

Till den gamla frågan om straffbarheten av otjänliga försök

*Vapenattrappen**

1. Inledning

Högsta domstolen (HD) meddelade under våren 2023 ett avgörande som rör ett väsentligt institut i straffrättens s.k. allmänna del: reglerna om ansvar vid försök till brott (BrB 23:1). I *Vapenattrappen* NJA 2023 s. 393 frikändes två personer som i hovrätten dömts för försök till grovt vapenbrott respektive försök till medhjälp till samma brott.

Avgörandet väckte uppståndelse och indignation i vissa kretsar – till att börja med i det sociala forum som ibland kallades ”Jurist-Twitter”. Från vissa håll gjordes gällande att avgörandet byggde på ett ”superakademiskt” resonemang, bröt med tidigare rättspraxis och skulle få stora konsekvenser för polisens brottsbekämpande arbete. Frågan har förstås en särskild laddning eftersom den har bäring på gängkriminalitet och den straffrättsliga hanteringen av detta samhällsproblem. Två månader efter HD:s avgörande tillsattes en utredning med uppdraget att se över och modernisera de osjälvständiga brottsformerna. I direktiven anges, med hänvisning till *Vapenattrappen*, att av särskilt intresse för övervägande ”är sådana fall när faran för brottets fullbordan är utesluten på grund av att myndigheter har ingripit eller brott har hindrats av någon annan liknande situation.”¹

Vad handlade då domen om? Omständigheterna var i korthet som följer. Polisen hade i samband med husrannsakan påträffat en vapengömma i ett källarförråd. Vapnen togs i beslag och i stället placerades en naturtrogen attrapp på samma plats. Beslut togs om hemlig rumsavlyssning och kameraövervakning. Drygt fyra månader senare kunde observeras att två personer kom till förrådet, varav en tog befattning med vapenattrappen och den andra hade skjutsat den förra till platsen. De tilltalade frikändes dock av HD på den grunden att det inte förelegat fara för brottets fullbordan och att sådan fara heller inte varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Vi kommer strax att återkomma till skälen för domstolens ställningstagande – men sammanfattningsvis motiverades utgången med att det inte var visat att de tilltalades uppsåt till det fullbordade brottet hade formats innan polisen tagit vapnen i beslag. Därmed fanns en

* Tack till Erik Svensson som lämnat träffsäkra synpunkter på utkast till texten.

¹ Se dir. 2023:85, s. 4.

grundläggande brist i brottsplanen och frånvaron av vapnen kunde inte betraktas enbart som en tillfällig omständighet. Kort sagt rörde det sig om ett straffritt otjänligt försök.

För många betraktare är det nog något kontraintuitivt över utgången i rättsfallet. Den som har uppsåt att inneha vapen men som inte lyckas med detta under sådana förhållanden som i HD:s dom måste nog betraktas som precis lika klandervärd som den som – allt annat lika – lyckas förverkliga sitt uppsåt. Från brottspreventiv synpunkt kan det i sådana situationer naturligtvis också anses angeläget att ingripa trots att någon konkret fara inte förelegat. Den handlande har ju visat att hen är benägen att begå brott. Vidare har synpunkten att avgörandet inverkar på polisens (och tullens) arbete – åtminstone så som det bedrivs i nuläget – helt uppenbart fog för sig. Av mediasrapporteringen har vi fått veta att det är (eller åtminstone har varit) rutin när vapen eller narkotika anträffas under liknande omständigheter, att polisen byter ut dessa mot något ofarligt för att sedan övergå till spaning. Om någon därefter observeras hantera substitutet, kan hen åtalas för försök till brott. Genom avgörandet har HD alltså skapat en tydlig begränsning när det gäller i vilken utsträckning personer kan dömas till ansvar i sådana situationer. I prejudikatets efterföljd har också hunnit meddelas några domar rörande åtal för försök till såväl vapen- som narkotikabrott där de tilltalade har frikänts med hänvisning till den regel som HD uppställt.²

Dessutom kan det – åtminstone vid första påseende – tyckas att det aktuella avgörandet går stick i stäv med vad HD slagit fast i ett annat prejudikat för 20 år sedan: *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670. Som benämningen antyder hade den tilltalade i målet med ett handeldvapen försökt skjuta igenom en dörr samtidigt som personer befann sig på andra sidan. Undersökningar visade att skottet omöjligen hade kunnat gå igenom dörren – beroende på hur man vill se det: eftersom ammunitionen var för klen eller eftersom dörrens konstruktion var för kraftig. Majoriteten dömde likafullt den tilltalade för försök till dråp med hänvisning till att faran för brottets fullbordan varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. HD menade att så länge det är fråga om omständigheter som från gärningsmannens utgångspunkt är slumpartade är det svårt att motivera en principiell skillnad mellan tillfälligheter som uteslutit faran innan brottet påbörjades och mer beständiga hinder mot fullbordan. Försöket var alltså otjänligt men straffbart.

De fareuteslutande omständigheterna i *Vapenattrappen* kan från vissa synpunkter uppfattas som likartade. Det kan ju inte beskrivas på annat sätt än att förhållandet att vapnen var utbytta mot en attrapp framstod som slumpartat från de tilltalades horisont. Vidare kan man påstå att hindret mot fullbordan i jämförelse med *Skottet mot säkerhetsdörren* rent av var *mindre* beständigt (fyra

² Se t.ex. Svea hovrätts dom den 19 juni 2023 i mål nr 14847-22 (försök till grovt narkotikabrott) och Svea hovrätts dom den 22 juni 2023 i mål nr 6457-23 (försök till grovt vapenbrott).

månader tidigare hade där ju legat skarpa vapen). Så, vad är det egentligen som motiverar skilda utgångar i målen?

Den här texten har två ärenden. *Det första ärendet* är att – inom ramen för gällande rätt och med *Vapenattrappen* som utgångspunkt – diskutera i vilken utsträckning s.k. otjänliga försök är (och bör vara) straffbara. I princip är denna fråga beroende av vilken betydelse som ska läggas i rekvisitet att fara för brottets fullbordan varit utesluten ”endast på grund av tillfälliga omständigheter”. *Det andra ärendet* kopplar till det första men är mer rättspolitiskt och föranleds av att de aktuella reglerna är under utredning. Ambitionen är att säga något om de principiella skäl som talar för och emot en försöksreglering med ett mer utvidgat straffbart område än den nuvarande.

Det kan nog sägas att regleringen rörande försök till brott, på ett mer påtagligt sätt än många andra straffrättsliga regler, markerar det straffbara områdets yttre gräns – den viktiga distinktionen mellan straffbart och (helt) straffritt. Hanteringen av de otjänliga försöken räknar sig till straffrättens mest klassiska problem. En text av det här slaget måste ofrånkomligen få karaktären av variationer på ett gammalt tema. Det ligger nog i frågans natur att den inte kan bli utredd en gång för alla – diskussionen måste fortsätta. I bästa fall kan det här inlägget bidra med ett par nya vinklar och ingångar.

2. Allmänt om försöksbestämmelsen (BrB 23:1)

Regleringen rörande försök till brott i har i stora drag varit oförändrad i drygt 80 år.³ Av lagrummet som inleder brottsbalkens 23 kapitel följer att ansvar vid försök ska vara särskilt föreskrivet. Ur lagtexten kan man därutöver bryta ut ett antal rekvisit. Gärningsmannen ska ha ”påbörjat utförandet av visst brott” utan att brottet kommit till fullbordan – vilket brukar beskrivas så att försökspunkten (men inte fullbordanspunkten) ska vara nådd. Vidare ska det föreligga (konkret) fara för brottets fullbordan *eller* så ska sådan fara ha varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Till detta kommer ytterligare en väsentlig förutsättning: överskjutande uppsåt att begå brott.⁴ Kravet på uppsåt framgår

³ År 1943 infördes en bestämmelse i 3 kap. 13 § strafflagen som efter viss språklig modernisering så småningom överfördes till 23 kap. brottsbalken. Se prop. 1940:4, prop. 1948:80 och prop. 1962:10. Det kan framhållas att lagstiftningens relativt sett höga ålder nog inte säger något om dess ändamålsenlighet i dag. BrB 23:1 är en allmän bestämmelse som är beroende av självständiga brott för att vara tillämplig (i straffrättens s.k. speciella del har förstås många förändringar skett sedan försöksbestämmelsen såg ljuset) och att regleringen har stått oförändrad under så pass lång tid talar snarast för att den fyller sitt syfte.

⁴ En fråga av kanske främst akademiskt intresse är i vilken ordning de olika rekvisiten bör prövas. Av systematiska skäl kan man tycka att det finns god anledning att först bocka av frågan om överskjutande uppsåt. Till skillnad från fullbordade brott, där vi har en brottsbeskrivnings-

inte uttryckligen av lagtexten men brukar sägas ligga implicit i skrivningen ”påbörjat av utförandet av *visst brott*”.⁵

Det finns här skäl att säga något om rekvisitet ”påbörjat utförandet av visst brott” – dvs. kravet att den s.k. försökspunkten ska ha inträtt. Vilka generella principer som ska vara styrande när det kommer till försökspunktens placering är en svår fråga som har ägnats betydande utrymme i både rättspraxis och litteratur.⁶ Utan att fördjupa oss för mycket kan vi uppmärksamma att det går att skilja på s.k. avslutade och oavslutade försök. Avslutat är försöket när gärningsmannen har gjort allt från sin sida för att fullborda brottet (men detta alltså av något skäl ändå inte kommit till fullbordan).⁷ Det innebär att försökspunkten regelmässigt är nådd. Så får anses vara fallet i *Vapenattrappen* NJA 2023 s. 393.⁸ Motsatsvis är ett försök att beteckna som oavslutat när gärningsmannen *inte* hunnit göra allt från sida för att fullborda brottet – t.ex. eftersom hen blivit avbruten. Vi kan även konstatera att det finns ett samband mellan bedömningen av försökspunktens placering och farebedömningen. Det förefaller logiskt att om någon har påbörjat utförandet av ett brott finns ofta också fara för att brottet ska fullbordas och vice versa.⁹

enlig gärning att utgå från och bristande uppsåt fungerar *exculperande*, har uppsåtet snarare en *inculperande* funktion såvitt avser försök (liksom förberedelse och stämpling). Se vidare nedan under avsnitt 9. Kvalificeringen av gärningsmannens handlingar som försök till brott är ju helt beroende av uppsåtet. Den som t.ex. bryter upp en dörr till ett hus kan, beroende på uppsåtet, göra detta i syfte att begå ett människorov eller en stöld. Hen kan emellertid också, beroende på uppsåtet, göra detta för att varna den som bor i huset för en skogsbrand eller för att söka skydd från en snöstorm. Jfr även Frände, Faredeliktens allmänna läror 1994, s. 77: ”[D]et [är] på sin plats att fråga efter orsakerna till den omvända behandlingsordningen. Varför kommer det subjektiva före det objektiva? Svaret är enkelt. Eftersom försöket också omfattar delikt utan krav på naturkausalitet mellan handling och följd blir uppsåtet det enda kriterium, med vars hjälp man kan skilja mellan t.ex. stöldförsök och sökande efter hjälp.” Det är en annan sak att man, när det handlar om försök till brott, ofta direkt utifrån det yttre skeendet kan bilda sig en hyfsad uppfattning om vilket brott gärningsmannen påbörjar utförandet av (dvs. om försöksuppsåt är för handen). Av rättspraxis följer att försökspunkten som huvudregel bör placeras när situationen ger underlag för en sådan uppfattning. Se *Bussen i Östberga* NJA 2017 s. 531, p. 20.

⁵ Se bl.a. Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättens grunder 2013, s. 399.

⁶ Se t.ex. NJA 2017 s. 531, p. 19–26 och Asp, De osjälvständiga brottsformerna: försök, förberedelse, stämpling, (gärningsmannaskap &) medverkan, underlåtenhet att avslöja och förhindra brott 2021, s. 74 ff.

⁷ Se NJA 2017 s. 531, p. 24.

⁸ Möjligen kan diskuteras hur man ska se på försökspunktens inträde i förhållande till innehavet av de föremål som, utöver den automatkarbin som ersattes med en attrapp, polisen avlägsnat ur förrådet (framförallt en ytterligare automatkarbin och en pistol). Såvitt avser innehav av den utbytta automatkarbinen borde det vara oproblematiskt att anse försökspunkten vara passerad senast när befattning togs med attrappen. Av domen framgår dock att HD finner att gärningen (och medhjälpsgärningen) omfattar försök till innehav av samtliga vapen, magasin och ammunition som förvarats i förrådet (se p. 25). Man skulle kunna fråga sig hur bedömningen avseende försökspunkten hade sett ut om där inte funnits någon attrapp alls.

⁹ I vissa situationer är det dock tänkbart att faran inträder i tiden efter försökspunktens inträde. En förutsättning för ansvar bör i sådana fall vara att gärningsmannen fortfarande har kontroll

Även om försöksbestämmelsens olika delar i viss mån kopplar till varandra koncentrerar sig den här texten alltså på farerekvisiten: dvs. kravet på fara för brottets fullbordan *alternativt* att eventuella fareuteslutande omständigheter endast varit tillfälliga. Vi kommer så småningom att gå in på den innebörd dessa krav har givits i förarbeten, praxis och doktrin. Dessförinnan ska vi dock fördjupa oss i frågorna om tjänlighet och otjänlighet på ett mer allmänt plan. Till att börja med ska vi se närmare på *Vapenattrappen* och spekulera lite i skälen till varför utgången i fallet intuitivt kan framstå som otillfredsställande. Vi ska även sätta rättsfallet i relation till två äldre rättsfall med en annan utgång.

3. *Vapenattrappen* och två rättsfall med annan utgång

I NJA 2023 s. 393 stod alltså två personer åtalade för försök till synnerligen grovt vapenbrott respektive medhjälp till försök till samma brott.¹⁰ Bakgrunden var som sagt att polisen vid en husrannsakan i ett förråd påträffade och beslagtog vapen: en pistol och två automatkarbiner med tillhörande magasin och ammunition. Efter undersökning konstaterades att vapnen och ammunitionen var fungerande och tillståndspliktiga. Polisen placerade en vapenattrapp motsvarande en av automatkarbinerna på platsen för de beslagtagna vapnen. Beslut togs om hemlig kameraövervakning och rumsavlyssning. I mellantiden, innan de hemliga tvångsmedlen hade installerats, bevakades platsen av polisen. Ingen person intresserade sig för förrådet förrän en kväll drygt fyra månader efter att vapnen tagits i beslag. Då kunde observeras hur en person kom till platsen – först ensam och därefter i sällskap med ytterligare en person – för att söka igenom förrådet och ta befattning med vapenattrappen. HD konstaterade att förstnämnda person hade försökt att olovligen inneha de vapen som tidigare funnits i förrådet och att sistnämnda person hade främjat gärningen, bl.a. genom att skjutsa den förstnämnda till och från platsen. Genom övervakningen och avlyssningen ansågs visat att båda tilltalade var införstådda med att de letade efter flera vapen.

HD konstaterade att det rörde sig om ett visst ”typfall” – nämligen ”när fara för brottets fullbordan varit utesluten då myndigheter ingripit eller brot-

över händelseförloppet. Se Jareborg, Allmän kriminalrätt 2001, s. 386. Dock är det nog, som Asp framhåller, i de allra flesta sådana fall något av en semantisk fråga – har gärningsmannen kontroll kan man nämligen lika gärna uttrycka det så att hen påbörjar ett nytt försök vid den senare tidpunkt då faran är för handen. Se Asp 2021, s. 107.

¹⁰ Enligt brottsbeskrivningen begås ett fullbordat vapenbrott bl.a. av ”[d]en som innehar skjutvapen utan att ha rätt till det”. Åtalet avsåg synnerligen grovt vapenbrott men hovrätten bedömde det som grovt brott. De här relevanta rekvisiten för grovt vapenbrott är att ”vapnet har varit av särskilt farlig beskaffenhet” (1 st. 2) och att ”innehavet har avsett flera vapen”. Synnerligen grovt brott kan komma i fråga om ”innehavet [...] har avsett [...] flera vapen av särskilt farlig beskaffenhet”. Se 9 kap. 1 § och 1 a § 2 st. vapenlagen (1996:67).

tet hindrats av någon annan liknande omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar.”¹¹ Vidare bedömde HD att i denna sorts fall talar en språklig tolkning av lagtexten – dvs. fara utesluten ”endast på grund av tillfälliga omständigheter” – emot att inkludera fall där ”otjänligheten redan har funnits när uppsåtet formades och gärningsmannen inte kan ändra de faktiska förutsättningarna så att det planerade brottet skulle kunna fullbordas”.¹² När omständigheterna är sådana ska därför typfall som det förevarande ”som utgångspunkt” lämnas utanför det straffbara området.¹³ I målet var inte annat visat än att de tilltalades plan att ta befattning med vapnen formades först efter att polisen tog dem i beslag. De tilltalade frikändes följaktligen.

