



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pontus Andgren

Deltagande i kriminell
organisation
- en anomali i det straffrättsliga systemet?

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Ole Träskman

Straffrätt

Höstterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod, material och disposition	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Begreppsdefinitioner	7
2 ETT NYTT BROTT PÅ VÄG?	9
2.1 Organiserad brottslighet i Sverige	9
2.2 Organiserad rasism i Sverige	11
2.3 Internationellt samarbete	12
2.3.1 Samarbetet inom FN	12
2.3.2 Samarbetet inom EU	14
2.4 Det svenska lagstiftningsarbetet	17
2.4.1 Förbud mot rasistiska organisationer?	17
2.4.2 Kommittén om straffansvar för organiserad brottslighet, m.m.	18
2.4.3 Senare utredningar	20
2.5 Konflikter	21
2.5.1 Föreningsfriheten	21
2.5.2 Straffrättens grunder	21
3 STRAFFRÄTTENS GRUNDER SAMT OSJÄLVSTÄNDIGA BROTTSFORMER	23
3.1 Grundläggande principer	23
3.2 Brottsbegreppet	24
3.3 Osjälvständiga brottsformer	26
3.3.1 Förberedelse och stämpling till brott	26
3.3.1.1 Förberedelse till brott	26
3.3.1.2 Stämpling till brott	26
3.3.2 Försök till brott	27
3.3.3 Tillbakaträdande från försök, förberedelse och stämpling	27

3.3.4	Medverkan till brott	27
3.3.5	Underlåtenhet att avslöja eller hindra brott	28
3.4	Medgärningsmannaskap	28
4	SAMHÄLLET, INDIVIDEN OCH STRAFFET – EN RÄTTSHISTORISK TILLBAKABLICK	30
4.1	Från ättesamhällets till centralmaktens straffrättsskipning	30
4.2	Det sociala kontraktets betydelse, upplysningen och det liberala rättsstatsidealet	33
4.3	Det liberala rättsstatsidealet möter modernismen	36
4.4	Nyklassisk straffteori	39
5	PERSPEKTIV PÅ KRIMINALISERING	40
5.1	Straffets funktion och kriminalisering	40
5.2	Defensiv och offensiv straffrättspolitik	42
5.3	Hållbara kriterier för kriminalisering?	43
6	DISKUSSION	46
6.1	Berättelsen om den enskilde gärningsmannen	46
6.2	Nya berättelser	47
6.3	Kriminalisering av deltagande i kriminell organisation och straffrättens grunder	48
6.4	Bör en kriminalisering ske?	48
6.5	Slutsatser	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	56

Sammanfattning

Den organiserade brottsligheten är en typ av modern brottslighet som karaktäriseras av svårutredda händelseförlopp, oklara ansvarsfördelningar och långa avstånd mellan en viss handling och en viss effekt. Därför ställer den till med problem för det straffrättsliga systemet, vilket är anpassat för enskilda gärningsmän som begår enkelt urskiljbara gärningar.

Bör man då använda straffrätten för att bekämpa den organiserade brottsligheten? I denna uppsats diskuteras förslaget om en kriminalisering av "deltagande i kriminell organisation". Förslaget återfinns i SOU 2000:88 och innebär i princip att man vill ha en mer långtgående kriminalisering av alla typer av stödåtgärder och verksamheter kopplade till kriminella organisationer. Om ett liggande förslag till rambeslut antas av EU:s ministerråd kommer en sådan lagstiftning att vara oundviklig i den svenska straffrätten.

Frågan har att göra med synen på individens ställning i det straffrättsliga systemet, och hur man tillmäter skuld till individer. Därför genomförs en rättshistorisk utredning av vår straffrätts ideologiska grundvalar. Förhållandet mellan statens makt och individens frihet samt dess uttryck i straffrätten diskuteras. Samma balansgång är avgörande vid frågan om kriminalisering, varför principiella perspektiv på straffrättspolitik utreds. Slutligen diskuteras det aktuella kriminaliseringsförslagets relation till den svenska straffrätten, samt frågan huruvida en kriminalisering bör komma till stånd.

Förord

Vad är väl ett examensarbete i juridik? Det kan ju vara trist, och tråkigteller alldeles, alldeles underbart.

Under arbetets gång kan man känna sig ensam och trött på sitt ämne, vilket väl är en känsla som de flesta uppsatsskribenter upplever. När uppsatsen väl är klar stannar ändå en känsla av genuint intresse för ämnet kvar. En känsla som jag hoppas även kommer vara närvarande i det arbetsliv som inte längre är så avlägset.

Min viktigaste lärdom under uppsatsens och utbildningens gång är att juridik inte är en expertvetenskap för de invigda utan ett diskussionsämne om vilka ideal och värderingar som bör styra vårt samhälle. Jag tycker att det perspektivet borde ha större inflytande på utbildningens upplägg och innehåll än vad det har idag. Jag är ändå glad och nöjd att jag har läst juridik, och på grund av ämnets bredd blir det ju mycket vad man gör det till.

Jag vill ge ett stort tack till min familj för att de sett till så att jag klarat mig igenom ungdomsåren tillräckligt oförstörd för att kunna fullfölja en universitetsutbildning.

Som det har visat sig under utbildningens gång är motiverande kurskamrater den bästa ersättningen för självdisciplin, ibland behöver man någon som drar en från sängen till Juridicum tidigt på morgonen. Ingen nämnd, ingen glömd men tack alla vänner som jag träffat inuti och utanför Juridicum. Vi ses!

Pontus Andgren

I källaren på Juridicum i Lund den 2 februari 2007

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
Ds	Departementsserien
EKMR	Europakonventionen
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
MB	Missgärningabalken
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SL	Strafflag

1 Inledning

Den 26 september 2006 rapporterade Göteborgs-Posten att en man blivit dömd till böter och skyddstillsyn för vapenbrott av Göteborgs tingsrätt.¹ Mannen var nazist och medlem i organisationen brödraskapet och dessutom densamme som 1995 dömdes för dråp av Högsta domstolen efter att ha dödat en homosexuell ishockeyspelare med 64 knivhugg i Västerås². I samma rättegång i Göteborg friades tre andra män, även de medlemmar i brödraskapet, från ansvar för utpressning, hot och misshandel. Under rättegången medgav samtliga tilltalade efter åklagarens fråga att de var anknutna till brödraskapet. Men i tingsrättens domar nämns ingenstans att de tilltalade männen hade någon sådan anknytning och ordföranden i målet, rådmann Ragnhild Lövrup, kommenterar saken såhär:

”- Det var ingen stor sak i rättegången (...) Vi har inte diskuterat det i sammanhanget. Vi skulle ju göra en bedömning om de här individerna kunde knytas till gärningen, och i det sammanhanget vet jag inte vad deras anknytning till brödraskapet skulle göra för skillnad.”

Polis och åklagare är inte eniga med rådmannen om detta synsätt, och menar att den omständigheten att en individ är anknuten till organiserad brottslighet borde påverka straffmätningen.³ I ett fall som togs upp av Högsta domstolen den 3 oktober i år och som ännu inte finns publicerat, argumenterar Överåklagare Nils Rekke för denna ståndpunkt.⁴ Målet handlar om att en näringsidkare i Uddevalla pressades på pengar av tre män iförda skinnvästar som signalerade deras tillhörighet till Red & White Crew, ett MC-gäng med kopplingar till Hells Angels. De tre männen dömdes i Hovrätten till ett års fängelse vardera. Överåklagaren önskar att straffet ska öka till åtminstone det dubbla och menar att:

”- Domstolarna beaktar inte tillräckligt att kriminella gäng har indrivning och utpressning som affärsidé. Det här är organiserat. Det hjälper inte att anmäla en – då kommer andra istället.”

Ska brottslighet kopplad till organiserade grupper straffas hårdare? För vissa är inte heller detta tillräckligt. Vissa vill att blotta deltagandet i en kriminell grupps verksamhet ska vara straffbart, och att ett nytt brott med den innebörden skall införas. Detta har diskuterats i tiotals år nu men ännu har ingen sådan kriminalisering kommit till stånd, eftersom konflikter skulle uppstå mellan ett sådant brott och de svenska grundlagarna samt straffrättens grundläggande systematik.⁵ Meningsskiljaktigheterna mellan

¹ Göteborgs-Posten den 26 september 2006: ”Gängmedlemmar får för låga straff”, Johanna Bäckström Lerneby.

² NJA 1995 s. 464.

³ Lagen medger i och för sig en sådan rättstillämpning, BrB 29:2, p. 6 och 7, det är tillämpningen av lagen som kritiseras.

⁴ Dagens Nyheter den 2 oktober 2006: ”Gängkrig på fina gatan – då kom reaktionerna”, Lars Johansson.

⁵ SOU 2000:88: ”Organiserad brottslighet, hets mot folkgrupp, hets mot homosexuella, m.m. – straffansvarets räckvidd”, s. 180-181.

domare och polis/åklagare i fallen ovan är en miniatyrversion av de konflikter som aktualiseras vid diskussionerna om kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”. En sådan kriminalisering, de konflikter som den upprör och orsaken till dessa, är ämnet för denna uppsats.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att studera varför en kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation” verkar orsaka problem vid ett inlemmande i det svenska straffrättsliga systemet, samt att diskutera om en kriminalisering är lämplig. Dessa huvudsyften leder till att ett antal frågeställningar måste besvaras, varav de huvudsakliga är:

- Vad innebär egentligen en sådan kriminalisering? Hur skulle brottet vara utformat?
- Vad är det man vill förändra? Hur ser rättsläget ut nu på det rättsområde som skulle påverkas?
- Vad är den historiska/ideologiska förklaringen till att detta rättsområde ser ut som det gör?
- Hur skall man se på kriminaliseringsfrågor i allmänhet?
- Mot bakgrund av det som framkommit under uppsatsens gång; bör man kriminalisera ”deltagande i kriminell organisation”?

1.2 Metod, material och disposition

Uppsatsens struktur bygger på de frågeställningar som presenterats ovan och går från orsaker och förslag till lagstiftning, till den svenska straffrättsliga systematiken och dess historiska orsaker till perspektiv på kriminalisering, och sist över i en analys av problemställningen.

I kapitel 2 redogörs för bakgrunden till varför man i Sverige funderat på att införa ett brott med beteckningen ”deltagande i kriminell organisation”. Dels ges en kort inblick i den organiserade brottslighetens utbredning i Sverige och dels en översikt över internationella åtaganden på området. Därefter redovisas de processer som förekommit inom den svenska lagberedningen och var frågan ”befinner sig” när detta skrivs. Materialet i denna del består till största delen av offentligt tryck från den svenska lagstiftningsprocessens olika instanser samt olika rättsliga dokument från EU och FN.

I kapitel 3 redogörs för rättsläget inom det område man vill förändra. Detta innebär en översiktlig genomgång av centrala principer och koncept inom straffrätten samt en överblick av de osjälvständiga brottsformerna. Materialet i denna del består av straffrättslig lag, praxis, doktrin och

förarbeten. Allt för att tydligt illustrera den svenska straffrättens art på det område som behandlas.

I kapitel 4 följer ett rättshistoriskt perspektiv som ger bakgrunden till det system som karakteriserats i kapitel 3. Syftet är att skapa en förståelse för de ideologier som ligger till grund för det straffrättsliga systemet av idag. Utan en sådan förståelse är det svårt att förhålla sig till de begränsningar som systemet i sig självt ställer upp med avseende på ny strafflagstiftning och praxis. Det genomgående temat i detta kapitel är synen på samhället, individen och straffet, och hur denna syn växlat genom historien. Materialet är till övervägande del rättshistoriskt men även allmänna historiska, eller idéhistoriska, verk om politisk filosofi etc. har använts.

I kapitel 5 behandlas olika perspektiv på kriminalisering. Detta kapitel bygger vidare på kapitel 4 eftersom frågor om kriminalisering har att göra med synen på straffrättens funktion i samhället och förhållandet mellan statens makt och individens frihet. Materialet är rättsvetenskaplig forskning och straffrättslig doktrin.

I kapitel 6 analyseras förslaget om införande av förbud mot ”deltagande i kriminell organisation” i ljuset av de ideologier som ligger till grund för det svenska straffrättsliga systemet. Frågan om varför ett sådant införande verkar ställa till problem diskuteras utifrån det som framkommit tidigare i uppsatsen. Därefter diskuteras hurvida en kriminalisering är lämplig med hänsyn till den bakgrund som skisserats. Slutligen sammanfattas problematiken i ett par allmänna slutsatser. Innehållet i denna del är mestadels analytiskt och bygger på egna reflektioner.

1.3 Avgränsningar

Den viktigaste avgränsningen är att det i princip inte finns några komparativa inslag i uppsatsen. Orsaken till det är att en utredning av rättsförhållandena i andra länder redan finns i SOU 2000:88. Någon historisk/teoretisk bakgrund finns dock inte där. Den europeiska rättsutvecklingen är i mångt och mycket gemensam för de olika länderna, men visst finns det skillnader. De berörs dock inte mycket i denna uppsats.

Dessa frågor hör ju ihop med straffrättens roll inom EU, diskussionerna om en gemensam europeisk strafflag, och svårigheterna att sammanfoga olika rättstraditioner. Detta är ett intressant men stort ämne och därför får uppsatsens fokus på det svenska straffrättsliga systemet ursäktas med utrymmesskäl. EU:s påverkan vad gäller den aktuella kriminaliseringen i Sverige berörs dock självklart.

En större utredning av den organiserade brottslighetens omfång och natur har offrats för att istället hålla fokus på principfrågor om den svenska straffrätten. Det samma gäller frågan om en kriminaliserings relation till

grundläggande rättigheter, detta berörs bara i korthet då fokus ligger på strafflagen.

1.4 Begreppsdefinitioner

Deltagande i kriminell organisation: Detta utgör ju inte ett brott enligt svensk rätt i nuläget, därför är det inte självklart vilken beteckning som skall användas i en uppsats. I konventioner etc. finns andra beteckningar så som ”deltagande i brottslig sammanslutning”. För tydlighetens skull har jag valt att genomgående använda mig av beteckningen ”deltagande i kriminell organisation”. Definitionen av detta begrepp är centralt i uppsatsen, men återfinns inte här utan diskuteras mer ingående i kapitel 2.

Ideologi: Från marxistiskt håll har hävdats att ideologibegreppet är tomt och att ideologier bara är uttryck för de maktförhållanden som de rådande produktionsförhållandena medför. Denna uppsats ägnas inte åt denna typ av analyser utan snarare åt *innehållet* i ideologierna. Jareborg definierar ideologibegreppet som en uppsättning grundläggande uppfattningar rörande någon aspekt av verkligheten.⁶ Det är i denna mening begreppet ideologi används i denna uppsats.

Kriminell organisation, Organiserad brottslighet, Organiserad rasism: I likhet med ”deltagande i kriminell organisation” diskuteras innebörden i dessa begrepp i kapitel 2 i uppsatsen. Som framgår där har kriminaliseringsförslaget sin bakgrund i såväl organiserad brottslighet som organiserad rasism. För enkelhetens skull talas det dock i resten av uppsatsen enbart om organiserad brottslighet, i detta inberäknas då organiserad rasism.

Modern brottslighet: Med detta avses brottslighet som till sin natur är mer komplex än den traditionella modellen med enkelt urskiljbara gärningar och gärningsmän. På grund av långa tidsperspektiv, svårutredda orsakssammanhang, marginella bidrag till konstaterade skadeverkningar och komplexa utredningsmaterial innebär denna typ av brottslighet en utmaning för straffrätten. Framst kan nämnas miljöbrott, organiserad brottslighet och narkotikabrott.⁷

Rättssäkerhet: Detta begrepp används med ganska skiftande innebörd, till exempel kan politiker använda det som om det åsyftar samhällets förmåga att skydda individen från brottslighet. Inom straffrättsvetenskapen har det normalt istället syftat på individens skydd från samhällets maktutövning. Inom doktrinen finns en huvudsaklig skiljelinje gällande begreppets innebörd. Enligt den första uppfattningen är det tillräckligt med processuell rättssäkerhet, det vill säga att sådan är uppnådd så länge sanktionerna är

⁶ Jareborg, Nils: ”Straffrättsideologiska fragment”, Uppsala 1992, s. 95-97.

⁷ Jareborg, Nils: ”Vilken sorts straffrätt vill vi ha?”, i ant. ”Varning för straff”, red. Victor, Dag, Stockholm 1995, s. 34.

tillräckligt tydliga och förutsebara. Enligt den andra uppfattningen måste det också kunna ställas krav på sanktionernas innehåll.⁸ Den senare uppfattningen har ju stöd i hela den idétradition som vill förse individen med grundläggande rättigheter. Begreppet används i denna uppsats i linje med den senare uppfattningen, eftersom jag ansluter mig till den åsikten att ett system som inte ställer upp några materiella gränser för den styrandes maktbefogenheter inte kan anses som rättssäkert.

⁸ Gröning, Linda: ”Straffrättslig kompetens inom EG – Säkerhet eller rättssäkerhet?”, Lund 2002, s. 7.

