

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 30 augusti 2011

Mål nr

B 1661-10

KLAGANDE

PA

Ombud och offentlig försvarare: Advokat AW

MOTPART

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Grov förskingring

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Svea hovrätts dom 2010-03-12 i mål B 1687-09

DOMSLUT

Högsta domstolen förklarar att den åtalade gärningen inte ska bedömas som förskingring och meddelar med anledning av det prövningstillstånd i de delar som frågan om sådant tillstånd har förklarats vilande.

Högsta domstolen undanröjer hovrättens dom och återförvisar målet till hovrätten för sådan förnyad prövning som föranleds av Högsta domstolens dom.

För försvaret av PA i Högsta domstolen tillerkänns AW ersättning av allmänna medel med 10 202 kr avseende arbete. I beloppet ingår mervärdesskatt med 2 040 kr. Det ankommer på hovrätten att i samband med målet efter dess återupptagande pröva frågan om återbetalningsskyldighet.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

PA har yrkat att Högsta domstolen med ändring av hovrättens dom bedömer gärningen som trolöshet mot huvudman samt ändrar påföljden till skyddstillsyn med föreskrift om kontraktsvård i enlighet med frivårdens förslag.

Riksåklagaren har bestritt ändring.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om PA har gjort sig skyldig till förskingringsbrott enligt 10 kap. brottsbalken. Högsta domstolen har förklarat frågan om meddelande av prövningstillstånd rörande målet i övrigt vilande.

DOMSKÄL

1. PA, som hade behörighet att med hjälp av en s.k. bankdosa göra betalningar för sin arbetsgivare genom uttag från dennes konto, har från kontot via Internet fört över sammanlagt ca 15,5 milj. kr till eget bankkonto. Hon har använt pengarna för att finansiera olika spel. Domstolarna har bedömt brottsligheten som grov förskingring.

2. PA har mot domstolarnas bedömning invänt att ett banktillgodohavande inte kan besittas i den mening som avses i 10 kap. 1 § brottsbalken, eftersom det inte är fråga om fysisk egendom.
3. Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1994 s. 480 ansett att ett kontotillgodohavande kan besittas när det gäller brottet olovligt förfogande. Fallet gällde ett uttag av medel som felaktigt hade krediterats ett postgirokonto. Ett kommanditbolag var kontohavare och uttaget gjordes av bolagets komplementär. Högsta domstolen identifierade denne med bolaget.
4. Genom insättningen framstod kontohavaren i 1994 års fall som legitimerad att i sitt eget intresse förfoga över det insatta beloppet. Här föreligger emellertid en annan situation. PA var inte innehavare av det konto som tillgodohavandet fanns på, det var hennes arbetsgivare.
5. Ansvar för förskingring förutsätter att rådigheten över viss egendom har övergått på annan med verkan att denne utåt kan uppträda som ägare och därmed som legitimerad att i sitt eget intresse förfoga över egendomen. En fullmakt att förfoga över egendomen innebär inte i sig en sådan rådighetsövergång. Fullmakten har således inte inneburit att någon förskingringsituation har uppkommit. De olovliga uttagen utgör därför inte ett sådant rådighetsmissbruk som krävs för förskingringsansvar.
6. De medel som PA förde över från bankkontot till eget konto har hon inte fått hand om på det sätt som förskingringsstadgandets tillämpning förutsätter, eftersom överförandet var olovligt.
7. Slutsatsen är att PA inte ska dömas för förskingring. Den fråga för vilken prövningstillstånd har meddelats ska besvaras i enlighet härmed.

8. Riksåklagaren har alternativt yrkat ansvar för trolöshet mot huvudman. Frågan huruvida det finns förutsättningar att döma PA till sådant ansvar har inte varit föremål för hovrättens prövning. Hovrättens dom ska därför undanröjas och målet återförvisas till hovrätten.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Stefan Lindskog (särskilt tillägg), Göran Lambertz (skiljaktig), Agneta Bäcklund, Ingemar Persson (referent, skiljaktig) och Martin Borgeke
Föredragande justitiesekreterare: Peter Syrén

**BILAGA 1****TILL
PROTOKOLL****2011-08-02**

Mål nr

B 1661-10**SÄRSKILT TILLÄGG**

Justitierådet Stefan Lindskog anför till utveckling av sin mening:

”1. Målet aktualiserar tre frågor, nämligen

- 1) huruvida ett banktillgodohavande kan besittas i förskingringsstadgandets mening,
- 2) huruvida en fullmakt att göra uttag från ett bankkonto ställer fullmäktigen i ett sådant besittningsläge som förutsätts för förskingringsansvar, antingen
 - a) därför att tillgodohavandet är att se som en sak i förskingringsstadgandets mening och fullmakten av det skälet leder till en sakförskingringssituation, eller
 - b) därför att fullmakten innebär att fullmäktigen i förskingringsstadgandets mening anförtros det värde som tillgodohavandet representerar och den av det skälet leder till en värdeförskingringssituation, samt
- 3) huruvida ett med stöd av fullmakten gjort olovligt uttag ställer fullmäktigen i ett sådant besittningsläge som förutsätts för förskingringsansvar, om ett sådant läge inte redan skulle föreligga.

2. Frågorna 2) och 3) besvaras i avgörandet men så inte fråga 1). I det följande vill jag först utveckla skälen för mina ställningstaganden rörande frågorna 2) och 3). Därefter och framför allt vill jag redovisa de överväganden

som ligger till grund för mitt förhållningssätt att undvika att svara på fråga 1). Längden på yttrandet förklaras främst av de bedömningssvårigheter som den frågan är förenad med.

3. Om ett banktillgodohavande kan besittas måste utgångspunkten vara att kontohavaren är besittare. Rättsfallet NJA 1994 s. 480 är enligt min mening att förstå så (i NJA 1998 s. 275 ansågs det namn på vilket kontot stod i vara bestämmande vid tillämpningen av 4 kap. 17 § utsökningsbalken, dock att tillgodohavandet inte ansågs kunna besittas i den mening som avses i 4 kap. 18 §, se p. 38 nedan).

4. Under antagande av att ett banktillgodohavande kan besittas i förskingringsstadgandets mening uppkommer frågan om också den, som har fullmakt att förmedla betalningar från ett bankkonto i kontohavarens intresse, kan anses besitta tillgodohavandet på det sätt som förutsätts för ansvar för sakförskingring, fråga 2) a). Jag kan inte se att bedömningen skulle avvika från vad som gäller för en lös sak. Om ett banktillgodohavande anses kunna besittas, måste situationen rimligen likställas med att fråga är om egendom som finns hos en tredje man. Annorlunda uttryckt rör det sig om ”pengar på banken” (jfr p. 36 nedan). Om besittning alls är möjlig besitter emellertid i förskingringshänseende en tjänsteman med rätt att betala företagets räkningar lika litet det banktillgodohavande som han disponerar för ändamålet som en bilförsäljare besitter alla de hos en tredje man uppställda bilar som han har fullmakt att sälja i sin arbetsgivares namn och intresse. Det synsättet har legat till grund för mitt ställningstagande i den aktuella frågan. I linje med det kan

enligt min mening en ställföreträdare inte anses besitta all bolagets egendom bara för att han ensam tecknar dess firma (men om alla tillgångar finns i hans tjänsterum besitter han dem).

