförande, 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken	13
3.3 Äkta och oäkta underlåtenhetsbrott	14
3.3.1 Äkta underlåtenhetsbrott	14
3.3.2 Oäkta underlåtenhetsbrott	14
3.3.2.1 Oäkta underlåtenhetsbrott och legalitetsprincipen	14
3.3.2.2 Olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott	15
3.3.2.2.1 Leijonhufvud och Wennberg	15
3.3.2.2.2 Strahl	16
3.3.2.2.3 Jareborg och Straffansvarsutredningen	17

3.3.2.2.4	Sammanfattning av – olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott	17
3.3.2.3	Underlåtenhetens relevans för effektbrott – hur orsakar underlåtenhet en effekt?	18
3.3.2.4	Garantläran	19
3.3.2.4.1	Skyldighet att handla enligt Leijonhufvud, Wennberg och Strahl	20
3.3.2.4.2	Övervakningsgarant och skyddsgarant enligt Jareborg och straffansvarsutredningen	21
3.3.2.4.2.1	Övervakningsgarant	21
3.3.2.4.2.2	Skyddsgarant	22
3.3.2.4.3	Sammanfattning av – garantläran	22
4	GÄRNINGSMANNASKAP	24
4.1	Gärningsmannaskap i strikt mening	24
4.2	Medgärningsmannaskap	24
5	MEDVERKAN	26
5.1	Medverkan, 23 kap. 4 § Brottsbalken	26
5.2	Ringa medverkan, 23 kap. 5 § Brottsbalken	27
5.3	Gärningsmannaskap i förhållande till medverkan	27
5.3.1	Utvidgat gärningsmannaskap	27
5.3.1.1	Konverterat gärningsmannaskap	28
5.3.1.2	Medelbart gärningsmannaskap	28
5.4	Huvudbrottet	29
5.4.1	Objektiva och subjektiva omständigheter	29
5.5	Främjande	30
5.5.1	Anstiftan	31
5.5.2	Medhjälp	32
5.5.3	Undantag från medverkansansvar	32
5.6	Ringa medverkan	33
6	MEDVERKAN GENOM UNDERLÅTENHET	34
6.1	NJA 2003 s. 473	34
6.2	Inledning	34
6.3	Medverkan genom underlåtenhet i förhållande till 23 kap. 4 § Brottsbalken	35
6.4	Medverkan genom underlåtenhet i förhållande till 23 kap. 6 § Brottsbalken	35
6.5	Olika typer av medverkan genom underlåtenhet	36
6.5.1	Psykisk underlåtenhet	36
6.5.2	Fysisk underlåtenhet – underlåtenhet att avvärja annans brott	37

6.6	Sammanfattning av – principerna för oäkta underlåtenhetsbrott	37
6.7	De objektiva och subjektiva rekvisiten	38
7	PRAXIS	39
7.1	NJA 1987 s. 655	39
7.2	NJA 1989 s. 552	40
7.3	RH 1994:70	41
7.4	NJA 2000 s. 92	41
7.5	NJA 2003 s 254	42
7.5.1	Vilka skyldigheter uppkommer vid insikt om att man har vederlag för narkotika i sin besittning?	42
7.6	NJA 2003 s 361	43
7.6.1	Vilka skyldigheter uppkommer vid insikt om att man har narkotika i sin besittning?	44
7.7	NJA 2003 s. 473	44
7.8	NJA 2004 s. 797	45
7.8.1	Att vara bekant med en knarkare	46
7.9	NJA 2007 s. 805	46
7.10	Kommentarer till praxis	47
7.10.1	Psykisk underlåtenhet	47
7.10.2	Fysisk eller psykisk underlåtenhet?	48
7.10.3	Underlåtenhet och narkotikabrott	48
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	50
9	ANALYS OCH SLUTSATSER	53
9.1	Att vara bekant med en knarkare	53
9.2	Främjande	54
9.2.1	Främjandet i praxis	56
9.3	Underlåtenhet och narkotikabrott	56
9.4	Slutsatser	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

There is no general obligation in Swedish law to actively prevent a crime as such a general obligation would constitute too great an obligation for the citizens. This principle may be limited by 23 kap. 6 § Brottsbalken (the Penal Code), which criminalizes an omission to report or reveal or to prevent a crime. This criminalized omission has a limited area of responsibility and leads to a responsibility of a perpetrator. Criminal responsibility can also arise from genuine and non-genuine omission-crimes. These omissions lead to criminal responsibility of a perpetrator. The genuine omissions are crimes that can only be committed through an omission. The non-genuine omissions can be committed either through an act or through an omission. The criminal meaning of an omission is primarily defined in 23 kap. 6 § Brottsbalken and in the genuine and non-genuine omission-crimes.

Because the title of this essay is “Complicity through omission” it is natural to describe the meaning of the responsibility of an accomplice and the responsibility of the perpetrator. Those who are included by the responsibility of the perpetrator in the strict sense are those who have committed a crime and fulfil the accounts of the criminal act by their own. Complicity includes a person who has committed a crime and is not to be seen as a perpetrator in the strict sense and a person who has promoted a crime. The person who has promoted a crime is either to be seen as an inciter or an accomplice.

Complicity through an omission means that a person wills through his omission promotes someone else’s crime.

In the doctrine it has been considered for some time that complicity through an omission is possible. With NJA 2003 s. 473 it has been determined in practice that an omission to prevent someone else’s crime may constitute a responsibility of an accomplice according to the principles of the non-genuine omission-crimes. During the years 2003 and 2004 a couple of cases, among others NJA 2003 s. 473, has come from the Supreme Court which concerns omission, the perpetrator and the accomplice. As the preceding practice has been limited this explosion of new cases will probably constitute that the meaning of omission will evolve both concerning the perpetrator and the accomplice. From my point of view complicity through an omission has been affected by these cases. Foremost has the guarantor doctrine made an entrance on the domains of complicity through an omission.

Sammanfattning

I svensk rätt finns det ingen allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott då en sådan skyldighet skulle ställa för stora krav på medborgarna. Denna allmänna princip kan begränsas av 23 kap. 6 § Brottsbalken som straffbelägger underlåtenhet att antingen anmäla eller avslöja eller hindra brott. Den straffbelagda underlåtenheten har en begränsad omfattning och medför ett gärningsmannaansvar. Straffrättsligt ansvar kan även uppkomma genom de så kallade äkta och oäkta underlåtenhetsbrotten. De medför ett gärningsmannaansvar. De äkta underlåtenhetsbrotten är brott som endast kan utföras genom underlåtenhet. De oäkta underlåtenhetsbrotten är brott som kan utföras genom både handling eller underlåtenhet. Innebörden av underlåtenhet i straffrättslig mening ges huvudsakligen av den ovan beskrivna principen, 23 kap. 6 § Brottsbalken och de äkta och oäkta underlåtenhetsbrotten.

Då rubriken för detta arbete heter medverkan genom underlåtenhet faller det naturligt att redogöra för vad medverkansansvar innebär men även vad som utgör ett gärningsmannaansvar för att särskilja begreppen. De som omfattas av gärningsmannaansvaret i strikt mening är de som har utfört brottet och uppfyller samtliga brottsrekvisit på egen hand. Medverkan är då flera har begått ett brott på något sätt tillsammans utan att alla är att ses som gärningsmän i strikt mening. Medverkansansvaret innefattar gärningsmän som ej är gärningsmän i strikt mening och främjare som är att se som anstiftare eller medhjälpare.

Medverkan genom underlåtenhet innebär att man genom sin underlåtenhet skall ha främjat annan i dennes utförande av ett brott.

I doktrinen har man under en längre tid ansett att medverkan genom underlåtenhet kan ske. Först med NJA 2003 s. 473 fastslog man i praxis att underlåtenhet att avvärja annans brott kan medföra ett medverkansansvar enligt principerna för de så kallade oäkta underlåtenhetsbrotten. Under åren 2003 och 2004 har det kommit ett par rättsfall, däribland NJA 2003 s. 473, från HD som har behandlat underlåtenhet, gärningsmannaskap och medverkan. Den tidigare praxisen har varit knapp, så denna explosion av rättsfall kommer förmodligen att medföra att underlåtenhetsbegreppet utvecklas både i förhållande till gärningsmannaskap och till medverkan. Som jag ser det har begreppet medverkan genom underlåtenhet påverkats av dessa rättsfall. Framst har den så kallade garantläran gjort inträde på medverkan genom underlåtenhets område.

Förord

Fyra och ett halvt års personlig utveckling avslutas med detta arbete. Jag känner mig nöjd och stolt och hoppas att du som läsare, vilka dina förväntningar än må vara, känner att dessa har blivit uppfyllda.

Märk väl att jag skriver personlig utveckling och inte juridiskt lärande. För att studera juridik innebär inte att man lär sig juridik utan att man får en juridisk själ. Denna skall jag vårda ömt.

I och med att detta arbete avslutas börjar något nytt, något okänt. För första gången lämnar jag skolans skyddade verkstad. Detta känns överkligt och skrämmande men på samma gång oerhört utmanande och efterlängtat. Jag känner mig djupt tacksamma för att komma väl rustad ut i denna verklighet. Min enda oro är att denna verklighet inte är till för oss jurister.

För den tid som har varit vill jag framförallt tacka mig själv. Jag vill tacka alla de som har gjort min studietid till en lyckad tid, fylld av minnen. Ett stort tack till alla de som har undervisat med glöd.

Lund, maj 2008

Patrik Lundberg

Förkortningar

BBS	Lag om ansvar för elektroniska anslagstavlor
BrB	Brottsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NSL	Narkotikastrafflag
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Satens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att redogöra för medverkan genom underlåtenhet. Framförallt vill jag titta på vad den praxis som har kommit under de senaste åren, framförallt under åren 2003 och 2004, har betytt för medverkan genom underlåtenhet.

Mitt ämnesval grundar sig ursprungligen på Christoffer Wongs artikel ”Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi – nya prejudikat om det straffrättsliga begreppet ’gemensamt och i samförstånd’”¹

Wong redogör för två fall där den tilltalades passivitet har varit det centrala. Artikeln fokuserar på medverkansdelen och Wong menar avslutningsvis att det kan finnas en möjlighet för personer, som inte kunnat anses vara straffrättsligt ansvariga som medverkande till brott, att ändå vara självständigt ansvariga. Detta är följaktligen en diskussion om de olika begrepp som innefattas i gärningsmannaskapet och medverkansläran.

Jag har valt en annan väg och slutmål. Då Wong har fokuserat på medverkansdelen har jag valt att fokusera på underlåtenhetsdelen. Ett brott kan utföras genom underlåtenhet men ett brott kan också främjas genom underlåtenhet. Denna skillnad, underlåtenhet vid gärningsmannaskap och underlåtenhet vid medverkan, har under hela arbetets gång varit närvarande. I mitt syfte att redogöra för begreppet medverkan genom underlåtenhet har lite extra kraft lagts skillnaden mellan gärningsmannaskap och medverkan i förhållande till underlåtenhet.

De naturliga frågeställningarna med avseende på mitt ämnesval och den inriktning jag har valt är:

Vad är medverkan genom underlåtenhet?

Har medverkan genom underlåtenhet utvecklats genom de senaste årens praxis?

¹ Wong, Christoffer: Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi – nya prejudikat om det straffrättsliga begreppet ”gemensamt och i samförstånd”, JT 2003/04 s. 924.

1.2 Metod och material

Uppsatsen bygger på traditionell juridisk metod. Materialet består av lag, förarbeten, rättspraxis, doktrin och artiklar.

Begreppen underlåtenhet och medverkan har behandlats omfattande i litteraturen var för sig. Medverkan genom underlåtenhet behandlas i samband med dessa begrepp. Ämnet har således berörts av många författare men verkar inte vara helt genomarbetat eller klarlagt.

1.3 Avgränsningar

Medverkan genom underlåtenhet speglar dels medverkansbegreppet dels underlåtenhetsbegreppet utan att vara en exakt sammanblandning av dessa två begrepp. Den främsta avgränsningen som gjorts i uppsatsen gäller för begreppet medverkan. Begreppet medverkan har getts en allmän översikt med lite större fokus på främjandet.

Detta arbete skall behandla medverkan genom underlåtenhet. Detta är att särskilja från underlåtenhet till medverkan.

Jag behandlar inte någon allmän skyldighet att ingripa mot annans brottslighet eller en skyldighet att bistå nödställda. Jag har alltså helt valt att frångå frågan om införandet av civilkurage lagstiftning.

1.4 Disposition

Ämnet i stort är medverkan genom underlåtenhet. Av detta följer det naturligt att behandla medverkan och underlåtenhet var för sig för att slutligen behandla medverkan genom underlåtenhet. Inledningsvis behandlas underlåtenhet. Redogörelsen har utformats med tanke på att uppsatsens syfte är medverkan genom underlåtenhet. Därför har de delar av begreppet underlåtenhet, som har större betydelse för medverkan genom underlåtenhet behandlats mer utförligt. Som logisk följd av detta har andra delar av underlåtenhetsbegreppet behandlats mer översiktligt eller inte alls.

Kapitlet om medverkan följer samma uppbyggnad som kapitlet rörande underlåtenhet. Medverkan presenteras som ett självständigt begrepp men med tanke på att ämnet är medverkan genom underlåtenhet. För att kunna särskilja medgärningsmannen från den som har medverkat har gärningsmannaskapet förklarats. Gärningsmannaskapet i strikt mening ges

ett eget kapitel som föregår medverkanskapitlet medan den gärningsmannen som ej är en gärningsman i strikt mening behandlas i medverkanskapitlet. Åtskillnad görs på den som har utfört ett brott och den som har främjat ett brott.

Läsaren kommer att finna att kapitlet – medverkan genom underlåtenhet till stora delar bygger på de föregående kapitlen. De mest betydelsefulla och centrala delarna för medverkan genom underlåtenhet presenteras.

Praxis behandlas i ett eget kapitel. Denna disposition har jag valt för att kunna använda praxis som en brygga till mina avslutande kommentarer och analysen. Praxis har presenterats på samma sätt som kapitlen om underlåtenhet och medverkan, med syftet att redogöra medverkan genom underlåtenhet.

I mina avslutande kommentarer görs en jämförelse mellan medverkan genom underlåtenhet och det som redogörs för i uppsatsen. Härigenom försöker jag uppnå mitt syfte att redogöra vad medverkan genom underlåtenhet egentligen är och svara på mina frågeställningar. Analysen innehåller ett par saker som jag tycker är värda att belysa lite extra. Det som tas upp i analysen har också nära koppling till uppsatsens syfte och frågeställningar.

2 Allmänt om underlåtenhet

Begreppen handling, underlåtenhet och orsakande är centrala begrepp för denna framställning. De är aktuella i flera delar. Här presenteras begreppen allmänt och kortfattat, i syfte att skapa en grund att stå på. Handling och underlåtenhet är begrepp som speglar varandra och som har skilda förhållningsätt till orsakande.

Brottet är något som har inträffat och består alltid av mänskliga gärningar, vilka utgör verkliga fysiska ingripande i vad som händer. Att bli dömd för ett brott är att bli ansvarig för sina egna gärningar. En gärning kan utgöras antingen av en handling eller en underlåtenhet. Ett brott kan därigenom begås antingen genom en handling eller en underlåtenhet. Både en handling och en underlåtenhet är något som har hänt. De är inte att hänföra till beslut, avsikter eller åsikter som inte har omvandlats till en handling eller en underlåtenhet, själva tanken är inte straffbelag.²

2.1 Handling

En handling är något som utgår från en person. Personen utför själva handlingen, det är inte något som endast sker. Utförandet består av kontrollerade kroppsrörelser. Handlingen består alltså av kroppsrörelser, men inte enbart kroppsrörelser. En person är källan till en handling och dennes skäl, motiv, avsikter, föreställningar, böjelser, önskemål påverkar den utförda handlingen. En kroppsrörelse är endast något fysiskt som att armen rör sig genom användandet av kroppens muskler. En handling innefattar alltså ett användande av kroppens muskler, det vill säga kroppsrörelser, men går längre än så genom att lägga till en social dimension, en anledning till varför armen skall röra sig.³

2.2 Underlåtenhet

För att förstå underlåtenhet måste man få klart för sig att underlåtenhet består dels av det underlåtna och dels av det som den underlåtande gjort istället för det underlåtna. Ur ett straffrättsligt perspektiv är underlåtenhet att underlåta att utföra en handling i strikt mening. Det en person företar då denne inte utför den underlåtna handlingen är utan betydelse. För att begreppet underlåtenhet skall få en användbar förståelse måste bortses från att underlåtenhet sker konstant av alla individer. Enbart den relevanta

² Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 127f.

³ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 128f.

underlåtenheten av de relevanta individerna skall beaktas. Övrig underlåtenhet måste särskiljas från denna relevanta underlåtenhet.⁴

Jareborg förklarar underlåtenhet som icke företagna handlingar som på grund av goda skäl var förväntade att utföras. A har alltså underlåtit att göra H, när hon

1. inte gjort 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.⁵

2.3 Orsakande och orsaksrekvisit

När ett brott har begåtts söker man alltid efter mänskliga gärningar som har orsakat brottet i syftet att finna en ansvarig person. En fysisk kausalkedja är då man visar att en handling har varit fysiskt nödvändig för en händelse eller ett tillstånd.⁶ Jareborg menar att handlingen och händelsen eller tillståndet är positiva faktorer. Negativa faktorer är då en faktor är frånvarande. Då någon faktor är frånvarande har vi att göra med hypotetiska kausalkedjor. För att finna ett orsakssamband vid underlåtenhet måste man använda sig av en hypotetisk kausalkedja.⁷ Argument har förekommit om att underlåtenhet inte kan orsaka något. Ur ett naturvetenskapligt perspektiv torde underlåtenhet i de flesta fall inte kunna orsaka något. I ett straffrättsligt perspektiv är orsakande ett socialt begrepp och det finns sakliga skäl för att göra människor ansvariga för vad de låtit ske.⁸

Orsakande är inte exklusivt förbehållet en fysisk handling. Även psykisk påverkan kan orsaka något. Det som sker är att en person har förmått, genom handling eller underlåtenhet, en annan person att företa en handling eller underlåtenhet.⁹

Då ett brott har begåtts kan man rent faktiskt finna ett oändligt antal personer som står i ett orsakssamband till att brottet begicks. Gärningsmannens föräldrar har ju rent faktiskt orsakat brottet genom att avla gärningsmannen. Det straffrättsliga orsaksrekvisitet omfattar naturligtvis inte alla de som står i ett orsakssamband med det begångna brottet. De som omfattas är de som man önskar påverka genom ett hot om straffrättsliga åtgärder. Den främsta begränsningen sker genom de verb som används i

⁴ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 130f.

⁵ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 130f.

⁶ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 152f.

⁷ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 155f.

⁸ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 157.

⁹ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 161.

straffbuden. Vid stöld används verbet att ”taga något” vilket medför en klar begränsning för vilka som kan anses ha orsakat brottet.¹⁰

2.4 Beteende- och effektbrott

Straffbuden delas ofta upp i två kategorier. Dessa är beteende- och effektbrott. Uppdelningen innebär att vissa typer av brott endast kan utföras genom ett beteende, med andra ord ett handlande, medan andra typer av brott kräver något mer, att även en följd inträder. Beteendebrott är då enbart ett handlande, medan effektbrotten är ett handlande som följs av en följd, det vill säga effekten. Jareborg menar att skillnaden mellan beteende- och effektbrott inte är så skarp då förhållandet handling – effekt är komplicerat.¹¹

Strahl uttrycker att skillnaden mellan beteende- och effektbrott hänför sig till brottsbeskrivningarna och inte till vad som sker i det särskilda fallet. Härav är effektbrotten de brott som har ett orsaksrekvisit i brottsbeskrivningen medan beteendebrotten saknar detta krav.¹²

Mord används ofta som ett exempel på effektbrott. Rekvisitetet berövar utgör orsaksrekvisitetet och den effekt som måste följa av den utförda handlingen är att annan berövas livet.

Narkotikabrott, 1 § NSL, anses vara ett beteendebrott. Bestämmelsen har följande lydelse

”1 § Den som olovligen

1. överlåter narkotika,
2. framställer narkotika som är avsedd för missbruk,
3. förvärvar narkotika i överlåtelsesyfte,
4. anskaffar, bearbetar, förpackar, transporterar, förvarar eller tar annan sådan befattning med narkotika som inte är avsedd för eget bruk,
5. bjuder ut narkotika till försäljning, förvarar eller befordrar vederlag för narkotika, förmedlar kontakter mellan säljare och köpare eller företar någon annan sådan åtgärd, om förfarandet är ägnat att främja narkotikahandel, eller
6. innehar, brukar eller tar annan befattning med narkotika

döms, om gärningen sker uppsåtligt, för narkotikabrott till fängelse i högst tre år.”

¹⁰ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 164f.

¹¹ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 129f.

¹² Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 26.

3 Underlåtenhet

3.1 Den allmänna principen om att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott

I svensk rätt finns det ingen allmän skyldighet att vara verksam för att hindra att brott kommer till stånd. Anledningen till att någon sådan princip inte finns är att denna skulle ställa alldeles för stora krav på medborgaren. Denna princip gäller även för polisman, vilka alltså inte står under någon allmän skyldighet att ingripa.¹³

I NJA 2003 s. 473 kommenterar HD denna princip på följande sätt ”Någon allmän skyldighet att ingripa mot annans brottslighet finns inte [jfr 23 kap. 6 § BrB...]”.

3.2 23 kap. 6 § Brottsbalken att avslöja eller hindra brott

Den ovan redogjorda principen ger att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott. I doktrin och praxis anses det att denna princip och 23 kap. 6 § Brottsbalken står i ett förhållande till varandra. Bestämmelsen ger en skyldighet enligt första stycket att för vissa brott anmäla eller avslöja detta och enligt andra stycket att hindra att brott kommer till stånd vid vissa situationer. Det sker alltså en inskränkning i den allmänna principen om att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott.

3.2.1 23 kap. 6 § Brottsbalken

”Underlåter någon att i tid anmäla eller eljest avslöja brott som är å färde, när det kan ske utan fara för honom själv eller någon av hans närmaste, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för underlåtenhet att avslöja brottet enligt vad som är stadgat för den som allenast i mindre mån medverkat till sådant brott; dock må ej i något fall dömas till svårare straff

¹³ Jareborg, Nils: Allmän Kriminalrätt, s. 419; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 314.

än fängelse i två år. I de fall då det är särskilt föreskrivet skall för underlåtenhet att avslöja brott ansvar enligt vad nu sagts ådömas jämväl den som ej insett men bort inse att brottet var å färde.

Om föräldrar eller andra uppfostrare eller förmyndare, i annat fall än första stycket avser, underlåta att från brott hindra den som står under deras vård eller lydnad, när det kan ske utan fara för dem själva eller deras närmaste och utan anmälan till myndighet, dömes för underlåtenhet att hindra brottet enligt vad i första stycket är stadgat.

Ej må för underlåtenhet att avslöja eller hindra brott dömas, med mindre den gärning som var å färde så fortskridit att straff kan följa därå.”

3.2.2 Att anmäla eller på annat sätt avslöja brott, 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken

I första stycket åläggs en skyldighet att antingen anmäla eller att avslöja ett brott. Detta innefattar ej en skyldighet att aktivt ingripa. Den åtgärd som i första hand skall företas är att anmäla brottet till polis, och i andra hand på annat sätt avslöja brottet. De brott som omfattas av första stycket är ett fåtal utvalda grova brott. Det kan till exempel vara mord, grov misshandel, våldtäkt, sabotage eller högförräderi.¹⁴

Brottet måste vara ett pågående brott, vilket innebär att det skall ha påbörjats, men ännu ej avslutats. För att brottet skall ha påbörjats i den mening som följer av lagrummet, måste brottets utförande ha kommit så långt att straff kan följa därpå. Detta följer av 23 kap 6 § tredje stycket. Efter att brottet har avslutats kan lagrummet inte längre tillämpas. Det får den följd, att det inte finns någon skyldighet att ange avslutade brott. För att ett effektbrott skall anses vara avslutat krävs det att effekten har uppkommit. Så länge ett effektbrott inte har resulterat i den eftersträvade effekten, trots att gärningsmannen har gjort allt denna har kunnat, kan ett avslöjande vara verkningsfullt och därigenom anses brottet inte ha avslutats.¹⁵

En skyldighet att anmäla eller avslöja brott uppkommer endast om det kan ske utan fara för sig själv eller sina närmaste. Detta innebär, att då man själv eller sina närmaste till exempel skulle kunna bli åtalad för medverkan eller utsättas för repressalier av de skyldiga, föreligger det ingen skyldighet att anmäla eller avslöja brottet.¹⁶

¹⁴ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:77; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 314.

¹⁵ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:78; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 315.

¹⁶ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:79.

3.2.2.1 RH 1997:1 Kodemordet

Ett gäng killar misshandlade en person ute på Abborreklippan utanför Göteborg. Misshandeln kom att pågå under en längre tid, ungefär en och en halv timme, genomförd i omgångar. Efter att misshandeln hade påbörjats kom M.B. till platsen. M.B. var en ”åskådare” till misshandeln och hade en möjlighet att avslöja brottet genom att tillkalla polis med sin mobiltelefon. Detta gjorde ej M.B. och han åtalades för att han hade underlåtit att avslöja brottet. För att det skall kunna krävas att någon skall avslöja ett brott, måste detta kunna ske utan fara för denne själv, vilket HD konstaterar att så var fallet. Avslöjandet måste också vara verkningsfullt. Avslöjandet skall spela roll. HD menar att ett avslöjande från M.B.s sida hade varit verkningsfullt då misshandelsförloppet var mer än en och en halv timme. Då händelseförloppet var så pass utsträckt i tid fanns det en möjlighet att delar av misshandeln hade kunnat förhindras. HD fann M.B. skyldig för att ha underlåtit att avslöja grov misshandel.

3.2.3 Att hindra brottets utförande, 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken

I vissa fall då det föreligger ett speciellt förhållande, till exempel förälder – barn, har föräldern en skyldighet att hindra barnet från att utföra brott. Att termen brott används har den följderna att den utförande måste ha både objektiv som subjektiv täckning för att det skall föreligga en skyldighet att ingripa. Denna skyldighet att hindra någon från att begå ett brott är endast tillämplig på en snävt begränsad krets av personer, vilka i likhet med en förälder utövar tillsyn över den som utför brottet. Andra personer som kan inneha en sådan ställning är till exempel förmyndare.¹⁷

Skyldigheten att hindra någon att begå ett brott är begränsad till att gälla för en viss personkrets. Denna skyldighet är inte begränsad till att gälla vissa angivna brott, som i första stycket, utan gäller för alla brott. För straffbar underlåtenhet krävs det att underlåtenheten var en nödvändighet för att brottet skulle komma till stånd. Med andra ord skulle brottet ha hindrats om det underlåtna hade företagits. Vidare krävs för straffansvar att det har varit möjligt för den underlåtande att förhindra brottet. Den aktivitet som krävs är att man skall anstränga sig, dock ej till det yttersta.¹⁸

¹⁷ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 421; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:81.

¹⁸ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 421; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 316f; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:81.

3.3 Äkta och oäkta underlåtenhetsbrott

Det finns två typer av underlåtenhetsbrott vilka är äkta respektive oäkta underlåtenhetsbrott. Äkta underlåtenhetsbrott är utformade så att de uttryckligen straffbelägger en underlåtenhet. De oäkta underlåtenhetsbrotten kan enligt ordalydelsen i den aktuella gärningsbeskrivningen begås både genom handling och genom underlåtenhet.¹⁹ Den neutrala utformningen medför dels att man måste reda ut hur underlåtenhet och orsakande förhåller sig till varandra samt hur man skall begränsa kretsen av möjliga gärningsmän.²⁰

3.3.1 Äkta underlåtenhetsbrott

Äkta underlåtenhetsbrott är brott som endast kan begås genom underlåtenhet då brottsbeskrivningarna är utformade som påbud – du skall. Det straffbara är alltså att underlåta att företa påbudet. Att underlåtenheten framgår direkt av ordalydelsen i de äkta underlåtenhetsbrotten gör att den objektiva sidan sällan vållar problem.²¹ Fyndförseelse är ett exempel på ett brott, som är formulerat som ett påbud. Dess ordalydelse är

”Fullgör man ej vad i lag är föreskrivet om skyldighet att tillkännagiva hittegoods eller annans sak som man av misstag eller tillfällighet fått i besittning, dömes för fyndförseelse till böter.”²²

3.3.2 Oäkta underlåtenhetsbrott

3.3.2.1 Oäkta underlåtenhetsbrott och legalitetsprincipen

För att ett oäkta underlåtenhetsbrott skall kunna begås genom underlåtenhet måste detta ske i enlighet med legalitetsprincipen. Legalitetsprincipen blir aktuell därför att de oäkta underlåtenhetsbrotten är neutralt formulerade, de kan begås antingen genom handling eller genom underlåtenhet. Därför måste en tolkning av lagrummet göras, för att se om brottet kan anses kunna utföras genom underlåtenhet. Detta måste kunna ske rent språkligt, det använda verbet måste någorlunda naturligt även omfatta underlåtenhet. Men även med avseende på lagrummets avsikt. Är avsikten med lagrummet att

¹⁹ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 311.

²⁰ Agge, Ivar & Thornstedt, Hans: Straffrättens allmänna del, s. 76.

²¹ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 39f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 311f.

²² 10 kap. 8 § första meningen Brottsbalken

det skall kunna utföras genom underlåtenhet? Bedömningen måste ske med försiktighet.²³

Om ett brott anses kunna utföras genom underlåtenhet blir den krets av personer som kan bli ansvariga vid första anblicken väldigt omfattande. Alla de personer som inte har avvärjt effekten skulle alltså kunna bli ansvariga. Så är dock inte fallet. Att personkretsen inte framgår av lagrummet kan kritiseras ur en legalitetssynpunkt. En lagstiftning formulerad så att personkretsen framgår skulle bli oerhört komplicerad rent lagtekniskt och medföra problem för envar att följa. Därför är det mer fördelaktigt att inte ange den personkrets som kan bli ansvariga. Personkretsen begränsas istället genom garantläran.²⁴

3.3.2.2 Olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott

3.3.2.2.1 Leijonhufvud och Wennberg

Leijonhufvud och Wennberg menar att de oäkta underlåtenhetsbrotten kan delas in i två olika huvudgrupper. Dessa två huvudgrupper är brott som

- ”bestraffar fysiskt orsakande av en effekt utan att brottsbeskrivningen uppställer några närmare krav på tillvägagångssättet”²⁵ eller
- ”begås genom en gärning som formulerats på ett sådant sätt att den omfattar såväl handling som underlåtenhet att utföra en förväntad handling”²⁶.

Den första gruppen av underlåtenhetsbrott omfattar effektbrott. Dessa brott kan vara mord, ofredande, djurplågeri eller arbetsmiljöbrott. Här skall underlåtenheten ha orsakat effekten. Kravet på orsakandet prövas enligt ett hypotetiskt orsaksresonemang. Det är nödvändigt för dessa brott att bestämma vem eller vilka som kan anses var ansvariga. Vilket görs genom tillämpning av det som kallas antingen rättspliktsteorin eller garantläran.²⁷

Den andra gruppen kan vara gärningar som har en mer abstrakt formulering. Dessa begås normalt genom en handling eller genom en underlåtenhet att utföra en handling. Förskingring i 10 kap. 1 § Brottsbalken innehåller rekvisitet ”åsidosätter sina förpliktelser” vilket är ett exempel på en sådan mer abstrakt formulering. För brottet förskingring och liknande brott behövs

²³ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 186; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 311; Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 291; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40.

²⁴ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 186; Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 309f.

²⁵ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40.

²⁶ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40.