2 Ett nytt brott på väg?

Varför har man velat införa ett nytt brott och vad skulle egentligen detta nya brott innebära? I detta kapitel skisseras bakgrunden till de olika lagstiftningsprocesser som hittills berört frågan om straffbeläggande av deltagande i kriminell organisation. Den politiska viljan att genomföra en sådan kriminalisering har naturligtvis haft sin grund i intresset av att mer effektivt bekämpa den brottslighet som bedrivs i organiserad form. Det har också funnits, och finns, ett tryck från de internationella samarbeten som Sverige deltar i på detta område, att genomföra en kriminalisering.

I det följande ges först en bakgrund till den organiserade brottslighetens utbredning i Sverige och därefter en redogörelse av de internationella samarbetsarenorna och deras påverkan. Därefter behandlas de svenska lagstiftningsprocesserna på området och slutligen berörs de problem man stött på i dessa processer, vilka är utgångspunkten för resten av uppsatsen.

2.1 Organiserad brottslighet i Sverige

Vad är egentligen organiserad brottslighet? Klart är att det handlar om brottslighet som bedrivs i mer organiserad form än ”vanlig” kriminalitet. Det finns ingen enhetlig definition av begreppet, men inom EU använder man sig av 11 kriterier för att uppnå samsyn.⁹ Av dessa måste sex kriterier vara uppfyllda och nummer 1, 3, 5 och 11 är obligatoriska för att man skall kunna anse att det rör sig om organiserad brottslighet;

1. Samarbete mellan fler än två personer.
2. Egna, tilldelade uppgifter åt var och en.
3. Lång eller obegränsad utsträckning i tiden.
4. Någon form av disciplin eller kontroll.
5. Misstanke om allvarliga kriminella handlingar.
6. Verksamhet på lokal nivå.
7. Användning av våld eller andra metoder för hot.
8. Användning av kommersiella eller affärsmissiga strukturer.
9. Deltagande i penningtvätt.
10. Otillbörlig påverkan på politik, medier, offentlig förvaltning, rättsliga myndigheter eller ekonomi.
11. Strävan efter vinning och/eller makt.

Det finns andra såväl nationella som internationella definitioner av organiserad brottslighet. Hur man definierar ”organiserad brottslig sammanslutning” etc. inom FN och EU kommer att redogöras för närmare under rubrik 2.3.

⁹ BRÅ-rapport 2002:7: ”Organiserad brottslighet – lösa maskor eller fasta nätverk”, s. 21.

I Riksåklagarens allmänna råd om verksamheten vid de internationella åklagarkamrarna från år 2001 definieras begreppet organiserad brottslighet såhär:

”Med organiserad brottslighet avses att flera personer misstänks samverka i allvarlig brottslighet. Med gränsöverskridande brottslighet förstås sådan brottslighet där utredningen kräver samverkan och/eller samordning med utländska myndigheter eller som i övrigt gäller utredning i fler än ett land. Med allvarlig brottslighet avses bland annat grovt narkotikabrott, grov narkotikasmuggling, handel med bilar, vapen, sprit, cigaretter och andra varor, penningtvätt och människohandel.”¹⁰

Den organiserade brottsligheten etablerades i Sverige under 1920-talet då alkoholrestriktioner infördes. Sprit smugglades in från Tyskland och Estland, men det rörde sig inte direkt om någon Al Capone-liknande verksamhet. Korruption kan dock ha förekommit i viss utsträckning.¹¹

Under 1960-talet kunde man märka en tendens till att brottsligheten blev mer rörlig och länsöverskridande. Sådan brottslighet blev ett problem framför allt i samband med den växande marknaden för narkotika och smugglingen och försäljningen därav.¹² Under 1970- och 80-talen fick den organiserade brottsligheten större och större uppmärksamhet i utredningsväsendet och medierna. Detta ledde till en mängd organisatoriska förändringar inom polis- och åklagarväsende och en mer effektiv bekämpning av fenomenet. 1990-talet innebar en pånyttfödelse för den organiserade brottsligheten, samtidigt som lagstiftningsåtgärderna var många. Det intensiva arbetet mot den organiserade brottsligheten var, då som nu, till stor del en följd av EU-samarbetet.¹³

I en internationell jämförelse har det svenska samhället hittills inte varit speciellt hårt drabbat av den organiserade brottsligheten. Mer precist ligger vi enligt Lars Korsell, verksamjurist på BRÅ, på en tvåa av fem möjliga om Colombia och Sicilien förses med toppbetyget. Det europeiska genomsnittet skulle då vara närmare en trea. De vanligaste brotten som har anknytning till organiserad brottslighet i Sverige är smugglings- och narkotikabrott. Andra former är människosmuggling, utpressning, barnpornografibrott, prostitution, handel med vapen och stulna fordon, samt olika typer av ekonomisk brottslighet.¹⁴

Enligt Rikskriminalpolisens rapport ”Organiserad brottslighet i Sverige 2005”¹⁵ ökar i nuläget antalet grupperingar/nätverk som är att anse som ”multikriminella”. Dessa nätverk har ofta en huvudverksamhet, som inte nödvändigtvis är av kriminell natur, samt bedriver vid sidan av denna verksamhet kriminalitet inom flera olika områden. De flesta typer av kriminella nätverk i Sverige har kopplingar till den kriminella MC-miljön.

¹⁰ BRÅ-rapport 2002:7, s. 21.

¹¹ BRÅ-rapport 2002:7, s. 7.

¹² BRÅ-rapport 2002:7, s. 17.

¹³ BRÅ-rapport 2002:7, s. 18.

¹⁴ Apropå nr. 2/2002: ”Hur organiserad är brottsligheten?”, Malin Ullgren.

¹⁵ Rikskriminalpolisen, KUT Rapport 2005:2b: ”Organiserad brottslighet i Sverige 2005.”, s. 4.

Kriminalitet kopplad till MC-klubbar samt till så kallade fängelsegång och vissa etniskt orienterade kriminella grupperingar utgör de viktigaste hotbilderna inom ramen för kampen mot den organiserade brottsligheten. De typer av kriminalitet som dessa nätverk ägnar sig åt är allt som genererar ekonomisk vinning; ekonomisk brottslighet, olaga indrivning, penningtvätt, illegal spelverksamhet, grova narkotikabrott, grova våldsbrott, beskyddarverksamhet, rån, människorov, utpressning, vapenbrott och grova stölder.¹⁶

Förutom dessa multikriminella nätverk är gänggrupperingar i storstädernas förorter ett ökande problem. Dessa skiljer sig generellt från de tidigare genom att de har lösare strukturer och ofta yngre deltagare, men annars ägnar de sig åt liknande typer av kriminalitet och deras verksamhet är ofta sammanbunden med mer organiserade grupperingars verksamhet. Deras kriminalitet är generellt sett mer inriktad på våld och inte lika avancerad vad gäller ekonomisk brottslighet till exempel. Gränserna mellan de olika typerna av grupperingar och vilken brottslighet de ägnar sig åt är dock flytande och det är svårt att göra hållbara generaliseringar.¹⁷

Klart verkar i alla fall vara att brottslighet kopplad till bestående sammanslutningar är ett ökande fenomen i samhället. Kriminaliteten i storstädernas förorter blir grövre men förefaller också utövas av ett ökande antal unga personer. Den organiserade brottsligheten sprider sig från storstäderna till mindre orter ute i landet, till exempel vad gäller människohandel. Utpressning och annan beskyddarverksamhet är ett ökande problem på många ställen runt om i landet.¹⁸

2.2 Organiserad rasism i Sverige

Även om dagens diskussioner om kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation” har sin viktigaste utgångspunkt i kampen mot den organiserade brottsligheten, så började det hela med kampen mot organiserad rasism. Den skiljer sig från organiserad brottslighet bland annat på så vis att det inte behöver finnas något ekonomiskt inslag i den organiserade gruppens verksamhet. Drivkraften kan istället vara rent ideologisk. Gränserna mellan dessa två begrepp är dock flytande, då organiserad brottslighet och rasism ju går utmärkt att kombinera.

Rasism och främlingsfientlighet kan definieras på lite olika sätt och gränserna mellan begreppen är oklar. Klart är i varje fall att det rör sig om ovilja eller hat gentemot andra etniska grupper än den man själv tillhör. Gränsen mellan de två begreppen kan definieras som att rasism bygger på en uppfattning om den egna gruppens *biologiska* överlägsenhet, medan

¹⁶ KUT Rapport 2005:2b, s. 4-5.

¹⁷ KUT Rapport 2005:2b, s. 15.

¹⁸ KUT Rapport 2005:2b, s. 29.

främlingsfientlighet mer handlar om tron på den egna gruppens *kulturella* överlägsenhet.¹⁹

I Sverige har den organiserade rasismen varit ett problem sedan de första svenska nazistorganisationerna bildades på 1920-talet. Dessa blomstrade fram till krigsutbrottet 1939 då en kraftig nedgång började. I slutet av 1940-talet upplöstes många svenska nazistiska partier och organisationer i Sverige. 1956 bildades dock *Nordiska Rikspartiet* som lyckades få de rashygieniska och antisemitiska tankegångarna att överleva efterkrigstiden. Under 1970-talet uppstod ett antal grupperingar som fokuserade på invandringsfrågan, bland annat *Bevara Sverige Svenskt*. Det blev starten på en ny främlingsfientlighet i Sverige, en tradition som sedan förts vidare av bland annat *Sverigedemokraterna*. I slutet av 1980-talet började mer militanta, rasideologiskt orienterade grupper att bildas, bland annat *Vitt Ariskt Motstånd*. I samma tradition bildades 1996 *Ariska Brödraskapet*.²⁰

2.3 Internationellt samarbete

Eftersom organiserad brottslighet till sin natur ofta är gränsöverskridande är det en välgrundad uppfattning att enbart nationella åtgärder inte räcker till för att bekämpa den. Sverige är anslutet till samarbete mot organiserad brottslighet i såväl FN:s som EU:s regi.

2.3.1 Samarbetet inom FN

FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering från 1965 ratificerades av Sverige 1971.²¹ Som namnet antyder syftar konventionen till att bekämpa alla typer av rasdiskriminering i det offentliga livet. Detta förutsätter att de deltagande länder vidtar åtgärder, bland annat vad avser lagstiftning, för att se till att sådan diskriminering upphör. Man kan då fråga sig om detta innefattar ett krav på förbud mot (deltagande i) rasistiska organisationer?

Enligt artikel 2 i konventionen är de deltagande staterna skyldiga att förbjuda och med alla lämpliga medel, däribland den lagstiftning som omständigheterna påkallar, förhindra rasdiskriminering från personer, grupper eller organisationers sida. Enligt artikel 4b skall staterna olagligförklara och förbjuda organisationer, samt organiserad och annan propaganda, som främjar och uppmanar rasdiskriminering. Dessutom skall deltagande i sådana organisationer vara straffbart enligt lag.

Den rasdiskrimineringskommitté som övervakar konventionens efterlevnad har tolkat innehållet i artikel 4b som ett absolut tvång att lagstifta om förbud mot rasistiska organisationer. Kommittén har vid flera tillfällen kritiserat

¹⁹ Ds 1998:35: ”Rasistiskt och främlingsfientligt våld”, s. 99.

²⁰ SOU 2000:88, s. 45-50.

²¹ FN:s konvention om avskaffandet av alla former av rasdiskriminering.

Sverige för att inte leva upp till sina åtaganden enligt konventionen, då sådan lagstiftning saknas i svensk rätt. Frågan om lagstiftning mot organiserad rasism krävs enligt denna konvention besvaras än så länge med ett nej av den svenska lagstiftaren (se nedan).

1998 tillsattes inom FN en särskild mellanstatlig kommitté med uppgift att förutsättningslöst bereda en konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet.²² Förslaget till denna konvention antogs av generalförsamlingen år 2000 under namnet FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet, och trädde för svenskt vidkommande i kraft den 30 maj 2004.²³ Den är mer allmänt känd under namnet Palermokonventionen.

Konventionen bygger i grunden på FN:s narkotikabrottskonvention från 1988 men erbjuder en mer vittomfattande uppsättning av skilda instrument för att komma åt organiserad brottslighet i dess olika former.²⁴ I artikel 2 i konventionen återfinns en definition av begreppet ”organiserad brottslig sammanslutning”. Den lyder:

”En strukturerad sammanslutning som finns under en viss tid, bestående av tre eller flera personer och som handlar i samförstånd i syfte att begå ett eller flera grova brott eller överträdelser som är straffbelagda i enlighet med konventionen för, direkt eller indirekt, uppnå ekonomisk eller annan materiell vinning.”

En strukturerad sammanslutning definieras som:

”En sammanslutning som inte slumpvis har bildats för att omedelbart begå ett brott. Den behöver inte ha formellt definierade roller för sina medlemmar och heller inte ha kontinuitet i medlemskapet eller en utvecklad struktur.”

Grovt brott definieras som:

”En gärning som utgör ett brott för vilket föreskrivs en frihetsberövande påföljd om maximalt fyra år eller en strängare påföljd.”

Enligt artikel 5 skall varje konventionsstat straffbelägga följande gärningar:

- ”Att avtala med en eller flera personer att begå ett grovt brott i ett syfte som direkt eller indirekt är förenat med uppnående av ekonomisk eller annan materiell vinning och, där den nationella lagstiftningen så fordrar, som innefattar en gärning som utförs av någon av deltagarna för att genomföra avtalet eller vari en organiserad brottslig sammanslutning är delaktig.”
- ”En persons beteende som, med vetskap antingen om en organiserad brottslig sammanslutnings syfte och allmänna brottsliga verksamhet eller dennas avsikt att begå ifrågavarande brott, aktivt deltar i a) den organiserade brottsliga sammanslutningens brottsliga verksamhet, eller b) annan verksamhet som bedrivs av den organiserade brottsliga sammanslutningen med vetskap om att personens deltagande kommer att bidra till genomförandet av ovan angivna brottsliga syfte.”

²² Generalförsamlingens resolution 53/111.

²³ FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet.

²⁴ Prop. 2002/03:146: ”Sveriges tillträde till Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet”, s. 7.

Enligt samma artikel skall varje enskild stat också kriminalisera organiserandet eller ledandet av, medhjälp eller bistånd till, främjande av eller råd för genomförande av grova brott vari en organiserad brottslig sammanslutning är delaktig.²⁵

2.3.2 Samarbetet inom EU

Det straffrättsliga samarbetet inom EU sker i den tredje pelaren, vilken inte innefattar något inslag av överstatligt beslutsfattande. Detta innebär att det i princip sker i samma form som annat mellanstatligt samarbete, det vill säga enligt folkrättens regler. Vissa skillnader finns dock, till exempel har kommissionen initiativrätt och rambeslut är bindande för medlemsstaterna, avseende de resultat som skall uppnås, redan vid tiden för antagandet.²⁶

Ett rambeslut är en av de fyra typer av rättsakter som enligt artikel 34 i EU-fördraget kan användas inom ramen för det polisiära och straffrättsliga samarbetet. Rambeslut avser frågor om tillnärmning av lagstiftningen i de olika medlemsstaterna och är bindande vad gäller resultat men inte vad gäller form och tillvägagångssätt. Rambeslut motsvarar alltså direktivens funktion i EU:s första pelare, med den skillnaden att rambeslut inte kan ha direkt effekt.²⁷

Möjligheten att använda sig av rambeslut infördes i och med Amsterdamfördraget och utgör numera det effektivaste instrumentet för tillnärmning av strafflagstiftning inom EU. Den äldre motsvarigheten kallades för gemensamma åtgärder. Rambeslut kräver inte parlamentets ratifikation men om lagändringar är nödvändiga måste dessa naturligtvis godkännas av parlamenten. I sådana fall är det regeringens skyldighet att lägga fram förslag till sådan lagstiftning som behövs för att uppfylla rambeslutets målsättning. Egentliga sanktioner från EU-rättsligt håll för att framtvinga viss lagstiftning saknas dock.²⁸

En stor del av det straffrättsliga och polisiära samarbetet inom EU:s tredje pelare upptas av kampen mot den organiserade brottsligheten. Vid rådets möte i Dublin 1996 beslutade man att inrätta en så kallad högnivågrupp med uppgift att utarbeta förslag till åtgärder mot den organiserade brottsligheten inom EU. Under 1997 utarbetade högnivågruppen en handlingsplan som antogs av rådet samma år. Denna handlingsplan innefattar en gemensam åtgärd med innebörden att det enligt lagstiftningen i varje medlemsstat skall vara olagligt för en person som vistas på dess territorium att delta i en kriminell organisation, oberoende av organisationens lokalisering inom unionen och av var den bedriver sin brottsliga verksamhet. Ett förslag till en

²⁵ FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet.

²⁶ Europeiska unionens fördrag, art. 34 p. 2b.

²⁷ EU-fördraget, art. 34 p. 2b.

²⁸ EU-fördraget, art. 34 p. 2b.

gemensam åtgärd avseende bland annat deltagande i kriminella organisationer lades fram och antogs av rådet 1998.²⁹

En kriminell organisation definieras i den gemensamma åtgärden, artikel 1 som:

”En strukturerad sammanslutning, inrättad för en begränsad tid³⁰ av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på upp till minst fyra år eller ett strängare straff oavsett om brotten är ett mål i sig själv eller ett medel att erhålla materiella fördelar och i förekommande fall ett sätt att otillbörligt påverka offentliga myndigheters verksamhet.”