5. En annan sak är att om en fullmäktig genom ett lovligt uttag skaffar sig kontanter i handen (t.ex. för att kunna göra ett butiksinköp för kontohavarens räkning), så uppkommer genom det en förskingringssituation. Initialt är det kontanterna som utgör det skyddade objektet (på samma sätt som den köpta saken, om köpet genomförs). I den meningen är det en sakförskingringssituation (jfr t.ex. Nils Jareborg och Sandra Friberg, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2010, s. 247). Om medlens identifierbarhet upphör så att ägaren förlorar sin äganderätt till dem, blir det emellertid fråga om en värdeförskingringssituation (skulle någon avskiljandeskyldighet inte föreligga beträffande de uttagna kontanterna, ligger det möjligen närmare till hands att beskriva det som en värdeförskingringssituation redan från början, trots att de uttagna kontanterna utgör saker vartill äganderätten tillkommer kontohavaren). Genom ett olovligt uttag uppkommer dock ingen förskingringssituation, se punkt 8 nedan.

6. Som ska framgå i det följande (se p. 31 nedan) behöver besittningsbegreppet inte ha identiskt innehåll i olika lagbestämmelser. Det föranleder frågan om en fullmakt i sig kan ge upphov till ett besittningsläge när det gäller andra rättsregler än dem som är aktuella i målet. Jag har svårt att se det. Den rättsliga makt att förfoga över viss egendom i fullmaktgivarens intresse som en fullmakt ger ligger långt från besittningsbegreppets kärna, den faktiska

makten (se p. 16 nedan). Ett utställande av en fullmakt ger fullmäktigen en rätt att förfoga över objektet i ägarens intresse, men den inverkar inte i sig på den konkreta relationen mellan detta och fullmäktigen. En besittningsöverföring på den andra sidan ger besittaren ingen sådan förfoganderätt, men till följd av det faktiska innehavet väl ett sken av ägarskap. Genom det skenet ser det ut som att besittaren har en förfoganderätt, men då i eget intresse. Många regler som knyter an till besittningen förklaras just av detta yttre sken av ägarskap (angående det sakrättsliga rådighetsavskärandet, se Stefan Lindskog i JT 1991-92, s. 275 ff., jfr formuleringen i NJA 1995 s. 367 på s. 375 f.). Om man på olika situationer testat tanken att fullmakten skulle ha besittningsverkan framstår det hur avlägsen den möjligheten är. En fullmakt att förfoga över en sak som finns hos en tredje man kan t.ex. inte innebära att fullmäktigen skulle ha ett presumtionsansvar om saken skadades. Inte heller kan fullmakten föra med sig presumtionsverkan enligt 4 kap. 18 § utsökningsbalken (om den bestämmelsen, se vidare p. 38 nedan; angående det fallet att fullmäktigen har satts i konkurs, se p. 8 nedan).

7. Det bör tilläggas att rättsfallet NJA 1994 s. 480 inte ger något stöd för att redan ett mandat att disponera över ett banktillgodohavande skulle kunna grunda besittning. Fråga var visserligen om en ställföreträdares uttag från ett konto tillhörigt ett kommanditbolag, men fallet gällde inte om firmateckningsrätten förde med sig att ställföreträdaaren befann sig i ett besittningsläge i förhållande till bolaget (jfr p. 17 nedan angående förhållandet att det rörde sig om en icke-fysisk tillgång). Frågan i målet var om kontohavaren var att anse som besittare i förhållande till den som av misstag satt in pengar på bolagets

konto (märk att i förevarande mål är frågan om en fullmäktig är besittare i förhållande till kontohavaren). Firmateckningsrätten (jämför att ställföreträdaren var komplementär, att han tecknade firman ensam och att fråga var om ett vilande bolag) torde ha haft betydelse endast för frågan om bolagets ställning av kontohavare kunde tillräknas ställföreträdaren. Högsta domstolen frågade sig således om medlen på bolagets konto (i förhållande till inbetalaren) utgjorde ”egendom i kommanditbolagets – och *därmed* i dess [ställföreträdarens] – besittning” (kursiverat här).

8. När det så gäller fråga 2) b) blir spørsmålet om PA genom sin uttagsbehörighet var i en värdeförskingringssituation. Svaret är nej. För att en värdeförskingringssituation ska anses föreligga måste ett värde ha anförtrotts PA genom att ha förts över till henne. Fullmakten innebär ingen sådan överföring (jfr Gösta Walin, Separationsrätt, 1975, s. 90 ff., beträffande insättning på annans bankkonto med förbehåll för egen dispositionsrätt). Om PA hade satts i konkurs skulle ingen ha kommit på tanken att fråga om arbetsgivaren fick separera medlen på bankkontot ur konkursen; dessa ”fanns” ju inte hos henne. Först genom de uttag som fullmakten möjliggjorde har en överföring skett, men det har inte utlöst någon värdeförskingringssituation eftersom uttagen skedde i hennes eget intresse och därför var olovliga (jfr Suzanne Wennberg, Förskingring, 1977, s. 215).

9. Att ett med stöd av en fullmakt gjort uttag alltså inte utlöser någon förskingringssituation när uttaget gjorts i eget intresse, vilket är svaret på fråga 3), kan förefalla överraskande. En fullmakt ger ju behörighet. Avgörande är

emellertid förhållandet till huvudmannen, alltså befogenheten (se Jareborg och Friberg, a.a., s. 246). Att ett olovligt uttag inte utlöser en förskingringssituation, och att uttaget kan vara olovligt även om det görs av en med behörighet utrustad förtroendemän, uppmärksammas inte alltid i underrättspraxis (se t.ex. RH 1996:42 och RH 1996:60 men också RH 1996:76). Ofta tar domstolen endast fasta på att redovisningsskyldighet föreligger för det uttagna beloppet. Men att redovisningsskyldighet föreligger är inte tillräckligt (även om det är nödvändigt); en sådan skyldighet uppkommer också vid olovliga uttag (se NJA 2009 s. 500). För att en värdeförskingringssituation ska föreligga krävs det att redovisningsskyldigheten avser ett värde som har anförtrotts gärdningsmannen. Det förutsätter att ett överförande som förtroendemannen själv genomför är lovligt i förhållande till huvudmannen.

10. Det kan rättspolitiskt synas vara omotiverat att låta gränsen mellan lovliga och olovliga uttag bestämmas av befogenheten och inte behörigheten. Skillnaden mellan ett lovligt och ett olovligt uttag beror ju i vissa fall på endast den svårbevisade avsikten med detta. Om någon med stöd av en fullmakt tar ut kontanter för att göra ett butiksinköp för huvudmannens räkning men efter uttaget ändrar sig och tillgodogör sig pengarna själv är det förskingring (se p. 5 ovan). Var avsikten från början att ta pengarna är det något annat (beträffande vad det är, se p. 43 nedan). Men att likställa fallen innebär en förändring av förskingringsbrottets strukturella uppbyggnad. Att genom praxis gå i den riktningen kan då knappast komma i fråga.