För många betraktare kan det nog spontant kännas fel att de tilltalade frikändes. En sådan ryggmärgsreflex sammanhänger förmodligen delvis med att gärningen – om den hade fullbordats – framstår som utpräglat allvarlig; de skjutvapen som togs i beslag var mycket farliga. Som vi tidigare har varit inne på kan de tilltalade därutöver tyckas precis lika klandervärda som om företaget att ta befattning med vapnen och ammunitionen hade lyckats. Den spontana känslan av att det är otillfredsställande att de tilltalade frikändes kan nog även påverkas av den omständigheten att det verkar handla om gängrelaterad brottslighet. Försöksgärningen kan placeras in i en större kontext där det finns en grupp individer som ägnar sig åt brottslig verksamhet; en kontext där det framstår som att risken är betydande för att vapnen, under andra omständigheter, hade kunnat komma till användning. Någon (eller några) kände av allt att döma till vapnets placering och måste i något skede ha gjort sig skyldig(a) till fullbordat grovt vapenbrott, i vart fall i samband med att vapnen placerades i förrådet. Den (eller dessa) person(er) kommer vi emellertid inte åt. Kontexten bidrar här alltså till att det kan framstå som angeläget att kunna ingripa mot det otjänliga försöket. Den frikännande domen kan ur det perspektivet uppfattas som ett misslyckande.

Det kan finnas skäl att se närmare på ett annat prejudikat som ligger drygt 30 år tillbaka i tiden och som faller inom samma kategori av ”typfall” som *Vapenattrappen*. I *Russinlådorna* NJA 1992 s. 679 var omständigheterna lik-

¹¹ NJA 2023 s. 393, p. 20.

¹² NJA 2023 s. 393, p. 21.

¹³ Se NJA 2023 s. 393, p. 23. HD:s slutsats ligger i linje med viss tidigare hovrättspraxis rörande försök till narkotikabrott. I RH 2007:61 frikände hovrätten en tilltalad som tagit befattning med en ryggsäck som fanns i ett källarutrymme och som tidigare innehållit narkotika. Polisen hade tio dagar tidigare bytt ut innehållet mot mjöl och socker. Hovrättens utgångspunkt var att den tilltalade saknat kännedom om ryggsäcken innan han påträffade den och att han följaktligen gjorde upp en brottsplan – dvs. att ta befattning med narkotika – först efter att han börjat titta i den. I RH 2015:21 meddelades också en frikännande dom avseende ett åtal för försök till narkotikabrott genom förvärv. Den tilltalade hade med en säljare kommit överens om köp av ett paket narkotika som sedan en tid varit fäst bakom en brevlåda och hade fört över pengar till säljarens konto. Drygt två veckor tidigare hade emellertid polisen tagit narkotikan i beslag. Eftersom brottsplanen gjorts upp efter denna tidpunkt bedömdes den ha ett grundläggande fel och faran kunde inte anses utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.

artade: försöket var otjänligt eftersom tull- och polispersonal hade ingripit innan försökspunktens inträde. Det som i detta fall hade avlägsnats var emellertid inte vapen utan ett stort parti kokain som anlänt till Göteborgs hamn i lådor avsedda för russin, vilka sedermera transporterats till Stockholm. HD dömde fyra tilltalade för försök till grovt narkotikabrott¹⁴ med motiveringen att den omständigheten att narkotikan upptäckts och tagits i beslag flera dagar tidigare utgjorde en tillfällighet från de tilltalades synpunkt. En skillnad mellan *Russinlådorna* och *Vapenattrappen* – som HD i det senare fallet framhåller som avgörande – är att i det förra fallet var det upplyst att faran för brottets fullbordan hade undanröjts under brottets planering, dvs. brottsplanen hade tagit form *innan* narkotikan togs i beslag.¹⁵ I övrigt kan man tycka att det finns flera beröringspunkter mellan rättsfallen. I båda fallen rör det sig om försök till brottstyper där den kriminaliserade gärningen består i olika former av innehav (vapen respektive narkotika), och i båda fallen handlar det om ett gemensamt brottsligt företag med flera inblandade personer (låt vara att vissa av dessa personer förblev okända i 2023 års fall).

Som nämndes inledningsvis ligger det även nära till hands att jämföra *Vapenattrappen* med rättsfallet *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670. De närmare omständigheterna i fallet är som följer. Ett antal poliser skulle göra en husrannsakan i en lägenhet och var i färd med att bryta upp ytterdörren. I samband med detta avlossade den tilltalade inifrån ett skott med en pistol mot dörren. Eftersom det var fråga om en säkerhetsdörr penetrerade skottet emellertid inte hela dörren utan stannade mot en plåt på dörrens utsida, men åstadkom en tydlig utbuktning i denna plåt. Efter tekniska undersökningar konstaterades att ett skott från pistolen med den aktuella ammunitionen – oavsett skjutvinkel – omöjligen skulle kunnat tränga igenom dörren. Hade lägenheten däremot varit utrustad med en vanlig dörr skulle skottet utan vidare ha genomborrat den. I

¹⁴ Rättsfallet är även intressant med avseende på tolkningen av rekvisitet ”påbörjat utförandet av visst brott” – dvs. frågan om försökspunktens inträde. Denna fråga var okomplicerad beträffande den av de tilltalade som hade hanterat de aktuella lådorna. Beträffande övriga tilltalade får bedömningen betecknas som generös om man jämför med annan praxis. Försökspunkten ansågs uppnådd dels vid kontaktförsök per telefon, dels vid besök i ett hotellrum (medan narkotikan förvarades på en helt annan plats). Bedömningen påverkades enligt HD av att det rörde sig om organiserad brottslighet ”där olika personer haft bestämda uppgifter”. Jfr Asp 2021, s. 90 f. Man kan spekulera i om inte utgången i viss mån påverkades av att det inte var möjligt att döma för förberedelse till brott. De tilltalade hade förvisso vidtagit typiska förberedelsegärningar – genom att befatta sig med bilar med lönnutrymmen – men regleringen avseende förberedelse (BrB 23:2) saknar som bekant ett alternativt farerekvisit och ställer dessutom krav på mer än ringa fara. Jfr Wennberg, *Försök till brott* 2010, s. 159. Det kan noteras att möjligheten att döma för förberedelse till brott däremot fanns (och utnyttjades) i *Getingerrånet* NJA 1995 s. 405 – där prövningen av den centrala frågan om försökspunktens inträde kan tyckas jämförelsevis mer restriktiv.

¹⁵ Se NJA 2023 s. 393, p. 20. I sammanhanget hänvisar HD även till *De tomma resväskorna* NJA 1985 s. 544 och *Flickvännens fritagningsförsök* NJA 1990 s. 354. Se vidare nedan under avsnitt 5.2.

skjutögonblicket hade den tilltalade inte heller tillgång till annan ammunition eller andra vapen. Konkret fara för brottets fullbordan förelåg således inte. HD fann utrett att den tilltalade uppsåtligen hade avlossat skottet. När det gällde frågan om det otjänliga försökets straffbarhet fann alltså HD det svårt att ge skäl för en principiell skillnad mellan ”ett fall där faran för brottets fullbordan utesluts på grund av att något av en tillfällighet inträffat innan brottet påbörjades och ett fall där det förelegat ett mer beständigt hinder mot brottets fullbordande, om det i båda fallen är fråga om omständigheter som från gärningsmannens utgångspunkt är slumpartade.” Det konstaterades att den tilltalade i och för sig visste att lägenheten var utrustad med en säkerhetsdörr men inte hade haft någon närmare kännedom om dörrens motståndskraft. HD fäste sig även bl.a. vid att det rörde sig om ett förhållandevis kraftigt handeldvapen och att den polis som utfört den vapentekniska undersökningen blev förvånad att den aktuella ammunitionen inte förmått skjuta igenom säkerhetsdörren. Sammanfattningsvis fann HD att en objektiv bedömning från gärningsmannens position rimligen borde ”utfalla så att det varit antagligt att skottet skulle gå genom dörren och leda till uppsåtets förverkligande.” Följaktligen var brottsplanen ”som sådan” värd att tas på allvar. Gärningen bedömdes alltså som ett straffbart försök till dråp. Det finns flera skillnader mellan 2003 och 2023 års fall (bl.a. att det handlar om olikartade brottstyper). En avgörande skillnad i 2003 års fall är hursomhelst att det för HD:s bedömning uppenbarligen saknade betydelse att försöket var otjänligt redan när brottsplanen tog form. Uppsåtet att begå brottet formades av allt att döma kort innan skjutögonblicket och inom ramen för detta uppsåt fanns endast otjänlighet – det hinder som uteslöt faran var beständigt.

Vi är inte färdiga med dessa tre rättsfall. Det kommer framöver att finnas skäl att återkomma till likheter och skillnader mellan dem, hur de förhåller sig till varandra, samt hur de kan förstås enligt gällande rätt. Innan vi blir så specifika ska dock sägas något mer förutsättningslöst om försök till brott och de centrala begreppen tjänlighet och fara.

4. Allmänt om tjänliga och otjänliga försök

4.1 ”Objektivt” och ”subjektivt”

I diskussionen rörande försök till brott har sedan länge gjorts åtskillnad mellan s.k. objektiva och subjektiva försöksteorier. En objektiv lära bygger straffbarheten på gärningen och dess farlighet medan en subjektiv lära tar fasta på den brottsliga viljan.¹⁶ En begreppslig distinktion som också funnits med länge är

¹⁶ Se NJA 2023 s. 393, p. 18. Se även t.ex. SOU 1940:19, s. 28, Wennberg 2010, s. 11 och 108 samt Asp 2021, s. 46 ff.

den mellan tjänliga och otjänliga försök.¹⁷ Som benämningen antyder innefattar ett tjänligt försök en gärning som skulle kunna realisera gärningsmannens uppsåt att begå brott. Ett otjänligt försök är däremot på förhand dömt att misslyckas.¹⁸ Enligt en strikt objektiv försökslära straffas endast tjänliga försök. En subjektiv motsvarighet inkluderar såväl tjänliga som otjänliga försök i det straffbara området.

Distinktionen mellan ”objektivt” och ”subjektivt” är nog egentligen inte helt åskådliggörande. Även en s.k. objektiv försöksteori måste rimligen rymma ett väsentligt moment som får betecknas som subjektivt – nämligen ett krav på överskjutande uppsåt att begå brott. Annars skulle det ju inte gå att skilja försök till brott från gärningar som företas av andra anledningar. Likaså måste en s.k. subjektiv lära (om man nu inte menar att endast tanken räcker som grund för straffbarhet) innefatta en ”objektiv” del – i form av något slags försöksgärning. Bättre är kanske att tala om försökskonceptioner med olika tonvikt på de objektiva och subjektiva momenten.¹⁹ Vidare kan man nog – utan att göra mer djupgående efterforskningar – anta att det är ovanligt med renodlade varianter av de subjektiva och objektiva ingångarna i olika nationella rättsordningar. Försöksbegreppet enligt svensk rätt skulle kunna beskrivas så att det bygger på det objektiva men i undantagsfall öppnar upp för det subjektiva.²⁰ Vänder vi blicken mot exempelvis tysk rätt finner vi i stället en konception som kan sägas ta stark utgångspunkt i det subjektiva men till viss del låter sig avgränsas från objektiv synpunkt.²¹

¹⁷ Jfr t.ex. Hagströmer, Svensk straffrätt: föreläsningar 1901–1905, s. 240.

¹⁸ När det gäller otjänligheten kan en distinktion göras mellan otjänliga *medel* – t.ex. att den pistol som man skjuter med är oladdad – eller otjänliga *objekt* – t.ex. att den person man försöker skjuta redan är död.

¹⁹ Jfr Roxin, Strafrecht: Allgemeiner teil Bd. 2 Besondere Erscheinungsformen der Straftat 2003, s. 340, som använder distinktionen av pedagogiska skäl, men när det gäller s.k. ”objektive Versuchstheorien” hellre talar om ”Gefährdungstheorien” (ungefär: teorier som förutsätter risktagande).

²⁰ Att det förhåller sig så kan anses framgå av BrB 23:1. I första hand ställs krav på (konkret) fara för brottets fullbordan men ett mindre fönster lämnas öppet för att grunda ansvaret med utgångspunkt i den brottsliga viljan: nämligen om det kan sägas att faran varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Se vidare nedan under avsnitt 5. Möjligen skulle den omständigheten att BrB 23:1 inte uttryckligen ställer krav på uppsåt kunna ses som ytterligare ett indicium för att den svenska ordningen lägger tonvikten på det objektiva.

²¹ Regleringen i den tyska strafflagen nämner överhuvudtaget inte fara som ett kriterium och som lagtexten är avfattad tycks den innefatta alla typer av försöksgärningar så länge ett brottsligt uppsåt föreligger. Se Strafgesetzbuch §§ 22–23. Enligt förhärskande mening undantas emellertid s.k. vidskepliga försök – dvs. sådant som att försöka skada någon med trolldom – från det straffbara området. Se t.ex. Kindhäuser & Zimmerman, Strafrecht: Allgemeiner Teil 2020, 263 f., Roxin 2003, s. 333 f. och Jeschek & Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil 1996, s. 532. Vidare finns i vissa fall förutsättningar att meddela påföljdseftergift – nämligen då gärningsmannen på grund av grov okunskap rörande medel eller objekt inte insåg att gärningen inte kunde leda till ett fullbordat brott. Jfr Strafgesetzbuch § 23 (3). Inte heller regleringen i engelsk rätt ställer krav på fara för brottets fullbordan, de otjänliga försöken är

4.2 Tjänlighet och otjänlighet

Om man nu inte anammar ett försöksbegrepp som är antingen utpräglat objektivt eller subjektivt måste alltså en avgränsning göras inom ramen för de otjänliga försöken. Vissa sådana försök bör vara straffbara, andra inte. Med andra ord kan vi skilja på tre kategorier av försök: (1) de tjänliga (och därmed straffbara), (2) de otjänliga straffbara och (3) de otjänliga straffria. Skolboksexempel på gärningar som sorterar sig under respektive kategori skulle kunna vara att (med uppsåt att beröva någon livet)...

1. ... försöka skjuta på någon med en pistol men missa,
2. försöka förgifta någon med druvsocker – där skälet till att man använde ett otjänligt medel var att man förväxlade en burk druvsocker med en burk arsenik i ett skåp där båda burkarna förvarades *eller*
3. försöka förgifta någon med druvsocker – i tron att druvsocker är giftigt.

I svensk rätt är alltså gärningar i kategorierna (1) och (2) potentiellt straffbara som försök till mord. Kategori (1) på den grunden att fara för brottets fullbordan förelegat och kategori (2) med hänvisning till att sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Kategori (3) lämnas dock utanför det straffbara området – här handlar det alltså om sådana försök där faran är utesluten och skälen till detta *inte* kan betecknas som tillfälliga omständigheter. I doktrinen har talats om tjänliga försök (1), respektive farliga (2) och ofarliga (3) otjänliga motsvarigheter.²²

Enligt en strikt objektiv försökslära straffas alltså endast sådana försök som objektivt sett bedöms som farliga (kategori (1)) medan den renodlat subjektiva ingången innebär att alla försök omfattas – såväl tjänliga som otjänliga (kategori (1)–(3)). Den svenska regleringen som medger bestraffning av vissa otjänliga försök (kategori (2)) kan som sagt betecknas som en medelväg mellan de två ytterligheterna.

Av företrädare för en subjektiv försöksteori har ibland framförts att det inte skulle gå att skilja tjänliga och otjänliga försök från varandra. Det som alltid kännetecknar försök till brott är ju att gärningsmannen av någon anledning

t.o.m. uttryckligen inkluderade i lagtexten. De centrala rekvisiten enligt Criminal Attempts Act 1981 lyder: "If with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence. [...] A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies *even though the facts are such that the commission of the offence is impossible* [kursivering tillagd]."