Enligt artikel 2.1 skall varje medlemsstat åta sig att se till att en eller två av de slag av handlingar som beskrivs i artikeln bestraffas med effektiva, proportionerliga och avskräckande straffrättsliga sanktioner. Den första gärningstypen är aktivt deltagande i kriminell organisation i den form som redan finns i flera europeiska länder. Till exempel finns det i Italien en straffbestämmelse som innebär särskilt straffansvar för deltagande i en maffialiknande sammanslutning.³¹ Den andra gärningstypen är vad som uttryckt med svenska termer kan betecknas som en stämplingsgärning.

Den ena metoden är alltså att se till att kriminalisera aktivt deltagande i kriminell organisations verksamhet. En sådan kriminalisering skall omfatta även fall då en person inte deltar i själva utförandet av brotten och oaktat om brott verkligen begås. Deltagandet skall ha skett avsiktligt och med kännedom om antingen organisationens kriminella syfte i allmänhet eller vissa specifika planerade brott. Enligt denna metod skall även handlande varigenom en person bidrar till organisationens allmänna verksamhet, som inte behöver vara direkt kopplad till brott, kriminaliseras. Kännedom om organisationens kriminella aktiviteter är dock ett krav.³²

Den andra metoden för kriminalisering är enligt artikel 2b att straffbelägga handlande varigenom en person kommer överens med en eller flera andra personer om att utöva en viss aktivitet som, om den sattes i verket, skulle innebära att sådana brott som anges i artikel 1 begicks. Detta skall gälla även om personen ifråga inte deltar i själva utförandet av den brottsliga aktiviteten.

Poängen med de olika metoderna för kriminalisering är att kunna täcka in de tre huvudsakliga juridiska traditioner som huserar inom EU. Dels den kontinentala traditionen enligt vilken det är möjligt att straffbelägga deltagande i kriminella organisationer, dels den angloamerikanska som

²⁹Rådets gemensamma åtgärd EGT 98/L 351/01 av den 21 december 1998 om att göra deltagandet i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsländer till ett brott.

³⁰ Här rör det sig om dålig översättning, i enlighet med rim och reson är det viss varaktighet som avses.

³¹ SOU 2000:88, s. 159.

³² SOU 2000:88, s. 144.

betraktar ”konspiration” som straffbart, samt den skandinaviska modellen med en mer allmän syn på förberedelse, försök och medverkan till brott.³³

Från EU:s håll ansåg man uppenbarligen att den gemensamma åtgärden från 1998 inte var tillräckligt långtgående för att uppnå en effektiv bekämpning av den organiserade brottsligheten. Därför har man utarbetat ett förslag till ett rambeslut som, om det blir antaget, skall ersätta den gemensamma åtgärden.³⁴

I ingressen till detta förslag anges att det är nödvändigt att ge unionen en mer bindande och långtgående text än den gemensamma åtgärden från 1998. Detta för att få fram en verklig tillnärmning av strafflagstiftningen i medlemsländerna och förbättra samarbetet för att bättre kunna bekämpa organiserad brottslighet, bland annat genom att miniminivåerna för de straffrättsliga påföljderna harmoniseras.³⁵

I förslagets artikel 1 har man formulerat en lite annorlunda definition av kriminell organisation än i den gemensamma åtgärden från 1998:

”I detta rambeslut avses med kriminell organisation en strukturerad grupp, inrättad för en begränsad tid av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på upp till minst fyra år eller ett strängare straff om syftet är att direkt eller indirekt erhålla ekonomiska eller materiella fördelar.”

I artikel 2 åläggs medlemsstaterna skyldigheten att göra olika former av deltagande i kriminella organisationer till ett brott. Här finns ett par väsentliga skillnader gentemot den gemensamma åtgärden från 1998, nämligen att vissa former av deltagande lagts till. Dessa har enligt förslaget tillkommit bland annat i ljuset av FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet från 2000.

Enligt artikel 2a skall varje medlemsstat vidta nödvändiga åtgärder för att *ledning* av kriminell organisation skall betraktas som ett brott. Detsamma gäller enligt artikel 2b för följande:

”Att avsiktligt och med kännedom om antingen organisationens syfte och allmänt kriminella verksamhet eller organisationens avsikt att begå brotten ifråga, aktivt delta i en kriminell organisations verksamhet, vari inbegripes att förse den med information eller ge den materiellt stöd, rekrytera nya medlemmar eller bidra med varje form av finansiering av verksamheten, med vetskap om att deltagandet kommer att bidra till genomförandet av organisationens brottsliga verksamhet.”

Vad gäller krav på kriminalisering är det alltså en markant skillnad mellan den gemensamma åtgärden från 1998 och det liggande förslaget till rambeslut. Här finns ett absolut krav på förbud mot i princip varje form av aktivt deltagande i en kriminell organisations verksamhet.

³³ SOU 2000:88, s. 145.

³⁴ Förslag till rådets rambeslut 2005/0003 (CNS) av den 19 januari 2005 om bekämpande av organiserad brottslighet.

³⁵ Förslag till rambeslut 2005/0003, s. 3.

Vad gäller påföljder har man också velat gå ett steg längre i förslaget till rambeslut. Istället för krav på effektiva, proportionella och avskräckande påföljder vill man nu fastställa frihetsberövande minimipåföljder utifrån de olika graderna av deltagande i den kriminella organisationen. Man vill också införa krav på att de brott som avses i artikel 1, och som rör deltagande i kriminell organisation, skall beläggas med frihetsstraff som är strängare än de som föreskrivs i nationell lag för sådana brott när de begås utan samband med en kriminell organisation, utom i de fall då de förskrivna påföljderna redan är de maximistraff som kan dömas ut enligt nationell lag.³⁶

Motivet till detta anges vara att:

”Det är fråga om en försvårande omständighet som skall beaktas i bekämpandet av grova brott, nämligen den särskilda farligheten hos individer som agerar inom en kriminell organisation, antingen en ‘maffiagrupp’ eller en organiserad grupp.”³⁷

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att förslaget till rambeslut går flera steg längre än den gemensamma åtgärden vad gäller krav på kriminalisering i medlemsländerna. Den typ av lagstiftning som medlemsländerna vid ett genomförande förpliktar sig till är kontroversiell i Sverige och andra medlemsländer. Därför har något rambeslut ännu inte kunnat godkännas av ministerrådet.

2.4 Det svenska lagstiftningsarbetet

De svenska initiativen till lagstiftning på området har i princip följt av yttre tryck, det vill säga en tveksamhet kring frågan om man har levt upp till de konventioner som man anslutit sig till. Till en början rörde det sig om FN:s krav på förbud mot organiserad rasistisk verksamhet, på senare tid har fokus flyttats över mot bekämpning av organiserad brottslighet i såväl FN:s som EU:s regi.

2.4.1 Förbud mot rasistiska organisationer?

Frågan om införande av en brottstyp i stil med ”deltagande i kriminell organisation” kom upp på den politiska agendan i Sverige med anledning av innehållet i FN:s konvention för avskaffande av alla former av rasdiskriminering. När Sverige tillträdde konventionen 1971 ansåg man från svenskt håll att det inte fanns något behov för ett förbud mot rasistiska organisationer.³⁸

³⁶ Förslag till rambeslut 2005/0003, art. 3.

³⁷ Förslag till rambeslut 2005/0003, s. 6.

³⁸ Prop. 1970:87: ”Angående godkännande av konvention om avskaffande av rasdiskriminering, m.m”, s. 64-65.

1991 lade utredningen för åtgärder mot etnisk diskriminering fram ett förslag till straff för organiserad rasism.³⁹ Det gick ut på att Sverige borde förbjuda sammanslutningar som ägnar sig åt att förfölja personer eller grupper av personer av viss ras, med viss hudfärg eller visst etniskt ursprung. Dessutom tyckte man att deltagande i sådana sammanslutningars verksamhet borde kunna kriminaliseras.⁴⁰ Man kom fram till att FN:s konvention för avskaffande av alla former av rasdiskriminering visserligen förpliktar de deltagande staterna att göra det praktiskt sett omöjligt för rasistiska organisationer att verka, och för enskilda att delta i deras verksamhet. Detta, menade man, innebär dock inte ett regelrätt krav på förbud mot rasistiska organisationer.⁴¹ Oaktat detta faktum tyckte sig utredningen alltså se skäl att förbjuda rasistiska sammanslutningar.

Kommitténs uppfattning vann dock inte gehör vare sig hos remissinstanserna eller hos regeringen. I den efterföljande propositionen menade regeringen blankt att man ansåg att Sverige levde upp till kraven i FN:s konvention för avskaffande av alla former av rasdiskriminering.⁴² Någon lagändring kom därför inte till stånd.

Den svenska hållningen vad avser FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering har alltså varit att det inte krävs något regelrätt förbud mot rasistiska organisationer för att konventionens krav skall kunna anses som uppfyllda. Man har menat att den svenska lagstiftningen om hets mot folkgrupp och olaga diskriminering ändå gör att sådana sammanslutningar inte kan bedriva sin verksamhet under lagens beskydd. Som nämnts ovan har FN:s rasdiskrimineringskommitté vid flera tillfällen uttryckt motsatt åsikt.

2.4.2 Kommittén om straffansvar för organiserad brottslighet, m.m.

1998 beslutade regeringen att ta ett samlat grepp kring frågorna om organiserad brottslighet och organiserad rasism. Därför tillsatte man en kommitté med uppdrag att utreda frågor om straffansvar för deltagande i organisationer som sysslar med brottslig verksamhet samt vissa andra frågor med anknytning härtill. Denna kommitté utredde såväl frågor om organiserad rasism som annan organiserad brottslighet under ett och samma paraply. I kommittédirektiven angavs att bakgrunden till uppdraget var bl.a. händelser med anknytning till vissa MC-klubbar, rasistiska organisationer samt det internationella samarbetet när det gäller att bekämpa organiserad brottslighet.⁴³

³⁹ SOU 1991:75: ”Organiserad rasism, EDU:s delbetänkande om åtgärder mot rasistiska organisationer”.

⁴⁰ SOU 1991:75, s. 117.

⁴¹ SOU 1991:75, s. 99.

⁴² Prop. 1993/94:101: ”Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet”, s. 19.

⁴³ Kommittédirektiv 1998:66: ”Brottslighet med anknytning till vissa organisationer, m.m.”, s. 1.

Vad gäller organiserad brottslighet bestod uppdragets viktigaste del i att överväga om:

”...det bör göras straffbart att aktivt delta i organisationer som har brottslighet som ett väsentligt inslag i sin verksamhet. Sådant deltagande kan t.ex. bestå i finansiering av organisationen, upplåtelse av lokal till denna eller aktivt stöd på annat sätt, dock inte enbart genom medlemskap.”⁴⁴

Kommitténs uppdrag angavs vidare vara att definiera vilka former av organisationer eller sammanslutningar som en eventuell kriminalisering skulle kunna avse samt att ta ställning till vilka kriterier som bör användas för att avgöra om en organisation eller sammanslutning skall anses syssla med brottslig verksamhet. Dessutom skulle man ta ställning till om en eventuell kriminalisering borde ta sikte på samtliga typer av brottslig verksamhet inom ramen för en organisation eller om endast vissa brottstyper, som kan anses särskilt farliga när de sker i organiserad form, borde omfattas.⁴⁵

Kommittéarbetet resulterade i SOU 2000:88; ”Organiserad brottslighet, hets mot folkgrupp, hets mot homosexuella, m.m. – straffansvarets räckvidd”. Efter en genomgång av den organiserade brottslighetens natur, det svenska rättssystemets sätt att med gällande lagstiftning hantera organiserad brottslighet, lösningar i andra länder samt internationella åtaganden, kom man fram till ett förslag på ny lagstiftning. Det konkreta förslaget kunde tas in i en ny paragraf BrB 23:6 och ges följande lydelse.

”Den som i ledande ställning inom en sammanslutning, där allvarlig brottslig verksamhet förekommer, underlåter att göra vad som skäligen kan begäras för att verksamheten skall upphöra, döms för *underlåtenhet att hindra brottslig verksamhet* till fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till böter.

Den som lämnar ekonomiskt bidrag, upplåter hus, del av hus eller mark eller lämnar annat liknande stöd till en sammanslutning av sådant slag som anges i första stycket döms, om stödet inte är att anse som obetydligt, för *främjande av brottslig verksamhet* till böter eller fängelse i högst två år. Vad nu sagts skall dock inte gälla, om ansvar kan dömas ut enligt en annan bestämmelse i denna balk eller i annan lag eller författning.”⁴⁶

Efter att ha formulerat detta förslag som det lämpligaste för att motarbeta den organiserade brottsligheten genom strafflag, gick man så vidare till frågan om en sådan kriminalisering över huvud taget var motiverad. Man angav att en eventuell lagstiftning skulle kunna ge upphov till gränsdragningsproblem mot gällande regler om ansvar för medverkan, förberedelse och stämpling till brott, och dessutom skulle den vara problematisk ur effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkt. Man menade också att svårlösliga konflikter med lagstiftningen om föreningsfrihet skulle kunna uppstå. Dessutom skulle lagstiftningen kunna leda till att vissa sammanslutningar som idag verkar tämligen öppet skulle välja att gå över till mer ”underjordisk” verksamhet, varför man genom en kriminalisering i

⁴⁴ Kommittédirektivet, s. 1.

⁴⁵ Kommittédirektivet, s. 1.

⁴⁶ SOU 2000:88, s. 180.

viss mån skulle motverka sitt eget syfte. Sammantaget fann kommittén att övervägande skäl talade för att en utvidgning av det kriminaliserade området inte borde ske.⁴⁷

2.4.3 Senare utredningar

Frågan om en eventuell kriminalisering av deltagande i kriminell organisation blev aktuell igen med anledning av ikraftträdandet av FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet. I den anslutande propositionen konstaterade regeringen att något krav på straffbeläggande av enbart medlemskap i en brottslig sammanslutning inte följer av konventionen.⁴⁸ Däremot ställs möjligen ett sådant krav vad gäller aktivt deltagande i en sammanslutnings brottsliga verksamhet samt deltagande i övrig verksamhet med vetskap om att ens deltagande kommer att bidra till sammanslutningens brottslighet. Konventionens utformning bygger i denna del på formuleringar från EU:s gemensamma åtgärd från 1998. Därför gjorde man i propositionen en självständig utvärdering av hur man menar att svensk rätt förhåller sig till den gemensamma åtgärden så väl som FN-konventionen.⁴⁹

I likhet med kommittén om straffansvar för organiserad brottslighet, m.m. kom man fram till att de svenska reglerna om medverkan, förberedelse och stämpling till samt underlåtenhet att avslöja brott uppfyller de krav som ställs i FN-konventionen.

Helsingborgs tingsrätt argumenterade som remissinstans att försök till anstiftan inte är generellt straffbelagt i svensk rätt, i motsats till vad som gäller i många andra länder samt att det för ansvar för medverkan till brott krävs att uppsåtet avser en någorlunda konkretiserad gärning.⁵⁰ Detta ledde tingsrätten att anta att vissa luckor står att finna i svensk rätt jämfört med konventionens krav. Dessutom menade man att principiella skäl talar för att närmare överväga en kriminalisering av aktivt deltagande i en organiserad brottslig sammanslutning, då en sådan reglering står bättre i överensstämmelse med konventionens egentliga syfte.

Regeringen menade att det visserligen kan diskuteras om de svenska bestämmelserna om medverkan, försök, förberedelse och stämpling tillgodoser alla tänkbara situationer där personer deltar i en organiserad brottslig sammanslutnings verksamhet. Man medgav att det i praktiken kan finnas speciella undantagssituationer där det är tveksamt om den svenska regleringen till fullo kan anses uppfylla konventionens kriminaliseringskrav. Undantagssituationer av så sällsynt karaktär angavs dock ej i sig själva utgöra tillräckliga skäl för en utvidgad lagstiftning.⁵¹

⁴⁷ SOU 2000:88, s. 180-182.

⁴⁸ Prop. 2002/03:146, s. 26.

⁴⁹ Prop. 2002/03:146, s. 29.

⁵⁰ Prop. 2002/03:146, s. 32.

⁵¹ Prop. 2002/03:146, s. 32.

2.5 Konflikter

Som framgått ovan finns det alltså ett svenskt motstånd mot att förbjuda vissa organisationer eller kriminalisera deltagande i deras verksamhet. Skälen för detta motstånd har till stor del också framgått, men skall benämnas ut lite tydligare i det följande.

2.5.1 Föreningsfriheten

Förbud mot deltagande i vissa kriminella organisationer skulle kunna komma i konflikt med den grundlagsskyddade föreningsfriheten. Denna definieras i RF 2:1 som en frihet att sluta sig samman med andra för allmänna eller enskilda syften, och den gäller för alla typer av sammanslutningar oavsett syfte eller form. Föreningsfriheten innefattar inte bara frihet att bilda sammanslutningar utan också frihet att verka gemensamt inom ramen för en sammanslutning.⁵² Avsikten med föreningsfriheten är att ge enskilda vidsträckt möjligheter att sluta sig samman för att gemensamt verka i olika syften.

