

1. Inledning

Jag har av advokaterna Thomas Bodström och Kinora Awrohum, försvarare för Alexander Gustafsson (i tingsrätten Tomaszek, fortsättningsvis nedan AG), ombetts att i ett utlåtande beröra vissa frågor som aktualiseras i och genom Svea hovrätts pågående mål B 8606-20, rörande (i denna del) åtal för bland annat synnerligen grovt narkotikabrott eller medhjälp till det.

Vad saken främst rör, som jag ser det, är frågan om AG och hans försvarare i det läge som uppkommit har möjlighet att på ett godtagbart sätt tillvarata AG:s rättigheter som tilltalad för ett allvarligt brott, i en situation där åklagaren inte bara en utan flera gånger har velat (och tillåtit) ändra gärningsbeskrivningen – och därmed, skall understrykas, *de facto* på relevant sätt ändrat vad AG i materiellt hänseende faktiskt är åtalad för – och försvaret efter sådana ändringar *inte* ånyo haft tillgång till visst sekretessbelagt material, inklusive sådant som man tidigare (när åtalet enligt den första gärningsbeskrivningen fortfarande var vad som gällde) beretts tillgång till. Det rör sig om bevisning som är potentiellt central för ansvarsfrågan under aktuell åtalpunkt.

Min åsikt, sammanfattningsvis: situationen som jag har uppfattat den innebär att i den i skrivande stund pågående rättegången avseende detta åtal mot AG, han *inte* har möjlighet att genomföra sitt försvar på ett sätt som är godtagbart enligt (exempelvis) EKMR art 6. Åklagarens successiva ändringar har medfört att det, materiellt sett, i det närmaste kommit att röra sig om ett nytt åtal. Ändras åtalet behöver också försvaret många gånger byggas på ett annat sätt. Detta är en sådan gång. Försvaret saknar i rådande läge, för att det inte har tillgång till tidigare nämnda material, möjlighet till det.

Min uppfattning är alltså att AG *inte*, i rådande läge, ges tillräckliga möjligheter att försvara sig. Denna min bedömning vilar på *materiellstraffrättsliga* grunder: det beror på att

(1) ett åtal där åklagaren påstår att den tilltalade (här AG) är den ende inblandade i vad som anges i gärningsbeskrivningen, så att allt som skall provas är om det var AG ensam eller AG inte alls,

är *något annat* än

(2) ett åtal där det (till slut sammantaget) påstås ett antal saker alternativt: att den tilltalade (här AG) kan ha gjort allt själv, eller att han kan ha gjort det i medgärningsmannaskap med annan eller andra (som också är okända), eller att han kan ha medhjälpt när annan eller andra gjort det.

Ett åtal av det senare slaget – där det från åklagarhåll alltså hålls öppet för många olika varianter i fråga om slag av medverkan (jag återkommer till detta i avsnitt 2 nedan)¹ – behöver givetvis kunna bemötas på ett betydligt mer omfattande, djupgående och komplext sätt än ett åtal av det förra slaget: det är, helt enkelt, betydligt fler dörrar som från försvarets sida behöver försvaras genom att (beroende på vald metafor) antingen stängas eller öppnas. I föreliggande mål synes ju också exempelvis frågor relaterade till *påstått samarbete med okända* behöva hanteras (i bemärkelsen bemötas) av försvaret. Enligt åklagarens sista/senaste önskade ändring av gärningsbeskrivningen (se nedan avsnitt 2) infogas också ”och i samförstånd”, vilket måste förstås som att det nu även görs gällande ett alternativt ansvarspåstående baserat på den figur som brukar kallas medgärningsmannaskap.² Även detta kräver förstås ”figurspecifikt” bemötande från försvarets sida.

För den straffrättskunnige kommer det som sades i föregående stycke inte som en överraskning. Jag återkommer trots det i avsnitt 3 nedan – inom ramen för en översiktlig beskrivning av olika slags medverkan i och vid ett brott – närmare till skälen för att, i motsats till vad åklagaren verkar mena, ett åtal enligt (2) *inte* kan bemötas på samma sätt som ett åtal enligt (1).

Frågan om AG har givits acceptabla möjligheter att genomföra sitt försvar bör betraktas som *fristående*, i här relevanta hänseenden, från två andra frågor/saker:

Den första frågan/saken är då *när och hur det i och för sig må vara tillåtet för en åklagare att ändra (genom att ”justera”) gärningsbeskrivningen* på det sätt som skedde under rättegången i tingsrätten (se härom längre nedan; enligt min mening borde det inte ha tillåtits) och delvis även i hovrätten. Frågan om AG har tillräckliga möjligheter att tillvarata sitt försvar måste betraktas som – *är* – oavhängig av detta slags frågor, i den bemärkelsen att *även i och*

¹ Jag använder här och fortsättningsvis nedan genomgående termen ”medverkan” på det sätt som lag och lagstiftare använder den i BrB 23:4-5: då innefattar termen *såväl* olika slags gärningsmannaskap *som* anstiftan och medhjälp. Viss doktrin och viss praxis har valt, av skäl som jag inte vet men knappast sympatiserar med, att frångå lagstiftarens terminologi, på så sätt att ”medverkan” anses böra användas som beteckning bara på anstiftan och medhjälp. Här och nu är dock inte platsen för mer ingående diskussion av det.

² Dessförinnan angavs endast ”tillsammans med andra”, vilket knappast enkelt kan förstås som ett påstående om (den specifika figuren) medgärningsmannaskap; se längre nedan.

för sig processuellt tillåtna/accepterade justeringar av talan kan leda eller bidra till att AG:s rätt, exempelvis i termer av vapenlighet, träds förnär. Detta är ett sådant fall. Ibland måste fråga skiljas från fråga, liksom materiellt innehåll från form.