²² Se t.ex. Jareborg 2001, s. 386 f. Att tala om dels "utesluten fara", dels "farliga försök" kan tyckas motsägelsefullt – uppenbarligen åsyftas emellertid i det senare fallet en annan, mer abstrakt fara, än (konkret) fara för brottets fullbordan. Jfr Asp 2021, s. 101, som – i stället för ofarliga och farliga otjänliga försök – talar om dels "genuint otjänliga försök", dels sådana där otjänligheten "närmast beror på slumpen".

misslyckats med att realisera sitt uppsåt. Med alla fakta på bordet vet vi med säkerhet att det inte var möjligt (och därmed naturligtvis inte heller sannolikt) att gärningen skulle leda till brottets fullbordan. I retrospektiv kan alltså *alla* försök beskrivas som otjänliga (och ofarliga). Vem som helst som i exempel (1) siktade på det aktuella sättet med pistolen skulle ju ha haft precis lika lite framgång som vem som helst som i exempel (2) eller (3) försökte använda druvsocker som ”gift”.²³

Om vi inte ska hemfalla åt total relativism måste dock accepteras att argumentet att alla försöksgärningar skulle vara lika otjänliga inte håller streck. En sådan slutsats förbiser nämligen att uppskattningar av fara (straffrättsliga och andra) alltid behöver förläggas till en tidpunkt *innan* faran riskerar att förverkligas. Görs bedömningen *ex post*, dvs. i efterhand (vilket i princip alltid är fallet när det gäller straffrättsliga bedömningar) måste vi alltså förflytta oss tillbaka i tiden – som det heter: anlägga ett perspektiv *ex ante*. I det läget har vi naturligtvis förutsättningar att göra uppskattningar av fara – för att t.ex. konstatera att utgången framstår som betydligt mer oförutsebar när någon avlossar en pistol jämfört med när någon använder druvsocker som ”gift”.²⁴ Saknade vi den för-

²³ Jfr t.ex. Horder. Ashworth’s principles of criminal law 2016, s. 483: ”There would be little difference between the [fault-centered approach and the act-centered approach] over the case of D who fired a shot at V and missed because his aim was not good enough. That is a classic criminal attempt. But what is the difference between that and the case in which E puts sugar in X’s drink in the belief that it is cyanide? On the act-centered approach there is no social danger in the latter case, because sugar is innocuous; yet it is equally true that there is no danger in the first case, because shooting and missing is innocuous.” Jfr även följande passage i det betänkande som ligger till grund för den svenska regleringen: ”Ett felriktat skott kan lika litet medföra en människas död som ett »skott» med oladdat vapen; ett skott mot den, som bär en effektivt skyddande pansarväst, är lika otjänligt att åstadkomma dennes död, som om han befinner sig på en helt annan ort och skottet avlossas mot något föremål, som gärningsmannen tror vara den frånvarande. Försökets misslyckande beror alltid på en villfarelse från gärningsmannens sida, ty visste denne, att försöket icke skulle lyckas, komme intet försök till stånd.” SOU 1940:19, s. 46. Se även Roxin 2003, s. 343 f., för vederläggande av samma typ av argumentation i tysk rättspraxis, och Wennberg 2010, s. 110 och 114.

²⁴ Jfr Wennberg som – delvis med hänvisning till Ross – definierar den konkreta faran på grundval av graden av osäkerhet. För att skilja tjänliga och otjänliga försök från varandra fäster sig Wennberg vid vilka förutsättningar som finns att ”i efterhand skaffa sig en komplett bild av situationen”. När det gäller tjänliga försök till mord genom skottlossning torde det i praktiken vara omöjligt att ”rekonstruera situationen med sådan exakthet att man kan säga att det men [sic] hänsyn till omständigheterna i gärningsögonblicket står klart att kulan inte skulle ha träffat offret.” Se Wennberg 2010, s. 208. Konkret fara kännetecknas helt klart av att det vid gärningsögonblicket finns en osäkerhet – i betydelsen en svårighet att förutsäga vad en viss gärning kommer att resultera i. Mot Wennbergs resonemang kan man dock möjligen invända att förutsättningarna att rekonstruera händelseförloppet *i efterhand* väl inte bör påverka bedömningen av huruvida konkret fara föreläggat (ibland låter sig nog förlopp som s.a.s. *ex ante* får anses påtagligt farliga utan större problem rekonstrueras *ex post*). Skiljelinjen mellan fara och icke-fara (dvs. mellan tjänlighet och otjänlighet) måste snarare dras med ledning av möjligheten att *på förhand* överblicka händelseförloppet.

mågan skulle det inte bara få konsekvenser för straffrätten – det skulle vara mycket riskfyllt (för att inte säga omöjligt) att leva. I allmänhet kan det alltså knappast vara några problem att skilja på sådana fall där konkret fara förelegat och sådana fall där sådan fara inte varit för handen. Argumentet att alla försök är lika otjänliga (eller tjänliga) kan dock anses visa på något annat: nämligen *att det finns ett släktskap mellan de tjänliga och otjänliga försöksgärningarna*. Man kan nog se skillnaden mellan de två typerna som en fråga om grad snarare än om art.

4.3 Fara och icke-fara som en gradskillnad

Enligt gängse definition föreligger konkret fara för något, när det är *möjligt* och *i viss grad sannolikt* att detta något realiserar.²⁵ Eftersom bedömningen av sådan fara i princip alltid görs i efterhand kräver prövningen att vi tillåter oss att abstrahera från de fakta som vi känner. Asp beskriver det som en ”omställning av sakförhållandena” – och framhåller att kriterierna möjlighet och plausibilitet (tillräcklig sannolikhet) här fungerar som en begränsning i hur långt vi kan gå.²⁶ Ett annat sätt att uttrycka saken är att kraven på möjlighet och tillräcklig sannolikhet fungerar som *målet* för denna omställning och den relevanta frågan är hur långt vi behöver gå innan vi når detta mål. Vad vi gör är ju att vi abstraherar till en grad då vi kan säga att det utfall som inte blev fallet (dvs. såvitt avser försök: det fullbordade brottet) framstår som möjligt och tillräckligt sannolikt.

Om vi ska sätta ord på resultatet av ”omställningen” – dvs. varför vi bedömer gärningen som farlig – behöver vi göra en generaliserad språklig beskrivning av försöksgärningen där vi blundar för vissa omständigheter som vi känner till när vi analyserar gärningen i efterhand. Ibland är detta mycket okomplicerat. Avseende exempel (1) i föregående avsnitt skulle den abstraherade gärningen och farebedömningen kunna avfattas på följande sätt: *om man skjuter på någon med en pistol är det möjligt och i viss grad sannolikt att personen berövas livet*.²⁷ Men även de otjänliga försöken kan behandlas på samma sätt. Det som gör försöket otjänligt är ju en omständighet som vilken annan i den meningen att den kan subtraheras när vi i efterhand beskriver gärningen i mer generella termer.²⁸ Skillnaden mot det tjänliga försöket är att vi behöver abstrahera *mer* och/eller utelämna fakta som framstår som mer väsentliga för att nå fram till en beskrivning som svarar mot kraven på möjlighet och sannolikhet. När det gäller

²⁵ Se vidare nedan under avsnitt 5.1.

²⁶ Asp 2021, s. 104 f.

²⁷ Till denna korta beskrivning kan vi lägga ytterligare fakta som talar för möjlighet och tillräcklig sannolikhet, som att avståndet är så nära, att pistolen är skarpladdad etc. (men vi måste alltså utelämna det faktum att gärningsmannen siktar så att skottet passerar förbi offret).

²⁸ Jfr Duff, *Criminal attempts* 1996, s. 79: ”We can of course portray the commission of these crimes as possible only by omitting certain facts...”.

ovannämnda exempel (2) och (3) skulle ett abstraherande av gärningen med en efterföljande farebedömning kunna formuleras enligt följande: *om man förgiftar någon är det möjligt och i viss grad sannolikt att personen berövas livet*.²⁹

Frågan om fara eller icke-fara, om tjänlighet eller otjänlighet, måste alltså inte ses som ett antingen-eller. Givetvis finns klara, tveklösa fall. Åtskilliga försök framstår som påtagligt tjänliga och åtskilliga andra som fundamentalt otjänliga. Men oavsett hur tjänliga eller otjänliga de är, låter de sig nog samtliga placeras på samma skala: tjänlighet och otjänlighet (eller fara och icke-fara) kan beskrivas som en gradskillnad.³⁰ Man skulle kunna påstå att lagtextens avfattning i BrB 23:1 – med å ena sidan en huvudregel som ställer krav på fara, och å andra sidan en undantagsregel som accepterar en fara utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter – återspeglar denna gradskillnad. När det – i enlighet med huvudregeln – föreligger konkret fara skulle ju ett adekvat sätt att beteckna denna fara kunna vara att brottets fullbordan var utesluten av (blott) tillfälliga omständigheter (det var t.ex. i exempel (1) i föregående avsnitt en *tillfällighet* att gärningsmannen missade med pistolen).³¹ När faran – i enlighet med undantagsregeln – är utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter, kan det alltså sägas vara tillfälligheter i två led som är anledning till att brottet inte

²⁹ Även här skulle vi, beroende på kontexten, kunna komplettera med omständigheter som ytterligare talar för konkret fara. Det skulle t.ex. kunna vara att offret åt upp hela den måltid som preparerats med ”giftet” och att det skulle dröja innan offret kunde komma under vård eftersom närmaste sjukvårdsinrättning låg långt bort. Däremot kan det dock tyckas att vi har utelämnat mer väsentliga saker än i exempel (1) – närmare bestämt att det medel som används som gift är helt ofarligt. Vidare kan man förstås diskutera om det är korrekt att beskriva gärningen med verbet ”förgifta” – att gärningen beskrivs så grundar sig ju inte i gärningens yttre karaktäristika utan i vad vi vet om gärningsmannens brottsplan. Ett alternativt mer objektiviserat sätt att beskriva gärningen skulle kunna vara något i stil med: ”om man tillför ett medel i någons soppa ...”. Med en sådan beskrivning kan det förstås anses mycket tveksamt om kravet på tillräcklig sannolikhet är uppfyllt (i många fall när man tillför medel i någons soppa medför det ingen fara – t.ex. om man saltar den). Det borde dock inte undergräva poängen: nämligen att vi med abstraktionens hjälp kan manipulera fram en konkret fara. För att kunna skilja gärningen (2) från gärningen (3) skulle vi kunna beskriva gärningen (2) på följande sätt: ”Om man, med risk för föregående förväxling mellan burkar med gift och ofarligt medel, tillför innehållet i en av burkarna i någons soppa ...”. Då borde det uppfattas som att kravet på konkret fara är uppfyllt. Med risk för övertydlighet kan vi försöka oss på samma sak med skolboksexemplet på ett s.k. vidskepligt (och ofarligt) försök: att försöka beröva någon livet genom trolleri. Här måste vi abstrahera så mycket att det blir ett slags cirkelresonemang: det enda som är kvar är gärningsmannens brottsplan. Det finns helt enkelt inga yttre konkreta omständigheter som implicerar att det är möjligt och sannolikt att brottsbeskrivningen kan komma att uppfyllas: *om man försöker beröva någon livet är det möjligt och någorlunda sannolikt att personen berövas livet*.

³⁰ Jfr Asp 2021, s. 102, om (existentiell) möjlighet som förutsättning för konkret fara: ”Sådan möjlighet föreligger t.ex. inte när någon söker döda annan genom besvärjelser eller när någon försöker att öppna ett kassaskåp genom att slå på det med en gummiklubba. Det är emellertid lätt att peka på fall som är vanligare att bedöma.”

³¹ Se ovan under avsnitt 4.2.

fullbordas. Ett sätt att beskriva saken är med andra ord att det s.k. alternativa farerekvisitet tar sikte på *fara för fara* – vilket kanske inte är helt fel.³²

5. Närmare om farerekvisiten

5.1 Konkret fara

För det första är det alltså fråga om ett försök till brott om det föreligger fara för brottets fullbordan (om övriga rekvisit och ansvarsförutsättningar är uppfyllda). Med sådan fara avses s.k. konkret fara.³³ Som vi var inne på i föregående avsnitt har doktrin och rättspraxis preciserat kravet på konkret fara så att det ska vara *möjligt* och *i viss grad sannolikt* att faran realiseras.³⁴ Med kravet på möjlighet avses att det ska ligga ”inom det möjligas ram” att det som faran ska avse överhuvudtaget realiseras – dvs. att detta *kan* hända.³⁵ Även om det finns gränsfall är kravet på möjlighet av naturliga skäl ett absolut kriterium för att det ska vara korrekt att tala om fara av något slag. Kravet på viss sannolikhet är däremot betydligt mer relativt vilket sammanhänger med att olika kriminaliserade gärningar kan skilja sig åt betydligt. Av rättspraxis kan man sluta sig till att sannolikheten för den effekt som faran avser inte får vara försumbar – det ska framstå som rimligt att förvänta sig effekten som en följd av gärningen. Därutöver går det dock inte att säga generellt hur hög grad av sannolikhet som krävs. Som en faktor av betydelse har framhållits hur allvarlig den befarade följden är.³⁶ I äldre doktrin har det uttryckts på följande sätt:

³² Jfr Wennberg 2010, s. 212, som konstaterar att situationer som faller under det alternativa farerekvisitet kännetecknas av ”att det var en tillfällighet att det inte var en tillfällighet att brottet inte fullbordades!” Se även Asp 2021, s. 105, not 152. Jfr även Jareborg 2001, s. 387, som läser lagtexten på följande sätt: ”Att brottets fullbordan är utesluten av en tillfällighet är detsamma som att det beror på slumpen att brottet inte fullbordats, dvs. det föreligger påtaglig konkret fara för brottets fullbordan. På motsvarande sätt skulle det att fara för brottets fullbordan är utesluten av en tillfällighet betyda detsamma som att det föreligger påtaglig konkret fara för konkret fara.”

³³ Se t.ex. NJA 2004 s. 176, Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 93 och Asp 2021, s. 101.

³⁴ Se t.ex. NJA 2017 s. 531, s. p. 28. Se vidare Jareborg 2001, s. 171, som i stället för *tillräcklig sannolikhet* talar om *plausibilitet* (i motsats till *probabilitet*). Det finns en poäng att uttrycka sig så bl.a. eftersom det ensamma adjektivet ”sannolikt” språkligt implicerar en övervikt – vilket är direkt fel eftersom det räcker med en lägre grad av sannolikhet för att kravet på konkret fara ska vara uppfyllt. Som framgår används i denna text för enkelhets skull skrivningen ”i viss grad sannolikt” som ska förstås som synonymt med ”plausibelt”.

³⁵ Se Jareborg 2001, s. 166 f. och Asp 2021, s. 102.

³⁶ Se NJA 1987 s. 490, NJA 2018 s. 369 p. 16, jfr även NJA 1995 s. 448.

[Frågan hur stor sannolikheten för brotts fullbordan eller effekts inträffande ska vara] är att besvara med ledning av gängse föreställningssätt och språkbruk och med hänsyn tagen till det sammanhang i vilket farerekvisitet uppställts och därmed till vad straffbudet avser.³⁷

Att rättskällorna inte kan lämna några närmare besked avseende vilken grad av sannolikhet som kan krävas ligger nog i sakens natur. Det är talande att den praxis som kan ge ledning i denna fråga framförallt handlar om risk för överföring av HIV-smitta vid oskyddade samlag.³⁸ I sådana fall handlar det ju om ett ganska isolerat förlopp med två möjliga utfall som det är förhållandevis enkelt att uttala sig statistiskt om. I många andra fall är det – när man väl har etablerat kriteriet möjlighet – av naturliga skäl svårare att med någon grad av procentuell exakthet beräkna risker. Mycket mer kan nog inte sägas än att det inte räcker med endast möjlighet och att bedömningen i övrigt måste skilja sig åt beroende på vikten av det intresse som riskerar att kränkas om faran realiserar. Den grad av sannolikhet som lever upp till kravet bör rimligen vara annorlunda om det handlar om fara för liv och hälsa (t.ex. BrB 3:9) eller fara för att skatt undandras det allmänna (2 § skattebrottslagen (1971:69)).³⁹

Det kan vidare konstateras att det finns vissa skillnader mellan *å ena sidan* fara som ett rekvisit i en brottsbeskrivning för ett fullbordat brott och *å andra sidan* fara som kriterium för försök till brott enligt BrB 23:1 st. 1. I de förra fallen handlar faran om möjligheten av och sannolikheten för en mer eller mindre konkret följd – t.ex. död eller svår kroppsskada (BrB 3:9) eller omfattande förstörelse av annans egendom (BrB 13:1). När det gäller fara enligt BrB 23:1 st. 1 tar alltså möjligheten och sannolikheten sikte på att det brott försöksgärningen syftar till fullbordas. I vissa fall när denna brottstyp har en brottsbeskrivning som ställer krav på orsakande av skada av något slag överensstämmer prövningen den vid ett fullbordat konkret farebrott.⁴⁰ I andra fall när brottsbeskrivningen ställer krav på fara eller då rekvisiten varken rymmer krav på skada eller fara – dvs. vad som ibland kallas rena handlings- eller beteendedelikt – tar bedömningen snarare sikte på fara för att gärningsmannen gör något visst eller för att en viss omständighet kommer att vara för handen. Prövningen kan då avse något sådant som om det är möjligt och i tillräcklig grad sannolikt att gärningsmannen skulle komma att inneha narkotika (1 § narkotikastrafflagen (1968:64)) eller skulle komma att hota någon annan med brottslig gärning på ett sätt som är ägnat att hos den hotade framkalla allvarlig rädsla för egen säkerhet till person (BrB 4:5). I allmänhet är det nog inte svårare att göra en sådan bedömning än

³⁷ Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten 1976, s. 45. Jfr även NJA 1987 s. 490.