De grundläggande fri- och rättigheterna får begränsas för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle, men en begränsning får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får inte göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.⁵³

Föreningsfriheten får begränsas, såvitt gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av folkgrupp av viss ras, med viss hudfärg eller av visst etniskt ursprung.⁵⁴ Någon sådan begränsning existerar dock ej i dagens läge. Föreningsfriheten skyddas förutom i grundlagarna också av EKMR och av FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter.

Försvaret för föreningsfriheten och den fria åsiktsbildningen är naturligtvis en tungt vägande orsak till varför man inte skulle vilja införa en sådan lagstiftning som det handlar om här. Med det sagt skall vi gå över till huvudtemat i denna uppsats, nämligen konflikten med strafflagssystematiken.

2.5.2 Straffrättens grunder

Utredningskommittén i SOU 2000:88 kom alltså fram till att en kriminalisering skulle kunna ställa till problem ur rättssäkerhetssynpunkt, samtidigt som dess effektivitet kunde ifrågasättas. Dessutom skulle en

⁵² Prop. 1975/76:209: ”Om ändring i regeringsformen”, s. 144.

⁵³ RF 2:12 st. 2.

⁵⁴ RF 2:14 st. 2.

lagstiftning kunna ge upphov till gränsdragningsproblem gentemot de svenska bestämmelserna om bland annat förberedelse och stämpling till brott.

Det verkar alltså som att ett sådant brott skall komma i konflikt med såväl grundläggande principer inom straffrätten som den systematik som strafflagen är konstruerad kring. Varför är det så? För att kunna besvara denna fråga skall vi först titta lite närmare på den svenska strafflagens grunder samt de så kallade osjälvständiga brottsformerna.

3 Straffrättens grunder samt osjälvständiga brottsformer

Straffrätten vilar på ett antal grundprinciper som styr såväl hur strafflag kan stiftas som hur domaren kan döma i brottmål. Några av dessa principer är så grundläggande att de inte står skrivna någonstans. Även själva brottsbegreppet är influerat av sådana principer, och uppställer i sig självt en del begränsningar för hur strafflag kan stiftas. Nedan redovisas först principernas innebörd och sedan hur man ser på brottsbegreppet i svensk straffrätt. Därefter behandlas osjälvständiga brottsformer.

3.1 Grundläggande principer

En av straffrättens viktigaste grundpelare är den så kallade legalitetsgrundsatsen. Den kan sammanfattas med de tre latinska sentenserna *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali* (inget straff utan lag, inget straff utan brott, inget brott utan kriminalisering genom lag).⁵⁵ I svensk rätt återfinns dessa grundsatser i RF 2:10 andra stycket och 8:3 samt BrB 1:1. Deras innebörd kan sammanfattas i förbud mot analog strafftillämpning samt förbud mot retroaktiv strafftillämpning.

Förbudet mot analog strafftillämpning innebär att straffstadgandets ordalydelse sätter en ganska snäv gräns för vilken tolkning av bestämmelsen som får ske. En tolkning måste alltid hållas inom straffbudets ordalydelse.⁵⁶ Detta innebär att domstolen aldrig får låta intresset av att realisera lagens syfte gå före förbudet mot att frånga lagens ordalydelse. Förbudet mot retroaktiv strafftillämpning innebär i princip att domstolen skall tillämpa den lag som gällde vid gärningens företagande, detta enligt RF 2:10.

Bakom dessa förbud ligger rättssäkerhetsintresset. Makten att straffa är den yttersta utposten för statens möjlighet att använda tvångsmedel mot samhällets medborgare. Därför är det av största vikt att denna makt är väl definierad av lagar, så att det är enkelt för medborgaren att förutse vilka handlingar som leder till straff och vilka som inte gör det.

Legalitetsprincipen kan härledas från *konformitetsprincipen*, enligt vilken en person inte skall hållas ansvarig för en gärning, om han inte hade förmåga eller tillfälle att rätta sig efter lagen. Oförmåga att rätta sig efter lagen kan bero på att gärningsmannen är oförmögen att kontrollera sitt handlande, det vill säga att det inte skedde av egen fri vilja. Psykisk störning kan också anses korrumpera den fria viljan till den grad att en handling inte kan anses

⁵⁵ Jareborg, Nils: "Brotten" (första häftet), Stockholm 1984, s. 40.

⁵⁶ Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: "Straffansvar", Stockholm 2005, s. 23.

som frivillig. När en gärningsman har förmåga att rätta sig efter lagen men saknar tillfälle till det, brister han antingen i kunskap om vad han gör, eller om att det han gör är olagligt.⁵⁷

Konformitetsprincipen har en del viktiga, praktiskt betingade, undantag. För det första leder okunnighet om lagen i princip aldrig från ansvarsfrihet.⁵⁸ För det andra ställer svensk rätt faktiskt inte upp något krav på gärningsmannens tillräknelighet för att ansvar skall kunna utkrävas. Däremot finns ett förbud mot fängelse i BrB 30:6 när det gäller psykiskt störda lagöverträdare, andra typer av påföljder är dock tillåtna. Dessutom gör man också avsteg från konformitetsprincipen när det gäller gärningar som begås av berusade personer.⁵⁹

Man kan säga att konformitetsprincipen med dess betydelsefulla undantag drar upp gränserna för bedömningen av personligt ansvar på brottets subjektiva sida (se vidare nedan). Den grundläggande utgångspunkten är som synes att endast gärningar begångna av egen, fri vilja bör bestraffas.

3.2 Brottsbegreppet

Vilka handlingar är att anse som brott? Man har inte kunnat fastställa några enhetliga kriterier för en allmän karakteristisk varför man har hänvisats till den formella definition som finns i BrB 1:1. Enligt den är ett brott en gärning för vilken straff är föreskrivet. Med straff menas böter och fängelse, enligt BrB 1:3. Gemensamt för alla brott är dock att de innehåller ett antal rekvisit som skall vara uppfyllda för att brotten skall anses vara begångna. Samtliga rekvisit måste vara uppfyllda för att straffbarhet för ett visst brott skall inträda, med det viktiga undantag som de osjälvständiga brottsformerna utgör. Rekvisiten är av två slag, nämligen *objektiva* och *subjektiva*. De objektiva rekvisiten hänför sig till de gärningar som faktiskt utförts. De subjektiva rekvisiten har istället med gärningsmannens inställning till dessa gärningar att göra.

Sett från den objektiva sidan måste ett brott bestå i mänskliga gärningar. Detta i motsats till åsikter, attityder eller egenskaper vilka individen inte kan styra över. Gärningarna måste i princip ha fysisk karaktär, det vill säga innebära ett ingripande i den yttre världen.⁶⁰ När det gäller underlåtenhetsbrott räcker det dock att man inte ingriper för att hindra ett sådant skeende, fastän man borde ha gjort det. Att dömas för ett brott innebär alltså att man åläggs ansvar för sina egna gärningar, andra typer av ansvarsutdömanden skulle enligt Jareborg åsidosätta grundläggande

⁵⁷ SOU 1996:185: "Straffansvarets gränser", s. 50.

⁵⁸ En marginell möjlighet finns i och med bestämmelsen om straffrättsvillfarelse i BrB 24:9.

⁵⁹ BrB 1:2 st. 2: "Har gärningen begåtts under självförvållat rus eller var gärningsmannen på annat vis genom eget vållande tillfälligt från sina sinnens bruk, skall detta inte föranleda att gärningen inte anses som brott".

⁶⁰ Jareborg, Nils: "Allmän kriminalrätt", Stockholm 1995, s. 51.

rättsstatsprinciper.⁶¹ Det finns i svensk rätt vissa undantag från huvudprincipen om enskilda straffbara gärningar, då till exempel ett kontrollerat tillstånd eller en verksamhet är straffbara.⁶²

Att ha ingripit i yttervärlden är dock inte tillräckligt för att man skall anses som straffbar om nu gärningen är av straffbar art. Det krävs också att man kan tillmätas personligt ansvar för gärningen. Det är här man ser på brottet från den subjektiva sidan. Man talar här om den s.k. täckningsprincipen – alla gärningsrekvisit i ett straffstadgande måste vara täckt av någon av de två existerande skuldformerna för att straff skall kunna utdömas. De två skuldformerna är *uppsåt* (dolus) och *oaktsamhet* (culpa). Uppsåt innebär i princip att gärningsmannen kunde ha rättat sig efter lagen, men valde att inte göra så. Oaktsamhet innebär att gärningsmannen skulle ha haft tillfälle att rätta sig efter lagen, om han hade gjort något som han bort göra.

Det är inte alltid som det krävs att en viss effekt har inträffat för att straffbarhet skall inträda. Här finns ett par olika distinktioner att hålla reda på. För det första får man skilja mellan effektdelikt och beteendedelikt, det tidigare kan exemplifieras med mord och det senare med förtal. Vid den tidigare brottstypen är en viss effekt upptagen som ett brottsrekvisit, medan det i den senare räcker med ett visst beteende. Denna distinktion skall inte blandas samman med den mellan skadedelikt och faredelikt. Med detta menas istället det faktum att vissa brott uppställer krav på uppkomst av viss skada, medan andra straffbelägger faran, det vill säga risken för uppkomsten av en viss typ av skada. Denna skada är dock inte samma sak som en effekt, utan kan istället karakteriseras som ett angrepp på ett rättsligt skyddat intresse.⁶³

För att en gärningsman skall kunna anses som ansvarig för ett brott krävs att orsakssambandet mellan dennes gärning och uppkomsten av viss skada eller fara är klarlagt. Sökandet efter orsakssamband i straffrätten har alltid ytterst ett attributivt syfte, det vill säga man söker efter en ansvarig gärningsman. I straffrätten letar man därför alltid efter en mänsklig handling som utgångspunkt för en viss kausalkedja.⁶⁴

Som framgår av redogörelsen ovan är hela den begreppsliga systematiken bakom straffrätten upphängd på möjligheten att hänföra straffrättsligt ansvar till enskilda individer som utför gärningar möjliga att fixera i tid och rum. Det måste också vara möjligt att fastställa att individens gärning lett till den straffbara effekten eller faran.

Verkligheten är ju tyvärr inte fullt så enkel att alla brottslingar begår sina gärningar utan att beblanda sig med andra. Brottslighet sker ofta i grupp, och de olika gärningsmännen är sällan så hjälpsamma att de begår en tydligt

⁶¹ Jareborg, 1995, s 51.

⁶² Jareborg, 1995, s. 51.

⁶³ Jareborg, 1984, s. 174-175.

⁶⁴ Jareborg, 1995, s. 83.

definierad gärning var. Hur regleras då dessa situationer i den svenska straffrätten?

3.3 Osjälvständiga brottsformer

Straffrätten innehåller en mängd straffbud, där vissa gärningstyper straffbeläggs. Men dessa straffbud är inte uttömmande reglerade, istället kompletteras de av bestämmelserna i straffrättens allmänna del. Där finns regler om straffansvar för gärningar som utgör steg på vägen till de i de särskilda straffbuden straffbelagda gärningarnas fullbordande. Där finns också en reglering av medverkan till de straffbelagda gärningarna.⁶⁵

I det följande redogörs för hur man reglerar dessa situationer i svensk rätt, samtidigt som man håller fast vid grundprincipen om individuellt gärningsansvar.

3.3.1 Förberedelse och stämpling till brott

Dessa brott regleras i BrB 23:2, och utöver rekvisiten i denna paragraf krävs också att det särskilt har föreskrivits att förberedelse eller stämpling till det aktuella brottet är straffbart. Så är fallet endast vad gäller de allvarligaste brottstyperna. Dessutom krävs att inte endast ringa fara för brottets fullbordande har förelegat. Brotts på planeringsstadiet delas in i två huvudkategorier, förberedelse till brott samt stämpling till brott.

3.3.1.1 Förberedelse till brott

Detta avser en förberedelse av materiell natur där den, som med uppsåt att utföra eller främja brott, tar emot eller lämnar pengar eller annat som betalning för ett brott eller för att täcka kostnader för utförande av ett brott. Ansvar för förberedelse till brott förutsätter att händelseförloppet inte har fortlöpt så långt att ansvar kan utdömas för försök till brott eller för fullbordat brott. Vad gäller uppsåt skall gärningsmannen ha uppsåt att själv utföra brottet eller ha kännedom om att annan har uppsåt att begå en sådan gärning. Uppsåtet behöver dock inte avse en viss, bestämd gärning men att en gärning av ifrågavarande slag förr eller senare kommer till stånd.⁶⁶

3.3.1.2 Stämpling till brott

Detta avser en förberedelse av mer immateriell natur där någon i samråd med annan person beslutar sig för att utföra gärningen, att någon söker anstifta annan person att utföra gärningen eller att någon åtar sig eller erbjuder sig att utföra den. Straffbar stämpling förutsätter uppsåt, men här gäller samma regler som för förberedelsebrottet ovan. Ett planlagt brott

⁶⁵ Jareborg, 1984, s. 62.

⁶⁶ SOU 2000:88, s. 130-131.

behöver inte vara så nära förestående att brottsplanen kan anses som aktuell.⁶⁷

3.3.2 Försök till brott

I likhet med förberedelse och stämpling krävs ett särskilt stadgande i anslutning till varje enskilt straffbud för att straffbarhet för försök skall komma ifråga. För försök straffas den som påbörjat utförandet av visst brott utan att detta fullbordats, om det förelegat fara att handlingen skulle leda till brottets fullbordande eller sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Den springande punkten vid fråga om straffbart försök är dels när försökspunkten är uppnådd, och dels när försöket gått över i ett fullbordat brott.⁶⁸ Dessa bedömningar styrs ytterst av brottsrekvisiten i det enskilda straffbudet, därutöver finns en rikhaltig praxis på området.

3.3.3 Tillbakaträdande från försök, förberedelse och stämpling

Enligt BrB 23:3 första punkten skall ansvar för försök, förberedelse eller stämpling till brott inte ådömas den som frivilligt, genom att avbryta gärningens utförande eller på annat sätt, föranlett att brottet inte fullbordats. Som utgångspunkt måste det alltså föreligga ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse- eller stämplingshandling för att denna bestämmelse skall aktualiseras. Vid förberedelse och stämpling är det inte möjligt att tillbakaträda genom att avbryta gärningens utförande, eftersom denna ännu inte påbörjats. Ett tillbakaträdande måste ske frivilligt, att gärningsmannen hamnat i praktiska svårigheter eller trott sig vara upptäckt innebär inte ett giltigt tillbakaträdande enligt BrB 23:3. Det gör däremot ett tillbakaträdande föranlett av en allmän rädsla för upptäckt och straff.⁶⁹

3.3.4 Medverkan till brott

En situation då flera gärningsmän är inblandade i samma brottsliga händelseförlopp regleras i BrB 23:4. Här framgår att ansvar för en viss gärning kan ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även den som främjat denna med råd eller dåd. Den som inte döms för gärningen skall dömas för anstiftan, om han har förmått annan till utförandet, och annars för medhjälp till det. Det finns alltså en rangordning mellan de två typerna av medverkan, anstiftan anses som allvarligare än medhjälp.⁷⁰

Medverkansansvaret är självständigt från huvudgärningsmannaskapet på så vis att varje medverkande skall dömas efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. För ansvar för medverkan krävs dock alltid att

⁶⁷ SOU 2000:88, s. 131.

⁶⁸ Leijonhufvud – Wennberg, 2005, s. 113.

⁶⁹ Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne: ”Brottsbalken – En kommentar” (Del II), Stockholm 2002, s. 23:34 ff.

⁷⁰ SOU2000:88, s. 127.

någon har förövat en gärning som uppfyller rekvisiten i en straffbestämmelse och att denna gärning inte är fri från ansvar p.g.a. någon ansvarsfrihetsgrund. Däremot är det inte avgörande att den som står tilltalad för att ha utfört gärningen fällt till ansvar.

Vad som egentligen avses med att främja en gärning ”med råd eller dåd” är inte helt enkelt att sätta fingret på. Klart är att främjandet skall ha skett med fysiska eller psykiska medel och obehövlig medverkan utesluter inte ansvar, till exempel då en person håller vakt vid ett inbrott utan att detta egentligen är av betydelse för gärningens fullbordan.⁷¹

Kravet på grad av deltagande är lågt satt, enligt förarbetena räcker det att medverkansgärningen övat inflytande på händelseutvecklingen i brottsfrämjande riktning, även om det bara är genom att styrka de andra i deras brottsliga beslut.⁷² Var gränsen för straffbar medverkan går är inte klart, men ett populärt exempel är att den som med gillande min åser en misshandel har alltför liten grad av inblandning i händelseförloppet för att kunna tillmätas medverkansansvar. I ett fall har HD dömt en person till ansvar för medhjälp till misshandel, då hans enda insats var att hålla i gärningsmannens jacka medan denne utövade misshandeln.⁷³

3.3.5 Underlåtenhet att avslöja eller hindra brott

I svensk rätt finns inte någon allmän straffsanktionerad plikt att vara verksam för att avslöja andras brott eller hindra att de kommer till stånd. För ett fåtal brott har man dock gjort undantag och skapat möjligheten att straffa för så kallad negativ delaktighet enligt BrB 23:6. Enligt första stycket kan en person straffas som underlåtit att i tid anmäla eller på annat sätt avslöja ett sådant brott som är å färde, när det kan ske utan fara för honom själv eller hans närmaste. Gärningen måste ha fortskridit så långt att straff kan följa. Underlåtenheten måste i princip vara uppsåtlig, såvida inte annat stadgas i anslutning till det straffbud som avses.⁷⁴

3.4 Medgärningsmannaskap

Vad som inte framgår direkt ur BrB:s lagtext är att det finns ännu ett alternativ till hur domstolen kan döma flera gärningsmän som varit inblandade i samma brottsliga händelseförlopp. De kan nämligen dömas som medgärningsmän och anses då alla som gärningsmän av ”första graden”. Dessutom kan flera individer dömas som medgärningsmän utan att någon av dem självständigt uppfyller samtliga brottsrekvisit. Om flera har

⁷¹ SOU 2000:88, s. 128.