Vidare bör bedömningen av frågan huruvida AG kan tillvarata sitt försvar så som krävs på visst sätt stå fri även från hovrättens beslut i innevarande mål att inte bifalla AG:s begäran om *tillgång till här aktuellt förundersökningsmaterial*. Vad jag då avser med ”stå fri” är att det faktum att hovrättens beslut, mot vilket här inte riktas någon kritik, inte hindrar att situationen som den bland annat genom beslutet har blivit (även beslutet bidrog till den) leder till bedömningen att AG inte kan tillvarata sina rättigheter på det sätt som måste krävas. Igen: i fokus är och måste vara *den materiella förändringen av vad som från åklagarhåll påstås ligga AG till last*. Och i det hänseendet kan den uppkomna, fortsatt existerande, situationen inte tillåtas fortgå (i alla fall inte, kanske bör tilläggas, om utfallet i förlängningen går emot AG).³

Mitt utlåtande förutsätter att läsaren har tagit del av tingsrättens dom i dessa delar. Jag har för utlåtandet haft tingsrättens dom, hovrättens beslut samt viss ytterligare skriftväxling i målet att förhålla mig till. Jag har också fått viss information från AG:s försvarare; när det är sådan jag lutar mig mot anges detta.

I det följande ges först (i avsnitt 2) en kort sammanfattning av vad som förevarit i målet. Därefter (avsnitt 3) redogörs för olika varianter av gärningsmannaskap och annan medverkan. Slutligen (avsnitt 4) ges avslutande synpunkter.

2. Vad som (av relevans här) förevarit i målet

I tingsrättens deldom 2020-07-09 i mål B 13010-18 friades AG på åtalpunkt 5, den åtalpunkt som mitt utlåtande (nu alltså under pågående behandling i hovrätten) gäller. Åklagaren överklagade i denna del tingsrättens friande dom. Enligt vad försvaret har sagt mig ville åklagaren i tingsrätten ändra gärningsbeskrivningen *efter sin slutplädering i målet*.⁴ Detta tilläts också av tingsrätten, som alltså valde att uppfatta de önskade ändringarna som en tillåten ”justering” av gärningsbeskrivningen.⁵ I den ursprungliga gärningsbeskrivningen, alltså före ändringarna i slutpläderingen, beskrevs AG:s gärning, i relevanta delar, som följer:

”AG har under perioden 24 april 2015 – 24 september 2018, som administratör och ansvarig för narkotikamarknadsplatsen Flugsvamp 2.0 på internet, möjliggjort för köpare och säljare att bedriva narkotikahandel samt handel med läkemedel och dopningsmedel i Sverige. Han har därvid olovligen bjudit ut narkotika och dopningsmedel till försäljning i Sverige, förvarat och befordrat vederlag för narkotika och förmedlat kontakter mellan säljare och köpare av narkotika. Förfarandet har varit ägnat att

³ Se nedan not 18.

⁴ Själva datumet för justeringen – 26/5-20 – framgår av tjänsteanteckning i stämningsansökan bilagd tingsrättens dom.

⁵ Försvaret protesterade redan då; se här tingsrättens aktbilaga 416, som ger en rik bild av meningsskiljaktigheterna.

främja narkotikahandel. AG har därvid även bedrivit detaljhandel med läkemedel trots att han inte anmält detta till Läkemedelsverket.”

Den efter slutpläderingen justerade gärningsbeskrivningen kom i stället, i samma relevanta delar, att låta som följer (min kursivering):

”AG har under perioden 24 april 2015 – 24 september 2018, som administratör och ansvarig för narkotikamarknadsplatsen Flugsvamp 2.0 på internet, *ensam eller tillsammans med andra*, möjliggjort för köpare och säljare att bedriva narkotikahandel samt handel med läkemedel och dopningsmedel i Sverige. Han har därvid olovligen bjudit ut narkotika och dopningsmedel till försäljning i Sverige, förvarat och befordrat vederlag för narkotika och förmedlat kontakter mellan säljare och köpare av narkotika. Förfarandet har varit ägnat att främja narkotikahandel. AG har därvid även bedrivit detaljhandel med läkemedel trots att han inte anmält detta till Läkemedelsverket.”

Möjligen önskade åklagaren genomföra denna minst sagt sena ändring av gärningsbeskrivningen för att man befارade att det annars över huvud taget inte skulle finnas någon möjlighet att få ett sådant vidgat och annorlunda riktat gärningspåstående prövat i hovrätten (som ju i rådande system tänks genomföra en överprövning av tingsrättens dom). Vi kan i sammanhanget notera att vad som förs in är ”tillsammans med andra”, *inte* ”tillsammans och i samförstånd” e d; jag återkommer lite längre nedan något till detta.

Jag vill återge ett par saker från tingsrättens samlade bedömning rörande aktuell åtalpunkt.⁶ Efter att ha konstaterat att AG åtminstone under viss tidsperiod måste ha haft någon form av koppling till administrationen av marknadsplatsen, uttalar domstolen följande (som enligt min mening tjänar som gott bevis för åklagarens i tingsrätten totala taktiska fokus på idén att *eftersom* det bara varit en person *så* måste AG ha varit denna person):

”Tingsrätten har dock inte funnit att någon del av utredningen med styrka talar för att det måste ha varit en ensam administratör som ansvarat för Flugsvamp 2.0. Vare sig kommunikationen i samband med lanseringen eller den utredning som presenterats avseende administratörskonton kan entydigt anses visa detta. Inte heller något som framkommit kring den fortsatta driften av marknadsplatsen och hanteringen av vinsten från denna visar att den administrerats av en ensam person. I och med detta kan slutsatsen inte heller dras att eftersom AG på visst sätt kunnat knytas till Flugsvamp 2.0 som angetts ovan, så måste han också ha varit administratör och ansvarig för marknadsplatsen.”

Avslutningsvis rörande åtalpunkten uttalas av tingsrätten följande – och detta lär väl också böra förstås som ett slags kommentar till åklagarens efter slutpläderingen justerade gärningsbeskrivning (på det sättet, alltså, att det inte alls längre gjordes gällande (uteslutande) att AG var själv om det, samtidigt som det under förhandlingen uteslutande berördes *det* temat):

⁶ Se tingsrättens dom avsnitt 8.8.4 (s 143 ff i originaldomen). Även tingsrättens aktbilaga 416 (se föregående not) bidrar till förståelsen.

”Sammanfattningsvis har det ... visats på vissa kopplingar mellan AG och administrationen av Flugsvamp 2.0, men det har enligt tingsrättens uppfattning inte närmare klarlagts vad dessa kopplingar säger om AT:s roll eller vilka uppgifter han kan ha haft. Det finns därmed andra möjliga förklaringar till händelseförloppet än den som presenteras i åtalet. Utredningen kan då inte sägas vara så robust att det kan anses stå utom rimligt tvivel att AG varit administratör och ansvarig för narkotikamarknadsplatsen Flugsvamp 2.0, vare sig ensam eller tillsammans med andra.