³⁸ Jfr NJA 1995 s. 448 och NJA 2018 s. 369.

³⁹ Se Strahl 1976, s. 45. Jfr även Jareborg 2001, 148 och Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 97.

⁴⁰ Jfr t.ex. *HIV-fallet* NJA 2004 s. 176, där rätten – beroende på om kravet på uppsåt ansågs uppfyllt – enligt åtalet, avseende samma gärning hade att välja mellan försök till grov misshandel eller det självständiga brottet framkallande av fara för annan. HD stannade vid det senare alternativet efter att ha konstaterat att gärningsmannen inte nådde upp till ett likgiltighetsuppsåt. Rörande beteckningen ”farebrott”, se nedan undan avsnitt 8.

när det är fråga om konkret fara som ett rekvisit i en brottsbeskrivning för ett självständigt brott. Frågan är ju i båda fallen om det – utifrån en bedömning i efterhand – kan ha framstått som rimligt att förvänta sig en viss utveckling av ett händelseförlopp. Däremot kan det tyckas att avståndet till ett av kriminaliseringen skyddat intresse blir större när det handlar om försöksrelevant fara i förhållande till s.k. farebrott eller rena handlingsbrott. Ett sätt att uttrycka saken i sådana fall är ju att straffansvaret legitimeras av *fara för fara* eller *fara för presumerad fara*. Det kommer att finnas anledning att återkomma till detta.⁴¹

5.2 Fara utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter

Konkret fara för brottets fullbordan är som framgått inte ett absolut krav för försöksansvar. Det kan enligt BrB 23:1 räcka att sådan fara anses utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter – vad som en smula missvisande ibland kallas för ”det alternativa farerekvisitet”.⁴²

Om man håller hårt på legalitetsprincipen kan det tyckas att om det inte föreligger konkret fara – på det sättet att det överhuvudtaget inte är möjligt att ett brott fullbordas – kan inte heller försökspunkten anses nådd. I lagtexten beskrivs ju försöks gärningen på det sättet att gärningsmannen ska ha ”påbörjat utförandet av visst brott”. Om det från objektiv synpunkt inte finns någon möjlighet för brottet att fullbordas är det ju inte språkligt korrekt att beskriva gärningen på detta sätt. Även om gärningsmannen må ha uppsåt, syftar ju inte handlingen som sådan till en uppfylld brottsbeskrivning. Den som t.ex. stoppar handen i någon annans tomma ficka kan – utifrån sett – knappast sägas ha påbörjat utförandet av en stöld – dvs. en gärning som bl.a. innebär olovligt tagande av vad annan tillhör (BrB 8:1).⁴³ Det är dock uppenbart att det inte är lagstiftarens avsikt att lagtexten ska förstås så bokstavligt; det skulle ju i det närmaste utesluta försöksansvar vid samtliga otjänliga försök, också sådana som träffas av det alternativa farerekvisitet (som ju upptas i samma mening i lagrummet).⁴⁴ I rättspraxis har slagits fast att uttrycket ”visst brott” i bestämmelsen inte får anses syfta på annat än att ett straffbart försök – till skillnad från straffbar förberedelse (BrB 23:2) – ska avse

⁴¹ Se nedan under avsnitt 8.

⁴² I texten används denna benämning för enkelhets skull.

⁴³ Eller som Jareborg 2001, s. 378, formulerar det i ett slagkraftigt exempel: den som får för sig att åka till månen i en luftballong kan knappast sägas ”påbörja” att åka till månen med luftballong (även om hon kanske kan påbörja ett ’försök’ därtill).”

⁴⁴ Se Asp 2021, s. 93 ff. Som Asp påpekar finns förvisso trots en sådan tolkning ett litet utrymme att tillämpa det alternativa farerekvisitet – nämligen i fall där brottets fullbordan i och för sig hade kunnat vara möjlig men inte i tillräcklig grad sannolik för att man ska kunna tala om (konkret) fara, samtidigt som man konstaterar att denna lägre grad av fara är utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Se Asp 2021, s. 97 f.

en bestämd gärning.⁴⁵ Hursomhelst har alltså lagstiftaren – kanske på grund av förbiseende – landat i en språklig utformning av BrB 23:1 som vid en ordagrann tolkning kan tyckas rymma motstridiga element.⁴⁶ Om inte annat visar detta att det finns ett samband mellan konstruktionen av försöksgärningen och bedömningen av fara. När fara för brottets fullbordan inte föreligger blir det i allmänhet svårare att hänga upp försöksgärningen på något. Vari består den ”gärning” som försöket ”avser” – objektivt, s.a.s. utanför gärningsmannens huvud – om den faktiskt inte syftar till ett fullbordat brott? För att kunna definiera sådana ”gärningar” krävs helt enkelt en högre grad av kreativitet (vilket förstås alltid sker på viss bekostnad av legalitet).⁴⁷

Som vi redan har varit inne på innebär uppbyggnaden av BrB 23:1 att det görs skillnad mellan tre kategorier av försöksgärningar – varav två är straffbara.⁴⁸ För det första handlar det om (1) försök där konkret fara har förelegat. Därutöver finns dels (2) försök där sådan fara varit utesluten (dvs. inte förelegat) men detta berott endast på tillfälliga omständigheter, dels (3) straffria försök där faran varit utesluten (punkt). Den centrala frågan är förstas hur man ska man skilja på kategori (2) och (3). Med andra ord: hur ska rekvisitet ”[utesluten] endast på grund av tillfälliga omständigheter” tolkas?

I de väl över 80 år gamla förarbetena utvecklas innebörden av tillfälliga omständigheter med att ”händelseförloppet eller situationen utan svårighet låter sig modifieras dithän, att brottet kommit till fullbordan.”⁴⁹ Enligt propositionen ska sådana försök vara straffbara som går ”om intet på grund av omständigheter som enligt ett normalt bedömande från gärningsmannens synpunkt äro att anse såsom tillfälliga”.⁵⁰ Försök där misslyckandet ”ej är att tillskriva slumpen utan en mera djupgående brist i brottsplanen” bör emellertid lämnas utanför det straff-

⁴⁵ Se NJA 1992 s. 679. HD förefaller dock ha tolkat rekvisitet mer bokstavligt i det tidigare rättsfallet NJA 1989 s. 456 där åtal för försök till varusmuggling av ett parti narkotika ogillades på den grunden att brottet inte kunnat fullbordas; den tilltalade hade nämligen blivit lurad och partiet innehöll ingen narkotika. Enligt HD:s motivering kunde han alltså inte anses ha påbörjat utförandet av brottet. I den delen får kanske avgörandet betraktas som ett olycksfall i arbetet. Se vidare Wennberg 2010, s. 129 f. och 223 samt refererat utlåtande av densamma i NJA 1992 s. 679 och Asp 2021, s. 95. Jfr även RH 2007:61 där saken och hovrättens resonemang var likartade.

⁴⁶ Jfr Asp 2021, s. 93 ff. I sammanhanget kan en jämförelse göras med den koncisa definitionen av försök i den tyska strafflagen, som tydligare knyter försöksgärningen till uppsåtet (§ 22 StGB): ”Eine Straftat versucht, wer *nach seiner Vorstellung von der Tat* zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt [kursivering tillagd]” (fritt översatt: ”Den gör sig skyldig till försök till ett brott som, *enligt sin uppfattning om gärningen*, omedelbart tar steg för realisera brottsbeskrivningen.”). Vidare rörande försöksregleringen i tysk rätt, se ovan under not 21.

⁴⁷ Se vidare nedan under avsnitt 8.

⁴⁸ Se ovan under avsnitt 4.2.

⁴⁹ Se SOU 1940:19, s. 49.

⁵⁰ Se prop. 1942:4, s. 61. Jfr även följande skrivning i betänkandet: ”Helt allmänt torde emellertid kunna sägas, att om det enligt den utomståendes betraktelsesätt förelegat en övervägande sannolikhet för att handlingen efter vanlig erfarenhet kunnat medföra det brottsliga resultatet,

bara området. Som exempel på ett straffbart otjänligt försök ges situationen när en ficktjuv sticker handen i en tom ficka.⁵¹ Det är tydligt att rättstillämparen ges ett betydande utrymme för diskretion när de abstrakta normerna ska tillämpas på konkreta fall. Vid försök måste ju i princip situationen alltid ”modifieras” för att den ska kunna tänkas leda till brottets fullbordan (det gäller som vi har sett både när det finns konkret fara och när faran är utesluten).⁵² Men vad innebär det att en sådan modifiering kan ske ”utan svårighet”? Likaså kan man nog alltid säga att slumpen i något avseende är inblandad och ofta även att det – åtminstone vid avslutade försök – föreligger en ”brist i brottsplanen”.⁵³ Men *hur mycket* slump talar vi om och *hur djupgående* får bristen vara?

Wennberg har tolkat förarbetsuttalandena så att man bör se till vilka närliggande hypotetiska handlingsalternativ (i tid och rum) som gärningsmannen har haft. Kan man konstatera att det finns sådana alternativ som hade varit tjänliga är det alternativa farerekvisitet uppfyllt.⁵⁴ Här blir förstås frågan *hur närliggande* handlingsalternativen ska vara – eller annorlunda uttryckt: hur mycket vi ska abstrahera när vi bedömer frågan.⁵⁵ Ett annat avgränsningskriterium som har rekommenderats av Jareborg och som sedermera har plockats upp i HD:s praxis förutsätter ett slags risktagande från gärningsmannens sida. Det ska...

vid en objektiv bedömning utifrån gärningsmannens position [...] framstå som plausibelt att hans uppsåt kommer att förverkligas.⁵⁶

Tolkningen av rekvisitet ”tillfälliga omständigheter” ska alltså göras från två olika synpunkter som kan tyckas motstående. Beaktande av den ena synpunkten sker i viss mån på bekostnad av den andra och vice versa – s.a.s. som kommunicerande kärl. Å *ena sidan* ska som sagt gärningsmannens perspektiv anläggas: de omständigheter som utesluter faran ska framstå som slumpmässiga ur dennes synvinkel. Å *andra sidan* ska det ju handla om ett ”normalt bedömande” och en ”objektiv bedömning”: omständigheterna ska framstå som något så när

eller, såsom det stundom sagts, om det mänskligt att döma varit nära att brottet kommit till fullbordan, försöket bör vara straffbart eljest icke.” Se SOU 1940:19, s. 47.

⁵¹ Se prop. 1942:4, s. 61.

⁵² Se ovan under avsnitt 4.3.

⁵³ Också i fall av mycket påtaglig otjänlighet kan man säga att det var en slump att gärningsmannen *valde* ett visst medel – t.ex. att mörda genom att läsa besvärjelser i stället för att mörda genom att använda gift. Omvänt kan man – även om det från språklig synpunkt framstår som en aning pressat – också vid försök där det föreligger uppenbar konkret fara tala om brister i brottsplanen. När det är fråga om t.ex. mordförsök genom ett pistolskott som missar kan saken beskrivas så att ”planen” att sikta med pistolen i den aktuella vinkeln var bristfällig.

⁵⁴ Se Wennberg 2010, s. 212 ff. och 221. Jfr även NJA 2023 s. 393, p. 24.

⁵⁵ Om vi hårdrar det kan vi ju säga att den som försöker döda någon med trolleri hade kunnat välja ett annat alternativ: t.ex. ett skjutvapen. Saken ställs kanske på sin spets i (den i och för sig osannolika) situationen när gärningsmannen både har ett laddat gevär och en ”trollstav” till hands men efter visst övervägande väljer att använda det senare ”vapnet”.

⁵⁶ Se Jareborg 2001, s. 387 och Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 408. Jfr även NJA 2003 s. 670.

tillfälliga också för en utomstående bedömare med insikter som gärningsmannen saknar. Att utgå från gärningsmannens perspektiv bör sällan vara särskilt svårt (om man bortser från att det kan finnas bevissvårigheter när det gäller försöksuppsättet). Det svåra ligger snarare i hur objektiv bedömningen ska tillåtas vara. I vilken utsträckning ska omständigheter utanför gärningsmannens kännedom inkluderas i bedömningen?⁵⁷

Rättspraxis till ledning för när faran är utesluten men *inte* endast på grund av tillfälliga omständigheter har hittills – före 2023 års fall – varit mycket sparsmakad. Ovan har vi berört två fall där rekvisitet ansågs uppfyllt: 1992 års fall *Russinlådorna* avseende försök till grovt narkotikabrott där partiet med narkotika bytts ut av tullen, liksom 2003 års fall *Skottet mot säkerhetsdörren* rörande försök till dråp där gärningen bestod i ett skott som inte kunde tränga igenom en säkerhetsdörr.⁵⁸ Från senare tid är det därutöver framförallt två prejudikat som har rört tolkningen av rekvisitet. I *De tomma resväskorna* handlade det om ett försök till stöld av tomma väskor som vid tidigare tillfällen innehållit värdesaker.⁵⁹ I *Flickvännens fritagningsförsök* var det fråga om försök till främjande av flykt genom insmuggling av en pistol till ett häkte, som gick om intet på grund av en kroppsvisitation.⁶⁰ Även båda dessa fall bedömdes som straffbara försök till brott; faran för brottets fullbordan ansågs alltså ha varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.⁶¹

⁵⁷ Jareborgs kriterium kan nog förstås på olika sätt. Varierande tonvikt kan läggas på kraven att bedömningen av risktagandet ska göras från gärningsmannens position respektive att bedömningen samtidigt ska vara objektiv. Asp 2021, s. 110, tolkar kravet på objektivitet så att det inte innebär ”mycket mer och annat än att man skär bort sådana situationer där det från gärningsmannens position framstår som galet att tro på framgång.” Ett sådant tillämpningsområde skulle förstås innebära att väldigt många fall där otjänlighet föreligger bedömdes som straffbara. Som Asp antyder är nog en sådan tillämpning dessutom svårförenlig med lagtextens krav på att omständigheterna ska vara tillfälliga. Se Asp 2021, s. 111, p. 8.

⁵⁸ Se NJA 1992 s. 679, NJA 2003 s. 670 och ovan under avsnitt 3.

⁵⁹ Se NJA 1985 s. 544.

⁶⁰ Se NJA 1990 s. 354.

⁶¹ Jfr dock de tidigare nämnda friande hovrättsdomarna RH 2007:61 och RH 2015:21 – som båda avsåg försök till narkotikabrott men bär vissa likheter med *Väpenattrappen*. I båda fallen fann hovrätten av allt att döma att kravet att fareuteslutande omständigheter enbart varit tillfälliga *inte* var uppfyllt (även om referatrubriken för 2007 års fall missvisande anger att saken handlar om huruvida försökspunkten blivit nådd). I sammanhanget kan även nämnas den frikännande domen i tidigare berörda NJA 1989 s. 456 där majoriteten ogillande ett åtal för försök till varusmuggling på den grunden att rekvisitet ”påbörjat utförandet av visst brott” inte var uppfyllt (en skiljaktig ville döma till ansvar med hänvisning till att faran varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter). Se vidare ovan under not 45.