⁷² SOU 1944:69, s. 91.

⁷³ NJA 1963 s. 574.

⁷⁴ Holmqvist m. fl., 2002, s. 23:76 ff.

”tillsammans och i samförstånd”⁷⁵ deltagit i samma händelseförlopp är det tillräckligt att deras gärningar kompletterar varandra för att uppnå en viss brottslig effekt. Det krävs då naturligtvis att gärningsmännens respektive uppsåt täcker även de gärningsmoment som de andra deltagarna i gruppen utfört.

Denna möjlighet har utformats i praxis och är väl i grund och botten inte speciellt märklig. På senare år har dock HD kritiserats av bland annat Suzanne Wennberg för att tillämpa vad som kallas för ett ”utvidgat medgärningsmannskap”.⁷⁶ Kritiken rör att man från domstolens sida inte lägger ner någon större ansträngning på att utreda ansvarsfrågan på individnivå. Denna kritik har utlösts bland annat av det mål som följde på kravallerna under EU-toppmötet i Göteborg 2001.⁷⁷ Åtta personer åtalades för att ha tillsammans och i samråd ha främjat upploppen. De skulle från en lägenhet ha samlat information om polisens rörelser och taktik för att sedan vidarebefordra denna till personer som deltog i upploppen. De åtalades för att ha anstiftat eller i vart fall med råd eller dåd främjat de våldsamma upploppen. HD dömde de åtta personerna på samma nivå för medhjälp till våldsamt upplopp. Med risk för viss överdrift kan man säga att de åtalade dömdes ”i klump”. Ingen utredning av uppsåt på individnivå förekommer i domen.

⁷⁵ Wennberg, Suzanne: ”Från Malexander till Sambandscentralen – fördelar och farhågor med dömande i medgärningsmannskap respektive medfrämjandeskap.”, i Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 2002-03, s. 592.

⁷⁶ Wennberg (i Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet), 2002-03, s. 594.

⁷⁷ NJA 2002:489.

4 Samhället, individen och straffet – En rättshistorisk tillbakablick

Varför är det svenska straffrättsliga systemet utformat som det är? Varför är det så självklart och grundläggande att individer är de straffrättsliga subjekten och hur har de inbyggda begränsningarna i strafflagens systematik egentligen blivit till? I detta kapitel söks den historiska samt ideologiska grunden till det system vi har idag. Genom att klarlägga de bakomliggande strukturerna är det lättare att se varför konflikter uppstår och möjligen är det också lättare att finna hållbara lösningar.

För att börja från början så har den tänkande människan befolkat jorden i cirka 50 000 år.⁷⁸ Under denna tid har det visat sig att vi är begåvade med en rättsbildande egenskap, som grupp söker vi automatiskt efter stabila regelverk för att kunna hantera de olika sidorna av mänsklig samlevnad. Dessa regelverks utformning är starkt beroende av hur samhället vi lever i ser ut, dess organisationsgrad, egendomsförhållanden osv. Klart är i alla fall att den juridik vi lever med har sitt ursprung i samhällets villkor och i människors idéer om hur samhället borde vara utformat.

I det följande relateras den svenska utvecklingen vad gäller straff och individ till sådana villkor och idéer. En sådan redogörelse blir inte relevant om man inte inbegriper de stora europeiska idéströmningar som haft inflytande på den svenska straffrättsliga utvecklingen. Därför handlar framställningen nedan om dessa idéer, såväl som deras påverkan i Sverige.

4.1 Från ättesamhällets till centralmaktens straffrättsskipning

Människorna i det tidiga medeltida Europa var organiserade i små lokalsamhällen, vars rättsskipning hade sina rötter i de germanska folkstammarnas rättsliga sedvänjor. Denna rättsskipning kännetecknades av konfliktlösning mellan socialt relativt jämbördiga parter. Det intressanta är att dessa parter inte bestod av individer utan av ätter. Hela samhällets sociala organisation byggde på att varje individ tillhörde en ätt, i annat fall var han fredlös och stod helt utanför det sociala systemets skydd. Dagens uppfattning om den självständiga individen saknades helt. Detta innebar även att straffrätten var uppbyggd för att lösa konflikter mellan ätter, istället för mellan individer. Då en oförrätt hade begåtts av en medlem av en ätt mot

⁷⁸ Anners, Erik: “ Den europeiska rättens historia 1“, Lund 1987, s. 11.

en medlem av en annan ätt, hade en konflikt inte primärt uppstått mellan de två medlemmarna utan mellan de två ätterna.⁷⁹

Det straff som utdömdes behövde inte heller riktas mot brottets förövare, vilken annan manlig person som helst av dennes ätt gick lika bra. Straffets syfte var *restitution*, man sökte helt enkelt att genom straffet återställa den ordning som rubbats av brottet. Det betydelsefulla var vilken kränkning som hade orsakats, om det hade skett med avsikt, genom vårdslöshet, eller genom en ren olycka var egentligen utan betydelse.⁸⁰

Den process som brukar benämnas den judiciella revolutionen innebar att den lokala rättsskipningen successivt trängdes ut av centralmaktens, i samband med nationalstatens formation. I Sverige tog denna process sin början runt år 1000, men det var först under Gustav Vasas regenttid på 1500-talet som man kunde tala om en svensk stat.⁸¹

I början av den svenska centralmaktens formation fanns en maktfaktor som kom att få stort inflytande på rättsskipningen, nämligen den katolska kyrkan. Med påvestolen som sista rättsliga instans hade kyrkan egen lagstiftning och domsrätt inom vissa områden, speciellt sådana som berörde sedlighet och familjeliv. En av de religiöst betingade innovationerna kyrkan förde med sig var att individen skulle klandras på moraliska grunder för det fel han begått, den så kallade *skuldtanken*. På detta vis började fokus i straffrätten flyttas över från ätten till individen.⁸²

Den konfliktlösning som tidigare skedde direkt mellan ätterna togs nu successivt över av centralmaktens domstolar, vilka hade som mål att förhindra de blodiga ättefejder som försvårade styret. I Östgötalagen stadgades att:

”Nu får man ej hämnas på annan än den som har gjort gärningen, hämnas man så, då bryter man konungs edsöre.”⁸³

Strafflagstiftningen präglades av ett kasuistiskt synsätt, det fanns en mycket låg grad av abstraktion i de olika straffbuden. Det var också en mer berättande strafflagstiftning än idag, ofta uttryckte lagen moraliskt fördömande av den handling som åsyftas.⁸⁴

De medeltida så kallade landskapslagarna var indelade i rättsböcker och lagböcker. Rättsböckerna var närmast att betrakta som nedtecknad sedvanerätt medan lagböckerna hade en mer officiell prägel, ofta stadfästa av kungen. Ända sedan de allra första svenska lagsamlingarna var lagarna

⁷⁹ Lernestedt, Claes: ”Kriminalisering – problem och principer”, Uppsala 2003, s. 36.

⁸⁰ Lernestedt, 2003, s. 37.

⁸¹ Lernestedt, 2003, s. 41.

⁸² Häthén, Christian: ”Stat och straff – rättshistoriska perspektiv”, Lund 2004, s. 24.

⁸³ Häthén, 2004, s. 46.

⁸⁴ Häthén, 2004, s. 45.

organiserade efter balksystemet. En balk var en sammanhängande enhet av lagen, på samma vis som lever kvar i dagens lagsystem.⁸⁵

Under Gustav Vasas styre slogs kyrka och stat samman i den process som spred sig från Wittenberg och som benämns reformationen. Kungen blev överhuvud även för kyrkan, och slapp på så vis dela makten. Man gick i Sverige över från den katolska till den Luthersk-reformerta läran. Idén om kungens position som guds ställföreträdande ledare på jorden var en mycket viktig influens och ledde till maktfullkomliga härskare på flera håll i Europa. Denna idéns främsta uttolkare var den franske filosofen Jean Bodin, som utvecklade en teori om en slags gudomlig naturrätt. Kungen var suverän monark, men hans makt var ändå begränsad av den gudomliga ordningens lag.⁸⁶

Dessa processer ledde till att strafflagstiftningen fjärmade sig från sitt ursprungliga syfte att skapa fred i samhället till att bli kungens instrument för att kontrollera riket. Straffen blev brutalare och speciellt brott mot religion och sedlighet bestraffades mycket hårt. Även om kyrkan underordnades staten i och med reformationen, utgjorde den fortfarande en stark influens på straffrätten och skulle så göra för en lång tid framöver. Till Kristoffers landslag från 1608 fogades den mosaiska rätten, alltså de tio budorden, som ett appendix. De hårda, repressiva straffen kom sig av en grundsyn på samhället som fallandes i onskans händer. Man rörde sig från det förlorade paradiset mot ett ökat mörker, stränga straff blev då ett sätt att bromsa denna utveckling. Straffrätten var formerad kring *talionsprincipen*, ofta uttryckt med devisen ”öga för öga, tand för tand”.⁸⁷

Individen i modern mening existerade inte under denna tidsperiod, en mer korrekt benämning vore ”undersåte”. Till denne kunde häfta en individuellt burens skuld för brott mot den av konungen givna gudomliga ordningen. Det fanns dock ännu inte någon idé om att undersåten också kunde vara utrustad med speciella rättigheter eller krav på samhällets rättsskipning.

1734 års lag var indelad i två straffrättsliga balkar; missgärningabalken, som innehöll bestämmelser om de särskilda brotten, och straffbalken, som innehöll bestämmelser om verkställighet av straff. I MB kunde man märka att gärningsmannens intentioner började få större betydelse i strafflagstiftningen, i flera fall lämnades rena olyckshändelser fria från straff. Det fanns också en reglering av medverkan till brott, där förbud mot såväl att förmå annan till brott som att hjälpa denne i utförandet stadgades. Någon allmän del saknades dock än så länge i MB, strukturen i lagen byggde på en slags blandning av de tio budorden och Kristoffers landslag från 1608.⁸⁸

⁸⁵ Modéer, Kjell Å: ”Historiska rättskällor – en introduktion i rättshistoria”, Lund 1997, s.

⁸⁶ Häthén, 2004, s. 61.

⁸⁷ Häthén, 2004, s. 72.

⁸⁸ Häthén, 2004, s. 159.

4.2 Det sociala kontraktets betydelse, upplysningen och det liberala rättsstatsidealet

De naturrättsliga idéer som fick Jean Bodin att anta att den enväldige monarkens makt ändå var underkastad vissa begränsningar låg som bakgrund till engelsmannen Thomas Hobbes idéer om samhället och människan. I *Leviathan* (1651) presenterade han sin teori om allas kamp mot alla i naturtillståndet och behovet av en stark kungamakt för att undgå kaos och förstörelse. Hobbes resonerade i termer av ett tänkt *socialt kontrakt* som samhällets invånare skulle ha ingått. Detta innebar närmare bestämt att de gett upp en del av sin frihet mot att få leva i lycklig ordning under en suverän monark.⁸⁹

Idén om det sociala kontraktet var en central del i de teorier som presenterades något senare av Hobbes landsman John Locke, men här fick begreppet *frihet* en mycket mer central betydelse. Liksom Hobbes utgick Locke från att samhällets invånare gett upp en del av sin frihet för att kunna leva tillsammans i samhället. Denna frihet var egentligen människans naturliga rättighet, därför måste statens inskränkningar i den vara nödvändiga och lagbundna. Den viktigaste rättigheten som människan avstod från genom det sociala kontraktet var rätten att använda våld för att skydda sina rättigheter. Vissa av dessa rättigheter var så grundläggande att individen inte kunde avkrävas dem, främst rätten till personlig säkerhet, rätten till frihet och rätten till egendom. Om dessa rättigheter kränktes ägde medborgarna rätt att göra revolution.⁹⁰

Det omvälvande i detta nya tankesätt var att regenträtten härleddes från samhällets invånare, stället för den gudomliga ordningen. Kungen legitimerades nu underifrån istället för ovanifrån. Denna idé, samt Lockes teorier om konflikten mellan samhällets tvångsmakt och individens frihet skulle komma att få mycket stor betydelse för den politiska och straffrättsliga utvecklingen i Europa. Egentligen härstammar alla de viktiga inslagen i idealet om den liberala rättsstaten, som idag är grundläggande i alla västvärldens lagsystem, från denna tanketradition.

Parallellt med Lockes idéer om individens frihet, och nödvändigheten av att begränsa statens tvångsmakt, växte en annan idétradition fram. *Utilitarismen*, som bland annat konstruerades av engelsmannen Jeremy Bentham, var på sätt och vis kontraktsteoriernas motsats. Istället för att ha individens frihet som högsta värde, var principen ”största möjliga lycka åt största möjliga antal” styrande. Tankegångarnas revolutionära kraft är uppenbar, istället för att legitimera det rådande systemet med tradition måste det legitimeras med *nytta* och *lycka*.⁹¹ Idén om att människans möjlighet att

⁸⁹ Robinson, O F – Fergus, T D – Gordon, W M: ”European legal history”, London 2000, s. 225.

⁹⁰ Häthén, 2004, s. 66.

⁹¹ Robinson m. fl., 2000, s. 254.

med egen kraft skapa det samhälle hon vill leva i ligger inkapslat i denna idétradition.

Ett gemensamt drag för båda dessa idéströmningar var att de kunde användas för att ifrågasätta den rådande ordningen i Europa, med absoluta härskare, repressiva straff och religiös intolerans. De blev därför viktiga influenser i den *upplysningsrörelse* som ville göra upp med det gamla samhället, och vars tankegods var ledande för såväl den franska revolutionen som grundandet av Amerikas Förenta stater. Nyckelorden för denna rörelse var förnuft, rättvisa, laglighet, sekularisering och tolerans. Dels ville man uppgradera individen till medborgare, utrustad med ett antal rättigheter. Dels hade man en vision om medborgarnas möjlighet att på förnuftigt vis skapa ett bättre samhälle. Immanuel Kant uttryckte det som att upplysningen var ”människans utträde ur hennes självförvållade omyndighet”.⁹²

Voltaire utnämns ofta till upplysningens portalgestalt, och han var hårt kritisk till de stränga, orättvisa straffen. Det var också han som förde in John Lockes idéer i den franska upplysningsrörelsen. På det straffrättsliga området hade Montesquieus verk ”De l’esprit des Lois” mycket stor betydelse för kraven på en mer rationellt utformad straffrätt, i förlängningen till för medborgarnas bästa.⁹³

Av avgörande betydelse var italienaren Cesare Beccarias verk ”Dei delitti e delle pene” (Om brott och straff), som publicerades 1764. I detta verk formulerade han några av de straffrättsprinciper som är vägledande än idag. Starkt influerad av upplysningens ideal om tolerans och rättvisa argumenterade han för en förändrad straffrätt. Hans huvudtes var att straffens stränghet stod i relation till nationens utvecklingsgrad, och att strängare straff än nödvändigt, genom sin förhårdande verkan på befolkningen, var skadligt för samhället.⁹⁴ Beccaria ansåg också att straffet måste stå i proportion till brottet, detta byggde han på tankar om en *rationell allmänprevention*. En brottsling som har att välja mellan två brott skulle inte påverkas i sitt val om straffen är desamma, trots att det ena brottet är mer skadligt för samhället.⁹⁵

Upplysningsepokens krav på en mer genomtänkt straffrätt innebar att de ideologiska fundamenten för en mer vetenskapligt konstruerad straffrätt hade formerats. Samtidigt ledde kraven på legalitet och förutsebarhet i lagstiftningen i allmänhet till att man ville skapa systematiska *kodifikationer*, sammanhängande lagverk styrda av grundläggande principer.

⁹² Frängsmyr, Tore: ”Sökandet efter upplysningen – perspektiv på svenskt 1700-tal”, Uppsala 2006, s. 53.

⁹³ Tamm, Ditlev: ”Retshistorie, Danmark – Europa – Globale perspektiver”, Köpenhamn 2002, s. 236.

⁹⁴ Beccaria, Cesare: ”Dei delitti e delle pene. Om brott och straff”, Stockholm 1977, s. 197.

⁹⁵ Beccaria, Stockholm 1977, s. 47–48.