²⁷ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40f.

inte rättspliktsteorin eller garantläran tillämpas då dessa brott riktar sig mot någon särskild.²⁸

3.3.2.2 Strahl

Strahl väljer att utgå från begreppen beteende- och effektbrott. Strahl menar att skillnaden mellan dessa begrepp är att effektbrotten har ett orsaksrekvisit i gärningsbeskrivningen medan beteendebrotten saknar detta och är de övriga brotten. Detta medför att underlåtenheten för de olika brotten skiljer sig åt på så sätt att för effektbrotten skall effekten ha orsakats av underlåtenheten medan ett beteendebrott är att underlåta att handla på ett visst sätt.²⁹

Att underlåta att avvärja en effekt kan vara straffbart. Effektbrotten kräver enligt brottsbeskrivningen att en effekt har inträffat för att ansvar skall uppkomma. För att ett effektbrott skall kunna orsakas genom underlåtenhet måste underlåtenheten vara sådan att den har orsakat effekten. Detta innebär att om den underlåtna handlingen hade företagits hade effekten inte uppkommit och underlåtenheten är då relevant för effekten. Mord är ett effektbrott, någon skall ha berövats livet. Att underlåta att hålla någon vid liv kan vara att begå mord genom underlåtenhet. Mamman som underlåter att ge sitt barn mat så att det dör, måste anses ha orsakats sitts barns död genom sin underlåtelse. Men barnets död hade kunnat undvikas genom att någon annan hade gett barnet mat. Samtidigt kan inte alla som rent faktiskt inte har gett barnet mat anses vara straffrättsligt skyldiga. Vem som skall anses vara skyldig framgår inte av brottsbeskrivningarna utan detta ansvar måste sökas på annat sätt. Vem som skall anses vara skyldig framgår av det som kallas för garantställning.³⁰

De oäkta underlåtenhetsbrotten som är att hänföra till beteendebrott är då man har underlåtit att handla på ett visst sätt. Det eftersträvade beteendet skall framgå av gärningsbeskrivningen. Vad den underlåtande har gjort istället är irrelevant, det relevanta är underlåtenheten att göra det eftersträvade beteendet. Beteendebrottet är oberoende av en effekt, då det saknar ett orsaksrekvisit. Beteendebrottet kan inte alltid omfattas av underlåtenhet. Stöld är ett exempel på detta, då det straffbara inte är att underlåta att lämna tillbaka det tagna. Det straffbara vid stöld är det olovliga tagandet vilket inte kan ske genom underlåtenhet.³¹

²⁸ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40f.

²⁹ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 26, 292 & 296.

³⁰ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 26f, 309f & 313.

³¹ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 26, 296 & 312.

3.3.2.2.3 Jareborg och Straffansvarsutredningen

De oäkta underlåtenhetsbrotten kan enligt Jareborg och Straffansvarsutredningen³² visa sig på tre olika sätt. För det första kan underlåtenhet vara att göra något annat, vilket kan tyda på ett aktivt handlande att inte företa det underlåtna. Denna typ av underlåtenhet har ofta en symbolfunktion. Förskingring enligt 10 kap. 1 § Brottsbalken kan utföras genom en underlåtenhet att göra något annat. För det andra kan underlåtenhet medföra en psykisk påverka på någon annan att företa eller att underlåta att göra något. Exempelvis kan tystnaden hos en person få någon annan att företa eller underlåta att göra något. Slutligen kan underlåtenheten ses som ett fysiskt orsakande av en viss följd. Denna underlåtenhet är att tolka som att låta något ske, istället för att förhindra att det sker. Det straffbara är inte en underlåtenhet att avbryta ett orsaksförlopp utan en underlåtenhet att förhindra att effekten inträffar. För ansvar krävs att underlåtenheten har orsakat följden och att den underlåtande intar en så kallad garantställning. För att straffrättsligt ansvar skall föreligga krävs det att följden har uppkommit. Har någon annan sett till att följden ej har inträffat är den underlåtande utan ansvar då följden ej har uppkommit trots att denne har låtit det ske.³³

3.3.2.2.4 Sammanfattning av – olika typer av oäkta underlåtenhetsbrott

Författarna delar i stort alla samma syn på den typen av oäkta underlåtenhetsbrott som är ett fysiskt orsakande genom underlåtenheten. Konsensus råder om att underlåtenheten skall ha orsakat följden och att det straffbara inte är att avbryta orsakandet utan att avvärja effekten. Likväl är författarna överens om att den möjliga kretsen av ansvariga personer måste begränsas. Vilket görs genom garantläran. Denna grupp av oäkta underlåtenhetsbrott utgörs av effektbrott.

Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver de oäkta underlåtenhetsbrotten dels som effektbrott och dels som beteendebrott. Underlåtenheten för beteendebrotten är att inte utföra en förväntad eller önskvärd handling. För dessa brott finns det inget orsaksrekvisit. Alla beteendebrott kan inte heller utföras genom underlåtenhet.

Jareborg och straffansvarsutredningen skiljer sig som jag ser det från Leijonhufvud, Wennberg och Strahl i hur de beskriver de brott som inte är att se som effektbrott. Jareborg och straffansvarsutredningen formulerar sig som så att de oäkta underlåtenhetsbrotten kan vara att göra något annat.

³² SOU 1996:185, Straffansvarets gränser.

³³ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 183f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 312f.

Denna typ torde vara ett beteendebrott som överensstämmer med vad Leijonhufvud, Wennberg och Strahl menar. Jareborg och Straffansvarsutredningen menar att även en psykisk påverkan utgör en egen typ av oäkta underlåtenhetsbrott. Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver inte psykisk påverkan som en egen typ av oäkta underlåtenhetsbrott.

3.3.2.3 Underlåtenhetens relevans för effektbrott – hur orsakar underlåtenhet en effekt?

Effektbrott genom handling kräver för ansvar, att effekten har uppkommit genom handling. Med andra ord skall handlingen ha orsakat och varit relevant för effektens uppkomst. Orsaksrekvisitet, gäller såväl vid handling som vid underlåtenhet. Det medför att underlåtenheten att avvärja effekten, vilket är den straffbara underlåtenheten för effektbrott, måste ha varit relevant för effektens uppkomst. Begreppet orsaka får då samma betydelse vid handling som vid underlåtenhet. Kravet på att underlåtenheten är relevant för orsakandet av effekten är viktigt för att begränsa de personer som kan anses vara ansvariga. Om inget krav på relevans ställs upp skulle alla underlåtelser att företa den underlåtna handlingen uppfylla orsaksrekvisitet. Det skulle vara irrelevant hur den underlåtande handlade, så länge denne inte företog den underlåtna handlingen skulle ansvar uppkomma.³⁴

Vid bedömningen om det kan anses att underlåtenheten har orsakat effekten görs följande hypotetiska test. Man föreställer sig, istället för vad som ägt rum i verkligheten, att den underlåtna handlingen hade företagits. Visar detta att effekten skulle ha uteblivit är underlåtenheten relevant för effekten. Den relevanta underlåtenheten är på detta sätt en nödvändighet för effekten. Det enda krav som ställs på den underlåtna handlingen, som skulle ha avvärjt effekten, är att den just har avvärjt effekten. Hur effekten skulle ha avvärjts anges ej, vilket innebär att den underlåtna handlingen är obestämd och skulle kunna vara ja eller nej. Det avgörande är att effekten har avvärjts. Om effekten hade inträffat trots att underlåtenheten hade företagits föreligger inget orsakssamband.³⁵ Det kan uppkomma situationer där den uppkomna effekten inte är helt bestämd, en situation där man inte kan säga att effekt har eller inte har uppkommit. Den underlåtande har företagit en handling som ändrar effekten till något annat än om den underlåtande hade underlåtit helt. Det måste göras en bedömning om den underlåtandes handling är tillräcklig för att inte ses som en underlåtenhet eller om det fastän den underlåtande har företagit något skall ses som en underlåtenhet. Strahl uttrycker det som så att underlåtenheten skall för att ådraga ansvar, kort uttryckt, ha tjänat något till och, kan man tillägga, tillräckligt mycket för att grunda ansvar.³⁶

³⁴ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 314f.

³⁵ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 315f; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 42.

³⁶ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 316.

3.3.2.4 Garantläran

Då underlåtenheten utgörs av att man låter något ske istället för att förhindra att det sker är det ett fysiskt orsakande av en effekt genom underlåtenhet. För att någon skall bli straffrättsligt ansvarig krävs det att denne har haft en särskild anledning att ingripa vilken framgår av den lära som kallas antingen för garantläran eller rättspliktsteorin. Garantlärans centrala innebörd är att det förväntas av vissa personer att göra mer än andra för att avvärja inträffandet av en effekt. Dessa personer, som det förväntas mer av, intar en garantställning.³⁷

Anledningen till att garantläran finns är för att begränsa kretsen av möjliga gärningsmän. Detta görs för att domstolen skall få ett hanterligt antal gärningsmän att beakta. Det skulle även ställa till stora problem för den enskilde att i alla möjliga situationer hindra att effekter inträffar. Alla underlåtna handlingar är inte lika klandervärda som ett orsakande genom handling och garantläran ger skäl för att den underlåtna handlingen skall anses vara lika klandervärd som ett orsakande genom handling.³⁸

Garantläran har huvudsakligen utformats med sikte på brott mot liv och hälsa. Dessa är främst effektbrott och hur effekten orsakas regleras oftast ej närmare. Härav kan en effekt orsakas genom ett stort antal olika underlåtenheter. Garantläran försöker lägga ansvaret på de som verkligen kan anses ha fysiskt orsakat en viss följd genom underlåtenhet.³⁹

I doktrinen råder det konsensus om att garantläran gäller. Däremot beskrivs garantläran olika i doktrinen. Huvudsakligen ges två olika synsätt. Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver en traditionsenlig garantlära som utgår från det rättsliga underlag som finns för en förväntan om att handla. Detta synsätt kallas ibland för rättspliktsteorin. Jareborg och straffansvarsutredningen har en annan utgångspunkt. De utgår antingen från ett subjekt eller ett objekt. Dessa skall den som intar en garantställning antingen hindra från att göra något eller skydda från att det skall hända dem något. Det övervakade subjektet kan utgöras av den som intar en garantställning, vilket innebär ansvar för sitt eget handlande.

Det som garantläran ger, oavsett vilket synsätt man utgår ifrån, är icke-straffrättsliga skäl för att någon skall anses vara straffrättsligt ansvarig för sin underlåtenhet. I doktrinen menar man att det krävs att en underlåtenhet är att se som lika straffvärd som den motsvarande handlingen för att straffansvar skall kunna uppkomma. Detta hänför sig till att ett påbud – du skall är svårare att följa än ett förbud – du får inte. Handlingsalternativen är betydligt snävare för påbuden än förbuden och därav krävs det att

³⁷ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 40f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 312.

³⁸ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 184.

³⁹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 184f.

underlåtenheten att följa påbudet måste anses vara lika straffvärt som den motsvarande handlingen för att straffansvar skall uppkomma. De faktorer som kan göra en underlåtenhet lika straffvärd som en handling är de som framgår av garantläran.⁴⁰

3.3.2.4.1 Skyldighet att handla enligt Leijonhufvud, Wennberg och Strahl

För det första kan en garantställning uppkomma därför att aktivitet påbjuds i lag, annan författning eller föreskrift meddelad av myndighet, vilket kan vara ett ansvar som uppkommer för t.ex. föräldrar genom vårdnadsplikten. Att det finns en skyldighet stadgad i lag, talar för att en garantställning föreligger, men det är inget som medför att det per automatik uppkommer ansvar enligt ett straffrättsligt lagrum. Den skyldighet som åligger föräldrar att ta hand om sitt barn kan, men måste inte, medföra ett straffrättsligt ansvar för föräldern.⁴¹

En garantställning kan uppkomma därför att aktivitet påbjuds i avtal. Personer som kan falla härunder är exempelvis badvakter, daghemspersonal, sjukvårdspersonal och fängvaktarpersonal. Dessa har i sitt arbete en skyldighet att förhindra skada. Därigenom har de åtagit sig att avvärja en effekt och kan därför anses inta en garantställning. Det torde krävas att den åtagande har trätt i funktion enligt åtagandet för att en garantställning skall kunna uppkomma. Ett åtagande grundar inte mer än en privaträttslig förpliktelse att handla.⁴²

Det tredje sättet att fastställa om det föreligger en garantställning har formulerats av Leijonhufvud och Wennberg som att ”Aktivitet krävs på grund av gärningsmannens eget föregående handlande”⁴³. Strahl använder termen ”farlighet”⁴⁴. Då en person intar en garantställning på grund av sitt eget föregående handlande innebär detta att denne har framkallat en farlig situation. Därefter har denne underlåtit att avvärja effekten. Det som åsyftas med begreppet farlighet är att hänföra till huvudsakligen två kategorier. För det första då någon har haft tillsyn över ett farligt objekt. Genom att brista i sin tillsyn har denne låtit något ske eller tillåtit att något har skett som medfört en olycka. För det andra är det situationer där någon har framkallat en farlig situation och underlåtit att avvärja faran.⁴⁵

⁴⁰ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 320f & 336f; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 187; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 42.

⁴¹ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 42-43; Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 322.

⁴² Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 43; Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 324.

⁴³ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 43.

⁴⁴ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 326.

⁴⁵ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 326f.

3.3.2.4.2 Övervakningsgarant och skyddsgarant enligt Jareborg och straffansvarsutredningen

3.3.2.4.2.1 Övervakningsgarant

Övervakningsgaranten har att avvärja risker som utgår från den övervakade källan. Förhållandet mellan det som skall övervakas och övervakningsgaranten bör förutsätta någon form av rättslig övervakningsplikt, befälsställning eller möjligtvis ett ansvar för kollegor, beroende på olika tolkningar av NJA 1987 s. 655.⁴⁶ Ställningen som övervakningsgarant kan te sig på tre olika sätt. Övervakningsgaranten kan ha en skyldighet att avvärja en fara som denne själv har framkallat, att avbryta ett av vissa andra igångsatt kausalförlopp eller att avvärja en fara från något annat.

Den skyldighet som åligger den som har att avvärja en fara som denne själv har framkallat är just att avvärja denna fara. Det är alltså inte själva fareframkallandet som medför ansvar. Krav ställs dock på själva framkallandet, endast framkallanden som utgör en otillåten gärning medför en skyldighet att avvärja fara. Svensk rätt visar på en stor återhållsamhet att påkalla skyldighet att avvärja fara som man själv har framkallat. Det kan tyckas märkligt att stor återhållsamhet gäller för ansvar för egen underlåtenhet i förhållande till det ansvar man har för andras underlåtenhet.⁴⁷

Underlåtenhet att avbryta ett av vissa andra personer igångsatt kausalförlopp har sedan länge likställts med orsakande genom eget handlande. Vid prövning om ansvar finns eller ej tänker man sig övervakningsgaranten i den övervakades ställe. Grundtanken är att någon har ansvaret för den som satt igång kausalförloppet och att det finns en förlitan på att den ansvarige skall verka för att riskerna inte förverkligas. De relationer som faller inom detta tankesätt är typiskt sett förälder – barn, förmyndare – myndig, överordnad – underordnad och lärare – skolbarn. Ansvar bör alltså förutsätta rättslig övervakningsplikt eller en befälsställning.⁴⁸

I vissa fall har någon en skyldighet att se till att andra inte kommer till skada på grund av farokällor som man äger eller besitter. Ansvaret omfattar att övervaka eller vidta skyddsåtgärder med avseende på farokällorna. Dessa farokällor kan vara djur, maskiner, byggnader osv. Ofta finns det i lag en skyldighet att skydda andra från skada, till exempel i reglerna om tillsyn för hundar.⁴⁹

⁴⁶ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 313; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 187 & 191.

⁴⁷ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 188f.

⁴⁸ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 189f.

⁴⁹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 191f.

3.3.2.4.2 Skyddsgarant

Skyddsgaranten är en beskyddare som i princip har en skyldighet att avvärja alla faror som hotar någon eller något, som skyddsgaranten har att skydda över. Skyldigheten kan vara begränsad till vissa typer av faror eller situationer. Det är tveksamt om skyddsgarantställningen går längre än till skydd för liv och lem. Skydd av egendom behöver alltså inte falla under skyddsgarantens ansvar.⁵⁰

För att någon skall inta en ställning som skyddsgarant torde det förutsättas antingen ett avhängighetsförhållande eller en relation där någon förlitar sig på någon annan, skyddsgaranten, att vid behov ingripa och att den som står i förlitan därför har utsatt sig för en risk eller har avstått från att vidta skyddsåtgärder. Härav uppkommer vanligtvis en skyddsgarantställning då det finns en nära levnadsgemenskap eller ett frivilligt åtagande. Den krets av personer som ingår i en nära levnadsgemenskap är oklar men kan med säkerhet sägas omfatta nära släktskap, medlemmar i ett hushåll och personer i en särskild farogemenskap. Då skyddsgarantställningen grundar sig på ett frivilligt åtagande är det inte avgörande om det finns ett avtal utan om det finns en faktisk skyddsställning. Ett faktiskt avtal ger dock ledning om vilken typ av skydd som följer av garantställningen. Denna garantställning skall, precis som vid ett avhängighetsförhållande, medföra att den som står under skydd har i förlitan på den andre utsatt sig för en risk eller avstått från säkerhetsåtgärder.⁵¹

En situation som påminner om när det föreligger ett frivilligt åtagande är då en person intar en särskild yrkesskyldighet. För ansvar på grund av denna särskilda yrkesskyldighet torde det krävas att denna innehåller en klar skyldighet att ge skydd åt personer eller egendom. Polismän, läkare, kriminalvårdare med flera kan omfattas av denna skyldighet i vissa situationer.⁵²

3.3.2.4.3 Sammanfattning av – garantläran

Garantläran skall tillämpas vid de underlåtenheter där man har låtit något ske istället för att förhindra att det sker. De som kan bli straffrättsligt ansvariga för sin underlåtenhet är de som förväntas att göra mer än andra för att avvärja inträffandet av effekten. Dessa har en särskild anledning att ingripa vilket framgår av garantläran. Då någon intar en garantställning medför garantläran att underlåtenheten är att se som lika straffvärd som den motsvarande handlingen.