11. I målet klarläggs beträffande fråga 2) att en fullmakt att göra uttag från ett tillgångskonto inte i sig utlöser en förskingringssituation. Fullmäktigen har fått

varken a) en sak med utgivandeskyldighet eller b) ett värde med redovisnings-skyldighet. Frågan huruvida ett banktillgodohavande alls kan besittas i för-skingringsstadgandets mening, fråga 1), lämnas som redan nämnts obesvarad. Inte heller ger målet anledning att pröva den praktiskt viktiga frågan om det i värdeförskingringshänseende gör någon skillnad om medel mottas i kontanter eller genom en kontoöverföring. Dessa två frågor har beröringspunkter. I båda fallen handlar det om i vad mån icke-fysiska pengar ska likställas med fysiska.

12. I det följande ska redovisas några av målet föranledda överväganden rörande betydelsen av att vad som anförtrotts en uppdragstagare är icke-fysisk egendom. Det ska ske med utgångspunkt i de två nämnda frågorna, nämligen:

- Kan ett banktillgodohavande besittas på det sätt som krävs för att en sak-förskingringssituation ska föreligga (att sakförskingringssituationen kan övergå i en värdeförskingringssituation, se p. 5 ovan)?
- Har mottagaren vid en kontoöverföring av penningmedel fått om hand annans egendom på det sätt som krävs för att en värdeförskingrings-situation ska vara förhanden?

Jag vill redan här framhålla, att det inte går att analysera dessa frågor utan att beakta att också andra slags tillgångar än pengar kan hanteras genom konton.

13. Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1994 s. 480 ansett att ett tillgodo-havande på ett postgirokonto kan besittas i den mening som förutsätts för att ett olovligt förfogande enligt 10 kap. 4 § brottsbalken ska föreligga (att fråga är om en annan relation än den som är aktuell i målet, se p.7 ovan). Bedöm-ningen, som ligger i linje med äldre praxis (se bl.a. Wennberg, a.a., s. 157 f., i

anslutning till NJA 1954 s. 464), har kritiserats. Det har anförts *att* besittningsbegreppet har tolkats utöver den gräns som legalitetsprincipen sätter (se t.ex. Suzanne Wennberg i JT 1994-95 s. 533 f.), *att* det finns en fara för svåröverskådliga konsekvenser om begreppet skulle ges samma utvidgade innebörd i andra sammanhang (se Petter Asp m.fl., Kriminalrättens grunder, 2010, s. 78) och *att* tolkningen är mindre förenlig med vad som i civilrättsliga sammanhang läggs i begreppet (se t.ex. Robert Nordh i Festskrift till Per Henrik Lindblom, 2004, s. 548 f.). Kritiken är givetvis att beakta när det gäller frågan om innebörden av förskingringsbrottets besittningsbegrepp. Men det finns också andra aspekter än dem som har lyfts fram i det sammanhanget.

14. En enligt min åsikt viktig utgångspunkt är att lika fall ska behandlas lika. En typisk värdeförskingringssituation är att en uppdragstagare tar emot fysiska pengar (sedlar och mynt) som han sätter in på sitt eget bankkonto. Varför skulle en kontoöverföring till samma konto i förskingringshänseende vara att bedöma på något annat sätt? Ett parallellt fall, när det gäller frågan om en sakförskingringssituation föreligger, är att en kapitalägare uppdrar åt en god vän att förvalta hans aktieportfölj (att jag väljer att exemplifiera med aktier i stället för pengar beror främst på att problematiken illustreras tydligare med det). Finns det då skäl att i förskingringshänseende göra någon skillnad på om uppdragstagaren förvarar aktiebrev eller om det beträffande ett avstämningsbolag rör sig om aktier som kontoförts i hans namn? (Från det förhållandet att en förvaltarregistrering enligt 3 kap. lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument (kontolagen) kan föranleda särskilda överväganden bortses här.) På grund av det förtroende som uppdragstagaren har fått framstår

han ju som legitimerad att i sitt eget intresse förfoga över aktierna alldeles oavsett om det rör sig om aktiebrev som förvaras av honom eller om kontoförda aktier där han är registrerad som ägare (angående det senare, se 6 kap. 1 § kontolagen).

15. Förmögenhetsbrotten är strukturerade med utgångspunkt i hur brottsobjektet besitts. Således bestämmer besittningen (brottsobjektets fysiska belägenhet) gränsen mellan sakförskingring och stöld (se t.ex. Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 51). Den betydelse som när det gäller förmögenhetsbrotten fästs vid besittningen är dock inte problemfri (se främst SOU 1983:50 Översyn om lagstiftningen om förmögenhetsbrotten utom gäldenärsbrott, s. 63 ff.). Bl.a. i ljuset av att ett förslag om ändring av förmögenhetsbrottens systematik har lagts fram (det nämnda betänkandet) utan att leda till någon lagstiftning, kan det emellertid inte komma i fråga att praxisvägen åstadkomma några mera radikala förändringar av vad som ligger i besittningsbegreppet, t.ex. så att det skulle generellt omfatta också icke-fysisk egendom. Till det kommer naturligtvis också vad som följer av legalitetsprincipens olika aspekter (se bl.a. Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 123). Frågan är emellertid vilka gränser som förskingringsbrottes konstruktion sätter för dess tillämpningsområde.

16. Besittningsbegreppets innehåll kan variera (se p. 31 nedan). Den fundamentala kärnan har emellertid sedan länge ansetts bestå i att mellan ett subjekt och ett objekt finns en relation, som genom den fysiska närheten ger subjektet en faktisk makt över objektet (se t.ex. Elsa Eschelsson, Bidrag till

läran om besittning enligt svensk rätt – Besittningsbegreppet, 1904, s. 62). Frågan om en tillräcklig närhet föreligger är likväl normativ (vilket blir särskilt tydligt när det gäller andra besittningsformer än den omedelbara).

17. I fråga om en icke-fysisk tillgång kan man nu inte tala om en fysisk närhet mellan denna och något subjekt. Det handlar helt enkelt inte om ett sådant faktiskt förhållande, som typiskt sett kännetecknar besittningssituationen (jfr Eschelsson, a.a., s. 229 f.). Om en icke-fysisk tillgång ska anses kunna besittas måste man i stället utgå från ett rättsligt förhållande. I 1994 års fall tillmättes således kontohavarskapet betydelse, såvitt kan förstås inte bara när det gällde vem som skulle anses vara besittare utan också beträffande besittningsbarheten som sådan.

