



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Michel Benelbaz

Artbrottskonstruktionen
– Utveckling, teori och kritik

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Ulrika Andersson

Straffrätt

VT-2009

Innehållsförteckning

RESUMÉ	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	8
FÖRKORTNINGAR	9
1 INLEDNING	10
1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsningar	11
1.2 Metod, material och avgränsning	11
1.3 Disposition	12
2 HISTORIK OCH STRAFFTEORI	13
2.1 Rättshistorisk bakgrund	13
2.1.1 Från blodshämnd till den medeltida straffordningen	13
2.1.2 Från reformation till upplysning	14
2.1.3 Början till allmänpreventiva idéer och 1864-års strafflag	15
2.1.4 Upptakten till brottsbalken	16
2.2 1989-års påföljdsreform	19
2.2.1 BRÅ-arbetsgruppen	19
2.2.2 Fängelsestraffkommittén	19
2.2.3 Påföljdsbestämningspropositionen	21
2.3 Utvecklingen efter påföljdsreformen	21
2.4 Straffteorier	23
2.4.1 Allmänprevention	23
2.4.2 Individualprevention	24
3 ARTBROTTSKONSTRUKTIONENS GRUND OCH PRAKTISKA TILLÄMPNING	27
3.1 Vad innebär ”brottslighetens art”?	27
3.1.1 Förarbeten	27
3.1.2 Lagreglering	27
3.1.3 Vilka brott anses vara artbrott?	29
3.1.4 Artbrottslighet i rättspraxis	31
3.2 Varför har vi artbrottskonstruktionen?	33

3.3 Artbrottsskäl	34
3.3.1 Ökad utbredning eller mer elakartade former	34
3.3.2 Svårt att förebygga eller upptäcka	35
3.3.3 Angrepp på den personliga integriteten	36
3.3.4 Åsidosättande av respekten för rättsväsendet m.m.	36
3.3.5 Försvårande omständigheter enligt 29 kap. 2 § BrB	37
4 ARTBROTTSKONSTRUKTIONENS BETYDELSE VID PÅFÖLJDSBESTÄMNINGEN	38
4.1 Allmänt om brottslighetens art	38
4.2 Fängelsestraffets längd	40
4.3 Kontraktsvård	40
4.4 Fängelse enligt 28 kap. 3 § BrB	41
4.5 Villkorlig dom och samhällstjänst	41
4.6 Straffmätning i kombination med bötesdomar	42
4.7 Bestämning av påföljd för brott begångna av unga lagöverträdare	42
5 ARTBROTTSPROBLEMATIKEN OCH ALTERNATIVA MODELLER	44
5.1 Kritik	44
5.1.1 Avsaknad av teoretisk grund	44
5.1.2 Den allmänpreventiva grunden	45
5.1.3 Artbrottsskäl	47
5.1.3.1 Brottsligheten har fått en större utbredning och blivit mera elakartad	47
5.1.3.2 Brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka	48
5.1.3.3 Brott som innebär angrepp på den personliga integriteten och brott som innebär ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet	48
5.2 Alternativa modeller	49
5.2.1 Privilegeringsmodellen	49
5.2.2 ”Trestegsmodellen”	50
5.2.3 Ett mera kasuistiskt påföljdssystem	51
6 AVSLUTANDE KOMMENTARER	53
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Resumé

Dans le cadre de la réforme sur la détermination de la sanction en 1989, un nouveau concept a été introduit dans la législation suédoise: Le "brottslighetens art". La législation qui était alors en vigueur (Chapitre 1, article 7 du code pénal), a été remplacée par le chapitre 30, article 4, aux termes duquel il existe dorénavant une présomption contre l'emprisonnement. Cette présomption peut cependant être écartée dans les cas suivants: lorsque le crime relève d'une peine supérieure à un an, en cas de récidive où lorsqu'il s'agit de "brottslighetens art".

Avant l'établissement de cette réforme il était courant que les tribunaux, dans le strict respect de la loi, sanctionnent d'une courte peine d'emprisonnement certaines infractions pour des raisons de prévention générale, liées au respect de l'ordre public. L'institution des "artbrott" constitue ainsi une codification de la jurisprudence. Ce concept a été introduit en droit positif pour des raisons de prévention générale et a été jugé nécessaire parce que la prison a été considérée comme indispensable pour certains types d'infractions: les "artbrott".