⁵⁰ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 192f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 313.

⁵¹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 193.

⁵² Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 194.

De två synsätten ger i stort samma innehåll. Det som skiljer dem åt är användandet av olika termer och två olika infallsvinklar. Leijonhufvud, Wennberg och Strahl utgår från ett rättsligt underlag att handla medan Straffansvarsutredningen och Jareborg utgår från ett subjekt eller objekt.

Begreppet övervakningsgarant innefattar den tredje formen av oäkta underlåtenhetsbrott som Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver. Samtliga menar att framkallande av en farlig situation genom eget handlande och där man har underlåtit att avvärja effekten utgör en garantställning. Strahls begrepp farlighet innefattar även en tillsyn över ett farligt objekt som även omfattas av övervakningsgarant. Av Leijonhufvud och Wennbergs garantlära framgår det inte direkt att en sådan garantställning skulle finnas.

Begreppet skyddsgarant torde innefatta den andra typen av oäkta underlåtenhetsbrott som Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver. Att avtal eller ett frivilligt åtagande kan medföra en garantställning anser samtliga. Ett avtal eller ett frivilligt åtagande medför inte per automatik att det föreligger en garantställning men pekar på att så kan vara fallet.

De främsta skillnaderna som framkommer av de olika beskrivningarna av garantläran är att Leijonhufvud, Wennberg och Strahl menar att det uppkommer en garantställning på grund av aktivitet påbjuds i lag, annan författning eller föreskrift meddelad av myndighet. Garantläran som Jareborg och straffansvarsutredningen beskriver innehåller inslag av detta. För att man skall kunna anses vara övervakningsgarant torde det krävas någon form av rättslig övervakningsplikt eller befälsställning. Som övervakningsgarant kan man vara skyldig för andras beteende, vilket torde kräva någon form av rättslig övervakningsplikt eller befälsställning. Detta ansvar torde omfatta många av de situationer som Leijonhufvud, Wennberg och Strahl vill täcka in.

4 Gärningsmannaskap

4.1 Gärningsmannaskap i strikt mening

Ett brott kan begås på olika sätt och den eller de som begår brottet kan delas upp i en mängd olika kategorier. I svensk rätt finns begreppen gärningsman och medverkanden. Dessa två huvudbegrepp delas upp i ett flertal olika typer av gärningsmän och medverkanden. Här måste skiljas på att utföra ett brott, vilket är det centrala för gärningsmannaskapet i strikt mening, och att på annat sätt främja brottet, vilket är det centrala för medverkansbegreppet. Brott kan begås av en person ensamt eller av flera personer. Detta är i sig inte är avgörande för att skilja på gärningsmannaskap och medverkan. Då ett brott begås av en eller flera personer som var för sig uppfyller samtliga brottsrekvisit är de att betrakta som gärningsmän i strikt mening.

Gärningsmannaskapet i strikt mening innefattar ett utförande av brottet, inte att på annat sätt främja brottet, där den eller de som utför brottet måste ha uppfyllt alla brottsrekvisit var för sig. Kravet på att gärningsmannen skall uppfylla samtliga brottsrekvisit självständigt är det som skiljer gärningsmannaskap i strikt mening och de övriga formerna av gärningsmannaskap. Andra former av gärningsmannaskap är det utvidgade, vilket i sig innehåller olika typer, och medgärningsmannaskap.⁵³

4.2 Medgärningsmannaskap

Gärningsmannaskap i strikt mening innebär att en eller flera personer har utfört brottet och att dessa var för sig uppfyller samtliga brottsrekvisit. Medgärningsmannaskapet skiljer sig från det strikta gärningsmannaskapet på så sätt att det är flera personer som tillsammans utför brottet och uppfyller alla brottsrekvisit. För medgärningsmannaskap måste det föreligga ett gemensamt handlande. Av detta följer att det inte är nödvändigt att visa vad varje medgärningsman har gjort.⁵⁴

I det ordinära medgärningsmannaskapet kan inte en enskild medverkande på egen hand uppfylla alla brottsrekvisit, utan det krävs att flera personer har hjälpts åt med utförandet. Orsakandet av brottet ses utifrån ett gemensamt handlande och det är därför inte avgörande att kunna bestämma för varje medverkande vad denne enskilt faktiskt har gjort. De utför brottet

⁵³ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 180; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 401f; Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 274-281.

⁵⁴ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 402; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 181; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 125.

tillsammans, och det är var och ens faktiska deltagande som skall styrkas. Att flera personer utför ett brott tillsammans kallas för att de ”gemensamt och i samråd” eller ”tillsammans och i samförstånd” har utfört brottet. Medgärningsmännen skall vara införstådda med vad de andra gör. Det behöver inte föreligga någon uttrycklig överenskommelse men de måste vara införstådda med varandras medverkan. I det ordinära medgärningsmannaskapet deltar alla medverkande i utförandet av den brottsliga handlingen. De kan utföra såväl likartade som olikartade handlingar. Det gemensamma utförandet måste inte vara bokstavligt. Genom en arbetsfördelning mellan de medverkande kan det gemensamma utförandet även innefatta den som gjort mindre eller något som är längre bort från huvudförfarandet som till exempel vakthållning.⁵⁵

Det utvidgade medgärningsmannaskapet skiljer sig från det ordinära genom att alla medgärningsmännen inte utför gärningen utan att någon eller några endast kan anses ha främjat den.⁵⁶

⁵⁵ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 402; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:61f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 182ff; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 125f.

⁵⁶ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:62; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 126.

5 Medverkan

De enskilda brottsbeskrivningarna anger brott som utförs av en eller flera personer, som uppfyller samtliga brottsrekvisit. Då fler än en person på något sätt har begått ett brott tillsammans, utan att självständigt uppfylla brottsrekvisiten, blir 23 kap. 4 § Brottsbalken tillämplig, vilken behandlar medverkan. Medverkansbestämmelsen utvidgar straffansvaret för de enskilda straffbuden utöver vad som framgår i dessa på så sätt att den språkliga formuleringen i en brottsbeskrivning som pekar på en person även är tillämplig på flera personer.⁵⁷

Medverkansbestämmelsen omfattar även gärningsmän och inte endast medverkande. Skillnad måste, med avseende på medverkansbestämmelsen, göras mellan gärningsmän i strikt mening och övriga gärningsmän samt övriga medverkande. Den som är gärningsman i strikt mening har utfört gärningen medan de övriga som faller under medverkansbestämmelsen har främjat gärningen men har inte direkt utfört den. Dessa kan även betecknas som gärningsmän.⁵⁸

5.1 Medverkan, 23 kap. 4 § Brottsbalken

”Ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning skall ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som främjat denna med råd eller dåd. Detsamma skall gälla beträffande i annan lag eller författning straffbelagd gärning, för vilken fängelse är föreskrivet.

Den som inte är att anse som gärningsman döms, om han har förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det.

Varje medverkande bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Ansvar som är föreskrivet för gärning av syssloman, gäldenär eller annan i särskild ställning skall ådömas även den som tillsammans med honom medverkat till gärningen.

Vad som sägs i denna paragraf skall inte gälla, om något annat följer av vad för särskilda fall är föreskrivet.”

⁵⁷ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 175; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 175; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 397.

⁵⁸ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 401f.

5.2 Ringa medverkan, 23 kap. 5 § Brottsbalken

”Har någon förmåtts att medverka till brott genom tvång, svek eller missbruk av hans ungdom, oförstånd eller beroende ställning eller ock medverkat allenast i mindre mån, må straffet för honom sättas under vad för brottet eljest är stadgat; i ringa fall skall ej dömas till ansvar. Detsamma skall gälla, då fråga är att ansvar som är stadgat för någon i särskild ställning skall ådömas annan medverkande”

5.3 Gärningsmannaskap i förhållande till medverkan

Andra stycket i medverkansbestämmelsen ger att ”den som inte är att anse som gärningsman döms, om han har förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det”. Härav följer att den som inte är gärningsman i strikt mening kan bli ansvarig som anstiftare eller medhjälpare. Av andra stycket följer även att medverkansbegreppet omfattar någon som inte är gärningsman i strikt mening, utan är att anse som gärningsman. Den som är att anse som gärningsman omfattas av det utvidgade gärningsmannaskapet.⁵⁹

För att döma till ansvar för medverkan, anstiftan eller medhjälp, måste alltid medverkansbestämmelsen åberopas. Det utvidgade gärningsmannansvar härleds från medverkansbestämmelsen, men då någon skall dömas till ansvar, skall inte medverkansbestämmelsen åberopas.⁶⁰

5.3.1 Utvidgat gärningsmannaskap

Det utvidgade gärningsmannaskapet omfattar medverkanden som är att anse som gärningsmän. För att någon skall kunna anses vara gärningsman krävs att denne har spelat en så central roll i medverkan, att det är naturligt att betrakta denne som gärningsman. Det ställs dock inget absolut krav på att den som är att anse som gärningsman skall ha deltagit i utförandet av

⁵⁹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 411; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:59f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 179.

⁶⁰ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 416.

gärningen. För egenhändiga brott, där gärningsmannen endast kan vara den som personligen utför brottet, är utvidgat gärningsmannaskap uteslutet.⁶¹

5.3.1.1 Konverterat gärningsmannaskap

Det finns brottsbeskrivningar som kräver att gärningsmannen har varit ett så kallat specialsubjekt. Gärningsmannen skall vara en person i en särskild ställning eller med särskilda egenskaper. Då brott av denna typ utförs av flera gärningsmän och det finns ett specialsubjekt bland dessa, men då det är någon annan än specialsubjektet, som faktiskt har utfört brottet, talar man om konverterat gärningsmannaskap. I situationer som denna, byter den faktiske gärningsmannen och det främjande specialsubjektet plats i förhållande till det straffrättsliga ansvaret. Det främjande specialsubjektet blir att se som gärningsman, medan den faktiske gärningsmannen ses som en medverkande. Endast den som har främjat ett brott kan konverteras till gärningsman. Andra personer kan inte bli ansvariga enligt det konverterade gärningsmannaskapet. I medverkansbestämmelsens tredje stycke andra punkten ges uttryckligen ett ansvar för den som har medverkat till brott som utförts av syssloman, gäldenär eller annan i särskild ställning. Detta är medverkan till brott utförda av ett specialsubjekt. Det konverterande gärningsmannaskapet härleds dock inte från denna exemplifiering i lagtexten. Lagtexten anger medverkan till ett brott utfört av ett specialsubjekt, inte ett uttryck för det konverterade gärningsmannaskapet. Det konverterade gärningsmannaskapet följer av andra stycket där någon är att anse som gärningsman. Det främjande specialsubjektet är att anse som gärningsman enligt det konverterade gärningsmannaskapet.⁶²

5.3.1.2 Medelbart gärningsmannaskap

Denna form av gärningsmannaskap tillämpas på anstiftare, vilka anstiftat personer som har varit att se som viljelösa redskap i anstiftarens händer. Anstiftaren har varit hjärnan bakom brottet och straffas som gärningsman, genom det medelbara gärningsmannaskapet. I gällande rätt är medverkansansvaret självständigt från ansvaret för den utförande. Så har det inte alltid varit, vilket är orsaken till att det medelbara gärningsmannaskapet finns. Den som faktiskt hade utfört ett brott kunde i vissa situationer inte dömas till ansvar på grund av dennes tillstånd. Den utförande kunde till exempel lida av psykisk sjukdom eller vara ett barn. I äldre rätt kunde ingen dömas för medverkan om ingen kunde dömas som gärningsman för huvudbrottet. För att komma runt detta problem skapades det medelbara gärningsmannaskapet. I dag finns det sällan anledning att utnyttja det

⁶¹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 411; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:59f; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 179.

⁶² Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:60; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 179; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 125; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 413f.

medelbara gärningsmannskapet. Dock kan det ha viss betydelse för rubriceringen i samband med ringa medverkan, då straffnedsättning kan bli aktuellt.⁶³

5.4 Huvudbrottet

För att kunna medverka måste man medverka till något. Detta något skall vara en konkret handling eller underlåtenhet, som utgör en rättstridig gärning. Denna rättstridiga gärning, själva huvudbrottet, är grunden för medverkansansvaret och måste skiljas från den handling man har medverkat med. Medverkansansvaret är beroende av huvudbrottet på så sätt att medverkansansvaret inte kan omfatta mer än vad huvudbrottet faktiskt är. Var avsikten att medverka till ett rån, men endast en våldshandling utförs, kan medverkansansvaret inte bli till rån utan endast till misshandel.⁶⁴

5.4.1 Objektiva och subjektiva omständigheter

De objektiva omständigheterna är sådana som utgör huvudbrottet. Främst utgör brottsrequisiten för de olika straffbuden de objektiva omständigheterna. Eftersom de objektiva omständigheterna utgör huvudbrottet och då huvudbrottet är avgörande för vad man kan medverka till, är de objektiva omständigheterna av betydelse för alla medverkanden. De subjektiva omständigheterna är till skillnad från de objektiva hänförliga enbart till en medverkande personligen. I enlighet med 23 kap. 4 § tredje stycket första meningen Brottsbalken utgörs de subjektiva omständigheterna huvudsakligen av varje medverkandes uppsåt eller oaktsamhet.⁶⁵

Medverkansobjektet måste vara en otillåten gärning. En otillåten gärning kan vara ett självständigt eller osjälvständigt brott. Av detta följer att man kan medverka t.ex. till ett fullbordat brott, ett försök eller en annan medverkan.⁶⁶ Brottsrubriceringen för ett medverkansansvar kan alltså vara medverkan till stöld, medverkan till försök till stöld eller medverkan till medverkan till stöld.

Med avseende på de subjektiva omständigheterna måste åtskillnad göras mellan gärningsmannskapet och medverkan. Detta följer av att gärningsmannen inte har utfört någon medverkanshandling. Denne deltar i utförandet av huvudbrottet och skall ha subjektiv täckning för huvudbrottet.

⁶³ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:59; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 179ff; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 124; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 410.

⁶⁴ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 403.

⁶⁵ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 185f.

⁶⁶ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 403f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 185.

Den medverkande måste ha subjektiv täckning för dels huvudbrottet och dels för medverkansgärningen.⁶⁷

5.5 Främjande

Nedan kommer anstiftan och medhjälp att behandlas. Dessa två begrepp utgör den egentliga medverkan och det är genom dessa två begrepp ett främjande sker.⁶⁸

Ett juridiskt främjande skiljer sig från ett främjande i vanligt språkbruk. I ett vanligt språkbruk avses med främjande att underlätta eller företa något som varit ägnat att underlätta. I juridisk mening avses också ett underlättande men för detta underlättande ställs det lägre krav. Ett främjande av ett brott behöver inte vara mer än att ha utövat ett inflytande, som minst skall ha styrkt de övrigas uppsåt.⁶⁹

För att ett medverkansansvar skall uppkomma krävs det att den medverkande har främjat huvudbrottet. Om den medverkande ensamt har medverkat måste dennes medverkan ha varit nödvändig för brottets fullbordan. Är det dock så att det är flera som har medverkat är kravet på att medverkan skall ha varit en nödvändighet inte absolut. Varje medverkande är ansvarig för sin medverkan och detta ansvar är oberoende av om de andra medverkande kan hållas ansvariga eller ej.⁷⁰

Att delta kan vara tillräckligt för att uppfylla kravet på främjande, vilket grundar sig på att den medverkandes närvaro har haft en sådan inverkan att främjandet är uppfyllt. Deltagandet kan ha varit obetydligt, det saknar relevans. Det betydelsefulla är om ett främjande har skett eller ej. Detta visar sig bl.a. genom att obehövlig medverkan eller en medverkan som faktiskt har motverkat gärningen, kan ses som ansvarsgrundande medverkan. En obehövlig medverkan är en medverkan som har varit mer omfattande än nödvändigt. En medverkan som faktiskt har motverkat förberedelsen eller utförandet av gärningen kan vara ett klumpigt handlande, dåliga råd eller att tillhandahålla ett otjänligt hjälpmedel. Avgörande är den medverkandes syfte, har denne ett syfte att faktiskt motverka eller inte?⁷¹

⁶⁷ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 196; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 132; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:56ff.