6. Brottsplanens formande och grad av visshet som avgränsningskriterier

Genom *Vapenattrappen* har nu alltså tillkommit ytterligare ett prejudikat till ledning för tolkningen av det alternativa farerekvisitet. Den regel HD uppställer i domen är som sagt att ”straffansvar [...] som utgångspunkt inte ska inträda om fara för brottets fullbordan var utesluten redan när gärningsmannens uppsåt formades.”⁶² Domen kan tyckas smått omvälvande av två skäl. För det första eftersom HD förser oss med ett exempel på en situation där det alternativa farerekvisitet inte är uppfyllt – det har vi alltså hittills inte varit bortskämda med. För det andra eftersom den regel som formuleras är förhållandevis klar och definitiv om man jämför med de öppna skrivningar i förarbeten och doktrin som redovisats ovan.⁶³ Tidpunkten när uppsåtet formades – ögonblicket när vad man kan kalla en brottsplan uppstod – drar en distinkt gräns för när sådana omständigheter som ger upphov till ett försöks otjänlighet kan betraktas som tillfälliga. Samtidigt – och detta är nog viktigt och relevant att återkomma till – är HD tydlig med att regeln inte gäller alla otjänliga försök utan en viss sorts ”typfall”, nämligen ”när fara för brottets fullbordan är utesluten [...] då myndigheter har ingripit eller brottet hindrats av någon annan liknande omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar.”⁶⁴

Uppsåtets formande som ett kriterium för avgränsning mellan straffbara och straffria otjänliga försök har tidigare försvarats av Asp.⁶⁵ I likhet med vad som uttalas i *Vapenattrappen* menar han att kriteriet inte kan vara generellt tillämpligt; det kan alltså inte gälla i alla situationer av otjänlighet. Asp tycks dock inte mena att tillämpningsområdet bör vara lika snävt som i det av HD omtalade typfallet. De situationer då det finns skäl att göra undantag är när försökets otjänlighet ”avser kausaliteten mellan gärning och följd” och ”bedömningen av vad en viss gärning kan leda till [...] är oviss”. Som Asp uttrycker det är det ”då lättare att tala om att otjänlighet beror på tillfälliga omständigheter även i de fall där otjänligheten förelegat inom ramen för gärningsmannens hela uppsåt.” I sammanhanget hänvisar Asp till *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670. I sådana situationer av försök – när det vid en objektiv bedömning utifrån gärningsmannens position ”framstår som oklart” om gärningen kan leda till

⁶² NJA 2023 s. 393, p. 23.

⁶³ Det ska dock sägas att HD gör förbehållet att regeln ska gälla ”som utgångspunkt”.

⁶⁴ NJA 2023 s. 393, pp. 20 och 23. Man kan förstås diskutera hur mycket som ryms inom detta typfall och vad som menas med ”annan liknande omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar”. Ganska många situationer kan ju falla in under den öppna skrivningen. *E contrario* bör man i vart fall kunna sluta sig till att vad som åsyftas inte är sådana omständigheter som i *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670.

⁶⁵ Se Asp 2021, s. 111 ff.

fullbordan – kan alltså straffansvar aktualiseras när otjänligheten förelåg redan innan uppsåtet formades.⁶⁶

Ett nyckelord i sammanhanget är nog *framstår*. Vid tolkningen av rekvisitet ”tillfälliga omständigheter” är det relevanta nog inte så mycket vad som *är* tillfälligt utan vad som *framstår* som tillfälligt. Med facit i hand vet vi ju att det inte *är* oklart vad som blir följden av gärningen i en situation som den i 2003 års fall. Det ansågs dock krävas forensiska undersökningar för att kunna slå fast att fara för brottets fullbordan varit utesluten. En genomsnittsperson som saknar specialkunskaper i sådant som materialfysik och ballistik, hade dock inte kunnat vara så säker. Vid första påseende *framstår* det helt enkelt som ett risktagande att skjuta mot en dörr om någon står på andra sidan (även om det i det aktuella fallet faktiskt inte var det). Hade hindret bestått i, säg, en tjock armerad betongvägg hade vi nog inte sett det på samma sätt. I termer av inledande osäkerhet finns en likhet med bedömningen av konkret fara. Skillnaden mellan att misslyckas eftersom man sköt mot en dörr som i efterhand visar sig vara ogenomtränglig och att misslyckas t.ex. eftersom det i efterhand visar sig att man siktade dåligt är i sammanhanget inte så stor. I en situation som den i *Vapenattrappen* däremot, finns inte en sådan likhet. Här *framstår* det *inte* – vare sig vid försökspunktens inträde eller när uppsåtet dessförinnan formas – som oklart huruvida gärningen kommer att leda till ett fullbordat vapenbrott. Kort sagt: antingen finns vapen att ta befattning med eller så gör det inte det. En gärningsman som tror att det förhåller sig på det förra sättet är därmed i princip säker på att hen kommer att kunna realisera sitt uppsåt.

7. Legalitet och en annan betydelse av ”brottsplanen”

Kanske finns det här skäl att påminna sig om något trivialt: att straffrättsanvändningen är knuten till intresset av legalitet. Det språkliga innehållet i BrB 23:1 både grundar och sätter gränsen för straffansvaret. Såväl *Vapenattrappen* som den distinktion som Asp gör mellan straffria och straffbara otjänliga försök handlar förstas om just en språklig tolkning: i vilka fall känns det språkligt träffande att beteckna de fareuteslutande omständigheterna som tillfälliga?⁶⁷ Ju mer oklart det framstod för gärningsmannen om gärningen skulle leda till ett fullbordat brott, desto mer träffande känns det att beteckna de omständigheter som senare visade sig ha uteslutit faran som tillfälliga – även om omständigheterna faktiskt var av en mer bestående natur. I en situation som den i 2023 års fall, där det är tydligt att gärningsmannens brottsplan var dömd att misslyckas redan när den tog form, känns det följaktligen något mindre språkligt träffande

⁶⁶ Asp 2021, s. 114.

⁶⁷ Jfr NJA 2023 s. 393, p. 21.

att tala om tillfälliga omständigheter. Men det är *restriktiv* tolkning, vilket HD också framhåller.⁶⁸ Det vore direkt fel att säga att lagens ordalydelse utesluter en tillämpning som även inkluderar sådana situationer som den i *Vapenattrappen*. Visst kan vi tala om tillfälliga omständigheter utan att göra våld på språket. Vi behöver bara tillåta oss att abstrahera en aning mer. I många fall då personer letar i vapengömmor så lyckas de fullborda gärningen att inneha vapen. Att polisen lokaliserat just denna vapengömma och bytt ut vapnen kan betecknas som en tillfällighet – vare sig det skedde före eller efter att de personer som åkte dit för att hämta vapnen beslöt sig för att göra det (eller blev varse att vapnen fanns där).

En sorts medelväg när det gäller en situation som den i *Vapenattrappen* skulle kunna vara att hålla fast vid brottsplanens formande som en avgränsande faktor, men att uppfatta ”planen” i en mer extensiv och kontextuell bemärkelse. Med ”brottsplanen” skulle i så fall inte avses gärningsmännens överskjutande uppsåt att inneha vapen, utan snarare det gemensamma företaget att hålla sig med en vapengömma. Det borde ju vara uppenbart att den eller de som placerade vapnen och ammunitionen i förrådet hade som plan att dessa i något skede skulle kunna hämtas – dvs. att någon eller några skulle ”inneha vapen”. Det är inte visat att de tilltalade ursprungligen var införstådda med denna plan, men att de kom till förrådet med uppsåt att ta befattning med vapnen hade av allt att döma något slags samband med planen. Eftersom de fareuteslutande omständigheterna – dvs. att vapnen byttes ut – tveklöst inträdde efter att denna mer allmänna plan formades, bör omständigheterna kunna betecknas som tillfälliga. Möjligen kan det dock anses betänkligt att hänga upp tillämpligheten av det alternativa farerekvisitet på en mer obestämd brottsplan som inte omfattas av gärningsmannen utan av andra okända personer.⁶⁹ Hursomhelst kan man tycka att det finns en viss skillnad mellan situationen i *Vapenattrappen* och situationen att någon, s.a.s. vem som helst, oförhappandes stöter på attrappen och befattar sig med den i tron att det är ett riktigt vapen.⁷⁰ Att i den senare situationen kalla de fareuteslutande

⁶⁸ Jfr NJA 2023 s. 393, p. 22.

⁶⁹ Man kan ju även tänka sig varianter som ställer större krav på konkretion när det gäller gärningsmannens koppling till brottsplanen. Till exempel skulle kunna krävas att det är visat att gärningsmannens otjänliga försök att hämta vapnen skedde på uppdrag av den (eller de) person(er) som från början placerat vapnen där. En sådan tillämpning skulle leda till frikännande i ett fall som *Vapenattrappen*, men inte i vissa andra liknande fall.

⁷⁰ Det vill säga en situation överensstämmande med den i ovan nämnda referat RH 2007:61 där den tilltalade tog befattning med en ryggsäck som tidigare innehållit narkotika men vars innehåll bytts ut. Annat var inte visat än att den tilltalade saknat kännedom om ryggsäcken och dess innehåll innan han påträffade den och att brottsplanen följaktligen gjordes upp först efter att han börjat titta i den. Även med utgångspunkten att gärningsmännens uppsåt inte hade formats när vapnen byttes ut kan man tycka att 2023 års fall bär större likheter med *Russinlådorna* NJA 1992 s. 679 – som avsåg ett försök till grovt narkotikabrott med flera inblandade personer och ett på förhand uppgjort upplägg – än med det nämnda hovrättsfallet. Se vidare ovan under avsnitt 3.

omständigheterna för tillfälliga skulle förutsätta en jämförelsevis mer extensiv språklig tolkning (även om det nog knappast skulle vara inkorrekt).

8. Olika krav beroende på brottstyp?

Brottstyper kan som bekant vara av mycket olika slag. Vissa brottsbeskrivningar ställer krav på orsakande av skada eller fara medan andra endast straffbelägger beteenden som typiskt sett är associerade med fara – för enkelhets skull skulle vi kunna skilja på ”skadebrott”, ”farebrott” och ”beteendebrott”.⁷¹ Ytterst kan nog alla kriminaliseringar sägas syfta till att förhindra skada av något slag – men det kriminaliserade beteendet kan ligga mer eller mindre nära realiserandet av denna skada.⁷² Vad som utmärker farebrotten och de rena beteendebrotten är kort sagt att lagstiftaren har valt att lägga möjligheten till straffrättsligt ingripande på ett tidigare stadium – innan skadan är ett faktum. Samma sak kan förstås sägas om de osjälvständiga brottsformerna försök, förberedelse och stämpling till brott (BrB 23:1–2). Ibland talar man om ”förfälsdelikt” som en samlingsbeteckning för dessa självständiga och osjälvständiga brottsformer.⁷³

Bland de s.k. rena beteendebrotten finns kriminaliseringar som tar sikte på olika slags innehav. Vapenbrott kan objektivt sett beskrivas som ett slags förstadium till skador på liv och hälsa. På liknande sätt kan narkotikabrott (genom innehav eller andra befattningsformer) beskrivas som ett slags förstadium till de skadeverkningar som bruk av narkotika kan ge upphov till. Jämfört med straffbar förberedelse eller straffbart försök krävs emellertid inget överskjutande uppsåt och faran för sådana skador (dvs. innehavets karaktär av ”förstadium”) är alltså presumerad. Den skada som kriminaliseringen syftar till att förebygga kan alltså anses ligga relativt sett långt bort om vi jämför med skadebrott eller konkreta farebrott. Den presumerade fara som häftar vid den kriminaliserade gärningen skulle kanske kunna beskrivas i termer av en risk eller fara för konkret fara. Men här handlar det om fara på en mer abstrakt nivå eller i ett tidigare

⁷¹ Traditionellt har man skiljt på effektdelikt (som innefattar skade- och faredelikt) och rena beteendedelikt. Se t.ex. Strahl 1976, s. 26. Från vissa synpunkter kan det diskuteras om uppdelningen är helt ändamålsenlig – eftersom vad som ses som en effekt är en tolkningsfråga. Jareborg skiljer på skadedelikt och tre sorters faredelikt: konkreta faredelikt, delikt som annars förutsätter någon sorts möjlighetsbedömning (t.ex. genom rekvisitet ”ägnat att ...”) och delikt med presumerad fara. Se Jareborg 2001, s. 180 f. och Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 90 f.

⁷² Jfr t.ex. Lernerstedt, Kriminalisering: problem och principer 2003, s. 301 ff.

⁷³ Till exempel skiljer Asp på förfälsdelikt där den skada som kriminaliseringen ytterst syftar till att förebygga är explicit (t.ex. framkallande av fara för annan) respektive delikt där skadan är implicit (t.ex. rattfylleri). Se Asp, Från tanke till gärning D. 1 Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt 2005, s. 15.

led.⁷⁴ Slagordsmässigt skulle därmed föremålet för sådana straffbestämmelser kunna sägas vara *fara för fara* (för skada) – att jämföra med skade- och farebrotten som snarare straffbelägger *skada* respektive *fara* (för skada).

När det gäller *försök* till rena beteendebrott kan realiserandet av den skada som kriminaliseringen syftar till att förebygga anses ligga ännu längre bort. I sådana fall handlar det ju om fara för fullbordan av ett brott som legitimeras av presumerad fara: dvs. *fara för fara för fara*. Ännu längre kan avståndet tyckas vara när vi har att göra med försök till sådana brott som är otjänliga men anses straffbara eftersom faran varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Som vi har sett kan även det alternativa farerekvisitet i BrB 23:1 beskrivas i termer av *fara för fara*.⁷⁵ Följaktligen blir i sådana fall fråga om fara i fyra led innan vi stöter på den skada som ytterst motiverar straffansvaret. Med risk för att bli övertydliga (och möjligen även för att framstå som lite löjliga) kan vi fortsätta på den slagordsmässiga vägen. För att illustrera det beskrivna avståndet till skadan i fråga om olika typer av brottsbeskrivningar med avseende på fullbordade brott och försök skulle vi kunna ställa upp följande tabell:

<i>Typ av brottsbeskrivning</i>	<i>Fullbordat brott</i>	<i>Försök – Konkret fara</i>	<i>Försök – Fara utesluten endast på grund av till- fälliga omständigheter</i>
<i>”Skadebrott”</i>	Skada	Fara (för skada)	Fara för fara (för skada)
<i>”Farebrott”</i>	Fara (för skada)	Fara för fara (för skada)	Fara för fara för fara (för skada)
<i>”Rena beteendebrott”</i>	Fara för fara (för skada)	Fara för fara för fara (för skada)	Fara för fara för fara för fara (för skada)

Vad är då poängen men denna exercis? Jo, i allmänhet har nog närheten till skadan betydelse för hur vi värderar olika gärningar från klandervärdhetssynpunkt. Gärningar som är att beteckna som ”rena beteendebrott” och i synnerhet

⁷⁴ Som vid ”farebrotten” handlar det alltså inte om fara i den konkreta situation som subsumeras under ett straffbud. Abstraktionsgraden är s.a.s. högre och det är lagstiftaren snarare än rätts-tillämparen som gör bedömningen. Metodiken när sådan fara uppskattas bör dock i princip kunna hängas upp på samma begrepp som tillämpas vid bedömningen av konkret fara. Utifrån en analys av innehav av narkotika och vapen i allmänhet – dvs. alla de faktiska fall som träffas av brottsbeskrivningen – kan konstateras att i ett inte obetydligt antal fall leder sådana innehav (mer eller mindre direkt) vidare till sådana skador som lagstiftaren vill förebygga. Med andra ord är det utifrån en sådan analys på aggregerad nivå *möjligt* och i *viss grad sannolikt* att följden skada inträder om någon innehar vapen eller narkotika.

⁷⁵ I den meningen att konkret fara implicerar att det var en tillfällighet att en skada inte inträffade medan det alternativa farerekvisitet ju stipulerar att det ska vara en tillfällighet att inte konkret fara förelåg. Se vidare ovan under avsnitt 4.3.

(otjänliga) försök till sådana brott framstår nog – allt annat lika – som mindre klandervärda än sådana som kan falla inom kategorierna skade- och farebrott.⁷⁶ Från kriminaliseringssynpunkt kan det också av andra skäl anses betänkligt att utsträcka straffansvaret till situationer där faran är presumerad och s.a.s. befinner sig på en aggregerad nivå.

Däremot kan det, när det gäller den sortens gärningar (vare sig det handlar om fullbordade brott eller osjälvtändiga förfälskriminaliseringar), framstå som angeläget att använda straffrätten av preventiva och proaktiva skäl. Beroende på kontexten kan sådana intressen göra sig mer eller mindre starkt gällande: t.ex. om det handlar om gängrelaterad brottslighet. Inte minst av legalitetsskäl finns dock en begränsning i hur mycket straffrätten kan ta hänsyn till denna kontext. De straffrättsliga reglerna träffar ett begränsat utsnitt av tillvaron – t.ex. gärningarna att inneha (eller att försöka inneha) vapen eller narkotika. Det innebär att det straffbara området kan komma att rymma fall där det framstår som angeläget att använda straffrätten av instrumentella skäl, men också fall där det inte förhåller sig så i samma utsträckning (och som dessutom framstår som väsentligt mindre klandervärda).

