

GUSTAF ALMKVIST

Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt

Förmögenhetsbrotten aktualiserar en mängd besvärliga frågor om samspelen mellan straffrätt och civilrätt. Det kan handla exempelvis om vad som krävs för att en förpliktelse ska föreligga eller innebära, när redovisningsskyldighet föreligger eller vad som avses med besittning i olika sammanhang. I avhandlingen Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt (Uppsala 2020) analyserar Gustaf Almkvist både de allmänna förutsättningarna för relationen mellan straffrätt och civilrätt på förmögenhetsbrottens område och den närmare innebörden av ett antal begrepp som används i de olika brottstyperna. Det följande är ett utdrag ur avhandlingen, i form av dess avslutande sammanfattningskapitel.

GUSTAF ALMKVIST är jur.dr i straffrätt och tf. hovrättsassessor i Svea hovrätt.

1. INLEDNING

Vandringen närmar sig sitt slut. Här ska några reflektioner och iakttagelser som jag har kunnat göra längs vägen samlas. I avhandlingens första kapitel kunde jag konstatera att förmögenhetsbrotten brukar uppfattas som en besvärlig materia bland straffrättsjurister och antog att detta beror på civilrättens omfattning, komplexitet, svåröverskådlighet samt på dess metodologiskt, argumentativt och teoretiskt disparata karaktär; en del av förklaringen kan säkerligen också sökas i straffrättens svårigheter att få syn på sin egen begreppsliga och argumentativa tradition. En betydande risk är att analysen av förmögenhetsbrotten förenklas i stelnade tumregler eller föråldrade analyser, eller att svärbemästrade strukturer som besittning eller behörighet missförstås.

Det kan förstås ifrågasättas om de många orden i denna avhandling har förmått att råda bot på riskerna eller de uppfattade svårigheterna. Särskilt tål det att betonas att en undersökning av det slag som jag har gjort i bästa fall kan medvetandegöra och tydliggöra problemställningar, men inte, oavsett avhandlingens eventuella förtjänster eller svagheter, bli ett slutord. Det rör sig om en materia i ständig utveckling som det går att närma sig på många olika sätt, vilket gör att det krävs ständigt ny reflektion. När avhandlingen sammanfattas i de kommande avsnitten är det måhända riktigt att tala om resultat, men inte om något en gång för alla uppnått mål.

Avhandlingen har behandlat tre övergripande problemställningar, som alla hör samman med varandra. Utifrån grundanslaget att ett gott vetenskapskriterium är reflektionen över undersökningens förutsättningar, har jag för det första sökt en fördjupad förståelse för de svårigheter som det innebär att tillämpa en norm och att vara bunden av normens betydelse. För det andra har jag gripit mig an frågan om förmögenhetsbrottens övergripande förutsättningar. Konkret gäller frågan vilken betydelse civilrätten har för rekvisiten i de straffbud som avhandlingen omfattar. Undersökningen har berört dels förmögenhetsbrottens framväxt, dels den idétradition som alltmer har präglat svensk förmögenhetsrätt sedan i vart fall mellankrigstiden. Dessa allmänna iakttagelser har sedan konfronterats med försöken att konkretisera de enskilda förmögenhetsbrotten för att formulera vägmarken för mötet mellan förmögenhetsrätt och straffrätt på förmögenhetsbrottens område. Avhandlingens andra problemställning är alltså både en grund för den tredje problemställningen och själv baserad på denna.

Den tredje och mest omfattande delen av avhandlingen gäller frågan hur de i avhandlingen behandlade förmögenhetsbrotten kan konkretiseras. Detta har undersökts genom att konfrontera det straffrättsliga rättskällematerialet med ett civilrättsligt. Syftet har varit att förstå de olika brottstyperna bättre och att göra de anknytande civilrättsliga problemställningarna så mycket rättvisa som möjligt i en straffrättslig kontext.

2. LAGBUNDENHET OCH STRAFFRÄTTSTILLÄMPNINGENS FÖRUTSÄTTNINGAR

Avhandlingens första problemställning har handlat om dess allmänna förutsättningar: innebörden av juridisk argumentation och den straffrättsliga lagbundenheten.¹ Rättstillämpningsprocessen, den juridiska slutledningen, beskrivs ofta som en syllogism, där undersatsen, det enskilda fallet, subsumeras under översatsen, regeln.² Jag menar att en sådan beskrivning är användbar, så länge man har klart för sig att det inte rör sig om någon tvingande, analytisk syllogism, som enbart rör sig på det logiska begreppsplanet, utan om en dialektisk syllogism. I en dialektisk syllogism är den centrala utmaningen att formulera premisserna, alltså att gradvis försöka formulera regel och fall på ett sätt som motsvarar varandra, en tillnärmning från båda hållen, där rättstillämparen ibland medvetet och artikulerat, men ofta omedvetet, ställer sig på de olika positionerna i syllogismen för att bedöma resonemangets rimlighet och identifiera argument för olika utgångar.³ Även om nästan alla förmögenhetsbrott bygger på analytiska, formellt slutna definitioner, blir det vid rättstillämpning alltid nödvändigt att konkretisera begreppen med exempel och typfall som inte är uttömmande eller slutna.⁴

I en dialektisk syllogism är tolkningen av regeln och tillämpningen av regeln på fallet inte två oberoende, kronologiska processer, utan en och samma process. Dogmatikerns försök att konkretisera en regel genom att uppställa typfall skiljer sig inte från rättstillämparens försök att konkretisera en regel i relation till ett fall. I båda fallen försöker dogmatikern eller rättstillämparen att formulera typfallet eller fallet i relation till regeln, som därmed också stegvis konkretiseras. Ibland blir bedömningen att det inte går, men om resultatet så småningom framstår som tillfredsställande lämnas ett resultat

¹ Problemställningen behandlas i kap. 2.