⁶⁸ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 192.

⁶⁹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 406; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 187f.

⁷⁰ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:49ff; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 176ff.

⁷¹ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:52; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 129; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 188; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 406f.

En persons deltagandegärning måste ha främjat den brottsliga gärningen och är därmed beroende av vilken psykisk eller fysisk betydelse denna har haft för den brottsliga gärningen. En gärning som varken haft fysisk eller psykisk betydelse för huvudbrottets utförande kan inte ses som ett främjande. Att med gillande min titta på en misshandel är inte att se som en medverkan om detta faktiskt inte har främjat utförandet av brottet.⁷²

För att man skall kunna främja ett brott måste främjandet ske före eller samtidigt med brottets utförande. Det är inte möjligt att medverka till ett redan avslutat brott. Det kan dock uppstå situationer då det är oklart om ett brott är avslutat eller ej. Det efterföljande problemet är om man skall se den företagna gärningen som en medverkan eller som ett utnyttjande av en uppkommen situation eller efterföljande hjälp. I vissa situationer anses dock det brottsliga förfarandet fortsätta efter det att brottet har fullbordats. Vid rån kan det brottsliga utförandet fortsätta genom att befatta sig med det stulna efter rånets utförande. Här uppkommer en gränsdragning mellan medverkan till rån och häleri. Detta är också ett mer naturligt problem för de perdurerande brotten som till sin karaktär är sådana att de vanligtvis försätter trots att de har fullbordats. Olaga frihetsberövande fullbordas i och med inspärrandet, men brottet avslutas inte förrän inspärrandet upphör.⁷³

Flera personer har dömts för att de tillsammans och i samförstånd har främjat ett brott. Dessa hade inte självständigt uppfyllt krav för främjandet men genom sitt gemensamma handlande ansågs de ha främjat. Detta kallas för medfrämjandeskap.⁷⁴

5.5.1 Anstiftan

Att förmå någon att utföra en brottslig gärning är att anstifta. Utförandet är beroende av anstiftan så till vida att den anstiftande har förstärkt eller vidmakthållit den utförandes övertygelse om att begå brottet. Detta sker genom en psykisk påverkan som har gett den utförande tillräckliga skäl för att begå brottet. Denna påverkan behöver inte vara en övertalning, eller ett vilseledande. Det spelar ingen roll om den utförande har varit lättpåverkad, det avgörande är om påverkan har haft en avgörande betydelse för den utförandes beslut att utföra brottet. Flera personer kan anstifta, vilket kallas för medanstiftan.⁷⁵

⁷² Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 406f; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 129f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 188f.

⁷³ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 407; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:55f; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 190.

⁷⁴ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:63.

⁷⁵ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 409; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:52; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 129; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 192.

För ansvar för anstiftan krävs att anstiftaren har förmått någon till utförande av en gärning. Härav torde det sällan förekomma problem med att visa att den anstiftande har haft uppsåt till att gärningen skulle företas eller att den anstiftande faktiskt anstiftade någon. Dock kan anstiftarens uppsåt skilja sig från vad den utförande av brottet faktiskt har gjort. Följderna av en anstiftan kan bli mer omfattande än vad den anstiftande hade avsikt till. Anstiftansansvaret torde inte gå längre än vad den anstiftande har haft uppsåt till.⁷⁶

5.5.2 Medhjälp

Medhjälp är den tredje formen av medverkan och denna uppfyller inte kraven för anstiftan. Denna medverkansform föreligger då någon på annat sätt än anstiftan har främjat utförandet av ett brott genom råd eller dåd. Medhjälpen behöver inte ha varit en nödvändighet för brottet. Medhjälpen kan vara av både psykisk och fysisk natur, vilket kallas för att en medhjälpare främjat gärningen genom råd – psykiska medel eller dåd – fysiska medel.⁷⁷

Medhjälparen skall ha subjektiv täckning dels för huvudbrottet och dels för sin medverkansgärning. Den medverkandes uppsåt till sin medverkansgärning innefattar att den medverkande främjar huvudbrottet och uppsåt till de faktiska omständigheterna för medverkansgärningen. I förhållande till huvudbrottet skall den medverkande ha subjektiv täckning för att det skall komma till stånd. En taxichaufför som ovetande skjutsar en knarklangare är inte att se som en medhjälpare.⁷⁸

5.5.3 Undantag från medverkansansvar

I 23 kap. 4 § sista stycket Brottsbalken stadgas att undantag från medverkansansvaret skall göras om det är särskilt föreskrivet. Vissa lagrum uttrycker ett direkt undantag eller begränsningar i medverkansansvaret. Jareborg menar att det även skulle räcka med ett uttalande i lagmotiven för att uppfylla rekvisitetet föreskrivet.⁷⁹

Concursus necessarius utgör ett annat undantag. Detta är nödvändig medverkan till brott som är avsedda att skydda den som nödvändigt

⁷⁶ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 198; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 134.

⁷⁷ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 409; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:51; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 192f.

⁷⁸ SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 197; Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 133f.

⁷⁹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 398; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 191; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:50.

medverkar. Offret vid våldtäkt utför en nödvändig medverkan och är samtidigt skyddsobjektet för våldtäktsbestämmelsen. Offret skall inte anses vara straffansvarig. Kravet för att den som utgör en nödvändig medverkan skall vara fri från ansvar är att denne inte gjort mer än nödvändigt för att brottet skall ha kommit till stånd. Om medverkan går längre än så, kan den medverkande bli medverkansansvarig.⁸⁰

5.6 Ringa medverkan

Den som har medverkat till brott kan beroende på dennes medverkan få strafflindring eller t.o.m. straffrihet. Detta följer av 23 kap. 5 § Brottsbalken som behandlar ringa medverkan. Detta kan exempelvis ske för den som är att anse som ett viljelöst redskap i det medelbara gärningsmannskapet. Bestämmelsen omfattar alla former av medverkan som gärningsmannskap, medhjälp och anstiftan. Den som ensamt har utfört ett brott kan dock inte falla under bestämmelsens tillämpningsområde. Att någon medverkande omfattas av 23 kap. 5 § Brottsbalken påverkar inte de andras ansvar.⁸¹

Bestämmelsen om ringa medverkan omfattar de som har medverkat genom att ha blivit starkt påverkade eller de som har medverkat endast i mindre mån. Att ha medverkat i mindre mån är relativt i förhållande till de övriga som har medverkat. De faktorer som spelar in är hur man rent kvantitativt har medverkat på ett obetydligt sätt, den medverkandes avsikt och om den medverkande har agerat på ett icke-främjande sätt. Om en medverkandes medverkan har varit avgörande för huvudbrottet eller ej, är inget som skall tas hänsyn till.⁸²

⁸⁰ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 400; SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 191.

⁸¹ Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:73.

⁸² Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 23:74f.

6 Medverkan genom underlåtenhet

6.1 NJA 2003 s. 473

”Någon allmän skyldighet att ingripa mot annans brottslighet finns inte (jfr 23 kap 6 § BrB...). Den som utan att ingripa iakttar att någon annan begår ett brott kan normalt inte anses vara delaktig i brottet även om han skulle solidarisera sig med brottet, såvida han inte låter sin inställning komma till uttryck på ett sätt som är ägnat att styrka gärningsmannen i hans uppsåt. *Under vissa förutsättningar anses emellertid underlåtenhet att avvärja annans brott kunna bestraffas som medverkan enligt samma principer som gäller för s.k. oäkta underlåtenhetsbrott* [min kursivering](...). Detta innebär att straffbarhet förutsätter att den underlåtande intagit vad som i doktrinen brukar kallas en garantställning (...). Eller med andra ord att den underlåtande på grund av sin ställning får anses ha haft en särskild skyldighet att avvärja brott av visst slag. För ansvar krävs också att det kan anges på vilket sätt han skulle ha avvärvat brottet.”

6.2 Inledning

I detta kapitel kommer de två begreppen medverkan och underlåtenhet att läggas ihop. Således kommer detta kapitel att behandla medverkan genom underlåtenhet. Vad medverkan genom underlåtenhet är har HD beskrivit och sammanfattat på ett utmärkt sätt i det ovan citerade stycket från NJA 2003 s. 473. NJA 2003 s. 473 berör dock enbart ett fysiskt orsakande genom underlåtenhet, att underlåta att avvärja annans brott.

Vad har då HD sagt i NJA 2003 s. 473? Inledningsvis konstaterar HD att det inte finns någon allmän skyldighet att avvärja annans brottslighet. Att HD skriver jämför 23 kap. 6 § Brottsbalken har den anledningen att den bestämmelsen ger en allmän, dock begränsad, skyldighet att handla. Denna skyldighet att handla är begränsad till vissa situationer eller vissa brott. Att underlåta att handla då man har en skyldighet att handla enligt 23 kap. 6 § Brottsbalken är straffbart. I styckets andra mening framgår det att man inte nödvändigtvis är straffrättsligt ansvarig för att man står och ser på, att man är en åskådare (jfr ”Kodemordet” avsnitt 3.2.2.1). Inte heller skall man straffas för sina tankar. En persons tankar måste ha kommit till uttryck på något sätt för att kunna grunda straffrättsligt ansvar. Det minsta som krävs är vad HD uttrycker som att man skall ha styrkt gärningsmannen i sitt

uppsåt. Av stor betydelse för denna uppsats är det som följer. HD slår fast att medverkan genom underlåtenhet kan ge straffansvar enligt samma principer som gäller för de oäkta underlåtenhetsbrotten. Vilket är att den underlåtande måste anses inta en garantställning för att straffansvar skall kunna uppkomma. Detta gäller enbart vid fysiskt orsakande genom underlåtenhet, då man har underlåtit att avvärja annans brott. För psykisk underlåtenhet ställs inte detta extra krav. HD:s avslutande mening om att det krävs att det kan anges på vilket sätt den underlåtande skulle ha handlat följer av NJA 1989 s. 552.

6.3 Medverkan genom underlåtenhet i förhållande till 23 kap. 4 § Brottsbalken

Att medverkan kan ske genom underlåtenhet är förenligt med medverkansbegreppet, eftersom medverkansbegreppet inte enbart behöver innefatta en handling. Främjande av en gärning genom råd eller dåd är möjligt att göra genom underlåtenhet. Alltså kan en underlåtenhet ses som medverkan till annans brott.⁸³

6.4 Medverkan genom underlåtenhet i förhållande till 23 kap. 6 § Brottsbalken

”I BrB 23:6 stadgas om underlåtenhet att avslöja eller hindra brott. De två sistnämnda brottsformerna [underlåtenhet att avslöja eller hindra brott] kommer här att behandlas som specialfall av medverkan [genom underlåtenhet]”⁸⁴.

I doktrinen har det ansetts att 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken, skyldigheten att hindra någon annan att begå ett brott, borde vara ett specialfall av medverkan genom underlåtenhet. Exakt hur 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken och medverkan genom underlåtenhet förhåller sig till varandra är oklart. Närmare bestämt är det hur 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken förhåller sig till övervakningsgaranten och dennes skyldighet att avbryta ett av vissa andra personer igångsatt kausalförlopp. Om 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken ensamt skulle reglera ansvar för annans handlande skulle en icke önskvärd situation uppstå. Anledningen till detta är att 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken kräver att gärningsmannen har

⁸³ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 421.

⁸⁴ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 397.

såväl objektiv som subjektiv täckning. Om gärningsmannen till exempel saknar subjektiv täckning skulle inget straffansvar uppkomma enligt 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken för dels gärningsmannen men även för den medverkande då inget huvudbrott finns att medverka till. Ofta exemplifieras detta genom att en förälder låter sitt oförstående barn begå ett brott. Då barnet saknar subjektiv täckning är även den väl medvetne föräldern utan ansvar. Detta vore en icke önskvärd situation och därför torde 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken utgöra en specialreglering. 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken torde vara sekundär i förhållande både till oäkta underlåtenhetsbrott, gärningsmannans ansvar, och till medverkan genom underlåtenhet då ett främjande har skett.⁸⁵

6.5 Olika typer av medverkan genom underlåtenhet

Medverkan genom underlåtenhet kan ske antingen genom en psykisk eller fysisk underlåtenhet. Det är skillnad på de krav som uppställs på psykisk och fysisk underlåtenhet för att de skall leda till straffrättsligt ansvar. Den fysiska underlåtenheten kan endast medföra straffansvar enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten enligt NJA 2003 s. 473. Detta skiljer sig från den psykiska underlåtenheten där straffansvar inte grundar sig på principerna från de oäkta underlåtenhetsbrotten.

Det brott som man har underlåtit att avvärja kan vara såväl ett effektbrott som ett beteendebrott. Detta följer av att medverkansbestämmelsen säger att man skall ha främjat annans gärning med råd eller dåd. Där görs ingen skillnad på effektbrott eller beteendebrott.⁸⁶

6.5.1 Psykisk underlåtenhet

Jareborg menar att medverkan genom psykisk underlåtenhet kan ske genom såväl anstiftan som psykisk medhjälp. Anstiftan genom underlåtenhet medför en psykisk påverkan som leder till att någon begår ett brott. Denna psykisk påverkan behöver dock inte vara en nödvändighet för den andres gärning. Psykisk medhjälp genom underlåtenhet kan te sig som uppmuntran. Psykisk medhjälp kan även vara en underlåtenhet att uttrycka missnöje när någon intar en ställning som medför en förväntan att uttrycka missnöje, vilket följer av NJA 1987 s. 655 och RH 1994:70.⁸⁷

⁸⁵ Jfr SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, s. 313 & 324f; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 190f.

⁸⁶ Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 336.

⁸⁷ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 421f.

Medverkan genom en psykisk underlåtenhet som består av tystnad eller passivitet innebär inte en tillämpning av principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten. Skulle tystnad eller passivitet omfattas skulle det innebära att det straffbara skulle vara en underlåtenhet att ingripa, oberoende av om gärningsmannen uppfattat tystnaden eller passiviteten. Det krävs att den som utför brottet har uppfattat att tystnaden eller passiviteten har utgjort ett psykiskt stöd för denne för att ett medverkansansvar skall uppkomma för den som är tyst eller passiv.⁸⁸

6.5.2 Fysisk underlåtenhet – underlåtenhet att avvärja annans brott

Fysisk underlåtenhet är fysisk medhjälp. Fysisk medhjälp genom underlåtenhet föreligger i de fall då någon har låtit något ske istället för att förhindra att det sker. Man underlåter att göra något som man har en skyldighet att göra och på så sätt underlättas och främjas den andres gärning. Fysisk medhjälp exemplifieras ofta genom portvakten som underlåter att låsa dörren i syftet att underlätta ett inbrott. Fysisk medhjälp kan endast medföra straffansvar enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten vilket har fastslagits i NJA 2003 s. 473. Härav krävs att den underlåtande har intagit en garantställning och att man kan ange hur den underlåtande skulle ha handlat.⁸⁹

6.6 Sammanfattning av – principerna för oäkta underlåtenhetsbrott

Att den aktuella underlåtenheten kan falla under en brottsbeskrivning är det första som måste undersökas. Brottsbeskrivningen måste, utan en kränkning av legalitetsprincipen, anses kunna utföras genom underlåtenhet.

Det underlåtna måste ha varit relevant för effektens uppkomst. Kravet på relevans ställs upp för att begränsa den möjliga personkretsen till de som hade kunnat göra något och vars underlåtenhet därigenom är relevant. Att underlåtenheten skall vara relevant omfattar ett orsaksrekvisit som medför ett hypotetiskt test. Det hypotetiska testet innebär att man föreställer sig, istället för vad som ägt rum i verkligheten, att den underlåtna handlingen hade företagits. Om effekten hade uteblivit anses underlåtenheten ha haft relevans och därigenom varit en nödvändighet.

⁸⁸ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 132.

⁸⁹ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 131; Jfr Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 422.

Därefter skall bedömas om den underlåtande har intagit en garantställning eller ej, om den underlåtande på grund av sin ställning haft en särskild skyldighet att avvärja brottet. Som det framgår av doktrinen är frågan om att bedöma om underlåtenhet är lika straffvärd som den motsvarande handlingen.