Om vi då återigen ser närmare på *Vapenattrappen* NJA 2023 s. 393. Här utgjordes alltså försöksgärningen av att gärningsmannen höll i en vapenattrapp.⁷⁷ HD bedömde att de omständigheter som uteslöt faran *inte* varit tillfälliga. Skälet var som sagt att annat inte var visat än att faran varit utesluten när gärningsmannens uppsåt formades. Men vilka hade konsekvenserna blivit om HD hade kommit till en annan slutsats – dvs. att omständigheterna skulle anses tillfälliga och att det var fråga om ett straffbart försök? Som beskrevs i föregående avsnitt skulle argumentationen för en sådan slutsats kunna byggas på (i vart fall) två olika sätt.

Ett alternativ skulle möjligen vara att beteckna omständigheterna som tillfälliga inom ramen för vad man kan kalla en mer kontextuellt uppfattad brottsplan. Innan faran utesluts (dvs. innan vapnen byttes ut) fanns hos någon eller några okända personer helt uppenbart en brottsplan att på en viss plats förvara vapen som i något skede skulle kunna hämtas. Att gärningsmannen kom till platsen och utan framgång letade efter vapen måste vidare antas ha haft någon form av samband med denna plan, oavsett om de var införstådda med den när faran utesluts (dvs. när vapnen byttes ut).

⁷⁶ Notera förbehållet ”allt annat lika”: det finns naturligtvis en kvalitativ dimension. Precis som när det kommer till skada och konkret fara kan olika typer av presumerad fara värderas olika. Beroende på värderingen kan s.k. rena beteendebrott (och försök därtill) förstås anses lika allvarliga som (eller mer allvarliga än) effektbrott: jfr t.ex. försök till synnerligen grovt vapenbrott och (fullbordad) ringa misshandel.

⁷⁷ Därutöver åtalades som sagt en andra tilltalad för medhjälp till försök. HD fann att denne hade främjat gärningen bl.a. genom skjuts till platsen. Som berörts ovan kan diskuteras vari gärningen (dvs. försökspunktens inträde) bestod i förhållande till de övriga vapen och den ammunition som förvarats på platsen, men som inte bytts ut mot attrapper utan endast avlägsnats. Se ovan under not 8.

Enligt en mer strikt tillämpning (eller mer ”generös”, beroende på hur man ser det) skulle det helt sakna betydelse om det fanns någon föregående brottsplan – det skulle alltså vara tillräckligt med överskjutande uppsåt i gärningsögonblicket. En sådan ingång hade inneburit en fällande dom för försök till grovt vapenbrott i det aktuella fallet. *Men* det hade också inneburit att vem som helst som hittar och håller i en vapenattrapp som i något skede placerats ut för att ersätta ett riktigt vapen kan göra sig skyldig till motsvarande brott.⁷⁸ En förutsättning är förstås att personen har överskjutande uppsåt.⁷⁹ Eftersom det rör sig om ett avslutat försök betyder dock den förutsättningen inte mer än att personen i det ögonblick hen stöter på attrappen i vart fall inser risken för att det rör sig om ett riktigt vapen och förhåller sig likgiltig till den omständigheten.⁸⁰ Även om vederbörande kan anses lika klandervärd som en person som gör sig skyldig till fullbordat brott genom att påträffa och behålla ett faktiskt vapen under liknande omständigheter, kan man nog diskutera om straffrätten bör befatta sig med sådana påtagligt ofarliga situationer.⁸¹ Vi befinner oss som sagt på ett relativt långt avstånd från den skada som kriminaliseringen syftar till att förebygga. Och om vi endast grundar straffansvaret på klandervärdheten inställer sig även frågan varför vi ska göra skillnad på en situation som den aktuella och en situation där någon med samma överskjutande uppsåt hittar en vapenreplika vilken som helst som *inte* placerats ut för att ersätta ett riktigt vapen.⁸² Det kan ju anses tvunget att göra det på grund av lagtextens krav att de fareuteslutande omständigheterna ska vara tillfälliga – men det är i så fall också det enda som motiverar distinktionen. Om alternativet är en sådan strikt tillämpning kan nog den regel om uppsåtets formande som HD uppställer anses rimlig.

Låt oss då i stället underkasta *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670 samma granskning. Här bestod alltså gärningen i avlossandet ett pistolskott mot en lägenhetsdörr samtidigt som personer befann sig på andra sidan dörren. HD fann att fara för brottets fullbordan varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter trots bestående hinder i form av en för kraftig dörr och/eller för klen ammunition. Den tilltalade dömdes för försök till dråp. Vilka är då konsekvenserna av denna dom? Ja, kanske varken mer eller mindre än just

⁷⁸ Resonemanget torde vidare vara direkt överförbart när det gäller försök till narkotikabrott. En situation som den i RH 2007:61 skulle alltså medföra ansvar för försök till narkotikabrott. Se vidare ovan under not 13.

⁷⁹ Det kan emellertid nämnas att om det inte finns en på förhand uppgjord brottsplan skulle medhjälpsansvar så som gällde för den andra tilltalade i 2023 års fall vara uteslutet eftersom det inte föreligger uppsåtsäckning till ett medverkansobjekt.

⁸⁰ Om personen därefter lämnade den attrapp som hen misstänkte var ett vapen till polisen skulle dock – jämligt 9 kap. 7 § vapenlagen – som huvudregel inget åtal väckas.

⁸¹ Nu skulle väl sådana gärningar inte alltid upptäckas och det är väl inte heller troligt att de så ofta skulle leda till åtal. Om de skulle föranleda lagföring finns vidare förutsättningar att beakta de särskilda omständigheterna vid straffmätningen. Med det sagt kan det nog ändå anses otillfredsställande att de omfattas av det straffbara området.

⁸² Eller för den delen när någon hittar något som hen felaktigt tror är narkotika.

att personer som, med i vart fall likgiltighetsuppsåt i förhållande till att annan berövas livet, försöker skjuta genom ett hinder som i och för sig är ogenomträngligt – men där det för skytten (och även för de flesta utomstående betraktare) framstår som oklart huruvida skottet kommer att gå igenom – kan dömas för försök till uppsåtligt dödande. Här bör nog den skada som kriminaliseringen ytterst har som ändamål att förebygga framstå som betydligt mer näraliggande än i *Vapenattrappen*.

Som vi har varit inne på i föregående avsnitt skulle man alltså kunna argumentera för att skillnad mellan fallen ska göras med ledning av den grad av ovisshet/visshet med vilken gärningsmannen uppfattar att gärningen kommer att leda till brottets fullbordan.⁸³ Utgången (både för gärningsmannen och en utomstående betraktare) framstod som oklar i 2003 års fall men i 2023 års fall fanns inte denna oklarhet – i det senare fallet var frågan om tjänlighet/otjänlighet mer av ett antingen-eller. Man kan utgå från att de tilltalade kände sig mer eller mindre säkra på att deras gärningar skulle resultera i ett fullbordat vapenbrott (medan det för den objektive betraktaren – med insikten att vapnen bytts ut – tvärtom direkt framstod som uppenbart att det rörde sig om ett otjänligt försök). Men är det verkligen därför vi vill göra skillnad på fallen? Och är det inte egentligen lite motsägelsefullt att – allt annat lika – premiera en gärningsman som är säker på vilka följder en gärning kommer att leda till (genom att låta hen gå fri från straff), framför en gärningsman som är osäker i detta avseende (och därför möter ett straff)?

Frågan är om man möjligen skulle kunna gå en annan väg för att motivera varför det kan kännas riktigt att behandla *Skottet mot säkerhetsdörren* och *Vapenattrappen* på olika sätt. Vid sidan av frågan om visshet/ovisshet finns det ju fler aspekter som skiljer fallen åt. Som väl redan har antytts skulle alltså ett möjligt alternativ kunna vara att bygga argumentationen för olikbehandling på att det handlar om vitt skilda brottstyper – i det förra fallet försök till ett skadebrott, i det senare försök till ett s.k. rent beteendebrott.

När det gäller brottstyper som kan hänföras till kategorin skadebrott är det lätt att komma upp med exempel på försöksgärningar där otjänligheten i mindre utsträckning beror på kausalitet och där utgången *inte* framstår som oklar, men där det – trots att otjänligheten var ett faktum innan uppsåtet formades – kan uppfattas som lika motiverat att döma till ansvar som i *Skottet mot säkerhetsdörren*. Tänk exempelvis på situationen att någon i syfte att avlossa ett skott mot en annan person trycker av ett skjutvapen som klickar eftersom det, i motsats till vad gärningsmannen trodde, är oladdat. Skälet är att en förutseende person en timme tidigare – innan gärningsmannens idé att avlossa vapnet materialiserat sig – avlägsnade ammunitionen. Eller tänk på situationen att någon läser i tidningen om ett visst dyrbart konstverk som är utställt på ett museum och bestämmer sig för att stjäla det. Hen bryter sig in på museet endast för att finna

⁸³ Se Asp 2021, s. 111 ff. och ovan under avsnitt 6.

att väggen där konstverket skulle hänga är tom. Skälet är att konstverket lånats ut till ett annat museum, vilket skedde en timme innan personen hörde talas om konstverket och bestämde sig för att stjäla det.

I ovan nämnda fall framstår det alltså – varken från gärningsmannens position eller utifrån – knappast som ovisst huruvida gärningsmannen kommer att kunna förverkliga sitt uppsåt: antingen är vapnet laddat eller inte, antingen finns konstverket på platsen eller inte. Legalitetsprincipen bör som sagt inte lägga några hinder i vägen för att betrakta denna typ av otjänliga försök som straffbara, om man nu skulle vilja göra det. Det förefaller språkligt adekvat att säga att de fareuteslutande omständigheterna – dvs. att vapnet var oladdat och att tavlan lånats ut – enbart var ”tillfälliga”. Vidare kan man nog i båda fallen beskriva det så att ”försökets misslyckande är att tillskriva slumpen snarare än en mer djupgående brist i brottsplanen”.⁸⁴ Tolkningen bör i vart fall inte bli mer hårdragen än i *Skottet mot säkerhetsdörren* NJA 2003 s. 670.

Om sådana otjänliga försök ska omfattas av straffansvar kan det dock framstå som angeläget att dra en tidsmässig skiljelinje i relation till när otjänligheten uppstod. Hur ska vi i exemplen ovan se på det om vapnet varit oladdat i ett år eller om konstverket såldes för fem år sedan? Var ska vi dra gränsen när vi inte kan hänga upp den på tidpunkten för uppsåtets formande? Vi får i så fall åter vända oss till den språkliga tolkningen av bestämmelsens rekvisit. I allmänhet bör det vara så att ju längre tid som gått sedan faran uteslöts, desto mindre träffande blir det att beskriva omständigheterna som tillfälliga. Det måste nog bli något av en bedömning från fall till fall, vilket förstås kan anses problematiskt från förutsebarhetssynpunkt. Det är i och för sig inte ovanligt när det gäller olika straffrättsliga regler.

En tanke vore alltså att skillnaden mellan straffbara och straffria otjänliga försök skulle kunna göras bl.a. med hänsyn till vilken brottstyp försöket syftar till att fullborda. Det handlar då egentligen inte om en och samma språkliga tolkning av rekvisitet ”tillfälliga omständigheter” som faller ut olika. Snarare är det så att rekvisitet ges delvis olika innebörd. Kravet på tillfällighet och slumpmässighet sätts s.a.s. högre när det gäller vissa brottstyper och lägre beträffande andra. Ledstjärnan är närheten till och vikten av det intresse som kriminaliseringen ytterst skyddar. Det kan spontant tyckas underligt att på olika fall tillämpa samma generella regel mer eller mindre restriktivt. Men om vi lyfter blicken kan vi nog se att detta görs med avseende på flera allmänna regler på straffrättens område. Ett exempel är ju faktiskt det kriterium som gäller för de tjänliga försöken: kravet på konkret fara. Som vi har sett ställs olika krav på konkret fara beroende på värderingen av det intresse som riskerar att kränkas om faran realiserar.⁸⁵ Man skulle ju kunna hävda att det vore underligt om vi inte hanterade de otjänliga försöken och det alternativa farerekvisitet på samma

⁸⁴ Jfr prop. 1942:4, s. 61. Se vidare ovan under avsnitt 5.2.

⁸⁵ Se ovan under avsnitt 5.1.

differentierade sätt. Som vi även har sett kan skillnaden mellan de två rekvisiten uppfattas som en fråga om grad snarare än om art.⁸⁶ Ett sådant tillvägagångssätt innebär nog att gränsen mellan straffbart och straffritt i vissa fall blir lite ludigare jämfört med ett fastare kriterium som tar sikte på när uppsåtet formades. Samtidigt kan det nog leda till mer tillfredsställande resultat när det gäller vilka fall som placerar sig på vardera sidan om gränsen.

9. En mer ”subjektiv” reglering?

Lagstiftningen som rör de osjälvständiga brottsformerna (och inte minst reglerna om försök till brott) är nu som sagt under revision.⁸⁷ Måhända är alltså den lagtext som har diskuterats ovan snart är ett minne blott. Alla resonemang om vilken betydelse som ska läggas i rekvisitet ”[utesluten] endast på grund av tillfälliga omständigheter” blir kanske mer eller mindre obsoleta.⁸⁸ Det skulle i så fall handla om en betydelsefull förändring. Reglerna om försök till brott utgör i många avseenden ett väsentligt och inarbetat institut i straffrättens allmänna del. Som nämndes i inledningen till denna text kan nog detta institut – på ett mer omedelbart sätt än många andra straffrättsliga regler – tyckas markera straffrättens gränser; den viktiga rågången mellan straffbart och straffritt.

Av dessa skäl kan det vara på sin plats att avslutningsvis lyfta blicken från gällande rätt och rikta den mot framtiden. Här kommer vi in på mer principiella frågor om hur straffrättssystemet bör vara utformat; diskussionen vänder sig till lagstiftaren snarare än rättstillämparen. Som alltid när det gäller rättspolitik finns få definitiva svar. Men det finns naturligtvis skäl som talar för eller emot olika lösningar. Vad som tycks ligga i tangentens riktning är alltså införandet av en mer subjektivt orienterad försöksreglering; att göra avkall på kravet på fara i större utsträckning.⁸⁹ Vad kan vi då säga om det?

Till att börja med kan det uppenbara framhållas: nämligen att det är fullt möjligt att åstadkomma en bestämmelse med ett betydligt vidare straffbart område

⁸⁶ Se ovan under avsnitt 4.3.

⁸⁷ Se ovan under 1.1 och dir. 2023:85. Uppdraget ska redovisas senast den 16 september 2024.

⁸⁸ Nåja, de principiella resonemangen kommer nog alltid ha viss relevans. Om försöksbestämmelsen nu skulle ges ett utvidgat straffbart område, skulle samma resonemang – om inte annat – ha betydelse när det kom till straffmätningen och kanske för frågan om påföljdseftergift.

⁸⁹ Utredningen har till uppdrag att i allmänhet ”analysera och ta ställning till hur straffansvaret för osjälvständiga brott bör utvidgas och förändras.” Se dir. 2023:85, s. 8. Såvitt avser försök till brott uttalas i direktiven att det finns anledning att överväga om bestämmelsen är ändamålsenligt utformad och svarar mot dagens samhällsutmaningar bl.a. när det gäller ”straffansvar för försök där det inte funnits någon fara för brottets fullbordan, s.k. otjänliga försök.” vidare uttalas med hänvisning till 2023 års fall att av ”särskilt intresse är sådana fall när faran för brottets fullbordan är utesluten på grund av att myndigheter har ingripit eller brott har hindrats av någon annan liknande situation.” Se dir. 2023:85, s. 4.

än det nuvarande.⁹⁰ Som vi har sett lägger t.ex. regleringen i tysk rätt stark tonvikt på uppsåtet; försöksdefinitionen ställer inget krav på fara. För straffansvar är det alltså tillräckligt att det finns ett brottsligt uppsåt och att försökspunkten har inträtt.⁹¹ Om prövningen sker i en tysk domstol kan det alltså vara ett straffbart försök att försöka giftmörda någon med druvsocker i tron att druvsocker är giftigt.⁹² Den enda typ av gärningar som trots brottsligt uppsåt lämnas utanför är s.k. vidskepliga försök – typfallet är att försöka begå brott med trolleri. I de fall försök annars framstår som påtagligt ofarliga får detta genomslag vid straffmätningen och kan i mer uttalade fall föranleda påföljdseftergift.⁹³

De argument som skulle kunna tala *för* en reformerad försöksreglering har väl egentligen redan berörts. Här kan man åberopa både sådana skäl som relaterar till klandervärdhet och sådana som relaterar till brottsprevention. Om vi bara resonerar i termer av klandervärdhet kan man påstå att det – allt annat lika – inte råder mycket skillnad mellan fullbordade brott och otjänliga försök. En gärning som den i *Vapenattrappen* kan som sagt tyckas precis lika moraliskt förkastlig som om det hade varit fråga om riktiga vapen. Vidare kan det naturligtvis av preventiva skäl anses angeläget att ingripa mot den som visar prov på en brottslig vilja alldeles oavsett om gärningen är farlig.⁹⁴ Intressantare är då kanske de argument som talar *emot* en reform. Finns det då några sådana argument? Vore det inte rimligt med en försöksreglering som tydligare tog sin utgångspunkt i uppsåtet? Som vi har sett kan skillnaden mellan fara och icke-fara beskrivas som en gradskillnad.⁹⁵ Och genom det alternativa farerekvisitet tillåter vi ju oss redan idag att göra avsteg från kravet på (konkret) fara.⁹⁶ Borde vi då inte helt frigöra oss från detta krav?