Som redovisades ... har inget alternativt påstående lagts fram i målet, innebärande att AG skulle ha medverkat i eller ha främjat administrationen av Flugsvamp 2.0 i någon mer begränsad utsträckning, t ex genom att ha utfört vissa angivna åtgärder. Än mindre har det preciserats vilka åtgärder AG i sådant fall skulle dömas till ansvar för och hur dessa skulle vara att bedöma. Det finns under dessa förhållanden inte heller skäl för tingsrätten att pröva om AG skulle ha kunnat dömas för någon mer begränsad medverkan än den som anges i åtalet.”

AG friades alltså från ansvar på denna åtalspunkt. I sitt överklagande till hovrätten fann sig åklagarsidan böra *ytterligare* lägga ut texten i gärningsbeskrivningen. Jag vill här återge vad som i överklagandet sades rörande aktuell åtalspunkt (5).

“Gärningspåståendet avseende grovt och synnerligen grovt narkotikabrott, dopningsbrott samt brott mot lagen om handel med läkemedel justeras enligt följande med ett nytt femte stycke.

AT:s delaktighet har bestått i att han själv eller i samråd med andra,
- *i början av 2015 mottagit källkoden för Flugsvamp (1) och därefter använt den för Flugsvamp 2.0*
- *sedan februari 2015 hos Hawk Host förvarat en databas med koppling till marknadsplatserna Flugsvamp och Flugsvamp 2.0*
- *i juli 2016 beställt, betalat och tagit emot Freelancer-skript för utveckling av Flugsvamp 2.0*
- *ansvarat för betalning, lagring och drift av marknadsplatsens servrar*
- *hanterat marknadsplatsens användare och produkter - administrerat och kontrollerat marknadsplatsens bitcoinhantering.*

I andra hand yrkas ansvar för medhjälp till grovt och synnerligen grovt narkotikabrott, dopningsbrott, brott mot lagen om handel med läkemedel i enlighet med följande tillägg:

AT har i vart fall genom det agerande som anges i femte stycket med råd och dåd främjat gärningen.

Lagrum

Lagrum som anges i stämningsansökan samt 23 kap 4 § brottsbalken.”

Här tillkom alltså, bland annat, ett alternativt påstående om medhjälp (men bara, skall understrykas, till ”gärningen”, jag återkommer strax till detta).

Vidare har under den nu pågående hovrättsförhandlingen framförts *ytterligare* en önskan från åklagaren om att få förändra gärningsbeskrivningen för här aktuell åtalspunkt 5. I gärningsbeskrivningens första stycke har då i skrift från åklagaren tillagts det nedan kursiverade:

”AG har under perioden 24 april 2015 – 24 september 2018, som administratör och ansvarig för narkotikamarknadsplatsen Flugsvamp 2.0 på internet, ensam eller tillsammans *och i samförstånd* med andra möjliggjort för köpare och säljare att bedriva narkotikahandel samt handel med läkemedel och dopningsmedel i Sverige. Han har därvid olovligen bjudit ut narkotika och dopningsmedel till försäljning i Sverige, förvarat och befordrat vederlag för narkotika och förmedlat kontakter mellan säljare och köpare

av narkotika. Förfarandet har varit ägnat att främja narkotikahandel. AG har därvid även bedrivit detaljhandel med läkemedel trots att han inte anmält detta till Läkemedelsverket.”

Här – alltså alldeles mot slutet av målets handläggning i hovrätten – presterade då åklagaren ”och i samförstånd”, det vill säga ett påstående om att det från AG:s sida alternativt rört sig om den distinkta rättsliga figuren *medgärningsmannaskap* (distinkt i den bemärkelsen att, som berörs närmare nedan i avsnitt 3, vissa bestämda förutsättningar måste vara uppfyllda för att det skall vara *tillåtet* att tillämpa figuren, givet de lättnader som den på vissa sätt medger).

Vidare önskades det från åklagarhåll tillagt att AG har (min kursivering av det önskat tillagda)

”i vart fall med råd och dåd främjat *den olagliga försäljningen och hanteringen av narkotika, dopningspreparat och läkemedel*”.

Åklagarsidans agerande under denna åtalspunkt väcker vissa tankar som enligt min mening bör ges relevans vid hovrättens hantering av åtalspunkten.

Det är *för det första* uppenbart att de ändringar som från åklagarsidan successivt i målet önskats genomförda i gärningsbeskrivningen, dessa ändringar hade inte behövts om åklagarsidan hade utfört sitt arbete ordentligt från början (och detta rimligen, skall sägas, innan åtal väcktes). Intrycket blir närmast att åklagarsidan tyckt sig böra kunna bygga sitt åtal lite allt eftersom, under det att målet pågår genom instanserna. Här handlar det för åklagaren inte, såvitt jag har förstått det, om några nya omständigheter som inte hade kunnat hanteras förut. Och sådana – antar jag – som förtydliganden avsedda tillägg som görs i sist nämnda komplettering framstår snarast som tecken på att man också successivt, under det att målet pågått i domstolarna, har skaffat sig mer kunskap om relevanta områden rörande medverkanslära och dylikt.⁷

Det är *för det andra* uppenbart – åtminstone för mig, kanske bör sägas! – att nämnda ändringar i vad som åtalas för (de som genomförts i relation till den ursprungliga gärningsbeskrivningen) har för samtliga andra aktörer i rättegången under denna punkt (så tilltalad och dennes försvar, så domstol) på det *materiella* planet, sammantaget, kraftigt förändrat vad som faktiskt behöver prövas.

Och detta, vill jag tillägga, på ett sätt som medför att det för mig står klart att tingsrätten inte borde ha tillåtit den första, mycket sena justeringen av gärningsbeskrivningen. Det är möjligt att inte samtliga parter *de facto* har sett denna karaktär hos ändringarna; det förutsätter goda kunskaper rörande straffrättens allmänna del, här reglerna för gärningsmannaskap, anstiftan och medhjälp, liksom om interaktionen mellan den allmänna delen och olika specifika (många gånger sinsemellan mycket olika) straffbud i den speciella delen.