Huvudsakligen ges två olika synsätt på garantläran. Leijonhufvud, Wennberg och Strahl beskriver en traditionsenlig garantlära som utgår från det rättsliga underlag som finns för en förväntan om att handla. Detta synsätt kallas ibland för rättspliktsteorin. Borgeke och Jareborg utgår antingen från ett subjekt eller ett objekt. Dessa skall garanten antingen hindra från att göra något eller skydda från att det skall hända dem något.

6.7 De objektiva och subjektiva rekvisiten

Då någon har medverkat genom underlåtenhet behöver den underlåtande inte uppfylla brottsrekvisit så som det krävs av en gärningsman. Den som har medverkat brister på den objektiva sidan i jämförelse med gärningsmannen. Dock krävs det att den medverkande har haft subjektiv täckning. Den underlåtande måste vid ett uppsåtligt brott ha uppsåt till att huvudbrottet skall komma till stånd i det avseendet att den underlåtande har medverkat till den andres handlande. Likväl måste uppsåt föreligga i förhållande till att den underlåtande förstår att gärningen skall komma till stånd om denne inte ingriper. Den underlåtande torde även krävas att förstå att denne intar en garantställning. Vid oaktsamhet krävs det att den underlåtande har varit oaktsam i förhållande till gärningen.⁹⁰

⁹⁰Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad brotten angår, s. 337f.

7 Praxis

Den rättspraxis som kommer att redogöras för nedan behandlar i samtliga fall underlåtenhet. Det rör sig både om rättsfall angående oäkta underlåtenhetsbrott och rättsfall specifikt om medverkan genom underlåtenhet. Detta följer av att principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten även kan ha betydelse för medverkan genom underlåtenhet.

7.1 NJA 1987 s. 655

En polisbuss med sex poliser patrullerade Stockholms innerstad under en fredagskväll. En person L.F., som tidigare hade gett polisen narkotikarelaterad information och som rörde sig bland narkomaner, tillkallades. L.F. ombads kliva in i polisbussen vilket han gjorde. Därefter har L.F. belagts med handfångslen och körts till en avsides och öde plats på Skeppsholmen där han har släppts av. Färden skedde mot L.F:s vilja och L.F. tvingades med våld att följa med. Det saknades laga grund att vidta dessa åtgärder mot L.F. och de var att se som olaga tvång.

Åtalet mot en av poliserna, S-Å.W., gällde att han hade underlåtit att förhindra de olagliga åtgärder som vidtogs mot L.F. Först prövade HD om S-Å.W. hade intagit en särskild ställning som förman, vilken skulle medfört en skyldighet att handla. En sådan förmansställning ansågs S-Å.W. inte stå i. HD uttalade dock följande ”När en grupp poliser som i det aktuella fallet tjänstgör gemensamt, måste emellertid var och en av dem anses ha ett visst ansvar för vad som händer i gruppen. Även den som inte har en befälställning måste anses skyldig att ingripa, om han ser att någon annan i gruppen vidtar en uppenbart lagstridig åtgärd, med den påföljden att han annars kan bli medansvarig för det skedda.” HD fortsätter med att konstatera att ett ingripande från S-Å.W. inte skulle ha saknat verkan. Med anledning av det sagda fann HD att S-Å.W. var att anse som straffrättsligt ansvarig för sin underlåtenhet att förhindra de mot L.F. vidtagna åtgärderna så att S-Å.W. skall anses ha medverkat till olaga tvång.

HD har med detta rättsfall lagt fram en skyldighet för polismän i grupp att ingripa mot annan polis i gruppen om denne företar en uppenbart lagstridig handling. Vid underlåtenhet att ingripa föreligger ett medverkansansvar genom underlåtenhet. Jareborg menar att detta rättsfall tillsammans med RH 1994:70 pekar på att det kan finnas en skyldighet att uttrycka missnöje då en sådan reaktion är förväntad.⁹¹

⁹¹ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 422; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 24:71.

7.2 NJA 1989 s. 552

Under natten den 2 maj 1987 har C.J., som förare, och K.N., som passagerare, framfört en bil. C.J. och K.N. har blivit förföljda av en annan bil. Den förföljande bilen hade vid ett tillfälle blockerat vägen och då har C.J. passerat denna. En av passagerarna, M.T., i den blockerande bilen hoppade då upp på motorhuven på den bil som C.J. framförde. Det som hände därefter var att K.N., bilens passagerare, genom att påverka gaspedalen accelererat upp bilen till en hastighet av ca 70 km/h i syfte att ”skaka av sig” M.T.. Sedan har en kraftig inbromsning skett då K.N. har tryckt på bromspedalen med följd att M.T. har kastats av och befunnit sig framför bilen. K.N. har återigen accelererat bilen och de har då kört över M.T. som fastnade under bilen. Med M.T. fastklämd under bilen har de fortsatt i ca 2,5 kilometer innan de har blivit tvungna att stanna då bilen har blivit manöveroduglig genom M.T.s medsläpande under bilen. M.T. avled av sina skador.

Åtalet mot C.J. gällde att hon hade underlåtit att ingripa för att förhindra den farliga situation som hade uppstått.

HD konstaterar att C.J. har haft möjligheten att ingripa för att få stopp på bilen och att ett sådant ingripande sannolikt skulle ha minskat riskerna för att M.T. skulle komma till skada. Den underlåtenhet som HD har att pröva är C.J.s underlåtenhet att trampa på bromspedalen.

HD uttalar följande angående C.J.s underlåtenhet att trampa på bromspedalen ”Av utredningen i målet framgår att stämningen i bilen var uppjagad redan när C.J. började köra förbi den blockerande bilen. Upphetsningen måste ha ökat när M.T. hoppade upp på motorhuven. C.J.s uppgift att K.N.s ingripande i körningen kom oväntat för henne får tas för god. Det kan inte rimligen krävas att C.J., som måste styra bilen, under dessa omständigheter och med den korta tid som stod till buds skulle hinna besluta sig för någon ytterligare åtgärd för att förhindra en olycka. Hennes underlåtenhet att trampa på bromspedalen kan därför inte läggas henne till last som ovarsamhet.”

Härav lämnade HD åtalet utan bifall.

Av detta rättsfall följer att vid underlåtenhet att avvärja annans brott krävs det att man kan ange hur den underlåtande skulle ha agerat och att det underlåtna skulle ha tjänat någonting till.⁹²

⁹² Norée, Annika: Underlåtenhet inget brott utan stöd i lag, JT 2003/04, s. 976.

7.3 RH 1994:70

Två poliser, Tomas och Christer, patrullerade i centrala Göteborg. De blev ombedda att kontrollera en berusad kvinna, möjligtvis prostituerad. Polismännen kom i kontakt med kvinnan. Kvinnan var berusad och gjorde sexuella närmande på polismännen. Hon ombads att sätta sig i polisbilen för att vänta på sin sambo, som skulle komma till platsen inom kort. Med kvinnan och Tomas i baksätet körde Christer dem till en avsides och enslig plats. Kvinnan utförde där oralt samlag på Tomas i baksätet.

Det relevanta är Christers underlåtenhet att ingripa mot Tomas handlande. HovR fann att något huvudbrott inte hade skett, vilket utesluter medverkan. Det som hade hänt var inte att se som myndighetsutövning, vilket åtalet gällde. Tomas och Christer hade enligt HovR handlat klandervärt men deras beteende kan inte medföra en straffrättslig påföljd.

Jareborg menar att rättsfallet, tillsammans med NJA 1987 s. 655, pekar på att det kan finnas en skyldighet att uttrycka missnöje då detta är förväntat.⁹³

7.4 NJA 2000 s. 92

Reservofficeren C.S. stod åtalad för att ha underlåtit att lämna tillbaka ett tjänstetidsvapen. C.S. hade fått ett meddelande från försvarsmakten om att alla tjänstetidsvapen skulle återlämnas och C.S. hade vetskap om att så var fallet. I meddelandet, som det är klarlagt att C.S. har fått, framgår det inte något datum som tjänstetidsvapnet skulle vara inlämnat. Meddelandet fick C.S. den 6 februari 1995. C.S. tillkallades till polisförhör den 15 november 1995 och i samband med detta polisförhör återlämnades tjänstetidsvapnet. C.S. var åtalad för olaga vapeninnehav under tiden den 5 juni – den 14 november.

HD fann att C.S. underlåtenhet medförde ansvar för olaga vapeninnehav.

Åtalet gällde från den 5 juni medan C.S. hade fått meddelandet om att lämna in tjänstetidsvapnet redan den 6 februari. Detta beror på att tiden däremellan utgjordes av C.S. rätt till skäligt rådrom. Vid åtal för underlåtenhet skall alltid beaktas ett skäligt rådrom för den åtalade.⁹⁴

⁹³ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 422.

⁹⁴ Norée, Annika: Underlåtenhet inget brott utan stöd i lag, JT 2003/04, s. 976.

7.5 NJA 2003 s 254

J.S.S. hade förvarat pengar åt E.V.R. i sin lägenhet. Efter att förvaringen hade påbörjats fick hon kännedom om att pengarna härrörde från narkotikabrottslighet. Det är klarlagt att J.S.S. därefter inte har vidtagit någon åtgärd med pengarna.

”Frågan i Högsta domstolen är i första hand om J.S.S.s förhållningssätt, att låta de pengar hon hade i sitt förvar ligga kvar i lägenheten sedan hon fått vetskap om att pengarna härrörde från narkotikabrottslighet, innebär att hon därigenom gjort sig skyldig till narkotikabrott eller om hon i stället skall dömas för det underliggande penninghäleriet”

J.S.S. fick först vetskap om att pengarna kom från narkotikabrottslighet då hon redan hade pengarna i sitt förvar. I och med detta menade HD att hennes straffrättsliga ansvar endast kunde omfatta en underlåtenhet att vidta åtgärder. HD ansåg att J.S.S.s underlåtenhet att vidta någon åtgärd inte kunde fölla till ansvar för narkotikabrott. Den enda skyldighet som uppkom för J.S.S. i denna situation var att anmoda ägaren till pengarna att hämta dessa. Då denne satt häktad och då budbäraren flera gånger hade avböjt att ta emot pengarna ansågs J.S.S.s underlåtenheten ej medföra ansvar.

Att J.S.S. var åtalad som gärningsman beror på att den person hon förvarade pengarna åt E.V.R. var häktad. I och med att E.V.R. var häktad kunde hennes förvaring av pengarna inte längre anses kunna främja narkotikahandel, vilket är ett krav. Härigenom kunde J.S.S. inte anses medverka genom underlåtenhet till E.V.R.s narkotikabrott, då något narkotikabrott objektivt inte förelåg.

7.5.1 Vilka skyldigheter uppkommer vid insikt om att man har vederlag för narkotika i sin besittning?

Besittning av vederlag för narkotika jämförs med häleribrottet, 9 kap. 6 § Brottsbalken. Den som får insikt om att den har stöldgods i sin besittning är ej straffrättsligt ansvarig för häleri om denne förhåller sig helt passiv till stöldgodset. HD menar att det finns utrymme att göra en annorlunda bedömning för narkotikabrott, att passivitet vid ett narkotikabrott kan medföra ansvar.

- Det finns ingen skyldighet vid straffansvar att överlämna vederlag för narkotika till polis eller annan myndighet eller vidta någon annan åtgärd som skulle innebära förskingring eller olovligt förfarande.

- Det finns ingen skyldighet att befordra pengarna till ägaren eller den som företräder dennes intressen. Sådan befordran skulle dock vara straffri.
- Det finns en skyldighet att anmoda ägaren eller annan att hämta pengarna om detta är möjligt. Underlåter man att göra detta får det anses rimligt att straff kan följa.

7.6 NJA 2003 s 361

S.K. hade mellan den 23 och 27 augusti 2002 haft narkotika på sin vind åt annan person. När S.K. hade fått paketet i sin besittning tyckte han att paketet såg misstänksamt ut. Han flyttade paketet till vinden. Senare samma dag, den 23 augusti, fick S.K. reda på att paketet innehöll narkotika. S.K. blev mycket upprörd och förklarade för ägaren av narkotikan att han vägrade att ha narkotikan hemma hos sig. Han krävde att ägaren skulle hämta narkotikan. Då så inte skedde och då S.K. insåg att så inte heller skulle ske lämnade han den 27 augusti över narkotikan till polisen.

Åtalet mot S.K. hade följande lydelse: ”S.K. har under några dagar fram till natten den 28 augusti 2002 i sitt vindsförråd på A. olovligen förvarat *eller innehaft* 4274 gram heroin, som är narkotika. – Brottet är grovt med särskilt beaktande av art och mängd narkotika.”

Straffansvar kan enligt HD endast uppkomma om S.K. har haft en realistisk chans att avbryta förvaringen tidigare än vad han gjort utan att göra sig skyldig till en straffbar handling. De krav som skall ställas på S.K. skall utgå från dennes individuella förutsättningar och omständigheter i det konkreta fallet. Vilket också innefattar en bedömning om skäligt rådrum, det vill säga det utrymme S.K. skall ha för att tänka över sin situation.

I NJA 2003 s. 254 slog HD fast att ren passivitet i förhållande till besittning av vederlag för narkotika kan medföra straffansvar. HD menar att detta måste gälla i högre grad då det gäller besittning av narkotika.

Har då S.K. enligt HD företagit en straffbar underlåten genom att vänta till den 27 augusti med att avbryta förvaringen av narkotika? Nej, S.K.s underlåtenhet låg inom det skäliga rådrummet. Det skäliga rådrummet skall bedömas efter den underlåtandes individuella förutsättningar och de konkreta omständigheterna. S.K.s tillstånd av panik och desperation, de ur hans synvinkel små chanserna att komma ur situationen, riskerna för att inte bli trodd av polis och utsatt för repressalier av ägarna till narkotikan var de faktorer som medförde att S.K. ansågs ha handlat inom skäligt rådrum.

7.6.1 Vilka skyldigheter uppkommer vid insikt om att man har narkotika i sin besittning?

- Det krävs inte att den som har kommit i besittning av narkotika skall befordra denna till ägaren eller den som företräder ägarens intressen. Detta beror på att sådan hantering av narkotikan är straffbelagd.
- Man kan inte kräva av den som kommit i besittning av narkotika skall förstöra eller undanska narkotikan. Då detta är olaglig befattning med narkotika.
- Att förmå ägaren av narkotikan att återta denna kan leda till straffrihet, det vill säga att underlåta att förmå ägarna att återta narkotikan kan medföra straffansvar. Dock är möjligheten till straffrihet här mindre än gällande vederlag för narkotika. Detta beror på det starka intresset av att narkotikan ej skall komma ut bland narkomaner.
- Att omedelbart ta kontakt med polisen är det HD menar att man skall göra i en situation som denna. Det aktuella brottet, grovt narkotika brott, omfattas inte av 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken – att anmäla eller avslöja brott. Att någon ändå skall ta kontakt med polisen följer av den starka viljan om att narkotikan inte skall komma i omlopp. Det går bra att anonymt överlämna narkotikan till polis. Har man inte denna möjlighet måste man ändå överlämna narkotikan. En underlåtenhet att överlämna narkotikan till polis medför straffansvar.

7.7 NJA 2003 s. 473

Det är med anledning av detta rättsfall som man i doktrinen har slagit fast att ”underlåtenhet att avvärja annans brott under vissa förutsättningar kan bestraffas som medverkan enligt samma principer som gäller för oäkta underlåtenhetsbrott”⁹⁵.

K.S. ägde en bostadsrätt där han hyrde ut ett rum till Ji.M. som förvarade narkotika i sitt rum, vilket K.S. hade vetskap om. Frågan är om K.S.s godtagande av Ji.M.s förvaring av narkotika gjort honom skyldig till narkotika brott eller medverkan till sådant brott. Underlåtenheten har bestått av ett godtagande av förvaringen.

HD slog fast att Ji.M. var gärningsman till förvaringen av narkotikan vilken K.S. skulle kunna anses ha medverkat till. K.S. hade godtagit Ji.M.s förvaring av narkotika, vilket inte var tillräckligt för att K.S. skulle omfattas av det utvidgade gärningsmannaskapet eller ses som medgärningsman. I utredningen fanns det inget stöd för att påstå att K.S. skulle ha främjat

⁹⁵ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s.132.

förvaringen, endast ett godtagande hade skett. Därför kunde inte K.S. ses som medhjälpare. Det HD hade kvar att pröva var K.S.s underlåtenhet att ingripa mot Ji.M.s brott.