För att börja i någon ände kan vi inledningsvis väcka frågan hur en utvidgning av försöksansvaret framstår från vad vi kan kalla systematisk synpunkt.

⁹⁰ Med ”möjligt” menas kort och gott det självklara att det inte finns några absoluta överordnade normer som utesluter en sådan ordning. Vi har naturligtvis den försöksreglering riksdagen lagstiftar om och straffrättssystemet måste anpassa sig därefter.

⁹¹ Jfr Strafgesetzbuch § 22 och ovan under not 21 och 46.

⁹² Jfr exempel (3) ovan under avsnitt 4.2. Se Kindhäuser & Zimmerman 2020, s. 263. Se även t.ex. Roxin 2003, s. 337 och Jeschek & Weigend 1996, s. 531.

⁹³ Jfr Strafgesetzbuch § 23 (3). Till exempel skulle försöket att förgifta någon med druvsocker i tron att druvsocker är giftigt tveklöst föranleda en påtaglig nedsättning av straffet eller en påföljdseftergift.

⁹⁴ Även om det inte kan anses betydelsefullt att förebygga den konkreta gärningen (den är ju som sagt ofarlig) kan det framstå som rationellt att oskadliggöra eller rehabilitera personer som uppvisar en benägenhet att begå brott. Nästa gång kanske medlet eller objektet är tjänligt. Vidare kan nog allmänpreventiva argument göras gällande. Kort sagt: genom att bestraffa ofarliga försök skickar lagstiftaren signalen att man inte ska försöka sig på att begå brott – och att det inte spelar någon roll om ett försök av något skäl råkar vara utsiktslöst.

⁹⁵ Se ovan under avsnitt 4.3.

⁹⁶ Och att döma av rättspraxis innan *Vapenattrappen* förefaller ju tillämpningsområdet för detta rekvisit vara stort (dvs. förutsättningarna att göra avkall på kravet på fara är betydande). Se ovan under avsnitt 5.2.

Frågan kan närmare bestämt formuleras: mot bakgrund av hur gränserna för straffansvaret dras i övrigt, framstår det som logiskt att bestraffa samtliga försöksgärningar oberoende av fara/tjänlighet? En väsentlig förutsättning för att försöksansvar ska inträda är ju att utförandet av brottet ska ha påbörjats – dvs. att den s.k. försökspunkten är nådd. Ett annat sätt att uttrycka saken är att vi måste ha en ”försöksgärning”. Har vi inte nått den punkten spelar det ingen som helst roll om vi tycker att brottsplanen i högsta grad är värd att ta på allvar eller att faran för brottets fullbordan är ytterst påtaglig. Straffansvar kommer inte i fråga (om det inte finns förutsättningar att döma till ansvar för stämpling eller förberedelse till brott). Hade t.ex. i *Vapenattrappen* vapnen *inte* blivit utbytta men gärningsmännen hade kommit så långt att de stod i begrepp att låsa upp dörren till förrådet (men därefter blivit avbrutna) skulle de förmodligen inte heller ha kunnat dömas för försök.⁹⁷ Kort sagt: är det rimligt att urskillningslöst straffa fundamentalt otjänliga försök när vad som annars hade varit högst tjänliga försök i många situationer lämnas utanför det straffbara området på den grunden att försökspunkten inte inträtt?⁹⁸ Man kan tycka att det framstår som ologiskt. Men man kan nog också tycka att det är rimligt, eller i vart fall att det är en asymmetri som man är beredd att leva med.

Ytterligare en aspekt som möjligen kan anses mer väsentlig handlar om upptäcktsrisk och straffsystemets trovärdighet. Man kan vara säker på att många brott aldrig upptäcks och leder till lagföring – det gäller såväl fullbordade brott som straffbara försök till brott. Att utsträcka försöksansvaret till att omfatta fler otjänliga försök skulle givetvis innebära en ökning av detta mörkertal. Det bör i allmänhet vara svårare att identifiera otjänliga försök – vilket just beror på att försöksgärningen då i mindre utsträckning har karaktären av ett faktiskt brott (jfr att försöka ”förgifta” någon med druvsocker eller ta befattning med en lek-sakspistol i tron att den är riktig). Det kan nog uppfattas som orättvist att vissa gärningar som råkar upptäckas blir föremål för rättslig prövning samtidigt som andra passerar obemärkt. Ju mer godtycklig tillämpningen är i detta avseende desto starkare gör sig förstås rättviseargumentet gällande.⁹⁹ Bortsett från att det kan framstå som orättvist kan det förstås även ses som resursslöseri att straffrättsen ska befatta sig med allehanda påtagligt otjänliga och ofarliga försöksgär-

⁹⁷ Man kan givetvis diskutera i vilket skede försökspunkten skulle inträda i ett fall som det aktuella. Enligt HD:s praxis bör försökspunkten allmänt sett placeras där omständigheterna ger underlag för att konstatera att gärningsmannen har uppsåt att fullborda brottet. Se NJA 2017 s. 531, p. 20. Att enbart förflytta sig till platsen för ett tänkt brott är i regel inte tillräckligt. Se NJA 1995 s. 405. Se vidare ovan under avsnitt 2 och under not 14.

⁹⁸ Jfr Roxin 2003, s. 338 f.: ”Man kann sich fragen, ob ein ex ante für jeden Dritten erkennbar ungefährlicher Versuch wirklich der Strafe bedarf, wenn ein Täter, der mit seinem tauglichen und höchst gefährlichen Deliktsprojekt knapp vor Erreichung der Versuchsgrenze scheitert, straflos bleibt.”

⁹⁹ Jfr SOU 1940:19, s. 47, där det konstateras att då ”en otjänlig försökshandling ofta passerar fullständigt obemärkt, skulle bestraffning för en sådan handling, som tillfälligtvis upptäcks, lätt verka godtycklig.” Jfr även Roxin 2003, s. 339.

ningar – låt vara att en sådan ordning i vissa situationer, på grund av en viss kontext, uppfattas som ändamålsenlig. I många fall framstår skälen att ingripa helt enkelt som mindre angelägna.

En relaterad men mer principiell argumentationslinje till stöd för en objektivt orienterad försöksbestämmelse skulle kunna hängas upp på intresset av legalitet. Straffrättsligt ansvar förutsätter som bekant lagstöd. För att legalitetsprincipen ska ha någon substans ställer den även krav på viss precision hos lagstiftningen – det s.k. obestämdhetsförbudet eller *lex certa*-kravet.¹⁰⁰ De abstrakta ordalag som beskriver gärningen i en straffbestämmelse måste ha en viss skärpa. När det gäller försök till brott grundas ju ansvaret på rekvisiten i BrB 23:1. Beträffande gärningens yttre karaktäristika innebär det alltså att gärningsmannen ska ha påbörjat utförandet av visst brott och det ska ha förelegat konkret fara för fullbordan, alternativt att sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Rekvisitetet ”påbörjat utförandet av visst brott” kan ju tyckas påtagligt obestämt om vi jämför med brottsbeskrivningarna för självständiga brott. Man kan förstås påbörja utförandet av brott på en mängd olika sätt. Den vaga beskrivningen av gärningen ges dock viss ytterligare konkretion genom farerekvisiten; den krets gärningar som träffas blir snävare. Om farerekvisiten plockades bort skulle alltså det nuvarande lagrummet bli ännu mer oprecist. Det är också svårt att tänka sig en annorlunda utformad bestämmelse som både ska vara generellt tillämplig och ha en tydligare språklig form.¹⁰¹ Själva syftet med en sådan lagändring är ju att man ska kunna ”påbörja utförandet” av brott på ännu fler sätt än vad som är möjligt idag. Därmed skulle det även bli svårare att med ledning av lagtexten förutse vilka gärningar som träffas av straffansvar.¹⁰² Det är förstås en utpräglad tolkningsfråga när den gräns legalitetsprincipen uppställer är passerad (i vissa sammanhang kan nog denna gräns tyckas tämligen

¹⁰⁰ Se t.ex. Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 46 och NJA 2016 s. 3, p. 13.

¹⁰¹ Jfr försöksbestämmelsen i den tyska strafflagen ovan under not 46 – som måste anses lika lakonisk som den svenska.

¹⁰² Mot argumentationen skulle man kunna invända att kravet på överskjutande uppsåt trots allt ger bestämmelsen i BrB 23:1 en viss precision: rekvisitetet ”påbörjat utförandet av visst brott” tar ju sikte just på ett visst brott. Även om detta brott inte har fullbordats finns den straffbara gärningen (förhoppningsvis) tydligt avfattad i en självständig brottsbeskrivning. Jfr Asp 2005, s. 82, som uttalar att ”[o]ckså en deliktstyp som uteslutande bygger på uppsåt kan vara nog så bestämt utformad (exempelvis är det svårt att se att ”direkt uppsåt att döda” är en mer otydlig avgränsning än ”beröva annan livet”).” Som Asp ser det (eller beskriver det) är problemet med brottstyper som tonar ned s.k. objektiva rekvisit till förmån för överskjutande uppsåt framförallt bevisbarheten (det är s.a.s. lättare att föra bevisning och motbevisning om ”yttre” skeenden än om ”inre” mentala tillstånd och inställningar). Se Asp 2005, s. 83 ff. Asp har helt klart en poäng, men frågan är om legalitetsprincipen – om man ser till dess ändamål – ändå inte bör förstås så att den framförallt ställer krav på lagtextens avfattning när det gäller det yttre skeendet: dvs. vad man ”gör” snarare än vad som försiggår i ens huvud. Syftet med legalitet är ju att åstadkomma förutsebarhet – lite högtidligt: att vägleda samhällsmedborgarna i deras *handlande*, vilket bör gå ut på att med viss tydlighet dra en gräns mellan sådana *handlingar* (och underlåtna handlingar) som är otillåtna och sådana som är tillåtna (tankar är som bekant alltid straffria).

tänjbar) och försöksbestämmelsen är som sagt redan i dess nuvarande skick påtagligt obestämd (och måste nog vara det). Kanske anser man, mot den bakgrunden, att legalitetsargumentet inte har någon vidare tyngd.

Om argumenten om systematik, trovärdighet och förutsebarhet inte övertygar är det dock inte särskilt svårt att finna på ytterligare principiella skäl som talar mot en utvidgad försöksreglering. Det gäller inte minst skäl på temat hur straffrätten i allmänhet bör vara beskaffad; hur långt vi bör sträcka oss när det gäller kriminalisering. I straffrättslig doktrin har laborerats med det moralfilosofiska begreppsparet ”sinnelagsetik” och ”handlingsetik”.¹⁰³ Sinnelagsetiken relaterar den moraliska bedömningen till gärningsmannens avsikter och motiv: vad hen vill, vet eller tror. Den handlingsetiska (eller resultatetiska) ingången å andra sidan koncentrerar sig snarare på vad som sker i yttrevärlden: vad gärningsmannen gör och resultatet av hans handlingar. Det är dock inte fråga om någon dikotom skillnad – de flesta ställer nog upp på att underlaget för att kunna göra ett moraliskt omdöme i allmänhet behöver inkludera både sinnelag och handling. Det gäller nog så väl straffrätt som moralfilosofi.¹⁰⁴ För straffrättens del skulle ju ett renodlat fokus på sinnelaget innebära att vi bestraffade tankar – vilket bör framstå som både ogörligt och olämpligt.¹⁰⁵ Om vi uteslutande koncentrerade oss på handlingen eller resultatet skulle det å andra sidan innebära ett strikt ansvar, vilket nog för de flesta framstår som högggradigt orättvist. Frågan är alltså snarare vad som bör bilda utgångspunkten för straffansvaret – om sinnelaget/skulden bör vara *inculperande* eller *exculperande*.¹⁰⁶

Det kan enkelt konstateras att straffrätten som huvudregel är ”handlingsetiskt” orienterad – i den meningen att skulden eller sinnelaget har en ansvarsuteslutande, exculperande funktion.¹⁰⁷ När det gäller fullbordade brott konstrueras ju straffansvaret utifrån en rättsstridig gärning som i ett andra steg ska vara

¹⁰³ Se Jareborg, *Straffrättsideologiska fragment* 1992, s. 50 och 115 ff. och Jareborg 2001, s. 86. Jfr även Asp 2005, s. 104 ff.

¹⁰⁴ Dock kan man nog påstå att väldigt mycket av klandervärlden ligger i sinnelaget. Till exempel kan det anses klandervärt att drömma om att begå brott, men på grund av feghet inte skrida till handling. Närmare om detta, se Holmgren, *Straffvärde – som rättslig konstruktion* 2021, s. 173. En utpräglad ”handlingsetik”, i betydelsen att man kan göra moraliska bedömningar av människors handlingar helt oberoende av sådant som kontroll, insikt, avsikt och motiv, framstår däremot närmast som en motsägelse. Därför låter också Jareborgs 2001, s. 86, (i sak korrekta) framhållande att ”[e]n ’ren’ handlingsetik är djupt omoralisk” lite som en oxymoron. Inom moralfilosofin (där väl diskussionen förenklat brukar ta sikte på vilka – medvetna och kontrollerade – handlingar som bör vara påbjudna och förbjudna) används begreppen med delvis andra innebörder. Se t.ex. Tännsjö, *Grundbok i normativ etik* 2010, s. 24 ff. och 93 ff.

¹⁰⁵ Se vidare nedan under not 110.

¹⁰⁶ Jfr Jareborg 1992, s. 117 och Asp 2005, s. 104.

¹⁰⁷ Se Jareborg 2001, s. 86. Det har även konstaterats att denna ordning ibland kan leda till orättvisa resultat i den meningen att gärningsmannen straffas på grund av följder som hen egentligen inte kontrollerar fullt ut. Att orsaka skada föranleder som regel ett strängare straff än att ”endast” ge upphov till fara (inte sällan kan ju orsakandet av fara resultera i straffrihet – antingen eftersom att upptäckrisken då är mindre eller eftersom det inte finns ett tillämpligt faredelikt). Samtidigt

täckt av uppsåt eller oaktsamhet. Denna ordning har kanske inte så mycket med ”etik” att göra. Den relevanta frågan är nog inte i första hand vilka normer som i *allmänhet* känns rimliga när vi gör moraliska bedömningar, utan vilka normer som bör vara styrande när det kommer till just *straffrättsanvändningen*. Skillnaden när det gäller den senare frågan är naturligtvis att det finns vissa motstående intressen att beakta. Det handlar om sådant som bevisbarhet och åstadkommandet av en rättssäker och rättvis tillämpning, men också den högst väsentliga principen att det bör finnas en gräns för den statliga våldsmakten. Ett sätt att uttrycka saken är att straffrätten förväntas reflektera en viss ”medborgarsyn”.¹⁰⁸ En naturlig och fundamental princip som bör vara absolut i en demokrati är förstås tankefrihet.¹⁰⁹ Det kan uttryckas så att var och en bör ha rätt att utan inskränkningar organisera sitt inre liv. Först när personen överskrider gränsen mellan det inre och det yttre; när den inre organisationen tar sig uttryck i en extern ”störning”, bör det vara motiverat att ingripa straffrättsligt.¹¹⁰

Konstruktionen försök (och andra förstadier) till brott representerar åtminstone delvis ett undantag från huvudregeln att straffansvaret ska byggas på gärningen: här tillåts ju skulden eller sinnelaget i viss mening vara *inculperande*.¹¹¹ Rättsstridigheten följer av (det överskjutande) uppsåtet. Gärningen utgör förvisso en väsentlig förutsättning men kommer s.a.s. in i andra hand. När det gäller tjänliga försök – som objektivt sett syftar till en uppfylld brottsbeskrivning – finns dock en likhet med de fullbordade brotten. Om det handlar om försök till ett brott vars brottsbeskrivning ställer krav på skada eller fara liknar ju den tjänliga försöksgärningen ett fullbordat farebrott.¹¹² Försöket utgör s.a.s. ett genomgångsled till det fullbordade brottet. Många gånger känns det nog därför inte fel att närma sig det tjänliga försöket på lite samma sätt som när det gäller fullbordade brott: dvs. att börja med att identifiera försöksgärningen och att därefter fråga sig om gärningsmannen visste vad hen gjorde och dessutom syftade till något mer. Den tjänliga försöksgärningen bär också andra likheter med gärningen när det gäller fullbordade brott. Ett tjänligt försök kan t.ex. kvalificeras i termer av ett sådant ”otillåtet risktagande” som, beträffande frågan om

kan det betraktas som en slump – ett slags ”moral luck” – att risken inte realiserades; att faran inte resulterade i en följd. Jfr Jareborg 1992, s. 120, Lernestedt 2003, s. 293 och Asp 2005, s. 105.