² Se avsnitt 2.2.1, om den juridiska slutledningens form.

³ Se avsnitt 2.2.3, om den dialektiska syllogismen.

⁴ Se avsnitt 2.2.2, om definitionen av överbegreppet.

som oftast ger intrycket att processen var analytisk och tvingande, snarare än just dialektisk och bedömande.

En central idé i modern svensk rättsvetenskap har varit att det råder en motsatsställning mellan begreppsjurisprudens, som innebär att lösningar härleds ur färdiga begrepp, och ett pragmatiskt, ändamålsstyrt förhållningssätt, där reglernas eller begreppens ändamål i respektive sammanhang får styra tillämpningen. Detta har på många håll i förmögenhetsrätten lett till en skepsis mot begreppskonstruktioner. Utifrån den förståelse av rättstillämpning som avhandlingen bygger på har denna tänkta motsatsställning avisats. Det finns klara fördelar med att arbeta med samma övergripande begrepp, som sedan kan konkretiseras på olika sätt, beroende på sammanhang.⁵

Legalitetsprincipen innebär ett förbud för rättstillämparen att döma till ansvar för en gärning som inte såväl vid gärningen som vid domen omfattas direkt av ett inte alltför obestämt formulerat straffbud. Denna princip är av grundläggande betydelse i straffrätten, men den har sina rötter i upplysningen, i ett klimat som tonade ner utmaningarna med tolkning av rättsregler. Principen kan omöjligt vara en regel om vad det innebär att följa regler, eftersom en sådan regel förändrar regeltillämpning till en fråga om att följa regeltillämpningsregeln, vilket leder till en oändlig regress.⁶

Den så kallade ordgränsen, som ibland uppfattas som avgörande för legalitetsprincipen, blir lätt missvisande. Självklart måste den gärning som är aktuell för ansvar motsvara lagens ord, men bedömningen huruvida så är fallet eller inte är en del av bedömningen av om lagtexten motsvarar gärningen eller inte. De använda orden är inte fristående från tolkningen, utan just det som blir föremål för tolkning.

Idén om ordgränsen hänger samman med en vanlig uppdelning av reglers tillämpning (tillämpningsområde) i enkla och svåra fall, och reglers betydelseområde i kärnområde och betydelseperiferi.⁷

⁵ Se avsnitt 2.2.3 vid not 92 ff.

⁶ Se avsnitt 2.3.1, om utgångspunkter beträffande legalitetsprincipen.

⁷ Se avsnitt 2.3.2, om ordgräns, betydelseområde och tillämpningsområde.

Problemet med en sådan distinktion är att bedömningen att en viss gärning eller gärningstyp är enkel inte följer av något mekaniskt, värderingsfritt ställningstagande. En sådan bedömning förutsätter just en tolkning av regeln.

Det är bättre att skilja mellan förståelsetolkning, som handlar om rättstillämparens applicering av sin förförståelse för att bilda sig en uppfattning om en regels betydelse, och utläggningstolkning, som handlar om att tillämparen utifrån sin förståelsetolkning formulerar uttryckliga frågor om hur lagtexten bör förstås i något visst avseende, och försöker formulera ett eller flera möjliga svar.⁸ Eftersom förståelsetolkning förutsätter att rättstillämparen gör en bedömning utifrån sin förförståelse av regelns innebörd kan resultatet av en sådan tolkning inte heller beskrivas som en objektiv, värderingslös process, skild från en subjektiv, värderingsfylld utläggningstolkning. I båda fallen sker tillämparens resonemang i ett sammanhang, vilket gör både objektivitet och subjektivitet – om dessa begrepp förstås strikt – omöjliga.

Analogiförbudet är beroende av hur en regel förstås, och kan alltså inte säkras i något från tolkningen oberoende kriterium. Det är inte heller en framkomlig väg att säkra legalitetsprincipen genom att uppställa ett krav på restriktiv tolkning eller på att enbart någon viss lagtolkningsmetod får användas. Det är svårfrankomligt att frågan huruvida legalitetsprincipen hindrar en tillämpning av ett straffbud på ett visst fall inte kan avgöras på något annat sätt än genom att bedöma om fallet motsvarar regeln eller inte.⁹ Att uppmärksamma att det förhåller sig så blir viktigt när det gäller komplicerade straffbud, exempelvis många av förmögenhetsbrotten. Annars förs lätt diskussioner som handlar om tolkning i stället som diskussioner om legalitet.

⁸ Se avsnitt 2.3.3, om tolkning och förförståelse.

⁹ Se avsnitt 2.3.4, om den tolkade lagtexten, analogiförbudet och idén om den restriktiva tolkningen.