Då HD prövar K.S.s underlåtenhet konstateras det först att det inte finns någon allmän skyldighet att ingripa mot annans brottslighet. Dock kan underlåtenhet att avvärja annans brottslighet bestraffas som medverkan genom underlåtenhet enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten. Vilket innebär att straffansvar kräver att den underlåtande har intagit en garantställning.

Det som talar för att K.S. skulle ha intagit en garantställning är att denne har varit innehavare av lägenheten. Ji.M. förvarade narkotikan i det rum han hyrde för egen del. För detta rum kan K.S. ej anses inta en garantställning på grund av att han var innehavare till lägenheten. Således föreligger inget straffrättsligt ansvar.

7.8 NJA 2004 s. 797

J.S. hade gömt narkotika hemma hos sin svärmor B.K. utan dennes vetskap. Då J.S. senare satt häktad berättade han för sin fru T.K.S., tillika B.K.s dotter, att han förvarade narkotika i B.K.s badrum i en väska. T.K.S. kontrollerade att väskan fanns där men rörde den aldrig.

HD fastslog att det var J.S. som förvarade narkotikan, fastän att han satt häktad, då han hade placerat narkotikan i badrummet utan att tala om det för B.K. eller T.K.S. och hade fritt tillträde till lägenheten. T.K.S. har inte på något sätt hjälpt J.S.s vid förvaring av narkotikan. Den omständigheten att T.K.S. har haft fritt tillträde till lägenheten efter det att hon har fått vetskap om narkotikan medför inte att hon skall anses ha innehaft eller förvarat narkotikan. Hon har i övrigt inte gjort något som kan anses vara medverkan till J.S.s förvaringsbrott.

Det som HD hade kvar att pröva var om T.K.S. kunde anses vara straffrättsligt ansvarig för att ha underlåtit att ingripa mot annans brott, J.S.s förvaring av narkotika. HD konstaterade att underlåtenhet kan bestraffas som medverkan enligt principerna för oäkta underlåtenhetsbrott, så som har angetts i NJA 2003 s. 473. Vilket då kräver en särskild skyldighet att avvärja brottet. Att T.K.S. har haft vetskap och fritt tillträde till narkotikan är inte tillräckligt för att hon skall ha en skyldighet att ingripa. T.K.S.s underlåtenhet kan därför inte medför ansvar genom underlåtenhet till J.S.s förvaringsbrott.

7.8.1 Att vara bekant med en knarkare

Med anledning av NJA 2004 s. 797 har Sverker Jönsson författat artikeln ”Att vara bekant med en knarkare – tankar kring ett prejudikat angående innehav av narkotika”⁹⁶. Bakgrunden till artikeln är att vara bekant med en knarkare kan anses vara straffbart, att underlåta att ingripa mot dennes brott kan vara straffbart. Detta är en olycklig problematik då även knarkare kan ha vänner, familj och hyresvärd. Till denna verklighet måste straffrätten finna ett förhållningsätt menar Jönsson.

Det följer av rättspraxis att det ställs hårda krav då man har kommit i besittning av narkotika men även för vederlag för narkotika. Detta grundar sig på den starka önskan om att förhindra efterföljande narkotikabrott. Det påbud som uppkommer är att den som har kommit i besittning skall se till att narkotikan eller vederlaget för narkotikan skall omhändertas av polis.⁹⁷

Jönsson menar att de personer som har kommit i besittning av narkotika hamnar i en svår situation. Denna situation kan också ha uppkommit slumpmässigt, man har inte själv gjort något för att komma i besittning. Detta har skett på grund av faktorer utanför en själv. Härav menar Jönsson att det är viktigt att straffrätten hittar ett förhållningsätt till denna typ av situationer då själva vetskapen om var den bekante förvara narkotika kan medföra straffansvar.

7.9 NJA 2007 s. 805

L.L. har haft ansvaret för en så kallad elektronisk anslagstavla. På denna anslagstavla har signaturen Karl-Göran insänt meddelanden som har haft karaktären av hets mot folkgrupp. L.L. har underlåtit att ta bort dessa meddelanden. Istället har han svarat på dem. Enligt lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS – lagen) 5 § har den som är ansvarig för den elektroniska anslagstavlan att ta bort meddelande som till exempel är av karaktären hets mot folkgrupp.

Åtalet hade följande lydelse ”Genom att L.L. inte hade tagit bort meddelandena från signaturen ?Karl-Göran?, utan istället valt att låta dem stå kvar och svara på dem har L.L. skapat utrymme för Karl-Göran att framföra sina meddelanden. L.L. har på så sätt medverkat till att ge spridning åt Karl-Görans straffbara meddelanden. Därmed har L.L. främjat

⁹⁶ Jönsson, Sverker: Att vara bekant med en knarkare – tankar kring ett prejudikat angående innehav av narkotika, JT 2005/06, s. 652.

⁹⁷ Jfr NJA 2003 s. 254 & NJA 2003 s. 361.

Karl-Görans gärning. L.L:s åtgärder skall därför i första hand bedömas som medhjälp till hets mot folkgrupp”.

HD inleder med att konstatera att L.L. har ansvarat för den elektroniska anslagstavlan och att han har underlåtit att ta bort meddelandena från tjänsten.

Det L.L. har underlåtit är att ta bort Karl-Görans meddelanden från den elektroniska anslagstavlan. Denna underlåtenhet har uppkommit i tiden efter det att Karl-Göran har fullbordat sin gärning. Då hets mot folkgrupp inte är ett perdurerande brott kan L.L. inte anses ha främjat Karl-Görans gärning. Det föreligger inget ansvar för medhjälp genom underlåtenhet för L.L.

HD prövar härefter om man kan se L.L. skyldig som gärningsman till hets mot folkgrupp genom underlåtenhet. HD prövar L.L.s ansvar som ett oäkta underlåtenhetsbrott. Hets mot folkgrupp kan enligt HD utföras genom underlåtenhet och hets mot folkgrupp kan då medföra ansvar som ett oäkta underlåtenhetsbrott. För att ansvar för hets mot folkgrupp skall uppkomma genom underlåtenhet krävs att underlåtenheten ses lika straffvärd som ett handlande. L.L.s underlåtenhet kan enligt HD inte anses vara lika straffvärd som ett aktivt spridande av meddelanden. Det föreligger inget gärningsmannansvar för L.L.

Två domare var skiljaktiga och anförde följande. Underlåtenhet att avvärja en effekt kan bestraffas enligt principerna för så kallade oäkta underlåtenhetsbrott. Den garantställning som den underlåtande måste stå i uppfylls här genom den skyldighet man har enligt BBS-lagen att ha uppsikt och ta bort meddelanden. De skiljaktiga resonerar på samma sätt som majoriteten då man konstaterar att Karl-Görans brott har avslutats genom insändandet och att L.L. ej kan medverka till detta. Till skillnad från majoriteten anser de skiljaktiga att L.L. är ansvarig som gärningsman för hets mot folkgrupp genom underlåtenhet. De skiljaktiga fäller således L.L. som gärningsman för ett oäkta underlåtenhetsbrott.

7.10 Kommentarer till praxis

7.10.1 Psykisk underlåtenhet

Jareborg menar att NJA 1987 s. 655 och RH 1994:70 pekar på en skyldighet att uttrycka missnöje när en sådan reaktion är förväntad. En sådan underlåtenhet är en psykisk underlåtenhet. Även Noréen menar att NJA 1987 s. 655 utgör en psykisk medverkan. NJA 1987 s. 655 har

kommenterats i doktrinen utan att rättsfallet ansetts utgöra en psykisk underlåtenhet⁹⁸.

7.10.2 Fysisk eller psykisk underlåtenhet?

RH 1994:70 och NJA 1987 s. 655 behandlar psykisk underlåtenhet medan de övriga rättsfallen behandlar fysisk underlåtenhet. Gränsen mellan vad som anses utgöra fysisk och psykisk underlåtenhet kan tyckas vara i viss mån oklar. NJA 2003 s. 473 återspeglar denna oklarhet genom att ett godtagande anses utgöra en fysisk underlåtenhet.

I NJA 2003 s. 473 hade K.S. godtagit Ji.M.s förvaring av narkotika. K.S. underlåtenhet hade bestått av ett godtagande. Att säga att ett godtagande är en fysisk medhjälp genom underlåtenhet är för mig inte helt naturligt. Det ligger nära till hands att applicera vad Jareborg säger om psykisk medhjälp i förhållande till NJA 2003 s. 473. Jareborg menar att psykisk medhjälp kan vara att underlåta att säga ifrån då någon intar en ställning som medför en förväntan om att säga ifrån. Denna ställning är inte en så kallad garantställning som prövades i fallet och som HD fann att K.S. ej befann sig i. Man kan tycka att det K.S. minst var skyldig att göra var att säga ifrån. Men varför prövar HD K.S. underlåtenhet som en fysisk underlåtenhet? I doktrinen beskrivs ofta fysisk underlåtenhet som att man har låtit något ske istället för att förhindra att det sker. K.S. har låtit Ji.M.s förvaring av narkotika ske och har inte gjort något för att förhindra denna, vilket medför att godtagandet kan tyckas falla under en fysisk underlåtenhet. Det kan således argumenteras för att ett godtagande skall vara antingen en fysisk underlåtenhet eller en psykisk underlåtenhet. HD har valt att beakta ett godtagande som en fysisk underlåtenhet.

7.10.3 Underlåtenhet och narkotikabrott

HD har i NJA 2003 s. 473 och NJA 2004 s. 797 prövat underlåtenhet som grund för ett medverkansansvar gällande narkotikabrott. I båda rättsfallen har HD prövat om den åtalades underlåtenhet har kunnat medföra ansvar enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten. Vad innebär det att HD prövar en underlåtenhet enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten?

De oäkta underlåtenhetsbrotten omfattar både beteende- och effektbrott men grunderna för ansvar skiljer mellan dessa. För beteendebrotten gäller att de måste kunna ses som ett oäkta underlåtenhetsbrott, med andra ord att brottet kan begås genom underlåtenhet utan att kränka legalitetsprincipen. Fler krav

⁹⁸ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, s. 99; Holmqvist, Lena m.fl.: Brottsbalken – En kommentar, s. 24:71; Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, s. 422.

ställs inte på beteendebrotten för att de skall kunna begås genom underlåtenhet. Den straffbara underlåtenheten vid beteendebrotten är att underlåta att utföra det förväntade och önskvärda handlandet som ges i brottsbeskrivningen.

Den formella skillnaden mellan beteende- och effektbrotten är att effektbrotten innehåller ett orsakanderekvisit. Effektbrotten måste i likhet med beteendebrotten kunna anses följa legalitetsprincipen. Det handlande som beskrivs i brottsbeskrivningen skall ha orsakat den i brottsbeskrivningen uppställda effekten. Av detta följer att underlåtenheten skall ha orsakat effekten. Men den straffbara underlåtenheten för effektbrotten är inte att avbryta ett orsakande även om effekten måste ha orsakats genom underlåtenheten utan den straffbara underlåtenheten är att underlåta att avvärja effekten. Vid effektbrotten skall även garantläran tillämpas. Garantlärans syfte är att begränsa kretsen av tänkbara gärningsmän till de vars underlåtenhet har haft relevans för effekten.

Ovan har principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten beskrivits, såväl när de utgörs av ett beteendebrott som av ett effektbrott. Doktrinen torde vara av den uppfattningen att då man prövar en underlåtenhet enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten att det handlar om att pröva ett fysiskt orsakande genom underlåtenhet, att pröva ett effektbrott.

Det HD har gjort i NJA 2003 s. 473 och NJA 2004 s. 797 har varit att pröva om den åtalade har haft en skyldighet att avvärja annans brott på grund av sin underlåtenhet och prövat om den åtalade har befunnit sig i en garantställning. HD fann att den åtalade inte befann sig i en garantställning. Åtalen gällde narkotikabrott, mer specifikt om underlåtenhet till förvaring av vederlag för narkotika och narkotika.

Av tradition anses narkotikabrott utgöra ett beteendebrott⁹⁹. HD har prövat NJA 2003 s. 473 och NJA 2004 s. 797 som effektbrott genom att pröva om den åtalade har intagit en garantställning. Narkotikabrott som av tradition anses vara ett beteendebrott har prövats enligt principerna för effektbrott. Hur och varför detta kan ha skett skall jag försöka besvara i analysavsnittet.

⁹⁹ Norée, Annika: Underlåtenhet inget brott utan stöd i lag, JT 2003/04, s. 976.

8 Avslutande kommentarer

Den allmänna principen om att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott berör underlåtenhet i förhållande till annans brott, vilket även medverkan genom underlåtenhet gör. Det som skiljer mellan dessa är hur de förhåller sig till underlåtenheten till annans brott. De underlåtenheter som omfattas av den allmänna principen är de underlåtenheter som inte ger någon skyldighet till att vara verksam. Det är underlåtenheter utan någon koppling till brottet. Medverkan genom underlåtenhet handlar om att man har företagit en underlåtenhet som har främjat annans brottslighet vilket medför en koppling mellan underlåtenheten och brottet.

Den allmänna principen om att det inte finns någon allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott anses begränsas av 23 kap. 6 § Brottsbalken. Denna bestämmelse är allmän till karaktären men begränsad till sitt tillämpningsområde. Ansvar är begränsat till enligt första stycket att gälla för vissa brott och enligt andra stycket till vissa förhållanden mellan den utförande och den underlåtande. Syftet i denna framställning har inte varit att jämföra dessa två begrepp med varandra, vilket således inte kommer att göras.

Hur förhåller sig då 23 kap. 6 § Brottsbalken till medverkan genom underlåtenhet? Detta berörs ovan i avsnitt 6.4. Den första skillnaden är att 23 kap. 6 § Brottsbalken ger ett gärningsmannaansvar. Det torde stå klart att 23 kap. 6 § andra stycket är sekundär i förhållande till medverkan genom underlåtenhet, men även i förhållande till första stycket. Anledningen till detta är att 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken kräver både objektiv och subjektiv täckning då det är ett gärningsmannaansvar. Brister det i den subjektiva täckningen finns det inget huvudbrott att medverka till och medverkansansvar är uteslutet. Om 23 kap. 6 § andra stycket skulle reglera ansvar för annans beteende skulle icke önskvärda situationer kunna uppstå och därför torde ett medverkansansvar genom underlåtenhet ha företräde i förhållande till 23 kap. 6 § andra stycket.

Denna diskussion har uppkommit på grund av att 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken och en övervakningsgarants skyldighet att förhindra brott kan anses krocka. Övervakningsgaranten kommer från den garantlära som Jareborg och straffansvarsutredningen förespråkar. Leijonhufvud & Wennberg och Strahl diskuterar således inte denna problematik.

De äkta underlåtenhetsbrotten är sällsynta i svensk rätt. Vilket enligt Jareborg har sin grund i svensk rätts restriktivitet att kriminalisera en individs egen underlåtenhet. Straffansvar som uppkommer till följd av ett äkta underlåtenhetsbrott är ett gärningsmannaansvar. Ett äkta underlåtenhetsbrott torde förhålla sig till medverkan genom underlåtenhet

som vilket annat brott begånget genom handling. Det skiljer ju ingenting mellan de äkta underlåtenhetsbrotten och de vanliga brotten genom handling mer än att de äkta underlåtenhetsbrotten begås genom underlåtenhet. Därigenom torde det inte föreligga några hinder mot att medverka genom underlåtenhet till ett äkta underlåtenhetsbrott.

Hur förhåller sig då de oäkta underlåtenhetsbrotten till medverkan genom underlåtenhet? Är den enda skillnaden att de oäkta underlåtenhetsbrotten behandlar ett gärningsmannans ansvar och medverkan genom underlåtenhet ett medverkansansvar? Gärningsmannansansvaret för ett oäkta underlåtenhetsbrott uppkommer därför att det utförs genom underlåtenhet. Vid medverkan genom underlåtenhet skall huvudbrottet ha främjats, inte utförts, genom underlåtenheten och medför därför ett medverkansansvar. Men finns det andra skillnader och likheter? Endast underlåtenheten vid de oäkta underlåtenhetsbrotten kan krävas följa legalitetsprincipen i den mening som redovisas i avsnitt 3.3.2.1. Att ett oäkta underlåtenhetsbrott krävas följa legalitetsprincipen har den bakgrund att de är neutralt formulerade och att de därigenom kan antingen begås genom handling eller underlåtenhet. Den neutralt utformade brottsbeskrivningen måste kunna utföras genom underlåtenhet för att anses följa legalitetsprincipen. De oäkta underlåtenhetsbrotten är ett utförande av ett brott medan medverkan genom underlåtenhet är ett främjande av huvudbrottet. Då medverkan inte omfattar ett utförande kan medverkan inte heller krävas följa legalitetsprincipen i den mening som ges i avsnitt 3.3.2.1. De oäkta underlåtenhetsbrotten har betydelse för medverkan genom underlåtenhet i begränsad omfattning. Det är endast vid ett fysiskt orsakande genom underlåtenhet, som grund för ett medverkansansvar, som de oäkta underlåtenhetsbrotten har betydelse. Detta framgår av NJA 2003 s. 473 där den straffbara underlåtenheten är en underlåtenhet att avvärja annans brott. Underlåtenhet att avvärja annans brott uppkommer enligt doktrinen endast för de brott som har fysiskt orsakats genom underlåtenheten. Den övriga medverkan som sker genom underlåtenhet saknar ett samband med de oäkta underlåtenhetsbrotten. Det är den tolkning som får göras mot bakgrund av doktrinen.