18. Beträffande möjligheten av att ett rättsligt förhållande skulle kunna satisfiera ett besittningsrekvisit, när ett faktiskt förhållande inte är möjligt på grund av att egendomen är icke-fysisk, behöver emellertid inte skillnaden mellan dessa förhållanden eller mellan egendomsslagens fysiska egenskaper vara avgörande. När en rättsregel knyter an till ett faktiskt förhållande såsom rättsfaktum har det en anledning. Besittningsrekvisitet har således en syftesstyrd funktion (jfr p. 31 nedan). Man kan ta fasta på det. Om en rättsregel låter en faktisk närhet till en lös sak (d.v.s. besittningen av saken) såsom rättsfaktum leda till en viss rättsföljd, och skälet till det gör sig gällande också beträffande ett visst rättsligt förhållande med avseende på en icke-fysisk tillgång, då är det ett argument för att det rättsliga förhållandet vid tillämpning av regeln ska likställas med ett sådant faktiskt förhållande som konstituerar

besittning (jfr justitierådet Torgny Håstads argumentering beträffande 4 kap. 18 § utsökningsbalken i NJA 2009 s. 500, omnämnd i p. 38 nedan). Den icke-fysiska tillgången skulle alltså, om inte motargument föranleder till annat, likställas med en lös sak och därmed anses besutten. Den normativa bedömningen om det i fråga om en lös sak föreligger tillräcklig närhet till saken för att besittningsrekvisitet ska anses vara uppfyllt får med det synsättet en motsvarighet beträffande det ifrågavarande rättsliga förhållandet rörande den icke-fysiska tillgången.

19. När det gäller förskingringsbrottet är utgångspunkten en särskild förtroendesituation, nämligen att en ägare har genom en rumslig förflyttning av en tillgång låtit en förtroendeman komma i en position där denne såväl kan tillgodogöra sig tillgången själv som överlåta den. Men även när det gäller en icke-fysisk tillgång kan en ägare låta någon få en sådan förtroendepositionen. Det talar rent rättspolitiskt för att avsaknaden av en fysisk representation inte ska tillmätas någon avgörande vikt (se vidare p. 32 nedan). Beträffande en icke-fysisk tillgång kan förtroendepositionen dock inte åstadkommas genom en rumslig förflyttning. Men den kan åstadkommas genom ett rättsligt handlande, t.ex. en kontoöverföring eller medverkan till att förtroendemannen registreras som kontohavare eller en underrättelse till en tredje man. Frågan är om ett rättsligt handlande, som beträffande en icke-fysisk tillgång ställer någon i en förtroendeposition med avseende på tillgången, i åtminstone vissa fall kan tänkas utlösa ett förskingringstillstånd. Det måste rimligen förutsätta att en adekvat avgränsning kan göras av dessa fall. Att låta förskingringstadgandet omfatta all icke-fysisk egendom kan knappast komma i fråga (se p. 15 ovan).

20. I många fall kan ett tillgångsslag som i sig inte har någon självständig fysisk form (d.v.s. rättigheter av olika slag) ges en sådan form. Det typiska fallet är att tillgången representeras av ett papper (som då i regel är förenat med olika värdepappersegenskaper, såsom negotiabilitet). En aktie, t.ex., kan representeras av ett aktiebrev men behöver inte ha någon representation alls (i vad mån en fysisk representation med värdepappersegenskaper kan åstadkommas utan lagstöd är något oklart, se beträffande andel i handelsbolag Stefan Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag En kommentar, 2 uppl. 2010, s. 173 f. med hänvisningar). Ett representationspapper kan men behöver inte vara bärare av den rättighet som det representerar.

21. En fysisk representation av en rättighet, typiskt sett ett värdepapper, kan besittas inte bara i civilrättslig mening (se bestämmelserna i 2 kap. skuldebrevslagen beträffande löpande skuldebrev) utan också när det gäller förmögenhetsbrotten (t.ex. kan ett löpande skuldebrev bli föremål för stöld). Frågan är emellertid hur långt representationsformen ska vara styrande för vad som ska anses vara möjligt att besitta. Det som främst föranleder den frågan är att vissa tillgångar, som förr oftast eller uteslutande hade en fysisk representation, har kommit att ges en icke-fysisk representation i form av vad som brukar betecknas som konto (jfr Henrik Hessler i Festskrift till Lars Welamson, 1988, s. 236). Pengar och aktier är exempel på tillgångar som förekommer i båda representationsformerna (aktier i ett visst bolag kan dock inte förekomma i form av aktiebrev om de är kontoförda, se 4 kap. 5 § kontolagen).

22. Om nu ett besittningsrekvisit har en syftesstyrd funktion i de rättsregler där det förekommer (se p. 18 ovan) kan man fråga sig, om inte en icke-fysisk representation av en tillgång vid tillämpningen av vissa regler kan likställas med en fysisk representation av samma tillgångstyp, när representationsformen framstår som irrelevant i förhållande till besittningsrekvisitets funktion. Annars skulle ju sakligt sett lika situationer komma att bedömas

rättsligt olika (jfr p. 14 ovan). Vad jag närmare har i åtanke är om en av huvudmannen föranledd kontoåtgärd, av vilken följer att mottagaren får ställningen av hans förtroendeman avseende den tillgång som åtgärden avser, skulle kunna likställas med en rumslig förflyttning av tillgången i dess fysiska representationsform (jfr p. 19 ovan). En kontoöverföring skulle alltså likställas med överlämnandet av en pengapåse och ett bankkontotillgodohavande med innehavet av påsen. Det skulle medföra inte bara att lika fall blev bedömda ensartat, det skulle också sätta en gräns för vilka icke-fysiska tillgångar som omfattades av förskingringsstadgandet. Ett ställningstagande i dessa frågor måste ske i ljuset av hur kontoföring och andra representationsformer för icke-fysiska tillgångar är rättsligt konstruerade.

23. Kontot som representationsform för en viss tillgångstyp kan ha utvecklats genom ett marknadsbruk och utan att kontoföringen i sig har några andra rättsverkningar än bevismässiga. Kontoföringen av en viss tillgångstyp kan emellertid också vara lagreglerad (det självklara exemplet är kontolagen). En kontoföring kan rent av tänkas vara konstitutiv på det sättet, att den förutsätts för att tillgången ska anses finnas (jag känner dock inte till något exempel på detta; angående elektroniska pengar, se p. 24 nedan). Beträffande kontolagen gäller att en kontoföring av ett finansiellt instrument för med sig vissa rättsverkningar som svarar mot vad som gäller för värdepapper, såsom passivlegitimation (6 kap. 6 §) och sakrättsligt skydd (6 kap. 2–3 §§). Märk också 3 § andra stycket lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva (gåvolagen).

24. När det gäller pengar är den grundläggande representationsformen sedlar och mynt, som också utgör lagliga betalningsmedel (se 5 kap. 1 § lagen (1988:1385) om Sveriges riksbank). Men det finns många andra representationsformer. Det har också diskuterats om man inte på närmast sedvane-rättslig grund borde anse vissa icke-fysiska betalningsformer som lagliga betalningsmedel (se Ingrid Arnesdotter, Moderna betalningsmetoder, 1996,

s. 34 ff.). Vidare märks att enligt lagen (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar kan icke-fysiska betalningsmedel av ett särskilt slag – elektroniska pengar lagrade på ett elektroniskt medium ”utan att finnas på ett individualiserat konto” (se definitionen i 1 kap. 2 §) – numreras ut i särskild ordning och i viss utsträckning användas som lagligt betalningsmedel. Det kan antas att utvecklingen går mot att pengar i allt högre grad blir icke-fysiska, inte bara i den praktiska vardagen, där sedlar och mynt förekommer alltmer sällan och betalning allt oftare sker med användning av olika former av kontokort, utan också när det gäller vad som är att anse som lagliga betalningsmedel. Den utvecklingen ställer krav på en anpassning av rättsystemet i övrigt (se t.ex. SOU 2005:108 Betalningsansvar vid obehörig användning av kontokort m.m.), inte minst i straffrättsligt hänseende.