¹⁰⁸ Se Asp 2005, s. 75.

¹⁰⁹ Det borde vara okontroversiellt att upphöja förbudet mot att bestraffa tankar till en allmän straffrättslig (för att inte säga rättsstatlig) princip. Normen brukar uttryckas i grundsatsen: *cogitationis poenam nemo patitur*.

¹¹⁰ Se Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch 2011, s. 713. Jfr även Asp 2005, s. 75 ff.

¹¹¹ Jfr Asp 2005, s. 94 och 104.

¹¹² Exempelvis: om kravet på konkret fara är uppfyllt torde det regelmässigt föreligga brottskonkurrens mellan en gärning som kvalificerar sig som försök till mord eller misshandel och brottet framkallande av fara för annan (BrB 3:9). Se ovan under not 40. Jfr även tabellen ovan under avsnitt 8 som bl.a. illustrerar att straffgrunden för försök till s.k. skadebrott respektive fullbordade s.k. farebrott i båda fallen kan karaktäriseras som *fara för skada*.

brottsbeskrivningen för ett fullbordat brott är uppfylld, är ett led i bedömningen av s.k. gärningsculpa i fall då gärningsmannen inte har full kontroll över förloppet.¹¹³ Till exempel finns det som regel ”goda skäl att avstå” från att skjuta på någon med en laddad pistol – vare sig man träffar (dvs. fullbordat brott) eller missar (dvs. försök).

Inget av detta gäller för de otjänliga försöken. Här finns inte samma koppling till ett fullbordat brott. Den otjänliga försöksgärningen utgör inte något genomgångsled; utifrån sett är den ju ofarlig. Vi är hänvisade till att i stället bygga straffansvaret nerifrån och upp – med utgångspunkt i den brottsliga viljan. Det straffbara otjänliga försöket kan därför sägas vara något ”annat” – skilt från resten av straffrätten där gärningen utgör startpunkten.¹¹⁴ *Men*, vi kan ju som sagt inte bestraffa endast tankar. Av det skälet krävs alltså någon typ av yttre ”störning” av rättsordningen. Denna störning; alltså gärningen – som vi nu enligt gällande rätt skohornar in under det smått oegentliga rekvisitet ”påbörjat utförandet av visst brott” – blir väsentligt mycket lösare i kanterna när den inte kan relateras till brottsbeskrivningen för ett fullbordat brott. Avståndet till bestraffandet av tankar kan därmed sägas bli kortare – ett avstånd som nog av goda skäl bör vara hyfsat behörigt.

Avslutningsvis kan även konstateras att införandet av en försöksbestämmelse utan de nuvarande begränsningarna knappast skulle innebära att de problem som orsakas av de otjänliga försöken försvann. Problemen skulle i stället komma tillbaka och behöva hanteras när det gäller frågan om straffmätning och eventuell påföljdseftergift. Det bör framstå som uppenbart att ett otjänligt och ofarligt försök inte kan bestraffas lika strängt som en – allt annat lika – tjänlig och farlig motsvarighet. Med ett mer extensivt straffbart område än det nuvarande kommer man alltså i större utsträckning att behöva göra en straffvärdemässig gradering inom gruppen otjänliga försök.¹¹⁵ Även om man kan vara beredd att leva med den konsekvensen, kan det tyckas otillfredsställande att personer som döms

¹¹³ Jfr Roxin 2003, s. 336 för samma konstaterande avseende (vad som i stora drag är) motsvarande prov i tysk rätt (”objektive Zurechnung”). Rörande gärningsculpa, se Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 134 ff.

¹¹⁴ I den tyska straffrättsliga doktrinen – där straffets rättfärdigande tas på särskilt stort allvar – har konstaterats att bestraffandet av de otjänliga försöken av detta skäl måste legitimeras på en annan grund än när det gäller de tjänliga försöken. Roxin framhåller att medan de tjänliga försöken kan konceptualiseras som ett slags ”gärningsnära risktagande” (”tatbestandsnahe Gefährdung”) måste straffbarheten av de otjänliga försöken hängas upp på en normöverträdelse *i sig* (”rechterschütternder Normbruch”). Se Roxin 2003, s. 335 ff. Jfr även Jakobs som inte har samma dualistiska ingång men för sin del menar att gränsen för ett straffbart försök passeras när en normöverträdelse kommer till (externt) uttryck (”das Expressiv-Werden eines Normbruchs”), se Jakobs 2011, s. 712 f.

¹¹⁵ När det t.ex. gäller försök till grovt vapenbrott genom att ta befattning med en vapenreplika måste behandlingen i straffvärdehänseende skilja sig väsentligt beroende på om det finns en föregående brottsplan. I vissa kontexter då det helt saknas en sådan brottsplan – t.ex. när någon hittar en leksakspistol och behåller den med likgiltighetsuppsåt i förhållande till att det är ett riktigt vapen – bör man kunna diskutera om det inte är påkallat med påföljdseftergift. Samma

för försök till samma (och på papperet kanske mycket allvarliga) brott kan möta vitt skilda påföljder. Man kan nog även hävda att det skulle vara främmande (eller i alla fall något nytt) för svensk rättstradition att lösa den här typen av frågor på påföljdssidan snarare än på ansvarssidan. Vidare skulle förstås någon typ av nedre gräns behöva dras också när det gäller ansvarsfrågan (jfr de s.k. vidskepliga försöken).¹¹⁶

För att sammanfatta kan man alltså påstå att det finns vissa skäl – av både systematisk och mer principiell natur – för att slå vakt om den mer gärningsorienterade straffrätt som den nuvarande ordningen är uttryck för. Låt vara att det som sagt vore fullt möjligt med en reglering som i större utsträckning byggde på uppsåtet och att en sådan ordning i vissa hänseenden nog kan anses pragmatiskt motiverad.

10. Avslutning

Den generella frågan om i vilken utsträckning otjänliga försök bör vara straffbara sorterar sig som sagt under straffrättens äldsta (och kanske mest eviga) frågor eller dilemman. För att tala med Kaarlo Tuori kvalificerar sig nog dilemmat alla gånger för en plats i straffrättens ”djupstruktur”, om det nu finns en sådan.¹¹⁷ De företeelser som den här texten i övrigt har kretsat kring – kriminaliseringen av försök till vapenbrott, 2023 års fall *Vapenattrappen* och den nyligen tillsatta utredningen med uppdraget att se över de osjälvständiga brottsformerna – kan ses som representativa för en annan verklighet: nämligen att, även om strömmarna rör sig mycket långsamt nere i djupet, vågorna går höga uppe vid ytan.

Den allmänna försöksbestämmelsen är som sagt drygt 80 år gammal, men försök (liksom förberedelse och stämpling) till grovt och synnerligen grovt vapenbrott straffbelades så sent som för knappt åtta år sedan.¹¹⁸ HD:s avgörande *Vapenattrappen* meddelades den 14 april 2023 och den aktuella utredningen,

resonemang är förstås även gångbart när det gäller försök till narkotikabrott och det som hanteras inte utgör narkotika. Jfr RH 2007:61 och ovan under not 13.

¹¹⁶ I tysk rätt exkluderas som sagt sådana försöksgärningar även om det inte följer av lagtexten. Se ovan under not 21.

¹¹⁷ Jfr Tuori, *Critical legal positivism* 2002, s. 149 ff.

¹¹⁸ Se prop. 2015/16:113. Före den 1 juli 2016 var alltså alla åtgärder som kan föregå ett fullbordat vapenbrott straffria – oavsett hur farliga de kunde bedömas vara. Som exempel på gärningar när försöksansvar kan bli aktuellt nämns i förarbetena vissa fall då det görs beställningar och köp av vapen men transaktionerna inte fullbordas. Se prop. 2015/16:113, s. 100. I betänkandet nämns vidare att försöksansvar kan ha praktisk betydelse i en situation som liknar den i 2023 års fall, nämligen den ”där en person gömmer ett skarpladdat vapen på en plats i syfte att någon annan ska komma och hämta det.” Utredningen uttalar att det då är ”orimligt att polisen ska behöva vänta med ett ingripande till dess en gärningsman står med ett vapen i handen.” SOU 2014:63, s. 141. Det utvecklas dock inte om tanken är att polisen ska kunna ingripa innan försöket är

som bl.a. sägs vara föranledd av samma avgörande, tillsattes två månader senare – den 15 juni.¹¹⁹ Kort sagt: det går snabbt nu. Utredningen – liksom många andra aktuella lagstiftningsärenden på straffrättens område – motiveras av intresset av att motverka det samhällsproblem som organiserad och gängrelaterad brottslighet innebär. Att det handlar om ett mer eller mindre exceptionellt läge som kräver insatser är nog de flesta överens om (även om man nog kan diskutera om en generell ökad repression och ändringar av allmänna straffrättsliga regler i alla lägen är rätt verktyg för att komma tillrätta med problemet).

Den snabba reaktion som *Vapenattrappen* utlöste från politiskt håll kan även ses som representativ för en trend som har gått att spåra långt mycket tidigare.¹²⁰ Närmare bestämt handlar det om en förväntan att straffrätten i allt större utsträckning och på ett mer direkt sätt ska fungera som ett medel för att befordra brottsbekämpande ändamål. Här finns det en uppenbar risk för missförstånd; att de straffrättsliga reglerna inte skulle ha till funktion att motverka brott kan låta paradoxalt. Att förebygga brottslighet har naturligtvis alltid i stor utsträckning varit en viktig del av syftet med att kriminalisera och bestraffa vissa gärningar. Men sedan lång tid har nog från lagstiftarens sida funnits en idé att det preventiva syftet spelar en – i och för sig avgörande, men – mer *indirekt* roll. Idén har delvis grundat sig i en berättigad misstro mot att den, både repressiva och kostsamma, straffrätten är en effektiv och långsiktig lösning på de samhällsproblem som olika former av brottslighet innebär. Ändamålet att förebygga brottslighet har setts som ett övergripande syfte med verksamheten, men när det kommer till detaljerna har framförallt andra principer ansetts böra vara styrande. Det ska sägas att den beskrivna idén nog har varit mer eller mindre outtalad. Man kan också diskutera hur stark ställning den har haft och när den började tappa fäste. Men det borde vara okontroversiellt att hävda att idén i alla fall har funnits där. I vissa avseenden kan man nog påstå att idén fortfarande i högsta grad är närvarande i lagstiftningsprocessen – även om den för en mer undanskymd tillvaro.¹²¹ Det tänkande som för nu rätt länge sedan på allvar började konkurrera med idén, avkräver alltså på ett annat sätt enskildheterna i systemet en instrumentell funktion. Den brottspreventiva rationaliteten griper in i allt fler

fulländat (men försökspunkten nådd) eller om det som avses är att polisen – så som i 2023 års fall – ska ha möjlighet att på förhand avlägsna vapnet och ingripa när ett avslutat försök föreligger.

¹¹⁹ Se dir. 2023:85.

¹²⁰ Se t.ex. Jareborgs beskrivning av vad han kallar ”offensiv straffrättspolitik” och Asps koncept ”preventionism”. Se Jareborg, ”Vilken sorts straffrätt vill vi ha? – Om defensiv och offensiv straffrättspolitik”. Victor, Dag & Ashworth, Andrew (red.), Varning för straff: om vådan av den nyttiga straffrätten 1995, s. 19–37 och Asp, ”Går det att se en internationell trend? — om preventionismen i den moderna straffrätten”. Svensk Juristtidning 2007, s. 69–82.

¹²¹ Så uttalar t.ex. Gängbrottsutredningen att en slutsats inom den ”rådande straffrättsteoribildningen” (som utredningen förefaller ställa sig bakom) är att ”straff inte bör bestämmas med utgångspunkt i förväntade effekter på brottsligheten” vilket beror på ”svårigheterna att förutse den brottspreventiva effekten hos olika straffnivåer jämte fängelsestraffens negativa effekter”. Se SOU 2021:68, s. 129.

delar av straffrätten. Här finns även en tendens att vilja använda straffrätten mer proaktivt; att förebygga risker av olika slag snarare än att reagera på klandervärda gärningar i efterhand. En smula dramatiskt kan man säga att det aktuella lagstiftningsärendet – som ju motiveras av sådana instrumentella skäl – visar att detta slags tänkande nu grävt sig in i straffrättens själva hjärta. De osjälvständiga brottsformerna – inbegripet reglerna om försök till brott – kan på goda grunder betraktas som något av kärnan i straffrättens s.k. allmänna del; ett slags regelverkets heliga Graal som varit oantastad under mycket lång tid.

Om vi återvänder till den specifika frågan om straffbarheten av otjänliga försök skulle man – med risk för att uttrycka en impopulär åsikt – kunna fråga sig om det inte denna gång är de brottsbekämpande instanserna som borde anpassa sig efter straffrätten, snarare än tvärtom. Om vi tänker efter: är det verkligen hela världen att inte kunna fälla de tilltalade i en situation som den i *Vapenatt-rappen*? I det konkreta fallet fanns ju inga risker att förebygga. Vapnen kunde hursomhelst beslagtogs och dessutom dömdes de tilltalade för annan allvarlig brottslighet i underinstanserna. Och vill man kunna lagföra personer kan kanske polisen ändra sina metoder?¹²²

Man kan naturligtvis tycka vad man vill om de här sakerna. Vad som sagts ovan om betydelsen av en gärningsorienterad straffrätt och tendenser till instrumentalism kan säkert uppfattas som överdrifter; kanske även som bakåtsträvande och onödigt systemkramande. Somliga tycker nog att sådana invändningar väger lätt; att vi inte kan blunda för att den utbredda gängrelaterade brottsligheten – framförallt i form av dödligt våld – innebär att vi befinner oss i ett extraordinärt läge som kräver extraordinära åtgärder på alla fronter.

För den som har bestämt sig gör det kanske ingen skillnad, men som ytterligare ett memento skulle vi kunna göra en mer generell poäng som handlar om straffrättens förutsättningar och funktion. Snarare än en impopulär åsikt handlar det nu om en obekväm sanning: närmare bestämt att *den som ser det som straffrättens huvudändamål att underlätta arbetet för polis och åklagare nog alltid riskerar att bli besviken*. I sig kan straffrätten nämligen omöjligt tillgodose ett sådant ändamål. Tvärtom måste straffrätten (liksom straffprocessrätten) lägga väsentliga hinder i vägen för det brottsbeivrande arbetet. Att ingripa mot och bestraffa personer som överträder normer har mänskliga samhällen gjort sedan tidernas begynnelse – det behövs inte straffrätten till. Med straffrätten tillkommer ju i stället det väsentliga villkoret att repressionen bara får utövas inom lagens gränser. Straffrätten finns alltså i en mening till för brottslingarna.

¹²² Vidare kan man tänka sig att det i vissa liknande fall – om det nu handlar om vapen eller narkotika – faktiskt förhåller sig så att uppsåtet att ta befattning med de utbytta föremålen formats före det att utbytet skedde (och att åklagarens bevisning räcker för att styrka den omständigheten). En sökning i en rättsdatabas ger vid handen att det sedan HD:s dom i NJA 2023 s. 393 har meddelats ett antal fällande domar där underinstanserna i domskälen prövat invändningar från försvaret där rättsfallet åberopats – invändningar som alltså inte vunnit framgång.

Det är förstås ingen gångbar politisk paroll idag, men – som det heter enligt bevingade ord från det förrförra seklet – ligger det alltså i straffrättens natur att vara ett slags ”brottslingens Magna Charta”.¹²³ Så måste det vara i en rättsstat. Ytterst handlar det förstås om förutsättningen att den offentliga makten utövas under lagarna. Det går alltid att utvidga ramverket. Men det finns ändå kvar där; att spränga ramarna är inte möjligt. Med den insikten kan vi möjligen fråga oss om vi inte bör nöja oss med en något mindre ram: acceptera straffrättens begränsningar och ibland söka lösningen på de samhällsproblem vi står inför på annat håll.

Axel Holmgren

¹²³ von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Bd 1 1875–1904, s. 80.