⁷ Den sist nämnda kompletteringen finns i aktbilaga 160 hos hovrätten, daterad 2022-04-11.

Nå. Den *information* som försvaret i hovrätten har önskat få tillgång till är sekretessbelagd sådan. Det rör sig också om ett utomordentligt stort material, där mycket av sällning har fått åstadkommas från de utredande (tillika åtalande) myndigheternas sida (med vad sådant alltid innebär av risk för exempelvis ofrivillig bortsällning av sådant som från försvarets sida skulle anses av värde). Om jag har förstått saken korrekt fick försvaret i *tingsrätten*, efter vissa diskussioner, möjlighet att med bistånd av såväl egen som polisens utredare gå igenom sekretessbelagt material. I hovrätten, däremot, därom tillfrågad om försvarets begäran, menade åklagaren att sådana möjligheter att igen gå igenom materialet inte borde ges försvaret. Till stöd för åsikten anfördes från åklagarsidan bland annat (min kursivering; just den – och uppfattningen att det finns ”grader” av medverkan – vill jag återkomma till i avsnitt 3 nedan):

”Vad gäller behovet av den efterfrågade åtgärden vill åklagarna framhålla att de moment som görs gällande mot [AG] är desamma, oberoende av *vilken grad av medverkan* han kan ha haft i marknadsplatsens administration. Den justerade gärningsbeskrivningen innebär inte att nya moment görs gällande i förhållande till vad som var föremål för tingsrättens prövning, vilket framgår tydligt i tingsrättens dom, och som det förs bevisning om nu i hovrätten. I försvarets bevisuppgift i tingsrätten angavs bevisemat för XXX förhör; ’till styrkande av att det inte är endast en administratör på de aktuella websidorna samt att [AG] inte begått de åtalade gärningarna.’”

Vidare sägs, och det är också av vikt, att åklagarna

”sammanfattningsvis anser ... att försvaret begär åtgärder som redan genomförts i ett tidigare skede av processen”.

Och det må vara hänt, men – som tidigare sagt – när vad som åtalas för förändras, då förändras faktiskt också i någon relevant bemärkelse *materialet*, och förändras definitivt *sättet som man från försvarets håll behöver granska det på*.

När jag läser strax ovan återgivna citat från åklagarsidan (med den negativa inställningen till försvarets fråga rörande möjligheter att gå igenom material) får jag intrycket att åklagarsidan inte ser att det som den tycker är ”inga nya moment” *blir* nya moment när nya alternativa materiellstraffrättsliga konstellationer påstås: skall något ses som medhjälp måste där finnas uppsåt till ett huvudbrott, t ex; skall något ses som medgärningsmannaskap måste även där vissa specifika krav vara uppfyllda i termer av uppsåt och annat. Skall där finnas flera inblandade så måste där finnas interaktion, och denna interaktion måste för *olika* medverkansfigurer se ut på *olika* sätt. Här kommer in mycket av juridik, med ett landskap av sinsemellan olika rättsfigurer. Det finns ett område mellan det faktiska och rättsfigurerna, och detta område är i hög grad relevant för artikel 6, och detta – som sagts ovan – är något som måste betraktas fristående från mer processuella, mer formella överväganden. Det är ingen slump att det i EKMR arbetas med ett *materiellt* straffbegrepp och ett *materiellt* brottsbegrepp, exempelvis.

I den materiellstraffrättsliga världen finns ett regelkomplex rörande (olika ”slags”) gärningsmannaskap, rörande anstiftan, rörande medhjälp, och om förändringar i fråga om vad som åberopas i denna materiellstraffrättsliga värld inte så att säga överensstämmer med vad som må betraktas som relevanta och icke-relevanta förändringar i den processuella värld som åklagaren befinner sig i, är det givet att det för EKMR är inte bara den senare, utan också (och i termer av minimikrav givetvis) den förra, som är av intresse.

Svea hovrätt fattade i början av mars (negativt) beslut i frågan om försvarets tillgång till material.⁸ Det saknas anledning att diskutera riktigheten i detta beslut; tillräckligt är att konstatera att den uppkomna situation som beslutet i och för sig också bidragit till är en där AG inte har möjlighet att genomföra sitt försvar på ett acceptabelt sätt. Det hade också, som jag har förstått det, i princip varit möjligt för åklagarmöjligheten att tillgodose försvarets önskemål.

I nästa avsnitt behandlas de materiella medverkansreglerna. Det sker i syfte att tydliggöra varför de av åklagaren genomförda (och av domstolarna tillåtna) ändringarna i gärningsbeskrivningen medfört att AG inte under rådande omständigheter kan anses ha möjlighet att genomföra sitt försvar på ett acceptabelt sätt.

3. Medverkan och dess undergrupper. Materiell straffrätt

Här redogörs för de olika typer av gärningsmannaskap och annan medverkan i ett brott som svensk straffrätt känner. Redogörelsen hålls rätt *översiktlig*: förhoppningen är *dels* att den redan i det väsentliga är inblandade aktörer bekant, *dels* att den är tillräcklig för att nödvändiga poänger skall kunna göras.⁹

Ett inledande påpekande här har att göra med relationen mellan det som tänks på som straffrättens *allmänna* del, å ena sidan, och det som tänks på som dess *speciella* del, å andra sidan. Och det som behöver påpekas är att även om det finns fog för att tänka i termer av att där finns något sådant som en allmän del, då ”allmän” i bemärkelsen att den är åtminstone nominellt gemensam för samtliga eller många brottstyper i speciella delen, så innebär inte det att detta allmänna, när någon viss ”allmän” regel skall relateras till viss specifik brottstyp, förblir opåverkat av mötet med den specifika regeln.

Tvärtom; den form och det uttryck som den allmänna regeln får kommer att i rätt hög grad (varierande bland annat med exakt vilken ”allmän” figur det rör sig om) vara beroende av vilket speciellt brottsstadgande som det allmänna skall appliceras på: i och med att de olika speciella brottstyperna varierar sinsemellan i ett antal olika hänseenden –

⁸ Mer exakt 2022-03-07 (se aktbilaga 114).