3. FÖRMÖGENHETSBROTTENS ÖVERGRIPANDE FÖRUTSÄTTNINGAR

Avhandlingens andra problemställning har gällt förmögenhetsbrottens övergripande förutsättningar, i synnerhet vilken betydelse förmögenhetsrätten har för tillämpningen av rekvisiten i förmögenhetsbrotten, med fokus på de brottstyper som behandlas i avhandlingen.¹⁰ Detta har först behandlats genom undersökningar av förmögenhetsbrottens historiska framväxt och av den moderna förmögenhetsrättens idétradition, som har konfronterats med vissa utgångspunkter för den idétradition som har präglat svensk straffrätt, i synnerhet straffrättsvetenskapen, i allt större utsträckning de senaste 50 åren. Allt detta har sedan ställts mot den tredje problemställningen, en konkretisering av de brottstyper som behandlas i avhandlingen. I ett växelspel mellan den andra och den tredje problemställningen har jag gjort en övergripande distinktion mellan accessoriska och autonoma rekvisit i förmögenhetsbrotten.

De strukturer som karakteriserar dagens förmögenhetsbrott framträdde huvudsakligen under 1800-talet, både till följd av ett betydande arbete i Sverige och genom inflytande från Tyskland och Danmark. Utvecklingen inleddes med en uppluckring av den gamla centrala distinktionen mellan svek och tvång, där en tjuv uppfattades som en svekfull person som handlar i löndom, oavsett om det rörde sig om vad som i dag skulle betecknas som tillgrepp, vissa sorters förskingring eller bedrägeri.¹¹ Från början av 1800-talet var stöld tydligt etablerat som ett brott som innefattar besittningsförändring. Därmed bereddes vägen för framväxten av ett självständigt bedrägeribrott. Vad som närmare skulle förstås med bedrägeri var dock inte helt klart; överlag innebar de tidiga försöken till reglering av bedrägeri närmast att de många straffbuden som fanns i handelsbalken, i anslutning till olika civilrättsliga regler, sammanställdes i samma kapitel i olika lagutkast. Först på 1850-talet framträdde en distinktion mellan att vilseleda annan och att själva missbruka en

¹⁰ Problemställningen behandlas i kap. 3.

¹¹ Se avsnitt 3.2.1, om vägen fram till rikslagen.

position.¹² Genom 1864 års strafflag låg grundstrukturen för dagens förmögenhetsbrott ungefär på plats, men det var genom ett stort rättsvetenskapligt arbete, innefattande en betydande reception från tysk rättsvetenskap, som grunden lades för de många brottsdefinitioner som formulerades i samband med reformen år 1942. Därefter har några övergripande förändringar av förmögenhetsbrotten inte genomförts i svensk rätt.¹³

Under huvuddelen av förmögenhetsbrottens historia i Sverige framstod det som en självklarhet att det var ett civilrättsligt och i stor utsträckning enhetligt problem att avgöra vad det innebär att göra intrång i främmande besittning, att en sak är objekt för främmande äganderätt eller att någon är syssloman. Runt sekelskiftet 1900 började denna uppfattning att utmanas av de idéer som sedan i allt större utsträckning har präglat mycket av svensk förmögenhetsrättsvetenskap under 1900-talet: rättsrealism, funktionalism och pragmatism.¹⁴

Den skandinaviska rättsrealismen präglades av en idé om verkligheten som något observerbart och värderingsfritt, skilt från den observerande personen, dennes värderingar och åsikter.¹⁵ Detta synsätt gör det svårt att få syn på den oundvikliga betydelsen av förförståelse och sammanhang för att beskriva något. Synsättet har i växande utsträckning gått hand i hand med funktionalismen, som fortfarande är stark i synnerhet inom sakrätten. Funktionalismen påbjuder att regler ska analyseras utifrån sina respektive funktioner, snarare än utifrån regelns förmenta plats i ett regel- eller begreppssystem.¹⁶ Realismen och funktionalismen har medfört att det har blivit vanligt att betrakta i synnerhet begreppen besittning och äganderätt som meningslösa ”mellanbegrepp” eller ”funktionsbegrepp”, som inte tillför någon substans till de rättsfakta som i olika sammanhang utlöser olika rättsföljder. Uppfattningen ställs i motsats till en hållning som pejorativt beskrivs som begreppsjurisprudens, där lösning-

¹² Se avsnitt 3.2.2, om vägen från rikslagen till strafflagen.

¹³ Se avsnitt 3.2.2.4, om strafflagen, och avsnitt 3.2.3, från strafflagen till brottsbalken.

¹⁴ Se avsnitt 3.3, om den moderna nordiska förmögenhetsrättsliga traditionen.

¹⁵ Se avsnitt 3.3.2, om den skandinaviska rättsrealismen.

¹⁶ Se avsnitt 3.3.3, om funktionalismen.