Av praxis framgår det att det kan vara svårt att på ett enkelt sätt dela in underlåtenhet i psykisk underlåtenhet respektive fysisk underlåtenhet. Av praxis framgår det även att ämnesområdet saknar en klar struktur. Av doktrinen framkommer en bild av medverkan genom underlåtenhet som inte återspeglas i praxis. HD väljer allt som oftast att endast ta upp den grund vilken HD kan ogilla åtalet på, i övrigt utvecklar HD inga resonemang om medverkan genom underlåtenhet. Med anledning av det som ovan har sagts angående NJA 2003 s. 473 kan det även ifrågasättas om det finns en någorlunda klar bild av vad som egentligen utgör medverkan genom underlåtenhet.

Syfte i uppsatsen har varit att redogöra för medverkan genom underlåtenhet och se om de senaste årens praxis har medfört en utveckling inom området. Medverkan genom underlåtenhet är ett hopplock, en sammanslagning av underlåtenhet och medverkan. Underlåtenhet är ett krångligt ämne vilket

framgår klart av doktrinen. Underlåtenhet har diskuterats länge i doktrinen och det finns en struktur, som dock beskrivs olika av olika författare men som ändå i stort ger samma innehåll. Utvecklingen av begreppet underlåtenhet har främst skett i doktrinen då praxis är knapp. Medverkan till de delar som är aktuella för denna uppsats torde inte medföra några större problem. Medverkanslärans främsta problem idag torde vara gränsdragningarna inom begreppet vilket inte behandlas i denna uppsats i en nämnvärd omfattning. De problem som visar sig när underlåtenhet och medverkan slås ihop beror på att hopslagningen sker utan någon tanke. Gränsdragningen mellan begreppen främjande och orsakande, beteende- och effektbrott och psykisk respektive fysisk underlåtenhet är alla oklara. Denna problematik belyses till stora delar nedan i min analys.

9 Analys och slutsatser

9.1 Att vara bekant med en knarkare

I svensk rätt finns det ingen allmän skyldighet att vara verksam för att förhindra brott. En sådan skyldighet gäller inte ens för poliser.

Det kan finnas en skyldighet att anmäla eller på annat sätt avslöja brott enligt 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken. Denna skyldighet föreligger endast vid vissa brott och narkotikabrott är inte ett av dem. Även om narkotikabrott skulle falla under 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken är det tveksamt om en sådan skyldighet skulle finnas. En skyldighet att anmäla eller på annat sätt avslöja ett brott föreligger endast då detta kan ske utan fara för en själv eller sina närmaste. Detta innebär, att då man själv eller någon av ens närmaste till exempel skulle kunna bli åtalad för medverkan eller utsätts för repressalier av de skyldiga, föreligger det ingen skyldighet att anmäla eller avslöja brottet. Det torde långt ifrån alltid finnas en skyldighet att anmäla eller på annat sätt avslöja brott då man är bekant med en person som begår narkotikabrott.

Den följande tänkbara skyldigheten för den som är bekant med en knarkare är att hindra knarkarens brott. Enligt 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken kan det uppkomma en skyldighet att hindra ett brotts utförande. Denna bestämmelse omfattar alla brott och således kan det föreligga en skyldighet att hindra utförandet av ett narkotikabrott. Denna skyldighet föreligger enbart vid vissa speciella förhållande. I lagtexten anges att denna skyldighet föreligger för föräldrar, andra uppfostrare eller förmyndare som underlåter att hindra dem som står under deras vård eller lydnad. Doktrinen ger ingen antydning om att en bekant skulle kunna falla inom denna krets. Dock kan det föreligga förhållanden som förälder – barn där barnet är knarkaren och föräldern har vetskap om detta. Endast då bekantskapsförhållandet är av denna natur kan en skyldighet enligt 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken inträda. Vidare måste det för ansvar ha varit möjligt för den bekante att hindra brottet. Även om denne har underlåtit att försöka hindra behöver inte straffansvar inträda om man kan anse att det underlåtna inte skulle ha spelat någon roll.

Vad den bekante kan tänkas vara skyldig att göra i förhållande till knarkarens brott framgår till exempel av NJA 2003 s. 254, NJA 2003 s. 361, NJA 2003 s. 473 och NJA 2004 s. 797. Rättsfallen behandlar inte ett ansvar för 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken. Men 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken torde vara sekundär till både de oäkta underlåtenhetsbrotten och medverkan genom underlåtenhet och därigenom torde man kunna applicera underlåtenheten från rättsfallen på 23 kap. 6 § Brottsbalken. Dessa

fyra rättsfall är att hänföra till förvaring av vederlag för narkotika eller narkotika. I de två första rättsfallen är den bekante besittare av vederlag för narkotika eller narkotika och ansvar för oäkta underlåtenhetsbrott prövas. I de två sista rättsfallen är den bekante sambesittare med knarkaren och ett ansvar för medverkan genom underlåtenhet prövas. Av dessa framgår att handlingsalternativen vid besittning, oäkta underlåtenhetsbrott, är snäva och att ansvaret som sambesittare, medverkan genom underlåtenhet, är begränsat. Att den som är bekant med en knarkare skulle bli ansvarig enligt 23 kap. 6 § andra stycket Brottsbalken är föga troligt.

Då den bekante besitter narkotika som tillhör knarkaren skall denne enligt NJA 2003 s. 361 ta kontakt med polisen för att hindra fortsatt förvaring. Med tanke på den primära skyldigheten i 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken inte måste omfatta en sådan skyldighet kan det tyckas att en sådan skyldighet inte heller skulle föreligga enligt 23 kap 6 § andra stycket Brottsbalken. 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken omfattar de brott vilka lagstiftaren ansett att en underlåtenhet att anmäla eller avslöja skall medföra straffansvar. Den viljan lagstiftaren har om att narkotika inte skall komma ut bland missbrukare är oerhört stark. Med bakgrund av lagstiftarens starka vilja att begränsa narkotikabrottens effekter kan det vara lämpligt att ta upp narkotikabrott i 23 kap. 6 § första stycket Brottsbalken.

De fyra rättsfall som angetts här har alla av HD lett till friande domar. HD har alltså inte kunnat se att den som är bekant med en knarkare är straffrättsligt skyldig för sin underlåtenhet mot sin bekante knarkares brott. Jag har argumenterat för att det inte finns något straffrättsligt ansvar för den som är bekant med en knarkare enligt 23 kap. 6 § Brottsbalken. Enligt praxis har man inte kunnat fälla till ansvar för varken ett oäkta underlåtenhetsbrott eller för medverkan genom underlåtenhet. Som Jönsson skriver är den som är bekant med en knarkare ofta i en tillräckligt utsatt situation genom sin bekantskap att det vore olyckligt att denne bestraffas rent straffrättsligt sett för denna också.

9.2 Främjande

Ett främjande genom handling kan föreligga trots att ett faktiskt motverkande av brottets utförande har skett. Enligt Jareborg föreligger endast ett främjande vid underlåtenhet då främjandet har underlättat utförandet av huvudbrottet. Begreppet främja kan alltså ha olika betydelse vid handling respektive underlåtenhet.

Vid medverkan genom handling där ett faktiskt motverkande av utförandet har skett men då den medverkande har haft uppsåt att främja föreligger ett medverkansansvar. Den medverkandes främjande har varit ägnat att underlätta utförandet av brottet. Medverkansansvaret grundas på att den medverkande har deltagit i brottet och att dennes närvaro genom deltagandet har medfört att de andra har blivit stärkta i sina uppsåt, vilket är tillräckligt

för att uppfylla kravet på främjande. Det har i doktrinen ifrågasatts om ett främjande kan föreligga vid ett faktiskt motverkande.

Det ofta använda exemplet för medverkan genom underlåtenhet med portvakten som underlåter att låsa dörren i syfte att främja stöld skall användas för att argumentera att det kan förekomma ett främjande genom underlåtenhet som faktiskt har motverkat utförandet av brottet. Vad utgör underlåtenheten i exemplet med portvakten? Att underlåta att låsa dörren. Låser man dörren, företar den underlåtna handlingen, underlättar man inte stölden och på så sätt föreligger inget underlättande och följaktligen inget främjande. Om portvakten underlåter att låsa dörren främjar denne brottet. Men av någon anledning utanför portvaktens kontroll kan dörren ändå komma att låsas. Någon annan skulle till exempel kunna låsa dörren eller så skulle dörren kunna blåsa igen. Om man kan anse att portvakten på ett så dåligt sätt har underlåtit att låsa dörren att den har kommit att låsas så har ett främjande genom underlåtenhet skett som faktiskt har motverkat utförandet av brottet. Att portvakten har lämnat dörren olåst måste sannolikt ha påverkat de andra i deras uppsåt att företa stölden så att portvakten skall i likhet med medverkan genom handling ha företagit ett främjande genom underlåtenhet som faktiskt har motverkat utförandet men som kan medföra ansvar.

Om stölden inte kunde fullbordas på grund av att dörren var låst kan det tänkas att ett försöksbrott till stöld skulle kunna föreligga. Den medverkande har haft uppsåt till det fullbordade brottet vilket även torde innefatta uppsåt till försöksbrott.

Resonemanget med portvakten bygger på att det endast krävs att man har stärkt de övriga i deras uppsåt för att uppfylla ett främjande. Jareborg menar att det vid medverkan genom handling föreligger ett främjande genom den medverkandes närvaro. Den medverkandes närvaro har stärkt de övriga i deras uppsåt. Det ställs generellt sett högre krav för att en underlåtenhet skall medföra straffansvar än för den motsvarade handlingen. Detta visar sig till exempel i den allmänna ovilja att straffbelägga underlåtenhet men också genom garantläran som ställs upp för att begränsa kretsen av tänkbara gärningsmän. För att ett främjande skall föreligga genom underlåtenhet måste de övriga ha stärkts i deras uppsåt på ett sätt som minst kan motsvara den medverkandes närvaro. Ett godtagande av förvaring av narkotika i gärningsmannens närvaro, NJA 2003 s. 473, har inte medfört straffansvar enligt HD. HD friade dock på grund av att den åtalade ej ansågs ha intagit en garantställning och berörde aldrig frågan om främjande. Man kan argumentera för att det även vid medverkan genom underlåtenhet skall kunna ske ett främjande som faktiskt har motverkat brottets utförande men det är tveksamt om HD skulle fälla för ett sådant främjande.

9.2.1 Främjandet i praxis

Inte i något av de redovisade rättsfallen har HD prövat om ett främjande har förelegat vid underlåtenhet. HD har ogillat åtalen på den punkt att någon garantställning inte har kunnat visas.

9.3 Underlåtenhet och narkotikabrott

Den skyldighet som följer av NJA 2003 s. 473 är en skyldighet att avvärja annans brott. Att underlåta att företa denna skyldighet medför ett medverkansansvar enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrotten. Kan det vara så att HD avser att ”avvärja annans brott” innefattar annat än att avvärja uppkomsten av en effekt? Denna fråga ställer jag med anledning av att HD har prövat om det har förelegat en garantställning i NJA 2003 s. 472 och NJA 2004 s. 797. Rättsfallen gällde narkotikabrott vilka normalt sett anses vara beteendebrott. Enligt doktrinen förekommer endast garantläran vid de oäkta underlåtenhetsbrott som har varit ett fysiskt orsakande genom underlåtenhet, med andra ord ett effektbrott utfört genom underlåtenhet. Den straffbara underlåtenheten vid dessa oäkta underlåtenhetsbrott är att avvärja effekten. Härav kan det tyckas vara naturligt att ”avvärja annans brott” innebär att avvärja en effekt. Att HD prövar en garantställning kan tyckas stämma illa överens med beteendebrottens karaktär.

Det måste vara den underlåtenhet som den medverkande har medverkat med som skall prövas enligt principerna för de oäkta underlåtenhetsbrott som fysiskt har orsakats genom underlåtenhet. Då det är denna underlåtenhet som ligger den åtalade till last. Ingen annan underlåtenhet kan vara aktuell, det kan inte vara av betydelse att huvudbrottet kan ha utförts genom underlåtenhet. Vid medverkan skall man ha främjat huvudbrottet genom sin medverkansgärning. Det ställs inget krav på att medverkansgärningen skall ha orsakat huvudbrottet utan endast att ett främjande skall ha skett. Att HD har prövat en medverkan genom underlåtenhet enligt principerna för ett oäkta underlåtenhetsbrott som har orsakats genom underlåtenheten kan inte medföra att en orsakandeprövning skall ske då man prövar en medverkan genom underlåtenhet. Vid medverkan skall man ha främjat huvudbrottet, inte orsakat detta.

Vid medverkan genom underlåtenhet skall det med anledning av det som ovan sagts prövas om den underlåtande har intagit en garantställning och om denne har främjat huvudbrottet genom sin underlåtenhet.

Att ”avvärja annans brott” innefattar en skyldighet att avvärja ett beteendebrott. Vilket även måste innefatta en skyldighet att avvärja ett

effektbrott. Det som HD har lagt i detta uttryck är att man skall pröva om den medverkande har intagit en garantställning.

HD tycks ha utvecklat begreppet medverkan genom underlåtenhet till att den som har medverkat genom underlåtenhet skall inta en garantställning. Detta saknar stöd i doktrinen.

Men varför skall den medverkande genom underlåtenhet inta en garantställning? För att se om dennes underlåtenhet har varit relevant? Lika straffvärd? Normalt sätt används garantläran för att begränsa de möjliga gärningsmännen till de vars medverkan har varit relevant för effekten. Detta är ju en följd av att orsakandet för effektbrotten kan vara vitt till sin omfattning. Men en medverkansgärning skall inte ha orsakat utan ha främjat. Följer inte av främjandet att en tillräcklig koppling mellan medverkansgärningen och huvudbrottet för att ett medverkansansvar skall kunna fastställas, trots att medverkansgärningen har skett genom underlåtenhet.

Det är märkligt att principer för gärningsmannans ansvar skall tillämpas på medverkansansvar. De båda ansvarsformerna har olika grunder. Gärningsmannen utför brott medan den som har medverkat främjar ett brott. Principer för ett utförande skall alltså prövas på ett främjande.

9.4 Slutsatser

HD tycks ha utvecklat begreppet medverkan genom underlåtenhet till att den som har medverkat genom underlåtenhet skall inta en garantställning.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1996:185, Straffansvarets gränser, Del 1.

Litteratur

Agge, Ivar & Thornstedt, Hans: Straffrättens allmänna del, 4 uppl., 1984, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, Stockholm.

Holmqvist, Lena mfl: Brottsbalken – En kommentar, Del 2 (13-24 kap.), 2007, Norstedts Juridik AB, Stockholm, Studentutgåva 5.

Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, 2001, Iustus förlag AB, Göteborg.

Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne: Straffansvar, 7 uppl., 2005, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad angår brott, 1976, PA Norstedts & söners förlag, Lund.

Artiklar

Jönsson, Sverker: Att vara bekant med en knarkare – tankar kring ett prejudikat angående innehav av narkotika, JT 2005-2006.

Noréen, Annika: Underlåtenhet inget brott utan stöd i lag, JT 2003-2004.

Wong, Christoffer: Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi – nya prejudikat om det straffrättsliga begreppet ”gemensamt och i samförstånd”, Juridisk Tidsskrift, JT 2003-2004.

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1987 s. 655

NJA 1989 s. 552

NJA 2000 s. 92

NJA 2003 s. 254

NJA 2003 s. 361

NJA 2003 s. 473

NJA 2004 s. 797

NJA 2007 s. 805

Hovrätterna

RH 1994:70