La particularité des "artbrott" est qu'ils sont traités d'une façon différente dans la détermination de la sanction, et qu'ils peuvent entraîner le prononcé d'une peine de prison, même si le quantum de la peine et la fréquence des récidives ne le justifient pas. Le parjure, la conduite en état d'ivresse grave, le port d'armes illégal, les délits en relation avec la drogue, les délits liés comptabilité et à l'abus de procédure judiciaire sont des exemples de crimes qui ont été mentionnés comme des "artbrott" dans les travaux préparatoires. Même d'autres formes de criminalité, comme l'agression non provoquée, et certains types de fraude ont été considérés comme "artbrott". Les tribunaux ont cependant été en mesure d'étendre la définition d'"artbrott" et d'y inclure de plus en plus d'autres crimes. Par conséquent, de plus en plus de crimes ont été catégorisés comme "artbrott".

L'institution des "artbrott" pose cependant un problème au regard de son manque de fondement théorique. Les tribunaux sont alors contraints d'appliquer ce concept d'une manière intuitive. Selon la jurisprudence et les travaux préparatoires il existe certaines situations où les tribunaux devaient normalement classer un crime sous la catégorie de "artbrott": lorsque l'infraction est devenue plus fréquente, lorsqu'elle est commise de façon plus brutale, lorsque la criminalité est plus difficile à prévenir ou à détecter, lorsque l'infraction constitue une attaque contre l'intégrité de la personne, et lorsqu'elle constitue une violation du respect de l'appareil judiciaire et de ses agents. Selon la doctrine, il est possible également de trouver une orientation d'interprétation à partir du chapitre 29 article 2 du Code pénal, relatif à la notion de circonstances aggravantes.

Le point primordial de l'institution de "artbrott" est un renversement du principe: la règle principale jusqu'alors (la présomption contre

l'emprisonnement) disparaît, et la présomption pour l'emprisonnement entre en vigueur. La force de cette présomption varie selon l'infraction puisque toutes les infractions n'ont pas les mêmes valeur de "art". Les tribunaux doivent également tenir compte de la valeur de la punition et du taux de récidive. L'institution de "artbrott" s'applique moins pour les jeunes qui ont transgressé la loi. Cette institution influe également sur le choix d'autres sanctions comme le fait d'inclure le nombre d'amendes, la probation et des travaux d'intérêt général.

L'institution de artbrott a été critiquée dans la mesure où elle a été jugée contraire au système de sanctions basé sur les principes fondamentaux d'égalité devant la sanction pénale et de prévisibilité. La critique est fondée sur le fait que ce concept est incertain, dans la mesure où ses critères de détermination ne sont pas définis objectivement. En outre les préoccupations liées au respect de l'ordre public n'ont pas eu les résultats souhaités par le législateur. Enfin, il est légitime de s'interroger sur les circonstances dans lesquelles les travaux préparatoires se sont déroulés et sur la jurisprudence.

Les inconvénients associés à ce concept ont développé un rejet de l'opinion publique qui souhaite le rejet de cette notion. Cependant cela semble irréaliste. Divers modèles alternatifs qui pourraient limiter l'institution de "artbrott" ou minimiser les effets nuisibles ont été présentés. Ces modèles ont des objectifs qui relèvent d'un système plus casuistique des peines et où le législateur prédéfinirait des sanctions sur mesure pour les crimes les plus courants. Une autre suggestion apportée est le "modèle à trois étapes", et dans cette hypothèse le concept de "artbrott" devient plus restrictif. Une troisième alternative est le modèle "des privilèges". Cela implique que les motifs de privilège dans la détermination de la sanction changent.

Sammanfattning

Begreppet ”brottslighetens art” infördes i svensk lagstiftning i samband med påföljdsbestämningsreformen år 1989. Den dåvarande bestämmelsen i brottsbalkens 1 kap. 7 § ersattes med 30 kap 4 § som stadgade att det förelåg en presumtion mot att fängelse skulle dömas ut. Presumtionen kan dock brytas om brottets straffvärde är högre än ett år, vid återfall i brott eller med hänsyn till brottets art. Före reformen hänvisade domstolarna inte sällan till den ”allmänna laglydnaden” när de utdömde korta fängelsestraff för brott av allmänpreventiva skäl. Det gjordes trots att straffvärdet inte var så högt att det var nödvändigt med ett fängelsestraff. Artbrottskonstruktionen som utgjorde en kodifiering av tidigare praxis ansågs nödvändigt utifrån allmänpreventiva skäl och därför skulle fängelse utdömas för vissa typer av brott; artbrotten.