är uppfattas som härledda ur teoretiska, begreppsliga system snarare än ur den positiva rätten och dess växlande ändamål.¹⁷

Denna tradition står i viss kontrast till den tradition som har vuxit sig allt starkare i svensk straffrättsvetenskap, där rättsrealismen i stor utsträckning har avvisats utifrån en förståelse av språk och argumentation som något som oundvikligen bygger på värderingar. Straffrättslig argumentation tenderar också att föras i begreppstermer snarare än utifrån ändamål, och byggs ofta upp utifrån teorier om straffets syfte eller vissa mot varandra stående principer, snarare än på pragmatiska grunder.¹⁸

I analysen av förmögenhetsbrotten leder dessa delvis motstående traditioner oundvikligen till spänningar och svårigheter att förstå den andra sidan. Frågan hur förmögenhetsbrotten bör förstås måste avgöras på straffrättens premisser, men med så god förståelse som möjligt för den förmögenhetsrättsliga argumentationstraditionen. I det ljuset menar jag att en grundläggande skillnad kan göras mellan accessoriska och autonoma rekvisit i förmögenhetsbrotten.¹⁹

Om ett rekvisit är accessoriskt innebär det att rekvisitet ansluter direkt till förmögenhetsrätten.²⁰ Detta kan emellertid ske på olika sätt. Undantagsvis kan själva den straffrättsliga normen omsluta en civilrättslig norm (ett blankettstraffbud). Det innebär att samma krav på legalitet som ställs på alla straffrättsliga normer ställs på den civilrättsliga. Så är uttryckligen fallet när det gäller anmälningskyldigheten vid fyndförseelse (10:8 BrB).

Det vanliga är emellertid att förmögenhetsbrotten snarare är accessoriska genom att en förmögenhetsrättslig bedömning ses som ett straffrättsligt sakförhållande, som läggs till grund för tillämpning av ett rekvisit i förmögenhetsbrotten. Något legalitetskrav ställs då inte på reglerna som används för den civilrättsliga bedömningen, men i gengäld måste bedömningens slutsats vara täckt av gärningsmannens uppsåt. Det viktigaste exemplet på accessoritet är bedöm-

¹⁷ Se avsnitt 3.3.4, om pragmatismen.

¹⁸ Se avsnitt 3.4.1, med inledning till vägmarken i mötet mellan straffrätt och förmögenhetsrätt.

¹⁹ Se avsnitt 3.4.3, om utgångspunkter för en analys av civilrättens betydelse för förmögenhetsbrottens rekvisit.

²⁰ Se avsnitt 3.4.4.2, om accessoriska rekvisit i förmögenhetsbrotten.

ningen att det föreligger en främmande rättighet eller en förpliktelse, vilket har betydelse för ett stort antal brottstyper i 8 och 10 kap. BrB. När accessoriteten anknyts till en förmögenhetsrättslig slutsats blir det viktigt att uppmärksamma att det sällan finns någon enhetlig förmögenhetsrättslig bedömning att anknyta till. Genomgående finns det här skäl att anknyta till läget mellan parterna, snarare än hur tredjemansskyddssituationen bör bedömas; straffrätten anknyter alltså till obligationsrätten och den statiska sakrätten, snarare än till den dynamiska sakrätten.

Autonoma rekvisit är inte på samma sätt bundna till förmögenhetsrätten.²¹ De flesta rekvisit som tar sikte på vad det innebär att angripa eller missbruka en viss position är autonoma: frågan vad det innebär att bruka, frånhända eller tillägna sig egendom, åsidosätta en förpliktelse eller missbruka en position, måste på ett helt annat sätt besvaras självständigt i straffrätten. Även de rekvisit som bygger på ett besittningsbegrepp måste emellertid beskrivas som autonoma. Visserligen anknyter besittningsbegreppet i straffrätten nära till besittningsskyddet i den statiska sakrätten, men eftersom analysen av besittningsbegreppet i straffrätten har varit klart dominerande, särskilt i Skandinavien, går det knappast att tala om detta begrepp som accessoriskt. Däremot menar jag att det finns goda skäl att på ett allmänt plan tala om ett enhetligt besittningsbegrepp som sedan kan konkretiseras på något olika sätt i olika rättsliga sammanhang. Den måhända förvånande men också på sätt och vis självklara slutsatsen när det gäller förmögenhetsbrottens övergripande förutsättningar blir alltså att förmögenhetsbrotten, med undantag för blankettstraffbudet fyndförseelse, alltid är straffrättsliga normer vars innebörd bestäms i straffrätten. Distinktionen mellan accessoritet och autonomi handlar i stället om huruvida de omständigheter som uppfyller rekvisiten utgör slutsatsen av en förmögenhetsrättslig bedömning (accessoritet) eller om de relevanta omständigheterna utpekats utifrån självständiga straffrättsliga kriterier (autonomi).

²¹ Se avsnitt 3.4.4.3, om autonoma rekvisit i förmögenhetsbrotten.

4. FÖRMÖGENHETSBROTTEIN I FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIG BELYSNING

För mina syften framträder förmögenhetsbrotten som tydligast utifrån en grundläggande gruppering i fem grupper:

1. B angriper annans *besittning* och/eller *rättighet* till egendom (tillgreppsbrott respektive besittningsbrott),
2. B använder ett visst *tillvägagångssätt*, normalt på ett sätt som tillfogar annan ekonomisk skada och ibland också medför vinning (viljefelsbrott respektive behörighets- och uppdragsbrott),
3. B *befattar sig med egendom under problematiska omständigheter*, alltså häleribrotten (9:6 och 9:7 BrB) och penningtvättsbrotten enligt lagen (2014:307) om straff för penningtvättsbrott,
4. *borgenärsbrotten* i 11 kap. BrB, och
5. *korruptionsbrotten* (10:5 a–10:5 e BrB), som tidigare inte på samma sätt räknades till förmögenhetsbrotten.