25. Det finns i detta sammanhang skäl att uppmärksamma den paradigmatiska frågan hur man civilrättsligt ska se på en kontoöverföring. Olika synpunkter har här kommit till uttryck (se bl.a. Arnesdotter, a.a., s. 144 ff., Bert Lehrberg, Moderna betalningsformer, 3 uppl. 2005, s. 38 f. och 91 ff., Lennart Johansson, Banker och Internet, 2006, s. 146 ff.). En möjlighet, som enligt min mening i åtminstone vissa fall har skäl för sig (men som har klen stöd i rättslitteraturen), är att en kontobetalning bedöms som om fråga hade varit om ett överförande av (fysiska) penningmedel. En bedömning efter den linjen kommer till uttryck i rättsfallet NJA 2009 s. 182 (se även NJA 2009 s. 500). Fråga var om en bank, vars konto med en kund hade krediterats till följd av ett misstag hos betalaren, kunde göra ett godtrosförvärv till medlen (de hade av banken ianspråktagits till kvittning mot en fordran hos kunden). Så ansågs vara fallet. Högsta domstolen uttalade att bestämmelserna i 3 kap. skuldebrevslagen inte kunde anses ”tillämpliga på förfoganden över banktillgodohavanden i nu berörda avseenden”. I civilrättsligt hänseende synes det således finnas en viss tendens att i praxis tona ned betydelsen av i vilken representationsform pengar förekommer för att undvika omotiverade skill-

nader i rättsverkningar mellan kontantbetalningar och kontoöverföringar samt mellan kontantinnehav och kontoinnehav.

26. Kontantparadigmet har också pedagogiska fördelar; att se pengar som en fysisk och därmed rörlig substans ger en begripligare förklaringsmodell (en av huvudteserna i Karin Wallin-Normans avhandlingen *Kontorätt Rätt till kontoförda värdepapper*, 2009, som inte berör straffrättsliga frågor, är visserligen att man inte bör beskriva rättsläget med hjälp av en fysisk förklaringsmodell, men det kan finnas anledning att i det hänseendet göra skillnad mellan pengar och finansiella instrument). Att man tar hjälp av kontantparadigmet som förklaringsmodell i vissa frågor betyder emellertid inte att hela den rättsliga systemsättningen rörande kontomedel och kontoöverföring behöver ske efter det paradigmet.

27. Beträffande andra kontotillgångar än banktillgodohavanden befinner vi oss också i ett föränderligt rättsläge. Kontoföring är numera möjligt av många slags rättigheter. Med kontoföringen följer värdepappersliknande rättsverkningar. Kontoförda finansiella instrument är emellertid inte värdepapper i skuldebrevslagens mening och heller inte några lösa saker (se Wallin-Norman, a.a., s. 323). Det utesluter inte en likställighet med den fysiska representationen i många hänseenden. Så gäller enligt 6 kap. 5 § kontolagen beträffande bestämmelserna i 15–18 §§ skuldebrevslagen. En likställighet bör också i vissa fall kunna tänkas utan lagstöd. Vad det ytterst handlar om är ju att skapa ett såväl rättsligt som praktiskt handtag till en rättighet som utgör en juridisk konstruktion, och handtagsformen kan för vissa rättsliga bedömningar framstå som ovidkommande. Liksom i fråga om vad som är betalningsmedel föranleder rättsutvecklingen rörande olika kontotillgångar krav på en anpassning av rättsystemet i övrigt (se t.ex. Göran Millqvist och Annina Persson i *JT Jubileumshäfte 2007*, s. 93 f.). Här möter stora utmaningar.

28. Det finns i detta sammanhang anledning att skjuta in, att vad som diskuteras här och i det följande är endast egendomsslag av rättighetsnatur för vilket det finns såväl en fysisk som en icke-fysisk representationsform. Frågan gäller om tillgången i sin icke-fysiska representationsform ska i främst förskingringshänseende klassificeras på samma sätt som i sin fysiska representationsform. En annan fråga, som inte berörs här, är i vad mån det är lämpligt att mer generellt i den traditionella egendomsklassificeringen passa in vad som har kallats virtuell egendom. Ett exempel på de problem som här möter utgör rättsfallet NJA 2001 s. 362. Se om detta t.ex. Alexander Warnolf i Affärsjuridiska uppsatser Vingestipendiet 2007, s. 201 ff.

29. Frågan är då om, när det gäller förskingringsbrottet, sådan egendom som genom stöd i lag eller genom etablerad praxis manifesteras i kontoform kan eller ska likställas med den fysiska representationen av samma tillgång (innebärande främst att ett banktillgodohavande likställs med kontanter men möjligen också bl.a. att ett kontoinnehav av en aktie likställs med ett innehav av ett aktiebrev).

30. När det gäller pengars representation i form av ett tillgodohavande på ett konto hos en kreditinrättning kan 1994 års fall tolkas så att det steget redan är taget (misstagsbeloppet likställdes med innehavet av kontanta medel och ansågs därför vara i kontohavarens besittning). Men fallet kan också förstås så att besittningsbegreppet tolkats utvidgande. Motiveringen ger vid handen att Högsta domstolen själv sett saken på det senare sättet (och den kritik som riktats mot fallet tar också fasta på det synsättet). Men när det gäller prejudikatbetydelsen torde det inte vara avgörande. En av Högsta domstolen använd förklaringsmodell saknar prejudikatverkan i sedvanlig mening (låt vara att förklaringsmodellen kan tjäna som en god förebild). Genom rättsfallet är det inte avgjort något annat eller mer än att en kontohavare i förhållande till en

misstagsinsättare besitter misstagsbeloppet i den mening som avses i 10 kap. 4 § brottsbalken (åtminstone när misstagsbetalaren inte har rätt att genom ett eget uttag återta misstagsbeloppet). Det ger inte mycket ledning för den likställighetsfråga som diskuteras här.

31. Till det sagda kommer att om 1994 års fall ges betydelsen att besittningsbegreppet tolkats utvidgande, det inte behöver innebära att samma tolkning måste göras beträffande förskingringsbrottet. Inom civilrätten finns det inte någon enhetlig definition av besittningsbegreppet (se t.ex. NJA 2009 s. 889 angående besittningskraven för godtrosvärv, jfr bl.a. Håstad, a.a., s. 53 och Bo Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, 1984, s. 378 f., men också Ulf Göranson, Traditionsprincipen, 1985, s. 453 ff.). Det beror på att besittningsrekvisitet kan fylla olika funktioner (jfr p. 16 ovan). Att t.ex. besittningen har betydelse vid dubbelöverlåtelse och för frågan om godtrosvärv förklaras av omsättningsintresset (beträffande utmätning, se p. 38 nedan). Även när det gäller en straffrättslig bestämmelse måste det antas att besittningsbegreppets innehåll i viss mån färgas av det skyddssyfte som bestämmelsen vilar på. En annan sak är att det inom ett sammanhållet regelsystem, som strukturerats med utgångspunkt i innebörden av ett begrepp på det sätt som förmögenhetsbrottens systematik bestäms av besittningsbegreppet, är mindre lämpligt med regelspecifika tolkningar av begreppet (jfr beträffande förhållandet mellan förskingring och stöld p. 43 nedan).