⁹ Redogörelsen bygger i åtminstone ganska hög grad på Lernestedt, Upplösta kroppar, upplösta sinnen, i Asp, Lernestedt & Ulväng, Katedralen, Iustus, 2009, s 49-147; se annars t ex Asp m fl, Kriminalrättens grunder, Iustus, 2 uppl 2013, avsnitt 6.4.

skyddsintresse, deliktskonstruktion (t ex val av skadebrott, handlingsbrott, något slags farebrott, som form),¹⁰ o s v – blir även den ”allmänna” figuren påverkad i mötet.

När det gäller just frågor relaterade till gärningsmannaskap och annan medverkan kan i sammanhanget som tydligt exempel användas att för vissa specifika brottstyper i den speciella delen – sådana brottstyper som brukar föras till kategorin ”egenhändiga brott” – är varken medgärningsmannaskapskonstruktionen eller sådan omrubricering som annars kan ske enligt BrB 23:4 st 2 (så att någon som formellt är medhjälpare eller anstiftare kan ges gärningsmannaskap, se mer något längre nedan) är möjligt: det enda sättet att nå gärningsmannarubricering vid sådana egenhändiga brott är, grovt sammanfattat, att man själv uppfyller samtliga rekvisit.¹¹

Jag kommer nu till redogörelsen för olika varianter av möjligt ansvar i det som från åklagarhåll till slut – mot slutet av hovrättsförhandlingen – har utkristalliserats. Där finns ett antal (vad vi kanske må kalla) ”figurer” inom ramen för reglering och läror om gärningsmannaskap och annan medverkan, och förändringar från åklagarhåll i fråga om dessa måste utan tvivel påverka exempelvis vad som definieras som ”gärningen” i materiellt hänseenden. Jag börjar – under (a) – med den variant av gärningsmannaskap som åklagaren drev (som exklusiv) i tingsrätten, och vänder därefter – under (b) – till de övriga varianter som successivt kommit att ackompanjera den i den ursprungliga gärningsbeskrivningen.

(a) En ensam gärningsman – ingen interaktion behövs, ingen interaktion (eller innehållet i en sådan) är av något intresse

Utgångspunkt och normalfall, och det som de enskilda straffbuden i straffrättens speciella del i princip är både tänkta och skrivna för, är den situationen att det (bara) är *en person som själv uppfyller samtliga objektiva rekvisit*, och denna person har dessutom den *subjektiva täckning* som krävs i relation till dessa rekvisit. En uppfyller allt.

Inom området för gärningsmannaskap och medverkan är just detta den enda ansvarsformen där det inte för ansvar behövs, är en förutsättning, att man *på något sätt* – i gärning eller tanke – *förhållit sig till någon annan person på föröversidan* (det kan givetvis vara så att för att viss brottstyp skall vara för handen det förutsätts att man på visst sätt förhållit sig till någon person på ”offersidan” för att ett brott skall föreligga, men det är inte det som här intresserar: *här* är i fokus olika slags samverkan på det som vi för ändamålet (och då i motsats till ”offersidan”) kallar ”föröversidan”).

¹⁰ Se till deliktstyper t ex Lernestedt, Brottsoffergörande och deliktskonstruktion, i Festskrift till Diesen, Norstedts Juridik, 2014, s 21-79.

¹¹ Här får tyvärr tilläggas att diskussionen rörande ”egenhändiga brott” i dag har försvårats, av det skälet att det under senare år – och som det verkar närmast utan att någon har tänkt på det – införts en ny, annan och konkurrerande betydelse av begreppet, vilket i relation till sexualbrott (inte minst våldtäkt) har inneburit att det felaktigt sagts att våldtäkt inte längre är ett egenhändigt brott: det torde det fortsatt vara, i den ursprungliga betydelsen av begreppet egenhändighet; se här till Lernestedt, Vad vi talar om när vi talar om egenhändighet – apropå sexualbrott utan beröring från tilltalads sida, Lex Nova, april 2016.

I ett sådant läge – här alltså på det sätt som åklagaren tydligt drev sin talan under hela tingsrättsförhandlingen fram till *efter* åklagarens slutplädering – är bevisläget i vissa hänseenden inte så komplext: det ”enda” som skall prövas är om (a) åklagaren styrkt att (här) en person (och därmed AG) begått den sålunda beskrivna gärningen själv eller (b) åklagaren inte har styrkt detta.

Visar det sig då att mer än en person måste ha varit inblandad i vad det nu rör sig om, och det enda påståendet är att (här) det bara fanns en person och den var AG, så behöver åtalet ogillas.

Jag övergår nu till *andra* ansvarsformer, vars åberopande med nödvändighet gör att situationen, dess behandling i domstol, vad åklagaren behöver bevisa och vad försvaret behöver förhålla sig till – och konstruera ett försvar mot – blir betydligt mer mångfacetterad.

(b) Andra former för ansvar – *interaktion* blir såväl objektivt som subjektivt centralt för domstolens bedömning

För den variant av gärningsmannaskap som nämndes under (a) behöver över huvud taget inte BrB:s centrala regel rörande medverkan, BrB 23:4, åberopas. För fortsättningen kan det dock vara på sin plats att återge stadgandet i här relevanta delar:

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

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

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

Enligt svensk medverkansreglering i och kring BrB 23:4,¹² finns tre huvudsakliga etiketter att sätta på deltagare, nämligen (och i denna ordning, som ges av stadgandet) (1) gärningsman, (2) anstiftare och (3) medhjälpare. Allt vad som här (under (b)) berörs förutsätter något slags *kopplingar mellan personer* på ”föröversidan”.

Gärningsmannaskap utdöms enligt straffbudet och är, som redan sagts, ”självständigt” i den bemärkelsen att ansvar ådöms uteslutande enligt det specifika straffstadgandet (BrB 23:4 behöver inte, och skall för klarhets skull heller inte, blandas in).

Ansvar för det som med lagens terminologi kan kallas för ”*främjande*”, d v s anstiftan och medhjälp (som också faller inom den grupp som kallas för ”osjälvständiga brottsformer”) behöver stöd i BrB 23:4 i kombination med det specifika aktuella straffbudet.

¹² I sammanhanget bör också nämnas BrB 23:5, som reglerar bland annat medverkan i mindre mån och efter tvång (igen bör då noteras, att ”medverkan” även där innefattar även gärningsmannaskap).