Avhandlingens tredje problemställning har gällt frågan hur förmögenhetsbrottens definitioner kan konkretiseras.²² Detta har skett med fokus på brottstyperna i grupp 1 och 2. Viljefelsbrotten, exempelvis bedrägeri, har emellertid inte behandlats närmare. Frågan kan i grund och botten sägas handla om dels *vad som krävs för att A eller B ska ha någon av de relevanta positionerna* besittning, rättighet, behörighet eller ekonomisk förtroendeställning, dels *vad det innebär att angripa eller missbruka* någon av dessa positioner.

Den enda brottstyp som enbart bygger på *besittning* av egendom och angrepp på främmande sådan (tillgrepp) är egenmäktigt förfarande (8:8 BrB). Självtäkt (8:9 BrB) förutsätter att gärningsmannen tar sig själv rätt, medan de övriga tillgreppsbroten (stöld, rån och tillgrepp av fortskaffningsmedel enligt 8:1–7 BrB) förutsätter ett angrepp även på främmande *ägenderätt* till den tillgripna egendomen. Det gäller även olovligt brukande (10:7 BrB) och fyndförseelse

²² Problemställningen behandlas i kap. 4–10.

(10:8 BrB), som dock i princip bygger på att B missbrukar en redan uppnådd besittning.

De två centrala besittningsbrotten förskingring (10:1 BrB) och olovligt förfogande (10:4 BrB) kan avse angrepp på främmande äganderätt. Dessa brottstyper kan emellertid också rikta sig mot främmande *säkerhetsrätt*, men det är enbart i speciella situationer som sakförskingringsrekvisiten kan vara uppfyllda beträffande en säkerhetsrätt. Dessutom innefattar förskingringsbrottet också en kriminalisering av angrepp på främmande *fordringsrätt*, men endast fordringsrätter av det kvalificerade slag som föreligger efter mottagande av egendom för annans räkning på viss grund med redovisningsskyldighet (fordringsförskingring).

Det är centralt både för gränsdragningen mellan sak- och fordringsförskingring och för avgränsningen av brottstypen olovligt förfogande att avgöra om A har ett individuellt eller ett generiskt bestämt anspråk. För att det ska röra sig om en individuellt bestämd förpliktelse krävs det att B *inte får ha rätt att förfoga över objektet för förpliktelsen för egen räkning*. Så snart anspråket avser fungibel egendom, exempelvis pengar, blir gränsdragningen ofta mindre tydlig. Det beror på att ett individuellt bestämt anspråk ofta *kan överflyttas till ett likvärdigt surrogat*. I praktiken blir det avgörande för gränsdragningen mellan individuellt och generiskt bestämda förpliktelser avseende fungibel egendom huruvida B är *skyldig att hela tiden hålla objekt reserverade som uppfyller förpliktelsen*.

Tillgreppsbroten och besittningsbroten har besittningsbegreppet gemensamt. Detta begrepp är enormt omdiskuterat, inte minst i ljuset av den funktionalistiska traditionen, som har velat spjälka detta begrepp i skilda begrepp för olika typfall, eller helt avstå från att tala om besittning. Det finns emellertid en klar poäng i att utgå från ett generellt besittningsbegrepp, med vissa gemensamma distinktioner. Detta begrepp kan sedan konkretiseras på olika sätt i olika sammanhang; att så sker är inget speciellt för funktionalismen, utan snarare utmärkande för all god rättslig argumentation, som måste beakta både systematik och ändamål. De flesta frågor

som innebär spänningar i besittningsbegreppet kan hanteras genom att skilja mellan *självständig* och *osjälvständig* besittning, *omedelbar* och *medelbar* besittning samt *ensam-* och *sambesittning*.²³ I straffrätten är det i princip alltid självständig, omedelbar ensam- eller sambesittning som är av intresse.²⁴ Däremot finns det knappast anledning att tala om någon mera "fysisk" eller "faktisk" förståelse av besittning i straffrättsliga sammanhang jämfört med civilrättsliga, och inte heller det straffrättsliga innehavsbegreppet framstår som särskilt fysiskt.²⁵

Vad som utmärker ett besittningsläge kan inte reduceras till en aspekt, exempelvis fysisk kontroll. Även om sådan kontroll kan innebära besittning, är den varken nödvändig eller tillräcklig. En annan viktig aspekt att beakta är om egendom intar en position som är ett uttryck för ett normalt utövande av äganderätten.²⁶ Ofta är det mera relevant att diskutera vad som utmärker ett besittningsförvärv: att *situationen är ägnad att uppfattas som att B anser sig utöva självständig kontroll över objektet*.²⁷ Det gör att osjälvständig befattning, exempelvis tillfälligt i en butik eller som anställd i relation till arbetsredskap, inte ger upphov till någon självständig besittning.

Besittning kan förloras antingen till följd av *besittningsövergång* eller genom att egendomen upphör att vara föremål för besittning till följd av *övergivande* (avsiktligt) eller *borttappande* (oavsiktligt).²⁸ Besittningsförvärv kan ske antingen genom besittningsövergång eller genom *ockupation*.²⁹ Brottstyper som är konstruerade utifrån ett angrepp på besittning (8 kap. BrB) avser besittningsförvärv genom *tillgrepp*, alltså en besittningsövergång i form av ett fysiskt tagande som är olovligt, i bemärkelsen att inte ens ett formellt samtycke föreligger.³⁰ Om ett formellt, men inte materiellt samtycke föreligger,

²³ Se avsnitt 4.3, om allmänna kriterier för besittning.