32. Det är enligt min mening från skyddsändamålssynpunkt motiverat att i förskingringshänseende likställa icke-fysiska pengar med fysiska. Bestämmelsen syftar till ett straffrättsligt skydd mot att någon, som har fått för-

troendet att ta hand om annans egendom i form av en lös sak eller ett värde, tillgodogör sig eller på något annat sätt förfogar över saken eller värdet. En situation som ligger i straffbudets kärnområde är att en uppdragstagare anförtros en handkassa. Behovet av det skydd som förskingringsbestämmelsen avser att ge uppdragsgivaren i det fallet blir emellertid inte mindre av att pengarna tillhandahålls uppdragstagaren genom en kontoöverföring, eller genom att de i stället för att förvaras i ett kassaskrin placeras på ett särskilt bankkonto i uppdragstagarens namn från vilket uttag får ske endast i uppdragsgivarens intresse. Inte heller blir uppdragstagarens handlande att använda medlen i sitt eget intresse, genom att ”nalla” ur kassan eller att göra ett olovligt uttag från bankkontot, mindre förkastligt.

33. Syftet med det aktuella straffbudet gör sig således på samma sätt och i samma grad gällande när någon anförtros penningmedel genom en kontoöverföring, som när mottagaren får kontanta medel (jfr p. 14 ovan). Vidare talar skyddsändamålet för att det ska föreligga en sakförskingringssituation oberoende av om det är fråga om pengar i en kassalåda eller ”på ett bankkonto” avsett för endast uppdragstagaren och från vilka uttag får ske endast i huvudmannens intresse (att det närmast är en värdeförskingringssituation om någon sådan avskiljandeskyldighet inte föreligger, se p. 5 ovan, saknar betydelse för såväl skyddsbehovet som skyddssyftet).

34. Men träffas då inte ett likställande av icke-fysiska pengar med sedlar och mynt när det gäller förskingringsbrottet av den kritik som anförts mot tolkning av besittningsbegreppet i 1994 års fall? Det kan ju med ett visst fog sägas, att en tillämpning som går ut på att besittningsbegreppet visserligen endast skulle

avse lösa saker men som tänjer på vad som är att anse som en lös sak är endast en lek med ord. Viktigt är emellertid att man med den diskuterade infallsvinkeln kan hålla alla fordringsförhållanden av annan karaktär än kontotillgångar utanför förskingringsstadgandets tillämpningsområde. Det innebär bl.a. att en säkerhetsöverlåtelse eller en pantsättning av en enkel fordran inte leder till att förvärvaren respektive panthavaren ska anses besitta fordringen (jfr om dessa frågor Claes Martinson, Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en för mögenhetsrättslig studie, 2002, s. 398 ff.; om fordringen var kontoförd skulle den däremot vid likställighet vara att se som en sak i förskingringshänseende). Ett anslag, som är inriktat på att inte låta representationsformen av ett visst tillgångsslag föranleda några omotiverade skillnader när det gäller vad som utgör ett förskingringsbrott, får således snävare verkningar än den kritiserade innebörden av besittningsbegreppet.

35. Men även med beaktande av det föregående kan det synas som att ett likställande av icke-fysiska pengar med sedlar och mynt vid tillämpningen av förskingringsstadgandet innebär en partiell nykriminalisering. Pengar är dock pengar oavsett representationsform. Som jag ser det handlar det därför inte om någon nykriminalisering, eller om en straffrättslig omklassificering, om man, när det gäller förskingringsbrottet, likställer ett banktillgodohavande med sedlar och mynt. En sådan likställighet ligger i stället väl i linje med de överväganden som föranledde att brottsbeskrivningen på 1940-talet ändrades så att den omfattar inte bara sakförskingring utan också värdförskingring, som inte förutsätter någon avskiljandeskyldighet (se NJA II 1942 s. 428 ff., jfr Walin, a.a., s. 93 ff.). Ambitionen att tona ned betydelse av objektets karaktär framträder tydligt; förskingring sägs skola föreligga ”utan åtskillnad om rättsför-

hållandet avser individuellt gods eller penningar” (NJA II 1942 s. 432). Därvid är att märka att det i fråga om pengar framhålls att det ”reellt sett [handlar] om ett främmande värde” (NJA II 1942 s. 438), vilket ger uttryck för ett slags funktionellt förhållningsätt till vad som är det skyddade förmögenhetsobjektet. Likställigheten mellan olika representationsformer synes vidare ha utgjort en utgångspunkt för lagen om redovisningsmedel, som står förskingringsstadgandet funktionellt nära. Märk t.ex. uttalandena om att när en syssloman sätter in pengar på ett bankkonto i huvudmannens namn innebär det ”en överflyttning av medlen i huvudmannens besittning” respektive ”att medlen överlämnas till huvudmannen” (NJA II 1944 s. 405 och 411; jfr även p. 37 nedan). Vad det sakligt sett rör sig om är alltså ett vidmakthållande av en redan gjord kriminalisering, låt vara med en viss anpassning till nya förutsättningar.

36. Att ett banktillgodohavande i förskingringshänseende likställs med sedlar och mynt svarar också väl mot hur ordet pengar förstås rent allmänspråkligt. I vardagligt tal beskrivs således ofta ett bankkonto som ett depositionsställe för pengar, t.ex. ”det sitter en viss summa på kontot” (jfr Walin, a.a., s. 93). På motsvarande sätt framställs en kontoöverföring som en förflyttning av kontanter, t.ex. ”jag har fört över pengar till det kontot” (jfr justitierådet Karlgrens skiljaktiga motivering i NJA 1954 s. 464). Märk i sammanhanget 4 § gåv lagen, där en insättning på ett bankkonto beskrivs som ett överlämnande av pengar. Åtminstone när det gäller hantering av penningmedel i banksystemet framstår det därför som naturligt att en kontohavare uppfattas som besittare (= den som i eget intresse råder över) av tillgodohavandet på kontot (= det värde som kontofordringen representerar) och en kontoöverföring som en rumslig förflyttning av det överförda värdet.