Låt oss nu börja med gärningsmannaskap. Utöver vad som nämnades under (a) existerar två vid första anblick rätt ”osynliga” sätt att i slutändan åstadkomma att någon åsatts rubriceringen gärningsman. Den *ena* varianten – jag kallar den ”att anse som” – sägs det att man skall kunna ”läsa ut ur” själva lagtexten i BrB 23:4 st 2, även om jag tror att detta är en rätt krystad efterhandskonstruktion:

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

Icke desto mindre finns varianten. Tanken är då att där vid ett brotts begående kan finnas sådana medverkande som inte objektivt ”är” gärningsmän, utan egentligen i sådant hänseende ”är” medhjälpare eller anstiftare, *men* som ändå skall vara ”att anse som” gärningsman. I fråga om detta slags medverkande har domstolen en möjlighet att i ett sent skede av prövningen *omrubricera* dem till gärningsmän (i förarbetena ges vissa anvisningar, bland annat – den mest ”berömda” – att det skall ske ”där det ter sig naturligt”). Den som bör kunna komma i fråga för sådan omrubricering är den som varit den egentliga hjärnan bakom brottet, exempelvis, som det kan uttryckas, har begått brottet genom andra. Jag återkommer till denna grupp – ”att anse som” – något längre nedan. I en mycket brokig flora av begrepp i medverkansrelaterade saker brukar denna variant i viss doktrin kallas ”utvidgat” gärningsmannaskap.¹³

Då har vi i termer av roller, för att ta det stegvis,

(1) personer som ”är” gärningsmän så att säga från början (för att de har ”utfört brottet” – som det sägs i 23:4) och fälls uteslutande enligt straffbudet i fråga; de har utfört brottet enligt straffbudet,

(2) personer som ”är” anstiftare och medhjälpare och som *behåller* sin rubricering som det, och som fälls enligt BrB 23:4 i kombination med hänvisning till straffbudet i fråga, och slutligen

(3) personer som i och för sig ”är” anstiftare eller medhjälpare, *men* som omrubriceras – vi kunde också kalla det ”ometiketteras” – till att kallas för gärningsmän, och som då fälls som gärningsmän med lagstöd i BrB 23:4 st 2; ”att anse som” (men alltså *inte* har ”utfört brottet” enligt det specifika straffbudet).¹⁴

Det är emellertid inte slut på olika varianter här. Vi behöver också säga något ytterligare om gärningsmannaskap enligt straffbudet, d v s om den som faktiskt ”är” gärningsman, och vi behöver göra det i termer av det som idag kallas ”medgärningsmannaskap”, och som åklagarsidan i innevarande mål till slut, i ett mycket sent skede av hovrättsförhandlingarna, fick in i gärningsbeskrivningen.

När det handlar om figuren medgärningsmannaskap är idén – och den får sägas vara accepterad, även om konstruktionen av många (och med rätta) anses tveksam ur ett legalitetsperspektiv – att det i de enskilda straffbuden är möjligt att anse att *flera personer*

¹³ Se t ex Asp m fl (not 9 ovan).

¹⁴ Här måste också understrykas att detta – omrubriceringen till ”gärningsman” skall ske *efter* det att straffvärde har åsatts (straffvärdet får alltså *inte* påverkas av denna omrubricering).

tillsammans har ”utfört brottet”, fortfarande enligt straffbudet: Inte ”den som...” utan ”de som...”.

Som figuren är tänkt, och som figuren har sin så att säga dogmatiska plats (liksom sitt dogmatiska berättigande), rör det sig här om fall där kanske *ingen* av flera medverkande i sig själv uppfyller *alla* rekvisit i det speciella straffbudet, men de medverkande tillsammans (och ”i samförstånd”, exempelvis) uppfyller alla rekvisit. Det kan för viss medverkande till och med vara så att den inte uppfyller *något* *alls* rekvisit för det aktuella brottet – denna medverkande kanske inte ens är nära något som krävs i brottsbeskrivningen – men den anses ändå, tillsammans med de andra, ha ”utfört brottet” enligt straffbudet, varför den döms som gärningsman enligt straffbudet *om* vissa förutsättningar – som jag återkommer till strax nedan, dessa förutsättningar är förstas fundamentalt viktiga – är uppfyllda.

Genom NJA 2006 s 535, som rörde ett välorganiserat rån med rätt många inblandade mot en värdecentral i Stockholmstrakten, gavs riktlinjer (och välbehövliga sådana, skall sägas) för de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att respektive av de två mer ”osynliga” vägarna till gärningsmannagörande – ”att anse som” (utvidgat) respektive medgärningsmannaskap – skall vara tillåten. Jag har på annan plats sammanfattat dessa krav så här:

- För att *medgärningsmannaskap* – att X tillsammans med andra skulle ha ”utfört brottet” enligt straffbudet – skall komma i fråga krävs det *tidsligt* och *rumsligt* samband med huvudgärningen (d v s det krävs att X var *på brottsplatsen* och detta *vid tiden för brottet*).

Detta är, skall understrykas, en *nödvändig*, men inte en *tillräcklig*, förutsättning.

- Om X:s insats i vad som hände *inte* har vad som krävs för medgärningsmannaskap enligt 1, så krävs det, för att X skall kunna omrubriceras enligt BrB 23:4 st 2 (så att X är ”att anse som” gärningsman), att X intagit en sådan ställning att X (närmast) kan anses ha utfört brottet genom den eller de som var närvarande på brottsplatsen.¹⁵

Vi kan här då alltså notera, att i fråga om gärningsmannaskap ”att anse som” (eller ”utvidgat gärningsmannaskap”) det måste krävas att åklagaren visar *dels* att viss person över huvud taget är att kategorisera som antingen anstiftare eller medhjälpare, *dels* att den också utövat ett avgörande, styrande, inflytande över den eller de personer som i gärningsmannaskap begått brott. Det sagda kräver förstås att mycket kan visas såväl objektivt som i fråga om kognitiva och voluntativa element i personens huvud (d v s exempelvis att man *både* faktiskt har förstått vad som försiggår *och* har krävt inställning till det), innefattande också att en förståelse för (och vilja till) att man styr.