²⁴ Se avsnitt 4.4, om innehav och besittning i straffrätten.

²⁵ Se avsnitt 4.4.2, om brottstyper som bygger på ett innehavsrekvisit.

²⁶ Se avsnitt 4.3.2, med historisk bakgrund till besittningsbegreppet, och avsnitt 4.3.3, om besittning som kontroll, legitimation och normalitet.

²⁷ Se avsnitt 5.3.3.2, om fysisk befattning, tagande och självständighet.

²⁸ Se avsnitt 5.2, om förlust av besittning.

²⁹ Se avsnitt 5.3, om förvärv av besittning.

³⁰ Se avsnitt 5.3.3, om tagande och tillgrepp.

måste gärningen bedömas med tillämpning av viljefelsbrotten, alltså exempelvis bedrägeri eller ocker.³¹ Besittningsförvärv som sker med någon typ av samtycke sker genom *tradition*, vilket inte på samma sätt som ett tillgrepp förutsätter ett fysiskt tagande.³² Det besittningsläge som avses i 10 kap. BrB kan alltså uppkomma på andra sätt än genom ett fysiskt tagande.

Den rättighet som blir angripen i de olika brottstyperna i grupp 1 kan, som nämnts, beroende på brottstyp vara antingen en *äganderätt*, en *säkerhetsrätt* eller en *fördringsrätt*. Så länge rättigheten har förelegat vid tidpunkten för det ifrågasatta angreppet saknar det betydelse om rättigheten skulle stå sig i konkurrensen med tredje man eller inte.³³ Huruvida rättigheten har förelegat eller inte vid den relevanta tidpunkten kan dock ibland vara svårbedömt.³⁴

När A har ett anspråk på att få ut egendom från B kan det vara besvärligt att avgöra om det rör sig om ett *individuellt bestämt anspråk* på viss egendom hos B (en ägande- eller säkerhetsrätt) eller ett *generiskt bestämt anspråk* på B på egendom av viss sort och mängd (en fördringsrätt).³⁵ Att avgöra vilken typ av anspråk som föreligger är centralt både för gränsdragningen mellan sak- och fördringsförskingring (10:1 BrB) och för avgränsningen av brottstypen olovligt förfogande (10:4 BrB), som bara avser ägande- och säkerhetsrättsanspråk.

För att det ska röra sig om en individuellt bestämd förpliktelse krävs det att besittaren *inte får ha rätt att förfoga över objektet för förpliktelsen för egen räkning*.³⁶ Så snart anspråket avser fungibel egendom, exempelvis pengar, blir gränsdragningen ofta mindre tydlig. Det är då viktigt att skilja mellan generiskt bestämda förpliktelser och valrätter, där A eller B får välja vilket av två olika objekt eller sorters objekt som ska presteras.³⁷ Ibland kan det också

³¹ Se avsnitt 5.3.2, om olovlighet, samtycke och rättsstridiga besittningsförvärv.

³² Se avsnitt 5.3.4, om tradition.

³³ Se avsnitt 6.2, om främmande rättighet i egendom.

³⁴ Se avsnitt 6.3, om förpliktelsens uppkomst, förändring och upphörande.

³⁵ Se avsnitt 6.4, om förpliktelsens innebörd.

³⁶ Se avsnitt 6.4.3, individuellt bestämda förpliktelser.

³⁷ Se avsnitt 6.4.4, om gränsdragningen mot valrätter.

föreligga en villkorad förpliktelse, exempelvis en återtaganderätt för motparten under vissa förutsättningar.³⁸

Det som gör gränsdragningen mellan individuellt och generiskt bestämda förpliktelser särskilt komplicerad är att ett fungibelt objekt för ett individuellt bestämt anspråk ofta *kan överflyttas till ett likvärdigt surrogat*. I praktiken blir det avgörande för gränsdragningen mellan individuellt och generiskt bestämda förpliktelser då huruvida B är *skyldig att hela tiden hålla objekt reserverade som uppfyller förpliktelsen*.³⁹ Om ett nytt objekt sätts i stället för det tidigare utan att något uppehåll uppkommer, eller det mottagna objektet sammanblandas med annan främmande egendom av samma sort, kan detta knappast innebära att B har åsidosatt sin individuellt bestämda förpliktelse.⁴⁰ Mer tveksamt blir läget när det gäller sammanblandning med besittarens egen egendom av samma sort; det kan då i vissa situationer finnas utrymme för en *kortvarig sammanblandning* med tillämpning av RedovL.⁴¹

Förskingring är en kvalificerad brottstyp i relation till olovligt förfogande i flera avseenden. Förutom kravet på förmögenhetsöverföring, som inte behandlas i avhandlingen, kan de kvalificerande rekvisiten sammanfattas i kravet att egendomen ska vara *anförtrodd*. Det innebär ett krav på att egendomen ska ha mottagits *för annans räkning, på grund* av avtal, tjänst eller dylik ställning, med *utgivnings- eller redovisningsskyldighet*. Dessa rekvisit aktualiserar delvis svårbedömda kopplingar till förmögenhetsrätten.⁴²

Kravet på att egendomen ska vara anförtrodd gör att A:s anspråk på B måste vara ett anspråk på *återställande eller vidarebefordran* av egendom (exempelvis en deposition eller en vara som besittaren har

³⁸ Se avsnitt 6.4.2, om förpliktelser, valrätter och villkor.