På 1800-talet började de nya idéerna ta form som lagstiftning. Den europeiske föregångaren här var Anselm von Feuerbach, hjärnan bakom den bayerska strafflagen från 1813 och den som först gav straffrätten en sekulariserad filosofisk bas. Det var Feuerbach som gav legalitetsprincipen dess klassiska uttryck. När det kom till straffets syfte och grund var Feuerbach även influerad av Immanuel Kants teorier om *sekulariserad vedergällning*.⁹⁶

Dessa idéer stod egentligen i motsats till upplysningens idéer om rationell allmänprevention. Kant härledde statens rätt att straffa ur idén om människan som en moralisk, rationellt handlande varelse. I kombination med det kategoriska imperativet menade Kant därför att det existerade en universell moral och att varje brott mot denna nödvändiggjorde en vedergällning. Att härleda rätten att straffa ur andra motiv än kränkningen av den universella moralen skulle innebära ett utnyttjande av den bestaffade. Av denna orsak var det också nödvändigt att straffet var proportionerligt mot brottet.⁹⁷

Feuerbach avvisade dock inte helt tanken på allmänpreventionen som bakgrund till straffet. Han menade dock att det snarare var det psykologiska tvånget som lagen förmedlade än själva straffens verkställande, som fick människor att avstå från att begå brott. I linje med såväl Beccaría som Kant menade han att det var mycket viktigt med proportionerliga straff, annars skulle lagens psykologiska effekt bli förfelad. Den av Feuerbach utvecklade basen till straffrätten kan sammanfattas i tre bärande principer:

1. Egalitets- eller likhetsprincipen. Ingen skillnad skulle göras i bedömningen beroende på gärningsmannens person.
2. Proportionalitetsprincipen. Straffet skulle stå i proportion till brottets svårighetsgrad.
3. Legalitetsprincipen. Sträng lagbundenhet minskade risken för godtycke i rättsskipningen.

Dessa principer blev grundläggande i de *rättsstater* som de flesta europeiska länder började utvecklas till under 1800-talet, och de utgör fortfarande grunden till idealet om den liberala rättsstaten. Feuerbach brukar också kallas för den förste rättsvetenskapsmannen, eftersom han ville skapa en enhetlig systematik och begreppsapparat att omge straffrätten. Hans syn på straffrättsvetenskapens uppgift var att dess uppgift var att hindra makthavarna från att utöva godtycklig terrorisering av samhällsmedborgarna.⁹⁸

Feuerbachs idéer kom att vidareutvecklas av vad som nu kallas för den *klassiska straffrättsskolan*. Denna rörelse var påverkad av den konservatism som kommit som en reaktion mot bland annat den franska revolutionen. Istället för att enbart se på rätten som en teoretisk konstruktion, menade man

⁹⁶ Häthén, Christian: ”Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik”, Lund 1990, s. 43.

⁹⁷ Anners, Erik: ”Den europeiska rättens historia 2”, Lund 1987, s. 116-117.

⁹⁸ Häthén, 2004, s. 180.

att den växte organiskt ur folkdjupet. Rättsvetenskapens uppgift var då att fånga upp denna *Volksgeist* och genom sin lärdom omvandla den till en teoretiskt hållbar straffrätt. Dess portalfigur Karl Binding såg vedergällningen som straffets huvudsakliga motiv och betonade vikten av proportionerliga straff.⁹⁹

Under Gustaf den III:s regenttid i slutet av 1700-talet påbörjades försiktigt en inkorporation av upplysningens ideal i den svenska straffrätten. Kungen själv var mycket mottaglig för de nya idealen och arbetade mot tortyr, dödsstraff samt religionens starka påverkan på straffrätten. Hans idéer mötte dock starkt motstånd i riksdagen och det tog lite tid innan några större förändringar blev av.¹⁰⁰

De nya idealen sattes ordentligt på pränt först i Stora lagkommitténs förslag till allmän kriminallag från 1832. Kommittén hade tillsatts knappt 20 år tidigare, och ledarfiguren Johan Gabriel Richert hade lett den till ett förslag byggt på legalitet och överskådlig systematik. Man ville bekämpa brutala straff och implementera rättssäkerhetstanken genom att omöjliggöra straff utan ett tidigare existerande straffstadgande. Man fokuserade mindre på effekten av ett brott och mer på gärningsmannens intentioner. Med detta hänger samman att man ville låta straffbarhet inträda på försöksstadiet vid brott med mer än böter i straffskalan. Man ville därför införa en allmän försöksbestämmelse.¹⁰¹

Kommitténs förslag motarbetades starkt av konservativa krafter och 1864 års SL blev inte så radikal som kommittén hade önskat. Den allmänna delen blev aldrig så väl utvecklad som man hade önskat, men infördes i alla fall i de sex första kapitlen.¹⁰² SL innebar ändå en stor modernisering jämfört med 1734 års MB, i det att den frångick den kasuistiska synen på brott och hade en mer modern systematik.

Upplysningens ideal hade alltså gjort insteg i den svenska straffrätten, om än inte via en så radikal uppgörelse med det historiska arvet som till exempel i Frankrike.

4.3 Det liberala rättsstatsidealet möter modernismen

Den under 1800-talet växande tron på individens frihet mötte sin antites i den kollektivism som kom att prägla synen på samhället och människan under framför allt 1900-talets första hälft. Detta innebar dock inte en återgång till den äldre synen på människan som undersåte, tvärtom uppgraderades hennes ställning i flera länder genom

⁹⁹ Petersson Hjelm, Ann-Christine: ”Fängelset som välfärdsbygge”, Uppsala 2002, s. 41-42.

¹⁰⁰ Häthén, 1990, s. 201.

¹⁰¹ Häthén, 1990, s. 203.

¹⁰² Jareborg, 1984, s. 26.

demokratiseringsprocesserna.¹⁰³ Men individen sågs som en del av *samhället* på ett annat sätt än tidigare och detta fick stora effekter på synen på straffet och individen. Dessa processer var kopplade till övergången från rättsstat till socialstat.

De ideologiska strömningarna tog sig uttryck som straffrättsliga teorier genom att man ville härleda brottets orsaker från samhället snarare än från individen. Som belysts ovan kretsade de straffteoretiska resonemangen under 1800-talet kring allmänprevention men också brottslingens moraliska ansvar. Under slutet av 1800-talet kom framför allt två skolbildningar att knyta sina teorier om brottets orsaker till faktorer som låg utanför individens kontroll. Dessa var den *positiva* respektive den *sociologiska* skolan.

Den *positiva skolan* byggde på den italienske läkaren Lombrosos idéer om den så kallade förbrytarmänniskan. Han menade att vissa individer var predestinerade för brott på grund av deras biologiska förutsättningar. Lombrosos landsman Ferri byggde vidare på dessa idéer och skapade en teoribildning där man närmast ansåg att brottslingen saknade fri vilja och därför inte kunde straffas, bara behandlas.¹⁰⁴

Den *sociologiska skolans* främste representant, Frans von Liszt, ansåg att straffets uppgift var att bekämpa kriminalitet som socialt fenomen. Genom det så kallade *Marburg*-programmet uttryckte han sin vilja att vidga straffrättens funktion till att snarast bli en del av kriminalpolitiken.¹⁰⁵ Von Liszt ansåg att straffsystemet inte kunde rättfärdigas på den grund som den klassiska skolan hade anfört, det vill säga Kants sekulariserade vedergällningslära i kombination med en rationell allmänprevention. Istället menade han att det kunde legitimeras på vetenskaplig grund, som ett samhällets redskap för att bekämpa kriminaliteten.¹⁰⁶ Detta gjorde att straffet sågs som en möjlighet för samhället att formas till det bättre snarare än en vedergällning för en begången gärning.

Dessa idéströmningar kan spåras tillbaka till utilitarismens kärnvärden. Straffet och straffrätten blev legitima främst som instrument för skapandet av det nya, moderna samhället. De moderniseringsprocesser som dessa idéströmningar ledde till och var en del av innebar att individen skulle underordnas det större syftet, nämligen kollektivets intresse. I utilitarismens extrema form innebär det att ändamålet helgar alla medel, vilket kunde observeras i Hitlers Tyskland eller i Sovjet. Borta var där skyddet av individens frihet och rättssäkerhet.

Någon sådan utveckling förekom som tur var inte i Sverige. Uttryck för en mer utilitaristiskt styrd straffrätt kunde dock observeras, bland annat i den teoribildning som kom från den så kallade ”Uppsalaskolan”. Deras starkaste kännetecken var att de ville rensa bort alla metafysiska (naturrättsliga)

¹⁰³ Petersson Hjelm, Uppsala 2002, s. 131.

¹⁰⁴ Petersson Hjelm, Uppsala 2002, s. 43.

¹⁰⁵ Häthén, Lund, 1990, s. 72-73.

¹⁰⁶ Häthén, Lund, 1990, s. 79.

laddningar i lagen över huvudtaget, och bana väg för en sträng positivism.¹⁰⁷ Detta kan ses som ett utslag av utilitarismens ändamålsenlighet, och vägran att acceptera sådana koncept som ”naturliga rättigheter”. Denna influens har varit mycket stark i Sverige och det är bara de senaste 20 åren som idéer om sådana rättigheter fått fäste i rättslivet igen.

I Sverige förekom dock inte, som i Tyskland, någon regelrätt skolstrid mellan det klassiska vedergällningssystemet och den moderna preventionsrätten. Det fanns tendenser därtill, vilka kunde noteras i retoriken mellan de två professorerna Hagströmer och Hagerup.¹⁰⁸

Som något av en syntes argumenterade lundaprofessorn Johan Thyrén i sin ”Principerna för en strafflagsreform” för en principstyrd straffrätt, möjlig att diskutera på ett teoretiskt plan som ett sammanhållet system. Thyrén var influerad av Von Liszt och såg på samhället som en social organism. Hot mot denna skulle kriminaliseras, dock inte i strid med rättsstatens grundprinciper. För Thyrén präglades straffrättens allmänna del av de konflikter som uppstod mellan olika intressen vilka var för sig förtjänade rättsordningens skydd. Systematiken i strafflagen skulle vara byggd kring Feuerbachs och den klassiska straffrättsskolans idéer om hot mot vissa intressen.¹⁰⁹

Thyréns visioner om en från grunden omarbetad straffrätt kom egentligen aldrig att förverkligas. Istället gjordes successiva justeringar i SL fram till att dagens BrB trädde i kraft 1965. 1937 tillsattes den straffrättskommitté som utformade det förslag till ny brottsbalk som presenterades 1953. Arbetet skedde efter justitieminister (och Thyréns kusin) Karl Schlyters riktlinjer. Han var också ordförande i den strafflagsberedning som tillsattes 1938 och som utredde påföljdssystemet. Schlyter var tydligt influerad av Von Liszts tankegångar om straffrätten som en del av kriminalpolitiken men mer praktiskt än straffteoretiskt inriktad. Han företrädde en behandlingsorienterad syn på straffrätten och gav därför stort utrymme åt individualpreventiva tankegångar.¹¹⁰

Straffrättskommitténs arbete ledde till viktiga reformer av SL. 1942 tillkom nya regler rörande försök till brott, och försöksansvaret utvidgades till att omfatta långt fler brott än tidigare. 1948 infördes nya regler om förberedelse och medverkan. 1953 kom alltså förslaget till ny BrB, vilket utgick från en systematik som påminner mer om 1734 års lag än om SL. En allmän indelning gjordes i:

1. Allmänna bestämmelser.
2. Om brotten.
3. Om påföljderna

¹⁰⁷ Häthén, 2004, s. 237.

¹⁰⁸ Häthén, 1990, s. 160 ff.

¹⁰⁹ Häthén, 1990, s. 176 ff.

¹¹⁰ Häthén, 2004, s. 243-244.

Reglerna om försök, förberedelse, medverkan etc. samlades således i den allmänna delen, i BrB kapitel 23.¹¹¹

4.4 Nyklassisk straffteori

Under andra halvan av 1900-talet växte *nyklassicismen* fram, en reaktion mot den rättsosäkerhet som blivit följden av behandlingsidealet influens på straffsystemet. Reaktionen innebar en önskan att i större mån återvända till det liberala rättsstatsidealet. Nyklassicismens kritik mot behandlingstanken grundades sammantaget i att den ledde till rättsosäkerhet, att konflikter mellan lagbrytare och samhälle samt lagbrytare och offer doldes, att den byggde på en falsk uppfattning om kriminalitetens orsaker samt att behandlingen inte nådde förväntade resultat.¹¹²

En viktig ingrediens i det nyklassicistiska tänkandet var att straffsystemet kunde delas upp i olika nivåer, på vilka de olika straffrättsprinciperna gör sig gällande i olika stor utsträckning:

1. Kriminalisering
2. Ådömande av straff
3. Verkställighet av straff

I och med denna uppdelning tyckte man sig ha löst upp motsättningen mellan allmän- och individualprevention i viss mån. Allmänpreventionen skulle uppvärderas men detta förhindrade i och för sig inte att man inom ramen för det ådömda straffet kunde vidta individualpreventiva åtgärder. Det viktiga var att dessa inte påverkade straffets allmänpreventiva funktion, vilket man ansåg hade skett under behandlingstankens inflytande.¹¹³

Under tiden fram till idag har en mängd nya brott införts i BrB men inga genomgripande systematiska förändringar har genomförts. Kampen mellan det liberala rättsstatsidealet och behandlingsidealet har inte främst förts på strafflagens arena. Istället har det i första hand rört sig om påföljdernas utformning.

¹¹¹ Jareborg, 1984, s. 27.

¹¹² BRÅ-rapport 1977:7: "Nytt straffsystem", s. 178.

¹¹³ BRÅ-rapport 1977:7, s. 199.

5 Perspektiv på kriminalisering

Precis som Johan Thyrén hävdade är det svårt att kritisera ett system om man inte kan utläsa vilka principer som styr dess utformning. Detta gäller också konceptet kriminalisering. För att kunna svara på om en viss kriminalisering är lämplig eller inte, måste man därför ha några allmänna bedömningsgrunder att bygga sin ståndpunkt på. Därefter kan man ta ställning i ett enskilt fall.

Dessa bedömningsgrunder är dock inte så lätta att utforma. Hur man ställer sig till kriminalisering i allmänhet är nära förknippat med hur man ställer sig till konflikten mellan den liberala rättsstatens ideal kontra socialstatens ändamålsenliga straffrätt. I det följande berättas inledningsvis lite allmänt om kriminalisering och dess koppling till den politiska och rättsliga historia som presenterades i kapitel 4. Därefter presenteras Jareborgs karakteristik av skillnaden mellan en offensiv och en defensiv straffrättspolitik. Slutligen diskuteras lite om det överhuvudtaget går att ställa upp några specifika riktlinjer för kriminalisering, detta med utgångspunkt i Claes Lernstedts avhandling ”Kriminalisering – problem och principer”, vilken har just detta syfte.

5.1 Straffets funktion och kriminalisering

Som vi har sett tidigare har idéerna om brott och straff påverkats av olika ideologier. I kärnan av dagens straff ligger idén om den så kallade medelbara allmänpreventionen, det vill säga att det är den psykologiska tvång som förmedlas av strafflagen som egentligen får människor att avhålla sig från brott. Jareborg utgår från den nyklassiska uppdelningen av straffsystemet i tre olika nivåer, på vilka de olika principerna gör sig gällande i olika utsträckning. På kriminaliseringsnivån är allmänprevention samt kommunikation av samhälleliga värderingar det styrande syftet.

Just denna kommunikation av samhälleliga värderingar utgör en viktig del i konflikten om straffrättens användning. Närmare bestämt kan man fråga sig hur viktig denna kommunikation är, och hur den skall prioriteras i förhållande till andra värden, så som individens frihet.

Durkheim menar att straffets syfte är moralisk konsolidering i samhället. Han hävdar att det i samhället finns en grundläggande moralkod och den växelverkar med den skrivna strafflagen.¹¹⁴ Om det blir ett för stort glapp mellan de två misslyckas strafflagen med sin uppgift, eftersom samhällsmedborgarna då inte uppfattar lagen som ett uttryck för samhällets ”överenskommelse”.

¹¹⁴ Lukes, Steven – Scull, Andrew: ”Durkheim and the Law” (Ant.), Oxford 1983, s. 3.

Detta innebär att en straffrätt som ligger för långt före den samhälleliga moralkoden, kan sägas vara drabbad av ”inflation”. Konsekvensen av detta skulle då bli uppdrivna straffnivåer utan något egentligt brottsförebyggande resultat.

Som kunde noteras i kapitel fyra har straffrättsvetenskapen vuxit fram i nära samband med idén om rättsstatens grundprinciper. Därför har den straffrättsliga doktrinen sett det som en av sina viktigaste uppgifter att hålla vakt runt det kriminaliserade området och kritisera nykriminaliseringar som verkar spä på denna inflation. Inom straffrättsvetenskapen talar man om ultima ratio - principen, det vill säga att kriminalisering först skall tillgripas när alla andra till buds stående medel uttömts. Således måste man först överväga om förebyggande åtgärder, större resurser till de brottsbekämpande myndigheterna eller något annat medel kan användas istället för kriminalisering.¹¹⁵ Denna ordning kan motiveras dels grundad i samhällshänsyn, men också med hänsyn till individens frihet. Enligt Lockes kontraktsteori och grundprinciperna bakom den liberala rättsstaten är det avgörande att statens tvångsmakt över individen inte utsträcks längre än vad som är absolut nödvändigt.