När det sedan gäller medgärningsmannaskap bör först sägas, att vissa krav som uppställs genom NJA 2006 s 535 inte passar för alla brottstyper i speciella delen: vid ett sådant brott som åklagaren påstår har begåtts enligt här aktuell åtalspunkt mot AG är det inte helt lätt att tänka i termer av ”på brottsplatsen vid tidpunkten”; det finns inte riktigt en brottsplats i sådant hänseende.

¹⁵ Lernestedt, Upplösta kroppar, upplösta sinnen (not 9 ovan), s 104 f.

Vad som däremot behöver framhållas, och framhållas med emfas, är att medgärningsmannaskapsfiguren som den beskrivits här ovan är en figur som ger bevislättnader för åklagaren: det kan alltså vara så att åklagaren inte (ens) behöver bevisa att viss tilltalad (ens) uppfyller ett (enda) objektivet rekvisit för viss brottstyp; den kan ändå fällas till ansvar för att ha begått brottet (enligt straffbudet) tillsammans med andra. *Men* – och det här är något som måste understrykas – dessa framträdande lättnader från vad som annars gäller (att en tilltalad för att kunna fällas måste uppfylla alla objektiva rekvisit själv) kommer inte gratis: de kommer inte utan ett *pris*, och ett pris bestående av *strängare* krav i ett *annat* hänseende. Det pris som på detta sätt måste betalas för lättnaden i det objektiva är att åklagaren måste kunna visa betydligt *mer* i fråga om det *subjektiva* elementet: det måste, för att ansvar i medgärningsmannaskap skall kunna utdömas, kunna visas att det för personerna i fråga rört sig om, ungefär, ett gemensamt projekt.

Att det därvid inte räcker med att viss person förstått vad som skall ske och (ändå) fortsatt deltar i vad som bestämts skall utföras, utan att det krävs också voluntativa komponenter närmast på temat att *man har ett gemensamt projekt ihop*, tydliggörs i ett senare HD-avgörande, NJA 2017 s 531 (”Bussen i Östberga”). En person som kört andra till platsen för brottet, införstådd med vad som där skulle ske, rubricerades inte som medgärningsman utan i stället som (”endast”) medhjälpare, av det skälet att för denna person det gemensamma projektet saknades. HD uttalade följande:

”Också vid gärningsmannaskap av de sistnämnda slagen fordras i regel, för att någon ska kunna dömas som gärningsman, att personen deltar i själva det brottsliga tilltaget, åtminstone mer perifert (eller, fastän det saknar relevans i detta sammanhang, att han eller hon i förhållande till dem som deltar i utförandet av gärningen intar en särskild ställning). (Jfr åter NJA 2006 s. 535.) Den gärning som T.K. har utfört, dvs. att köra gärningsmännen till platsen, måste i och för sig anses uppfylla detta krav.

För att det, på angivet sätt, ska vara möjligt att anse någon som medgärningsman, trots att han eller hon inte deltagit i de gärningar som mer direkt knyter an till brottsbeskrivningen, förutsätts emellertid också att det är bevisat att denne har agerat tillsammans och i samförstånd med de övriga inblandade.

Som konstaterats i det föregående måste T.K. ha förstått vad som skulle ske när han stannade bilen. Utredningen ger emellertid, mot hans nekande, inte tillräckligt stöd för att han agerade tillsammans och i samförstånd med S.H. och de andra personerna.

T.K. ska därför inte dömas som gärningsman utan för den medhjälp han har gjort sig skyldig till.”

Även om det från detta avgörande inte går att avgöra vad som mer exakt fattas (eftersom det inte ges någon definition på vad som skall förstås med ”tillsammans och i samförstånd”) så går det åtminstone att sluta sig till (1) *att* något fattas och (2) *att* detta något har att göra med ett gemensamt, starkare uppsåt som går ut på, ungefär, att man har ett projekt tillsammans.

Och – nu återvänder vi till innevarande mål och AG – det innebär ju förstås att ett påstående om medgärningsmannaskap också måste kunna *bevisas* av åklagarsidan – det måste kunna bevisas att det funnits den subjektiva inställningen av gemensamt projekt, t ex – och det måste då också förstås finnas och ges möjligheter för försvaret att i materialet söka ta fram sådant som motbevisar eller försvagar åklagarens påståenden.

Innan detta avsnitt avrundas skall något kort även sägas om ansvar för medhjälp. Här bör bara klargöras, att för att någon skall kunna hållas ansvarig för medhjälp den behöver ha uppsåt till (åtminstone, kanske skall sägas) tre förhållanden:

- *dels* till vad den själv gör (d v s det som vi kan kalla för medverkansgärningen),
- *dels* till huvudbrottet, och
- *dels* till att där finns en koppling dem emellan (d v s till att det finns ett samband dem emellan, och till hur det sambandet ser ut).¹⁶

I fråga om uppsåt till huvudbrottet krävs att medhjälparen har uppsåt som täcker *rekvisiten för huvudbrottet* i fråga (det räcker alltså inte med att den medhjälpsåtalade har uppsåt till att den bidrar till något ”fuffens”; uppsåt till de konkreta objektiva rekvisiten i huvudbrottet behövs).¹⁷

Avslutnings- och sammanfattningsvis i detta avsnitt:

Syftet med de redogörelser som här har givits har varit att tydliggöra hur, när ett åtal – som det innevarande – potentiellt aktualiserar ett (från åklagarhåll successivt allt större) antal olika varianter av gärningsmannaskap och medverkan, det alls inte går att säga att det rör sig om samma gärning (e d) som tidigare: de saker som *de facto* (i någon mycket snäv bemärkelse) från åklagarhåll påstås ha ”gjorts” av den tilltalade (här AG) måste givetvis också placeras in i den materiella juridikens krav, här då den materiella straffrätten och i synnerhet dess varianter av gärningsmannaskap och annars medverkan. Då blir resultatet, som uttalats redan inledningsvis ovan, att de ”justeringar” som genomförts i gärningsbeskrivningen medför att det i det närmaste rör sig om ett annat (eller för den delen faktiskt flera andra) åtal än det från åklagaren ursprungliga, som ju bara rörde *en* figur relaterad till gärningsmannaskap och medverkan.