³⁹ Se avsnitt 6.5, om objektsidentitet och surrogation.

⁴⁰ Se avsnitt 6.5.2, om surrogation i ett likvärdigt objekt senast samtidigt med B:s förfogande, och avsnitt 6.5.3, om surrogation i samäganderättsandel vid sammanblandning hos B mellan A:s och C:s egendom av samma sort.

⁴¹ Se avsnitt 6.5.4, om betydelsen av RedovL vid sammanblandning hos B med B:s egendom, avsnitt 6.5.5, om surrogation i ett likvärdigt objekt efter kortvarig sammanblandning hos B med B:s egendom, och avsnitt 6.5.6, om surrogation i samäganderättsandel vid begränsad sammanblandning hos B med B:s egendom.

⁴² Dessa rekvisit undersöks i avsnitt 7.2, 7.3 och 7.4.

köpt i kommission från tredje man).⁴³ Anspråk grundade på *vindikation* (exempelvis för att besittningen har uppkommit genom misstag eller tillgrepp), *återgång* (exempelvis ett ogiltigt köp eller ett köp där säljaren har rätt att häva) eller *fullgörelse* (exempelvis ett köp där en vara ska presteras från säljaren till köparen) är uteslutna från presumtivt förskingringsansvar, men kan grunda ansvar för olovligt förfogande.⁴⁴

En central svårighet i analysen av förskingringsbrottet har varit kravet att egendomen ska vara *mottagen för annans räkning med utgivnings- eller redovisningsskyldighet*. Skillnaden mellan mottagande för "annans räkning" och med "redovisningsskyldighet" är påtagligt oklar. Enligt min uppfattning bör den avgörande frågan vara om egendomen har *mottagits för annans räkning* eller inte. Begreppet redovisningsskyldighet bör då helt enkelt förstås som skyldigheten att prestera egendom motsvarande sådan som har mottagits för annans räkning.⁴⁵

Om A har ett individuellt bestämt anspråk på B är det både nödvändigt och tillräckligt för att egendom ska ha mottagits för A:s räkning att det är A och inte B som bär värdeintresset. Det innebär att B måste kunna fullgöra sin förpliktelse genom att prestera den mottagna egendomen eller dess värde vid tidpunkten för fullgörelsen.⁴⁶ Om det däremot rör sig om en generiskt bestämd förpliktelse bör det dessutom krävas att rätten att förfoga över det mottagna för egen räkning inte framstår som ett centralt villkor för B:s intresse i rättsförhållandet; kreditgivning är sålunda typexemplet på mottagande för egen räkning.⁴⁷ Som tumregel kan frågan ställas om mottagarens intresse i rättsförhållande skulle förändras i mer än obetydlig mån om mottagaren i stället saknade rätt att förfoga över det mottagna för egen räkning.

⁴³ Se avsnitt 7.6.3, om förskingringsfallet av straffansvar vid egendomsförpliktelser.

⁴⁴ Se avsnitt 7.6.4, 7.6.5 och 7.6.6, om de tre typfallen av olovligt förfogande: vindikation, återgång och fullgörelse.

⁴⁵ Se avsnitt 7.3, om besittning för egen eller annans räkning, och avsnitt 7.4, om utgivningsskyldighet, redovisningsskyldighet och främmande rättighet.

⁴⁶ Se avsnitt 7.3.2, om utgångspunkter för besittning för annans räkning.

⁴⁷ Se avsnitt 7.3.3, om besittning för annans räkning och generiskt bestämda förpliktelser.

Uppdrags- och behörighetsbrotten trolöshet mot huvudman (10:5 BrB) och behörighetsmissbruk (10:6 BrB) bygger inte på angrepp på någon besittning eller rättighet, utan på ett *missbruk av den maktposition* som följer av en behörighet eller ett uppdragsförhållande.⁴⁸ Den position som måste föreligga här är antingen ett *kvalificerat uppdragsförhållande* (10:5 BrB), som utmärks av att B har till uppdrag att självständigt sköta eller övervaka skötseln av huvudmannens ekonomiska angelägenheter i något avseende,⁴⁹ eller en *behörighet* (10:6 BrB), som förstås i vid mening som en möjlighet att genom rätts-handlande binda annan, antingen genom representation eller genom någon form av legitimationsregler.⁵⁰ Besittning och behörighet kan föreligga samtidigt, men någon kan också ha behörighet att förfoga över egendom i annans besittning eller ha besittning till egendom utan att ha behörighet att förfoga över den.