37. I sammanhanget bör det också noteras att ett förskingringsansvar där det saknar betydelse om medlen på uppdragstagarens bankkonto härrör från en transferering från ett uppdragsgivarens konto eller från en kontant insättning

av denne harmonierar väl med vad som gäller sakrättsligt. Om en uppdragstagare sätter in emottagna fysiska pengar på ett ”tomt” bankkonto i eget namn tillkommer bankfordringen uppdragsgivaren genom surrogation (se t.ex. NJA 2009 s. 500). På samma sätt som ägandet då fortlir, om än med en objektsförvandling, bör uppdragstagarens besittning anses bestå. Att uppdragstagarens besittning (i förskingringsstadgandets mening) genom transformeringen skulle ha upphört framstår inte som konsekvent (en annan sak är att frågan torde sakna praktisk betydelse, eftersom sakförskingringssituationen om besittningen anses upphöra övergår i en värdeförskingringssituation, se p. 5 ovan). Om uppdragstagaren har egna medel på kontot och det för med sig att uppdragsgivaren förlorar äganderätten till de överförda medlen (eller, riktigare, rätten till den kontofordring som överföringen resulterar i), borde vidare en samordning med vad som gäller enligt lagen om redovisningsmedel föranleda att besittningsförhållandet i här aktuell mening likväl ansågs bestå, men endast så länge som de överförda medlen kunde anses omedelbart tillgängliga för avskiljande enligt andra stycket i den lagen (även medel som på ett konto har blandats samman med redovisningsgäldenärens egna kan anses tillgängliga för avskiljande i den mening som avses i lagen om redovisningsmedel, se t.ex. Stefan Lindskog i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009, s. 249 f.).

38. Emellertid är det att märka att ett banktillgodohavande har ansetts inte kunna vara föremål för besittning i den mening som avses i 4 kap. 18 § utskökningsbalken (se NJA 1984 s. 656, jfr NJA 1998 s. 275 och NJA 2009 s. 500). I den bestämmelsen föreskrivs att gäldenären ska anses vara ägare till lös egendom som han har i sin besittning, om det inte framgår att egendomen tillhör någon annan. Ur en dogmatisk synvinkel kan ordningen förklaras med att besittningen ger besittaren ett ägarsken (jfr p. 6 ovan), ett sken som i utmättningsfallet får presumtionsverkan. Det reella skälet måste dock vara att skapa utmätningseffektivitet. Argumenten för att i utmätningshänseende anse en

kontohavare vara besittare medlen på sitt bankkonto (om dessa, se justitierådet Torgny Håstads skiljaktiga motivering i NJA 2009 s. 500; att det trots argumentens bärkraft inte fanns utrymme för en sådan tillämpning som Håstad förordade, se Torkel Gregow i JT 2009-10 s. 650) har därför mindre relevans när det gäller förskingringsbrottet, som främst handlar om att skydda den som anförtrot någon annan sin egendom (se p. 32 ovan). Vidare behöver besittningsbegreppen inte vara identiska (se p. 31 ovan, jfr Jareborg och Friberg, a.a., s. 249). Till det kommer att ett tungt skäl när det gäller förskingringsstagandets tillämpning inte får någon betydelse för utmätningssituationen, nämligen kravet på att lika fall ska behandlas lika (se p. 14 ovan). Om man skiljer mellan fysiska pengar och banktillgodohavande vid utmätning ställs likväl konkurrerande borgenärer på samma fot. Men en åtskillnad när det gäller förskingring innebär att under i övrigt identiska förhållanden skulle ett olovligt ianspråktagande av anförtrödda pengar vara att bedöma straffrättsligt olika; den som har fått en pengapåse i sin hand döms för förskingring, den som har fått en insättning på sitt konto döms för trolöshet mot huvudman eller, om sådan förtroendeställning som krävs för det brottet saknas, olovligt förfogande.

39. Trots legalitetsprincipens synnerliga betydelse och det berättigade i kravet på en sträng tillämpning av denna menar jag mot bakgrund av det anförda, att ett likställande av icke-fysiska pengar med fysiska låter sig försvaras vid tillämpningen av bestämmelsen om förskingring. Åtminstone gäller det för sådana tillgodohavanden på bankkonto som till sin karaktär fyller samma funktion som en kontantkassa (så var situationen i 1994 års fall). För övrigt kan det sättas i fråga vilken vikt man bör tillmäta legalitetsprincipen när det, såsom är fallet i målet, handlar om en klassificeringsfråga inom det förmögensbrottsrättsliga systemet och inte en bestämning av det systemets gräns mot det straffria området.

40. När det gäller andra kontotillgångar än pengar framstår emellertid en likställighet med den fysiska representationsformen som mer tveksam. Varken i förarbetena eller i vardagligt tal återfinns någon tydlig föreställning om att t.ex. aktier på samma sätt som pengar ”finns” på konto. Ett undantag är 5 kap. 14 § aktiebolagslagen (2005:551), där det talas om att ”en aktieägare lämnar sina aktier till någon annan för förvaltning”, d.v.s. uppdragsgivandet beskrivs som om aktierna lämnades över rent fysiskt trots att det rör sig om kontoförda aktier. Det förhållandet sammantaget med att det knappast på principiella grunder är möjligt att göra någon åtskillnad mellan pengar på den ena sidan samt aktier och andra tillgångar som kan representeras i kontoform på den andra, kan möjligen vara tillräckligt för att en likställighet inte skulle behöva anses gå på tvärs med legalitetsprincipen så länge det endast rör sig om en klassificeringsfråga.

41. Om då icke-fysiska pengar ska anses omfattade av förskingringsstadgandet, vad talar vi om? Enligt min mening hör ett omedelbart tillgängligt tillgodohavande på ett bankkonto hit (jfr andra stycket lagen om redovisningsmedel). Med inlåning i bank bör förmodligen likställas inlåning i kreditmarknadsföretag och i företag som driver verksamhet enligt lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet. Men svårbedömda gränsfall finns. Vad gäller t.ex. beträffande ett transaktionskonto med negativt saldo men bestående kreditutrymme?

42. Mer problematiskt är att om ett bankkontotillgodohavande anses kunna besittas, uppkommer frågan om det även gäller för andra kontotillgångar, såsom kontoförda aktier. Det kan ju då sägas att en kontoföring av ett finansiellt instrument genom kontolagen ger en tydligare representation än en kontoföring av ett tillgodohavande i en bank, varför kontoförda finansiella

instrument med logisk nödvändighet måste anses vara besittningsbara i minst samma utsträckning som banktillgodohavanden. Men vart leder det? Och var sätter legalitetsprincipen en gräns?

43. Ytterligare svårigheter följer med att ett likställande av icke-fysiska pengar med fysiska möjligen inte kan begränsas till förskingringsbrottet. Ställningstagandet kan tänkas träffa i princip alla de förmögenhetsbrott där besittningsförhållandet avseende brottsobjektet är en central del i en gemensam systemsättning (jfr p. 31 ovan). Det leder i så fall t.ex. till att ett olovligt uttag från någon annans bankkonto blir att bedöma som stöld av kontohavarens bankmedel, om uttaget går ut över denne (jfr Jareborg och Friberg, a.a., s. 265). Om t.ex. en fullmakt har missbrukats synes det bli fråga om stöld i konkurrens med trolöshet mot huvudman (om fullmakt saknas drabbas banken och inte kontohavaren, och då lär det handla om bedrägeri). Att stöldbrottet skulle ha en sådan tillämpning, innebärande att det omfattar vad som framstår som en form av behörighetsmissbruk, kan dock förefalla både principiellt och rättspolitiskt tveksamt.