Det är dock inte alla teoretiker som hänger sig åt att skydda det liberala rättsstatsidealet. Devlin förespråkar istället en teori som innebär att straffrättens syfte är att etablera en så enhetlig samhällsmoral som möjligt. Det handlar alltså om att göra Durkheims ”moralkod” så fri från undantag som möjligt. Detta är socialstatens straffrättsteori, där den enskilde individens frihet alltid är underordnad kollektivets intresse.

Som vi kan se är alltså svaret på frågan ”vilken straffrätt vill vi ha?” beroende av svaret på frågan ”vilken stat vill vi ha?”. De två olika idealen rättsstat och socialstat för med sig var sin straffrätt, olika till innehållet. Innan vi går in på Jareborgs karakteristik av dessa två typer av straffrätt, skall de ganska kortfattat kopplas till sina ideologiska rötter.

Socialstatens straffrättsteori är nära kopplad till utilitarismen. Ett efter utilitarismen format straffsystem skulle inte ta någon hänsyn till olika gärningars klandervärdhet ”i sig”, istället skulle straffens effekter stå i fokus. Ett renodlat utilitaristiskt system skulle inte innefatta något behov av att utreda gärningsmannens intentioner, snarare skulle strikt ansvar gälla. Detta skulle ju innebära den mest effektiva allmänpreventionen, om man orsakar en viss effekt kommer man att straffas oavsett om det skedde med avsikt, av oaktsamhet eller genom en ren olycka.¹¹⁶

I motsats till detta synsätt företrädde Kant en så kallad deontologisk etik, vilken innebär att det är en handlings värde i sig som skall bedömas istället för dess effekt. Varje individ anses som fri, och moraliskt rustad att själv förhålla sig till den universella moralen. Straffet skall inte ses som en hämnd

¹¹⁵ Jareborg, Nils, i ant. ”Varning för straff”, 1995, s. 22.

¹¹⁶ Wennberg, Suzanne: ”Några moralteoretiska synpunkter på straffsystemet.”, i Tidsskrift för rettsvetenskap, 1994, s. 322.

utan som en återställning av den rubbade balansen i den universella balansen. Enligt denna syn på ansvar skall ingen straffas för annat än det moraliska ansvar som han ådragit sig genom sin gärning.¹¹⁷ Denna syn på individens handlingsmoral som det bestämmande elementet för straffrättens utformning är en viktig ingrediens i rättsstatens straffrättsteori.

Om man ser utilitarismen som tes och den Kantianska etiken som antites verkar det rimligt att se Feuerbachs straffteorier som en syntes av de båda. Hans syn på straff uttrycker en kompromiss mellan plikt-moral och utilitarism som senare skulle komma att formuleras mer precist av Hart. Denna medelväg benämns regelutilitarism, och innebär att reglerna skall vara uppställda så att en handling som typiskt sett leder till en viss effekt bör vara kriminaliserad. Bestraffningens grund är kränkningen av ett rättsligt skyddat intresse, samtidigt som det finns uppsåtskrav som avvisar strikt ansvar. Enligt Hart är utilitarism grunden för straffsystemets existens, men det hindrar inte att själva straffansvaret kan begränsas med moraliska principer.¹¹⁸

Denna regelutilitarism är ju vad som i själva verket ligger till grund för dagens straffsystem. Vårt system är en syntes, eller en kompromiss, mellan intresset av att upprätthålla en allmänpreventiv effekt och att hålla fast vid principen om individuellt moraliskt ansvar.

5.2 Defensiv och offensiv straffrättspolitik

Nils Jareborg använder sig av detta begreppspar för att tydligt karakterisera spänningen mellan rättstatens och socialstatens sätt att se på användningen av straffrätten. Om man vill kan man se de två positionerna som de två ytterändarna på en skala som går mellan *rättssäkerhet* och *effektivitet*. Enligt Jareborg är doktrinen uppgift att söka styra rättssystemet till en godtagbar kompromiss mellan dessa två intressen. Han är själv en förespråkare för en mer defensiv straffrättspolitik. Det är viktigt att komma ihåg att de två modellerna är just modeller (eller idealtyper), det vill säga de har inga verkliga motsvarigheter. Den defensiva modellen kan ändå sägas ligga ganska nära den straffrätt som har sitt ursprung i den klassiska straffrätt som började ta över i Europa i början av 1800-talet.¹¹⁹

Den defensiva straffrättspolitikens kännetecknas bland annat av att:

- brott förutsätter att gärningen typiskt sett kränker eller hotar ett rättsligt erkänt intresse eller värde möjligt att konkretisera (straffrättens skydd skall dessutom främst gälla individers värden eller intressen),

¹¹⁷ Wennberg, i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1994, s. 310.

¹¹⁸ Wennberg, i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1994, s. 331.

¹¹⁹ Jareborg, Nils, i ant. "Varning för straff", 1995, s. 23.

- brott förutsätter att gärningsmannen kan anses vara moraliskt ansvarig för gärningen; straffansvar får inte åläggas om det brister ifråga om ansvarsförmåga, subjektiv inställning eller dylikt,
- brotts typerna måste vara begripligt och bestämt definierade,
- kriminalisering bör tillgripas endast i sista hand eller för de mest förklarliga gärningarna (eftersom bestraffning är samhällets mest ingripande och förnedrande sanktion) samt,
- ett brott består i enstaka onda eller kränkande gärningar: straffrätten riktar sig direkt mot handlingar och underlåtenheter, endast indirekt mot gärningsmannen.¹²⁰

Kommunikation av samhälleliga värderingar utgör kriminaliseringens viktigaste syfte enligt den defensiva positionen. Därför är det också viktigt att straffskalorna svarar mot måttet av förkastlighet hos en viss brotts typ. Straffrättens syfte är också till en del allmänprevention, men den skall inte användas som ett instrument för att lösa sociala och samhälleliga problem.

Den offensiva straffrättspolitikens prioriterar istället uppnåendet av samhälleliga resultat genom allmänprevention, vilket innebär att:

- ett hot mot eller en kränkning av ett rättsligt skyddat intresse eller värde är en *tillräcklig* förutsättning för kriminalisering,
- straffrättslig skuld uppfattas som skäl för kriminalisering,
- ökad vikt läggs vid gärningar riktade mot statsapparaten,
- i tilltagande utsträckning kriminaliseras gärningar som endast innefattar en potentiell fara för något rättsligt skyddat intresse eller värde,
- många nya brottsdefinitioner är i språkligt hänseende påtagligt obestämda,
- hot om straff tillgrips inte endast i sista hand utan snarare i första,
- ökad kriminalisering sker av oaktasamhetsbrott och av osjälvtändiga brottsformer såsom försök och medverkan.¹²¹

5.3 Hållbara kriterier för kriminalisering?

Även om vi vet att frågan om kriminalisering handlar om att hitta en godtagbar kompromiss mellan effektivitet och rättsäkerhet, hade det varit bra om mer precisa kriterier för att bedöma ett kriminaliseringsförslag kunde uppställas. Dessa kriterier skulle då kunna appliceras på varje nytt förslag, varigenom man förhoppningsvis skulle närma sig Thyrens vision om en principstyrd strafflag lite mer.

Förutsättningarna för kriminalisering av en viss gärningstyp har berörts sparsamt i svensk doktrin. Från lagstiftaren och utredningsväsendet har inte heller kommit några klara ställningstaganden. 1992 ställde den så kallade

¹²⁰ Jareborg, Nils, i ant. "Varning för straff", 1995, s. 24-25.

¹²¹ Jareborg, Nils, i ant. "Varning för straff", 1995, s. 29.

åklagarutredningen upp fem punkter om kriminalisering.¹²² Enligt dessa skall följande faktorer föreligga för att en nykriminalisering skall framstå som befogad:

1. Ett beteende kan föranleda påtaglig skada eller fara,
2. alternativa sanktioner står inte till buds, skulle inta vara rationella eller skulle kräva oproportionerligt höga kostnader,
3. straffsanktion krävs med hänsyn till gärningens allvar,
4. straffsanktion skall utgöra ett effektivt medel för att motverka det icke önskvärda beteendet,
5. rättsväsendet skall ha resurser att klara den eventuellt ytterligare belastning som kriminaliseringen innebär.

Som Lernestedt säger är dessa punkter inte till någon vidare hjälp i en konkret beslutssituation. Deras generella prägel gör att de snarare kan fungera som en sammanfattning av den allmänna synen på en lämplig avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet. Lernestedt söker därför i sin avhandling efter sätt att uppställa mer ledande kriterier för kriminalisering. Han utgår ifrån fyra olika problemområden och undersöker om de leder till något resultat. De två första områdena är *intresse* och *skada*. Lernestedt finner att det är ganska svårt att använda dessa begrepp begränsande, eftersom de är delar av begreppsapparater som egentligen syftar tillbaka till samma problematik; den klassiska frågan om maktförhållandet mellan stat och individ.¹²³

Det tredje problemområdet rör kriminalisering av förstadier till brott, hur ”långt ifrån” en viss effekt kan det vara ok att kriminalisera ett handlande som har samband med effekten? Någonstans måste man ju sätta en gräns för vilka orsakssammanhang som skall anses kunna leda till straffbarhet, alltför avlägsna förstadier till ett brott kan inte kriminaliseras. Naturligtvis är också denna fråga kopplad till frågan om individens frihet från statligt tvång. Ju fler förstadier staten kriminaliserar desto mindre blir ju individens rörelsefrihet.

Som vi såg i kapitel 4 har det funnits en rörelse från att historiskt sett ha fokuserat enbart på brottets effekt till att fokusera på gärningsmannens intentioner och agerande i förstadier till brottet. Detta gäller också existensen av så kallade farebrott, det vill säga brott som inte kräver en inträffad skada. Egentligen är farebrottet och de osjälvständiga brottsformerna besläktade på så vis att de innebär kriminalisering av ett förfarande som är ett förstadium till en viss effekt. Skillnaden är att man i det senare fallet valt en annan teknisk lösning, nämligen att kriminalisera ett visst beteende i förstadiet till en effekt.¹²⁴

Det fjärde problemområdet benämner Lernestedt effektivitet och dess betydelse för kriminaliseringsfrågan. Från en defensiv utgångspunkt skulle

¹²² SOU 1992:61, del A: ”Ett reformerat åklagarväsende”, s. 111.

¹²³ Lernestedt, 2003, s. 270.

¹²⁴ Lernestedt, 2003, s. 310.

man hävda att en kriminalisering som förväntas bli ineffektiv inte bör genomföras. De grundläggande kraven är att 1) Gärningsmannen måste kunna upptäckas och lagföras i tillfredsställande grad, 2) Stadgandet skall påverka frekvensen av gärningstypen negativt. Från en offensiv utgångspunkt tolkar man kravet på effektivitet snarare som en skyldighet att kriminalisera företeelser i samhället som skall bekämpas.¹²⁵

På samma sätt som det är omöjligt att peka ut några gemensamma nämnare för vad som är ett brott, verkar det vara mycket svårt att skapa användbara kriterier för när en kriminalisering skall genomföras och inte. Endast generella principer kan formuleras, även om Lernestedt menar att hans fyra problemområden kan användas för att utforma någon typ av körschema som varje kriminaliseringsförslag skulle prövas mot.

¹²⁵ Lernestedt, 2003, s. 316-17.

6 Diskussion

I detta kapitel knyts lärdomarna om det straffrättsliga systemets ideologiska bakgrund och inbyggda begränsningar ihop med förslaget om kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”. Först presenteras en analys av straffrättens individualistiska ideologi, hämtad från Sverker Jönssons avhandling. Därefter presenteras en straffrättslig trend, nämligen den att från ett strängt abstrakt ideal återvända till medeltidens kommunicerande straffbud.

Därefter diskuteras problemen med kriminaliseringsförslaget och det straffrättsliga systemet. Kan man tala om en anomali när straffrätten i sig snarare är ett hopkok av olika ideologier och trender än ett sammanhållet system? Hur skall man ställa sig till kriminaliseringsförslaget med bakgrund i distinktionen mellan en defensiv respektive offensiv straffrättspolitik?

6.1 Berättelsen om den enskilde gärningsmannen

Dagens straffrättsliga systematik och begreppsapparat är alltså konstruerad kring individen, hans vilja och hans gärningar som självklar utgångspunkt. Detta gör att innehållet i varje straffprocess anpassas till detta mönster så att man får en gärningsbeskrivning som passar in i det angivna mönstret så att straff kan utdömas. Det innebär att verkliga händelseförlopp så att säga filtreras för att passa in i det narrativa mönster som straffprocessen kräver. På så vis berättas gång på gång i våra domstolar ”berättelsen om den enskilde gärningsmannen”.¹²⁶ Ett annat sätt att uttrycka detta på är att straffsystemet sitter fast i en Kantiansk tvångströja. Vår uppfattning om moraliskt klander är att det skall hänföras till individer.¹²⁷

Därför kan kontextuella hänsyn såsom tillhörighet till en viss sammanslutning principiellt inte kan tillåtas ha någon betydelse vid bedömningen av en persons skuld. Detta gör att vi förstår varför ett brott som ”deltagande i kriminell organisation” hamnar i konflikt med den svenska straffrätten. Det är för att vi har en dekontextualiserande straffrätt.

I enlighet med detta resonemang kan man alltså hänföra svårigheten att införa ett brott i stil med ”deltagande i kriminell organisation” till konflikten mellan ideal och verklighet. Upplysningens och den klassiska straffrättsskolans ideal om den autonoma individen har lett till att vi har ett straffrättsligt system som principiellt inte godkänner andra versioner av verkligheten än den om den ensamme gärningsmannen.

¹²⁶ Jönsson, Sverker: ”Straffansvar och modern brottslighet – en idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer”, Lund 2004, s. 46 ff.

¹²⁷ Norrie, Alan: ”Punishment, Responsibility, and Justice”, Oxford 2000, s. 21.

Detta är ett problem som inte bara gäller organiserad brottslighet, utan även andra typer av så kallad modern brottslighet med komplexa skeenden där det är svårt att med klarhet hänföra skuld till en specifik gärningsman. Jönssons avhandling behandlar straffrättens problem att hantera brott inom den ekonomiska och industriella sfären. Även miljöbrott behandlas och där gör sig samma problematik gällande. Problemetets kärna kanske kan uttryckas som att kontexten är så avgörande att en dekontextualiserande straffrätt inte förmår ta hand om den moderna brottsligheten.

Hur kan denna problematik lösas? Jareborg är pessimistisk gällande möjligheterna för straffrätten att spela någon större roll i kampen mot till exempel den organiserade brottsligheten. Man får helt enkelt fokusera på andra åtgärder än straffrättsliga för att uppnå en effektiv bekämpning.

6.2 Nya berättelser

Lernestedt tycker sig se en tendens till att man i Sverige rör sig bort från den strikt dekontextualiserade synen på brottsliga gärningar. På senare år har ett flertal straffbud tillkommit som dels inte följer det klassiska mönstret om en avdelbar gärning, och dels verkar innebära en rörelse mot en mer kommunicerande straffrätt, där man tydligare än tidigare uttrycker samhälleliga värderingar genom straffrätten. Exempel på sådana förändringar är förbudet mot kvinnlig omskärelse (som egentligen kunde ha rubricerats som misshandel), förändringarna i sexualbrottslagstiftningen, samt bestämmelsen om grov kvinnofridskränkning.

Vad man vinner med denna typ av strafflagstiftning är alltså att de ger ett tydligare uttryck för samhällets fördömande. För att det ska vara möjligt krävs i större mån en kontextualisering av den straffbara gärningen. Det man förlorar är straffrättens allmänna karaktär, vilken är av stor betydelse för precisionen i strafflagen. De nya straffbud som tillkommit på senare år har också inneburit en del svårigheter för domstolarna, vad gäller kraven på förutsebarhet men också dess relation till redan existerande strafflag. Hälften av remissinstanserna avstyrkte förslaget till bestämmelsen om grov kvinnofridskränkning, detta med hänvisning till tillämpningsproblem.

Det räcker med en snabb blick på Jareborgs kriterier för vad som kännetecknar en offensiv straffrättspolitik, för att inse att de kriminaliseringar som talats om ovan passar ganska bra in på dessa. Det rör sig om brott som inte är nödvändiga i och för sig, men vars existens berättigas av deras roll som ett medel i kriminalpolitiken. De är kanske inte språkligt obestämda, men åtminstone kvinnofridsbrottets fränsteg från principen om gärningens enhet i tid och rum innebär en utmaning för legalitetens försvarare.

Kanske kan även HD:s praxis gällande det utvidgade medgärningsmannaskapet ses som en del av samma utveckling? Det innebär

ju också ett avsteg från rättsstatsidealet om abstrakt avfattade gärningar, samt skuld hänförlig till individer. Kanske är de båda trenderna tecken på att de begränsningar som straffrätten i sig själv ställer upp inte är kompatibla med en effektiv strafflag/tillämpning.