Detta leder till ett visst interferensförhållande mellan å ena sidan brotten i grupp 1 och å andra sidan behörighets- och uppdragsbrotten.⁵¹

Traditionellt har besittningsbegreppet förstås som begränsat till fysiska objekt, vilket sannolikt hänger samman med en förståelse av besittning som fysisk makt.⁵² Denna uppfattning har frångåtts av Högsta domstolen när det gäller bankmedel som har mottagit av misstag, vilket har föranlett kritik.⁵³ Frågan är dock om det finns något som hindrar att vissa förmögenhetsobjekt som inte tar fysisk form kan vara objekt för besittning.⁵⁴ Det som är karaktäristiskt för besittning är dels att kontrollen över egendom kan skiljas från rätten till egendomen, dels att kontrollen inte kan upphävas ensidigt av någon annan än besittaren.⁵⁵ Dessa krav är uppfyllda när det

⁴⁸ Se avsnitt 8.2, om behörighet och uppdrag i allmänhet, avsnitt 8.3, om behörighet vid representation, och avsnitt 8.4, om uppdrag att rätts-handla för annans räkning.

⁴⁹ Se avsnitt 8.6, om trolöshet mot huvudman.

⁵⁰ Se avsnitt 8.5, om behörighetsmissbruk.

⁵¹ Se avsnitt 9.2, om besittning till och behörighet att förfoga över egendom.

⁵² Se avsnitt 9.3, om besittning till saker och rättigheter.

⁵³ Se avsnitt 9.6.4.1, med bakgrund till frågan om kontopengar som objekt för förmögenhetsbrott.

⁵⁴ Se avsnitt 9.5, om besittning till egendom som inte är fysiskt manifesterad.

⁵⁵ Se avsnitt 9.4, om besittning, fysisk makt och distinktionen mellan materiell rätt och kontroll.

gäller kontopengar. Det är också fullt möjligt att ha ett individuellt bestämt anspråk på kontopengar hos annan.⁵⁶

Frågan om det är möjligt att besitta kontopengar har egentligen begränsad betydelse för straffansvarets omfattning, eftersom den bara blir aktuell när B har tagit emot kontopengar.⁵⁷ Ansvaret för så kallat datorbedrägeri (9:1 st. 2 BrB) bör i den situationen ha samma omfattning som ett ansvar för olovligt förfogande kan ha om besittning till kontopengar godtas: det avser förfoganden över kontopengar hos B vilka A har ett individuellt bestämt anspråk på. Endast i de särpräglade situationer där ett presumtivt ansvar för fordringsförskingring inte motsvaras av något subsidiärt ansvar för trolöshet mot huvudman tycks olika ställningstaganden i besittningsfrågan leda till skillnader i det straffbara området.⁵⁸

Efter denna undersökning av de relevanta positionerna har jag undersökt *hur positionerna angrips eller missbrukas*. Förutom egenmäktigt förfarande förutsätter samtliga brottstyper i grupp 1 *ett angrepp på en rättighet*; tillgreppsbrotten i grupp 1 förutsätter dessutom ett angrepp på besittning. En rättighet kan angripas genom *brukande* (tillgrepp av fortskaffningsmedel, egenmäktigt förfarande och olovligt brukande), *frånhändande* (olovligt förfogande), *tillägnelse* (stöld, rån, sakförskingring och fyndförseelsefallet av olovligt förfogande), *åsidosättande* (fordringsförskingring) eller *angrepp på säkerhetsrätt* (förskingring och olovligt förfogande).⁵⁹ Brottsliga *missbruk* av den position som krävs för behörighets- och uppdragsbrotten i grupp 2, en *ekonomisk förtroendeställning* eller *behörighet* (trolöshet mot huvudman och behörighetsmissbruk), kännetecknas av ett illojalt åsidosättande av A:s intresse. Ett sådant åsidosättande utmärks av ett avsett eller insett tillfogande av åtminstone skada, ofta i kombination med ett syfte att främja sin egen eller tredje mans intresse.⁶⁰

⁵⁶ Se avsnitt 9.6.2, om kontopengar som förmögenhetsobjekt.

⁵⁷ Se avsnitt 9.6.4.2, om ansvar för obehöriga och uppdragsvidriga förfoganden över kontopengar.

⁵⁸ Se avsnitt 9.6.4.3 och 9.6.4.4, om ansvar för mottagna kontopengar beroende på om besittning till kontopengar godtas eller inte.

⁵⁹ Se avsnitt 10.2.4, om tillägnelse, frånhändande och angrepp på säkerhetsrätt, och avsnitt 10.3, om åsidosättande av redovisningskyldighet.

⁶⁰ Se avsnitt 10.4, om missbruk av behörighet och uppdrag.

Analysen av den position – besittning, rättighet, förtroendeställning eller behörighet – som ska angripas eller missbrukas kan i betydande utsträckning göras i anslutning till olika förmögenhetsrättsliga begrepp eller bedömningar. Däremot är det slående, men egentligen ganska självklart, att något sådant inte är möjligt vid analysen av vad som kännetecknar själva angreppet eller missbruket. I stället blir det nästan alltid nödvändigt att anknyta bedömningen av vad som utgör exempelvis en tillägnelse, ett åsidosättande eller ett missbruk till sådant som gärningsmannens syfte, inställning eller insikt. Det gör att den inlärd, strikta uppdelningen mellan objektivt och subjektivt, mellan gärningsrekvisit och ansvarsrekvisit, blir svår att upprätthålla. Och de straffrättsliga bedömningarna av vad som är ett angrepp på eller missbruk av en förmögenhetsrättslig position blir ofta snarare förmögenhetsrättsligt relevanta. Men det är en annan historia.