Och varje rättsfigur som skall prövas, om det nu är medgärningsmannaskap eller ”att anse som”-gärningsmannaskap eller medhjälp, har *sin* uppsättning materiellstraffrättsliga krav som måste vara uppfyllda för korrekt tillämpning, och därmed också sin uppsättning frågor som från åklagarhåll måste kunna besvaras och från försvararhåll kunna bemötas. Detta gäller såväl i det objektiva som i det subjektiva.

Men det som åklagarsidan tycks tänka på som de gärningar som liksom skulle ha varit de ”samma” under rättegången genom två instanser, dessa är relativt sett mindre komponenter i det straffrättsliga bygge som domstolen har att förhålla sig till. Och det resten som tillkommer till åklagarens gärningar – där det som tillkommer är relativt sett större komponenter – är i här relevant hänseende nya för försvaret.

¹⁶ I samband med detta bör uppmärksammas NJA 2012 s 826, p 21, där det på ett olyckligt sätt uttalas att det inte behövs uppsåt till att främjandegärningen har ”främjat” huvudgärningen. Bedömningen ”främjat” behöver inte ha gjorts av den tilltalade, men det är uppenbart att uppsåt måste finnas till kopplingen mellan främjandegärning och huvudgärning.

¹⁷ Se i sammanhanget inte minst NJA 2007 s 929.

Och det är mot en sådan fond som AG:s situation i föreliggande mål, under föreliggande åtalspunkt, behöver betraktas av hovrätten när AG inte har tillgång till begärd bevisning. Där finns talesätt enligt vilka, ungefär, man inte skall börja bygga om båten när den redan är ute på stora havet. Då avses nog, dock, att den båt som byggs om också är den som man själv faktiskt sitter i. Här – och det handlar ju då om en straffrättslig rättegång – är situationen en annan: åklagarsidan har byggt om (sitt åtal) lite successivt, och nekar samtidigt försvaret tillgång till sådant bevismaterial som kunde möjliggöra byggandet av ett motsvarande försvar, och det är då inte åklagarens farkost, utan försvarets, som riskerar sjunka.

Jag menar emellertid – och i likhet med EKMR, får jag nog hävda – att det i en situation som den i föreliggande mål följer ur ett rättighets- och skyddstänkande att det är åklagarens, inte försvarets, farkost som skall anses ta in vatten.

4. Avslutning. Konsekvenser?

I ljuset av vad som behandlats i utlåtandet vill jag sammanfattningsvis säga följande. Flera konsekvenser kan tänkas.

Jag når för egen del närmast slutsatsen att detta åtal (alltså, åtalspunkt 5, den som i föreliggande utlåtande har varit i fokus) inte borde ha väckts i det skick som det väcktes. Så är fallet eftersom det med tydlighet framgår att åklagarsidan inte, vare sig vid tingsrättsförhandlingen eller i den senare (och nu pågående) hovrättsförhandlingen, har varit färdig med sitt åtal. Man har trots det tillåtit arbeta vidare genom tingsrätt och hovrätt, lite successivt, med sitt åtal, med ”justeringar” som inneburit stora – bitvis mycket stora – skillnader i fråga om vad försvaret måste förhålla sig till och försöka bygga ett försvar mot. Jag hoppas att detta har framgått av avsnitt 3:s redogörelse för olika varianter av gärningsmannaskap och annars medverkan, och vad respektive variant kräver (objektivt och subjektivt) för fällande dom.

Åtalet under denna åtalspunkt borde alltså inte ha väckts med mindre representanterna för Åklagarmyndigheten faktiskt åtminstone någorlunda gjort färdigt sin talan. Åtalet har väckts för tidigt. Det är ett olyckligt läge. Men också olyckliga lägen måste handskas med, och det som enligt min mening i första hand borde ske är att *åklagaren lägger ned åtalet*, eftersom det inte ens borde ha tagits till åtal i det ofärdiga skick som det uppenbarligen har varit i.

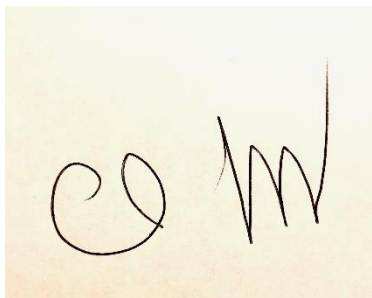
Om åklagaren inte gör detta borde i stället hovrätten ogilla åtalet, eftersom målet under innevarande åtalspunkt både i fråga om vapenlikhet, kontradiktion och möjlig tillgång till alla bevis (allt enligt EKMR) står i spänd potentiell konflikt med EKMR artikel 6.¹⁸

¹⁸ Jag formulerar det här som ”potentiell” konflikt eftersom vi ännu inte vet hur innevarande, pågående, mål faktiskt slutar under denna åtalspunkt. Se i sammanhanget Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Norstedts Juridik, 5 uppl 2015, s 258: ”Frågan om kränkning av artikel 6:1 ... skall bedömas mot bakgrund av rättegången i dess helhet, alltså först efter rättegångens slut ... Ett skäl till detta är att det först när rättegången har slutförts kan

HD har i NJA 2007 s 1037 lämnat ett åtal utan bifall, d v s ogillat det, på den grunden att den brottsliga gärningen föregåtts av en sådan provokation att vad som tänks garanteras enligt art 6 i målet var oåterkalleligen och från början undergrävt.¹⁹ Här föreliggande ärende är inte identiskt – långt därifrån – men förenas med NJA 2007 s 1037 på det sättet att åtalet i inget av fallen borde ha väckts.

Även andra sätt att hantera den uppkomna situationen står hovrätten till buds; jag avstår från att säga mer i frågan än att rådande situation under här aktuell åtalspunkt inte bör kunna tolereras.

Stockholm som ovan

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature consists of a large, stylized 'C' followed by a series of vertical strokes that form a 'W' or 'M' shape.

Claes Lernestedt

avgöras om en part lidit någon skada av ett eventuellt brott mot principen om en rättvis rättegång.” Det sagda torde innebära (1) att en distinktion måste göras mellan å ena sidan konventionsbrott, å andra sidan frågan om någon lidit skada av det, och (2) att frågan om någon lidit skada kan besvaras först efter det att det står klart huruvida det blivit fällande eller friande dom.

¹⁹ I fokus i sammanhanget var Teixeira de Castro mot Portugal (ECHR 1998-IV s. 1451).