Det speciella med artbrotten är således att de särbehandlas i påföljdsbestämningen och kan medföra ett fängelsestraff även om straffvärdet och återfallsfrekvensen inte motiverar detta. Brott som mened, grovt rattfylleri, vapenbrott, jaktbrott, narkotikabrott, bokföringsbrott och övergrepp i rättssak är exempel på brott som har nämnts som artbrott i förarbetena. Även vissa former av en brottstyp, som oprovocerad misshandel och vissa typer av skattebrott har förklarats som artbrott. Domstolarna har emellertid haft möjligheten att utvidga artbrottsinstitutet till att omfatta allt fler brott. Därför har fler och fler brott i rättspraxis utpekats till artbrottskategorin.

Det problematiska med artbrottskonstruktionen är dess avsaknad av en teoretisk grund, vilket har medfört att domstolarna har fått tillämpa begreppet intuitivt. Enligt praxis och förarbeten så finns det dock vissa omständigheter som domstolarna skall och normalt tar hänsyn till när de hänför ett brott till artbrottskategorin. Det kan vara att brottsligheten har fått ökad utbredning eller antagit mer elakartade former, brottslighet som är svår att förebygga eller upptäcka, brott som innebär angrepp på den personliga integriteten eller brott som innebär ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet och dess funktionärer. Enligt litteraturen så kan även viss vägledning hämtas av bestämmelsen i 29 kap. 2 § BrB om försvårande omständigheter.

Artbrottskonstruktionens huvudsakliga betydelse för påföljdsbestämningen är således att presumtionen mot fängelse omkullkastas. Istället inträder en presumtion för fängelse. Presumtionens styrka varierar dock från brott till brott då de har olika ”artvärde”. Domstolen skall också ta hänsyn till brottets straffvärde och återfallsfrekvens. Artbrottskonstruktionen verkar dock inte i samma utsträckning vid påföljdsvalet för brott begångna av unga lagöverträdare. Konstruktionen inverkar också på valet av andra alternativa påföljder som bl.a. antalet dagsböter, skyddstillsyn och samhällstjänst.

Artbrottskonstruktionen har emellertid blivit kritiserad för att den inte stämmer överens med påföljdssystemets grundläggande principer som likabehandling, legalitet och förutsebarhet. Kritiken grundar sig bl.a. på att konstruktionen är odefinierad, saknar uttalade bedömningskriterier och att de allmänpreventiva skälen bakom konstruktionen inte har den effekt som lagstiftaren hade tänkt sig. Samtidigt så finns det fog att ifrågasätta de uttalade artomständigheterna av förarbeten och praxis.

De nackdelar som är förenade med konstruktionen har skapat en opinion för begreppets avskaffande. Då detta verkar föga realistiskt har det i rättslitteraturen presenterats diverse alternativa modeller som skulle begränsa artbrottskonstruktionens skadliga verkan. Dessa utgörs bl.a. av ett mera kasuistiskt påföljdssystem där lagstiftaren skräddarsyr påföljder eller påföljds kombinationer för de vanligaste brottstyperna. Andra förslag är ”trestegsmodellen” som skulle innebära att konstruktionen används mycket restriktivt samt ”privilegeringsmodellen”. Det sistnämnda förslaget innebär att grunderna för privilegiering i påföljdsbestämningen kommer att förändras.

Förord

Så har denna långa utbildning nått sitt slut för min del. Åren har både varit lärorika och härdande. När jag anlände till Lund våren 2004 som färsk novisch visste jag faktiskt inte riktigt vad juridik innebär. Jag hade föreställt mig att vi på juristprogrammet skulle drillas inför blixtnabba pläderingar och protester. Jag insåg snabbt att min romantiserande dröm inte var något annat än en dröm. Hur skulle jag kunna bli en framtida Perry Mason genom att drilla förvaltningslagen?

Efter några terminer förstod jag dock att juridik består av så mycket mer än bara plädering. Juridik är något som präglar hela vårt samhälle och därför behöver man ta ett steg i taget. Man kan troligen inte bli någon stjärnadvokat utan att ha läst ett tiotusental sidor om kommunalrätt till obeståndsrätt. Detta innebär dock inte att man inte finner sina preferenser inom juridiken. Mina blev både straff- och processrätt samt förmögenhetsrätt.