6.3 Kriminalisering av deltagande i kriminell organisation och straffrättens grunder

Det är svårt att tala om en enhetlig svensk rättstradition, snarare är det svenska straffsystemet att betrakta som ett hoplappat verk, en historisk produkt.¹²⁸ Därför är det också svårt att säga att ”deltagande i kriminell organisation” skulle utgöra en uppenbar anomali i det svenska straffrättsliga systemet. Som har diskuterats ovan så bygger straffsystemet på principen om individuellt gärningsansvar. Men den bygger också på principen om gärningens enhet i tid och rum. Denna princip har man ju dock frångått genom bestämmelsen om grov kvinnofridskränkning.

Det är i varje fall ingen tvekan om att det är svårt att finna en naturlig plats för det aktuella brottet i den svenska strafflagen. Där om vittnar kriminaliseringsförslaget i SOU 2000:88, där man ju föreslog en slags underlåtenhetskonstruktion samt ett främjandebrott. Förslaget kunde enligt utredningen placeras i 23 kap. BrB vilket väl indikerar dess särart.

Trots allt är ett bärande argument att straffsystemet redan är försett med så många anomalier att en till knappast skulle få hela bygget att rasa ihop. Systemfientlighet är alltså enligt min uppfattning inte ett bärande argument för att en kriminalisering ej bör komma till stånd. Däremot kan det finnas andra relevanta skäl mot en kriminalisering.

6.4 Bör en kriminalisering ske?

För det första kan man ju då fråga sig om regeringens ståndpunkt att nuvarande reglering om de osjälvtändiga brottsformerna är tillräckliga för att komma åt den organiserade brottsligheten? Svaret på den frågan är väl både ja och nej. Kriminaliseringsförslaget innebär en utsträckning av orsakssambandet mellan gärningsman och effekt som det väl är tveksamt om den svenska regleringen av de osjälvtändiga brottsformerna lever upp till. Å andra sidan har det mycket med den eventuella lagens tillämpning att göra, hur den skulle se ut är svårt att sia om.

Rent tekniskt kanske dagens reglering alltså räcker men det man är ute efter med lagstiftningen är väl snarare att uttrycka statens ambition att bekämpa den organiserade brottsligheten. Det viktigaste av allt kanske är det eventuella brottets symbolfunktion i kampen mot den organiserade

¹²⁸ Wennberg, i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1994, s. 305.

brottsligheten. Som Jareborg antytt kan detta vara ett skadligt sätt att utnyttja straffrätten på. Faktum är att kriminaliseringsförslaget stämmer in på ganska många punkter i vad som karakteriseras som en offensiv straffrättspolitik;

1. Det är väl diskutabelt, men man kan i alla fall hävda att förslaget tyder på att hot mot ett rättsligt skyddat intresse är ett tillräckligt snarare än nödvändigt kriterium för kriminalisering,
2. På samma vis kan man hävda att straffrättslig skuld här är ett tillräckligt skäl för kriminalisering,
3. Det rör sig om så kallad systemhotande brottslighet, det vill säga den hotar statens makts- och våldsmonopol.
4. Man kriminaliserar en gärning som endast innefattar en potentiell fara för ett rättsligt skyddat intresse. Bara själva deltagandet i en kriminell organisation är ju en ”gärning” som ligger mycket långt ifrån de rättsliga intressen man vill skydda. I själva verket innebär det en kriminalisering som ligger så långt bak i handlingsprogressionen att denna knappt hunnit börja än. Det börjar närma sig en kriminalisering av en viss livsstil istället för enskilda gärningar.
5. Repressionsnivån höjs. Man vill införa hårdare straff för brottslighet kopplad till organiserad brottslighet.
6. Vissa grupper av brottslingar betraktas mer som fiender än som medmänniskor och behandlas som sådana. I detta fall de människor som har anknytning till organiserad brottslighet.

Som Jareborg kommenterar finns det med offensiv straffrättspolitik en risk att man hamnar i en ond cirkel, där straffnivåerna höjs i jakten på en brottsreducerande effekt. Eftersom strafflagen har svårt att påverka kriminalitetsnivån i samhället, kommer höjningen av straffsatserna att höjas ännu i mer i frustration över den uteblivna effekten. En sådan utveckling har kunnat observeras bland annat i USA. Med tanke på straffrättens möjligheter att motverka så kallad modern brottslighet är Jareborg som sagt pessimistisk. Han anser att det är lockande för makthavarna att använda straffrätten för att visa sig handlingskraftiga i kampen mot den organiserade brottsligheten. Enligt en defensiv straffrättsmodell är det dock inte acceptabelt att:

”...man för att ”effektivt bekämpa brottsligheten” godtar att ansvar görs beroende av att vederbörande tillhör ett kollektiv, och att denne görs medansvarig för aggregerade skadeverkningar”.

Jareborg syftar här på det kollektiv av brottslingar som gjort sig skyldiga till liknande brottslighet som gärningsmannen, till exempel miljöförstöring. Men citatet kunde också här användas i snävare mening för att argumentera mot en kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”. Där görs ju den tilltänkte gärningsmannen ansvarig för den verksamhet som det kollektiv som han tillhör utför. Detta i vid bemärkelse (alla som ägnar sig åt organiserad brottslighet) såväl som i snäv (de som tillhör samma

organisation som han själv). En defensiv straffrätt avvisar båda dessa sätt att distribuera kollektivt ansvar till individer.

Jönsson kritiserar Jareborgs tankegångar om den defensiva straffrättsmodellens förhållande till så kallad modern brottslighet, vad gäller brottslighet inom den ekonomiskt-industriella samhällssfären. Jönssons kritik går ut på att den defensiva straffrättsmodellens motstånd mot att hantera sådan problematik, egentligen kan ses som stridande mot de ideal som själva modellen bygger på. Att undanta hela den ekonomiska sfären från straffrättens applikationsområde ses av Jönsson som stridande mot det jämlikhetsideal som straffrätten skall utgå från. Han menar att det finns en inbyggd motsägelse i att inte låta straffrätten omfatta de samhällsfärer som utvecklats till att bli de centrala i människors liv.¹²⁹

Frågan är om denna argumentation har bäring även när det handlar om kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”? Detta har mycket att göra med vem man anser att det eventuella brottet riktar sig mot, är det främst mot statens intressen eller mot individens? Jönssons tes kan väl sägas vara att straffrätten skall erbjuda ett jämlikt skydd för individer, omfattande i princip alla sidor av samhällslivet. Kriminalisering av gärningar riktade mot staten kan dock inte ske med utgångspunkt i detta jämlikhetsargument. Så vem hotar den organiserade brottsligheten, staten eller individen? Enligt min mening främst staten. Organiserad brottslighet brukar betecknas som systemhotande, det vill säga att den utgör ett hot mot statens maktmonopol. Självklart drabbas också enskilda individer av den organiserade brottsligheten, men det är dess benägenhet att utmana och konkurrera om statens intressen som är det primära.

Bör man då kriminalisera ”deltagande i kriminell organisation”? För att kunna svara på den frågan måste jag ju först positionera mig på skalan mellan den defensiva och den offensiva straffrätten. Här kan jag inte göra annat än att hålla med om vikten av att inte använda straffrätt ”i onödan” för att lösa samhällsliga problem. Risken är att man väljer den enkla lösningen att införa ett nytt brott, istället för att fokusera på polisiära eller andra insatser. Detta kan i bästa fall vara verkningslöst, men i värsta fall kan det bidra till en straffrättslig inflation och uppdrivna straffnivåer. Det innebär att medborgare, även om de har begått brott, får betala med mer av sin frihet än vad som är nödvändigt för att uppnå en effektiv allmänprevention. Denna effektivitet påverkas enligt den defensiva modellens förespråkare endast marginellt av hårdare straff.

Jag skulle tro att samma sak gäller åtminstone detta förslag till nykriminalisering. Jag har svårt att se att ett brott i stil med ”deltagande i kriminell organisation” skulle ha någon större allmänpreventiv effekt. Jag inser att det hot som den organiserade brottsligheten utgör, gör att man från FN:s, EU:s och den svenska statens sida vill vidta åtgärder för att bekämpa den så effektivt som möjligt. Detta intresse måste dock vägas mot de mer

¹²⁹ Jönsson, 2004, s. 28 ff.

långsiktiga intressen som försvaras av den defensiva straffrättsmodellen, nämligen skyddet för individen. Det gäller både rättssäkerheten som intresset av att hålla nere straffnivåerna så mycket som möjligt.

Jag anser därför att en kriminalisering inte bör genomföras. Hur man ska komma åt den organiserade brottsligheten är ingen lätt fråga, men att offra rättssäkerhet och individers frihet är i alla fall inte en önskvärd väg att gå. Straffsystemets grundläggande syn på vad som kan utgöra en straffbelagd gärning bör försvaras, eftersom ett viktigt syfte bakom denna syn är jämlikhet. En dekontextualiserande straffprocess innebär att man bortser från sådana saker som klass, etnisk tillhörighet eller en viss livsstil. Detta kriminaliseringsförslag närmar sig en kriminalisering av en ”kriminell” livsstil.

6.5 Slutsatser

För det första kan alltså konstateras att uppfattningen att en kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”, i stil med det förslag som kommittén lade fram i SOU 2000:88, skulle strida mot den uppfattning om brott som hör till idealet om den liberala rättsstatens strafflagstiftning.

Detta ideal ser nämligen ett brott som en enhetlig gärning, möjlig att avgränsa i tid och rum samt möjlig att hänföra till en gärningsman. Denna gärningsman kan bara straffas om han kan anses vara moraliskt ansvarig för den effekt som hans gärning orsakade. Denna syn på individen och brottet har sitt ursprung dels i den katolska kyrkans doktrin om individens skuld, samt Kants sekulariserade morallära. Nödvändigheten av att kunna hänföra skuld till en individ är en av grundstenarna i straffrätten.

Även om rättsstatsidealet har varit den kanske starkaste influensen på det straffrättsliga systemet, så är det långt ifrån ett enhetligt system. Den svenska straffrätten kan snarare ses som ett hoplappat verk, en produkt av olika ideologiska influenser. Ett argument som går ut på att en kriminalisering skulle strida mot grundläggande straffrättsprinciper har därför en begränsad räckvidd. Flera lagstiftningsmässiga avsteg har också gjorts från principen om gärningens enhet vad gäller tid, rum och person.

Nu kan man i och för sig hävda att även de var felaktiga eftersom de stred mot rättsstatsidealet. Problemet är att man i Sverige aldrig tagit någon tydlig ställning till kriminalisering i princip, och därmed vilka ideal som skall styra strafflagstiftningen. I början av 1900-talet ville Thyrén att en sådan principstyrd straffrätt skulle införas, men det blev aldrig av.

Klart är i alla fall att frågor om kriminalisering rör sig om en placering på två nära besläktade skalor. Den ena har motpolerna rättsstat – socialstat, och den andra rättssäkerhet – effektivitet. Kärnfrågan är hur noga man vill begränsa statens makt att styra individens beteende, och framför allt när det är befogat att använda straffrätt för att påverka individen och samhället.

Denna fråga är naturligtvis mycket svår att ge ett uttömmande svar på, och egentligen är det kanske inte så konstigt att det saknas precisa vägledande uttalanden från lagstiftarens sida. Frågan om statens makt över individen är ju under ständig debatt och det är tveksamt om en regering skulle kunna formulera några hållbara principer som skulle kunna gälla någon längre tid.

Den rättsvetenskapliga doktrinen utvecklades i nära samband med idén om den liberala rättsstaten och har därför traditionellt värnat individens frihet och rättssäkerhet. Med risk för att inte vara speciellt originell ansluter jag mig till denna åsiktsriktning när det gäller kriminalisering av ”deltagande i kriminell organisation”. Jag anser i och för sig inte att det är ett bärande argument att ett sådant brott inte passar in i den svenska strafflagen. Däremot anser jag att vissa av de tankegångar som ligger bakom rättsstatsidealet innehåller tunga argument mot en kriminalisering. Jag tänker då främst på vikten av att hålla straffen på en så låg nivå som möjligt och risken för straffrättsinflation så som Jareborg formulerat den. I förlängningen är skyddet för individens frihet och den i straffrätten inbyggda jämlikhetstanken tunga argument mot en kriminalisering.

Förutom detta anser jag att Thyréns vision om en principstyrd straffrätt var helt riktig. Hans idé var ju att om man kunde peka på några tydliga styrande principer för straffrättens utformning, skulle det vara lättare att debattera och kritisera systemet som en helhet. Frånvaron av sådana övergripande ställningstaganden blir att det kan vara svårt att urskilja betydelsen av ett nytt kriminaliseringsförslag i relation till den existerande strafflagen. Men att hoppas på en sådan radikal systemändring är kanske att hoppas på lite för mycket.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Rikskriminalpolisen, KUT Rapport 2005:2b: "Organiserad brottslighet i Sverige 2005".

BRÅ-rapport 2002:7: "Organiserad brottslighet – lösa maskor eller fasta ramverk".

Prop. 2002/03:146: "Sveriges tillträde till Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet".

SOU 2000:88: "Organiserad brottslighet, hets mot folkgrupp, hets mot homosexuella, m.m. – straffansvarets räckvidd".

Ds 1998:35: "Rasistiskt och främlingsfientligt våld".

Kommittédirektiv 1998:66: "Brottslighet med anknytning till vissa organisationer, m.m.".

Prop. 1993/94:101: "Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet".

SOU 1992:61, del A: "Ett reformerat åklagarväsende".

SOU 1991:75: "Organiserad rasism, EDU:s delbetänkande om åtgärder mot rasistiska organisationer".

BRÅ-rapport 1977:7: "Nytt straffsystem".

Prop. 1975/76:209: "Om ändring i regeringsformen".

Prop. 1970:87: "Angående godkännande av konvention om avskaffande av rasdiskriminering, m.m.".

SOU 1944:69: "Lagstiftning om brott mot staten och allmänheten."

EU-dokument

Förslag till rådets rambeslut 2005/0003 (CNS) av den 19 januari 2005 om bekämpande av organiserad brottslighet.

Rådets gemensamma åtgärd EGT 98/L 351/01 av den 21 december 1998 om att göra deltagandet i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsländer till ett brott.

Europeiska unionens fördrag.

FN-dokument

FN:s konvention om avskaffandet av alla former av rasdiskriminering.

FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet.

Generalförsamlingens resolution 53/111: "Transnational Organized Crime".

Litteratur

Anners, Erik: "Den europeiska rättens historia 1 & 2", Lund 1987.

Beccaria, Cesare: "Dei delitti e delle pene. Om brott och straff", Stockholm 1977.

Frängsmyr, Tore: "Sökandet efter upplysningen – perspektiv på svenskt 1700-tal", Uppsala 2006.

Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne: "Brottsbalken – En kommentar" (Del II), Stockholm 2002.

Häthén, Christian: "Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik", Lund 1990.

Jareborg, Nils: "Allmän kriminalrätt", Stockholm 1995.

Jareborg, Nils: "Straffrättsideologiska fragment", Uppsala 1992.

Jareborg, Nils: "Brotten" (första häftet), Stockholm 1984.

Jönsson, Sverker: "Straffansvar och modern brottslighet – en idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer", Lund 2004.

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: "Straffansvar", Stockholm 2005.

Lernestedt, Claes: "Kriminalisering – problem och principer", Uppsala 2003.

Lukes, Steven – Scull, Andrew: "Durkheim and the Law" (Ant.), Oxford 1983.

Modéer, Kjell Å: "Historiska rättskällor – en introduktion i rättshistoria", Lund 1997.

Norrie, Alan: "Punishment, Responsibility, and Justice", Oxford 2000.

Petersson Hjelm, Ann-Christine: "Fängelset som välfärdsbygge", Uppsala 2002.

Tamm, Ditlev: "Retshistorie, Danmark – Europa – Globale perspektiver", Köpenhamn 2002.

Artiklar

Jareborg, Nils: "Vilken sorts straff vill vi ha?", I antologi "Varning för straff", red. Victor, Dag, Stockholm 1995.

Wennberg, Suzanne: "Från Malexander till Sambandscentralen – fördelar och farhågor med dömande i medgärningsmannaskap respektive medfrämjandeskap.", i Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet 2002-03.

Wennberg, Susanne; "Några moralteoretiska synpunkter på straffsystemet", i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1994.

Övriga källor

Gröning, Linda: "Straffrättslig kompetens inom EG? – Säkerhet eller rättssäkerhet?", HT 2002, Examensarbete vid juridiska fakulteten, Lunds universitet.

Apropå nr. 2/2002: "Hur organiserad är brottsligheten?", Malin Ullgren.

Dagens Nyheter den 2 oktober 2006: "Gängkrig på fina gatan, då kom reaktionerna", Lars Johansson.

Göteborgs-Posten den 26 september 2006: "Gängmedlemmar får för låga straff", Johanna Bäckström Lerneby.

Rättsfallsförteckning

NJA 1963 s. 574.

NJA 1995 s. 464.

NJA 2002:489.