44. Det finns emellertid anledning att åter framhålla att den diskuterade likställighetsproblematiken består av två frågor (se p. 11 och 12 ovan), nämligen dels om ett banktillgodohavande är besittningsbart i sakförskingringshänseende, dels om en kontoöverföring av penningmedel utlöser en värdeförskingringssituation.

45. Det är betydligt lättare att ta ställning till den senare frågan än den förra. En kontoöverföring leder till att mottagaren får om hand ett främmande värde, d.v.s. en typisk värdeförskingringssituation. Det bör vara bestämmande. Visserligen har det i förarbetena förutsatts att mottagandet ska avse ”penningar eller andra fungibla tillgångar som i och med mottagandet övergått i förtroendemannens ägo” (NJA II 1942 s. 429, jfr s. 437). Och i rättslitteraturen talas det om individualiserad egendom (Jareborg och Friberg, a.a., s. 246).

Men det centrala här är inte att fråga är om fysisk egendom, utan att ett uppdragsgivaren tillkommande värde som kan ges borgenärsskydd har lagts i mottagarens händer. I fråga om värdeförskingring kan brottet sägas bestå i att mottagaren inte svarar upp mot sitt värdeansvar, om han trots insolvens underlåter att borgenärsskydda det anförtrodda värdet.

46. En likställighet när det gäller själva överförandet synes vidare inte i någon större utsträckning att föra med sig sådana avgränsnings- och tillämpnings-svårigheter som berörts i det föregående. Inte heller behöver en sådan likställighet störa de systematiska sambanden mellan förmögenhetsbrotten alltför mycket. För övrigt finns det anledning att tro, att i fall av detta slag dömer domstolarna regelmässigt till förskingring. Högsta domstolen fick dock inte anledning att ta ställning till frågan i detta mål. Någon lovlig kontoöverföring till PA har ju inte skett, och ett egenmäktigt uttag föranleder som sagt inte någon värdeförskingringssituation.

47. När det gäller frågan huruvida en kontohavare ska anses så besitta ett banktillgodohavande, att en sakförskingringssituation föreligger, blir det besvärligare. Ställningstagandet till hur förskingringsstadgandet ska tolkas i det hänseendet föranleder fundamentala paradigmatiska överväganden, och här aktualiseras också många och svåra avgränsnings- och konsekvensfrågor (jfr Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 123). Rättsläget framstår för mig som inte bara utomordentligt svårbedömt; rättsvetenskapen på området är enligt min mening inte tillräckligt förankrad i nutidsförhållanden för att ge domstolarna ett gott underlag för sina ställningstaganden.

48. PA var inte kontohavare av det aktuella bankkontot. Med Högsta domstolens bedömning i fullmaktsfrågan är det då inte nödvändigt att ta ställning till huruvida ett banktillgodohavande kan besittas på det sätt som är en förutsättning för sakförskingring. Och med hänsyn till gärningsbeskriv-

ningens utformning finns det inte ens utrymme för att pröva om de olovliga uttagen kan utgöra stöld. Avsaknaden av klarlägganden i dessa två hänseenden innebär emellertid enligt min mening ingen större skada. Domstolarna förefaller trots oklarheter i rättsläget att kunna hantera de situationer som kommer upp till bedömning på ett sätt som i allmänhet inte sätts i fråga. Till det kommer att efter avgörandet i detta mål torde frågan om ett bankkontotillgodohavande kan besittas i förskingringshänseende inte vara av någon större praktisk betydelse, om det antas att en kontoöverföring kan medföra ett förskingringstillstånd på samma sätt som om sedlar och mynt hade överlämnats.

49. Det sagda hindrar inte att i brist på adekvata lagstiftningsåtgärder är rättsvetenskapliga analyser som beaktar den moderna kontorätten att önska för att underlätta för domstolarna och för att förbättra förutsättningarna för välunderbyggda ställningstaganden av Högsta domstolen om och när de diskuterade frågorna i framtiden ställs på sin spets.”



BILAGA 2
TILL
PROTOKOLL
2011-08-02

Mål nr
B 1661-10

SKILJAKTIG MENING

Referenten, justitierådet Ingemar Persson, med vilken justitierådet Göran Lambertz förenar sig, är skiljaktig på sätt framgår av följande yttrande.

” 1. I rättsfallet NJA 1994 s. 480, som rörde ansvar för olovligt förfogande, hade ett belopp felaktigt krediterats ett kommanditbolags postgirokonto varefter en person som var ställföreträdare för bolaget och ensam behörig att disponera kontot tog ut det felaktigt krediterade beloppet. Högsta domstolen prövade frågan om de felaktigt krediterade medel som hade satts in på kommanditbolagets konto utgjorde egendom i bolagets – och därmed i dess ställföreträdares – besittning. Domstolen fann, mot bakgrund av att endast innehavaren av kontot och behörig ställföreträdare hade möjlighet att förfoga över belopp som hade krediterats kontot, att ställföreträdaren fick anses ha haft sådan rådighet över medlen i fråga att de, med normalt språkbruk, kunde sägas ha varit i hans besittning.

2. Besittning är inte något enhetligt begrepp med en för olika rättsområden fastlagd innebörd. Begreppet kan förstås på olika sätt beroende på vilken rättslig frågeställning som behandlas. Högsta domstolen uttalade i NJA 1994 s. 480 att det inte fanns någon för brottsbalken gällande definition av be-

greppet besittning som stred mot slutsatsen att medlen på kommanditbolagets konto var i den tilltalades besittning och att någon analogi med andra rättsområden därmed inte var nödvändig; domstolens slutsats i frågan om den tilltalade haft besittning till medlen på kontot stred därför inte mot den straffrättsliga legalitetsprincipen.

3. Frågan om besittning till medel på ett kontotillgodohavande bör inte besvaras annorlunda vid prövningen av förskingringsansvar enligt 10 kap. 1 § brottsbalken än vid tillämpning av 10 kap. 4 §. Det saknas vidare anledning att nu bedöma frågan om besittning på något annat sätt än i 1994 års rättsfall. Utvecklingen i fråga om moderna betalningsformer och de många olika sätt på vilka pengar kan representeras talar tvärtom för att banktillgodohavanden i fråga om besittning bör behandlas på i princip samma sätt som kontanter.

4. PA hade av sin arbetsgivare fått behörighet att genom överföringar göra uttag från kontot. Det har inte framkommit att det skulle ha funnits någon begränsning i behörigheten. Hon måste därför vid prövning av ansvar för förskingring anses ha haft sådan rådighet över medlen på kontot att hon därmed också hade dem i sin besittning. Att PA var behörig företrädare för arbetsgivaren i stället för exempelvis – som var fallet i 1994 års rättsfall – ställföreträdare bör inte tillmätas någon betydelse för frågan om hon hade besittning till medlen på kontot.

5. Även i övrigt är förutsättningarna uppfyllda för att döma PA för grov förskingring.

6. Överröstade i frågan om PA gjort sig skyldig till förskingringsbrott enligt 10 kap. brottsbalken är vi i övrigt ense med majoriteten.”