Juristutbildningen har dock lärt mig så mycket mer än juridik. Jag har bl.a. stärkt mitt tålamod och ökat min allmänbildning och mina kunskaper i snapsvisor. Dessutom har jag lärt mig att allt är möjligt om man bara har viljan och rimliga målsättningar.

Jag vill tacka mina föräldrar, vänner och resten av min familj, som har stötta och hjälpt mig genom denna utbildning. Utan dem hade jag nog inte skrivit detta förord idag. Tack så mycket.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
HD	Hösta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

Behandlas alla brott lika eller finns det vissa brott eller brottstyper som betraktas som allvarligare än andra? I detta sammanhang talas det ofta om artbrott eller brottets artvärde. Enligt 30 kap. 4 § första stycket BrB skall i första hand en lindrigare påföljd än fängelse utdömas. Enligt 30 kap. 4 § andra stycket är presumtionen emellertid den omvända i tre fall: när straffvärdet är så högt att ingen annan påföljd kan komma ifråga, när återfallsfrekvensen talar för detta eller då brottet är av sådan art att det anses förskylla fängelse. Men vad innebär egentligen brottets art och vad är artbrottskonstruktionen?

Det specifika med artbrottskonstruktionen är att den särbehandlar vissa brott i påföljdsbestämningen, vilka har kommit att kallas artbrott. Särbehandlingen av artbrotten sker oftast genom att domstolen utdömer ett kortare fängelsestraff trots att varken straffvärdet eller återfallsfrekvensen talar för detta.¹ Konstruktionen är relativt unik och korta fängelsestraff används i relativt stor utsträckning i Sverige jämfört med andra länder i västvärlden. Detta beror mycket på att det svenska straffsystemet innehåller en hänvisning till brottslighetens art som skäl för fängelse. I förarbetena anges att grunden för denna särbehandling av artbrotten i påföljdshänseende främst utgörs av allmänpreventiva överväganden.²

Artbrottskonstruktionen är dock en av de mest svårhanterliga tillämpningarna av de nya påföljdsreglerna.³ Samtidigt som brottslighetens art inte definieras i den befintliga lagstiftningen saknas även klart uttalade kriterier för dess användning. Det är dessutom inte helt bestämt vilka brott som skall räknas till artbrottskategorin. Detta har bl.a. medfört att artbrottsinstitutet har fått utstå massiv kritik och blivit mycket omdebatterat. Martin Borgeke, lagman i hovrätten över Skåne och Blekinge län, anser till exempel att benämningen ”artbrott” är rejält missvisande.

Oenigheten och problematiken kring detta fångade intresset hos författaren.⁴ Det skedde bl.a. i samband med Martin Borgekes föreläsning på kursen ”Straffansvar och straffpåföljder - med fokus på det kriminella våldet”. Där uppkom frågan om man verkligen kan tala om rena artbrott och om det går att närmare definiera begreppet utifrån de regler som tillämpas i vårt rättssystem.

¹ Berg, Ulf m.fl., *Brottsbalken - En kommentar*, kap 25-38 Om påföljder (pärm III), supplement 19, Stockholm, 2008, s. 30:20. (Härefter Berg m.fl.)

² Von Hirsch, Andrew, Wersäll, Fredrik & Victor, Dag, *Korta fängelsestraff och alternativa påföljder*, s. 109.

³ Berg, Ulf m.fl., s. 30:20.

⁴ Med ”författaren” avses här uppsatsskrivaren.

1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Syftet med denna examensuppsats är att utreda begreppet ”brottslighetens art”. I detta syfte inbegripes frågorna varför vi har artbrottskonstruktionen och på vilket sätt brottslighetens art får betydelse vid påföljdsbestämningen. Författaren har även en avsikt att utreda vilka brott som enligt förarbetena och rättspraxis, kan eller skall anses utgöra artbrott och varför rättstillämpningen ser särskilt allvarig på just dessa brott. Därför kommer de vägledande skäl och kriterier som domstolen har tillgång till för att avgöra vilka brott som skall hänföras till artbrottskategorin, sökas och analyseras. Således kommer följande centrala frågeställningar först att besvaras.

- *Vad innebär brottslighetens art?*
- *Genom vilka kriterier hänförs vissa brott till artbrottskategorin?*

På grund av ämnets problematiska natur görs även ett försök att tydliggöra artbrottskonstruktionens problematik. Således har även författaren avsikten att kritiskt granska artbrottskonstruktionen samt de kriterier som ligger bakom konstruktionen. Detta leder till att författaren även har en avsikt att besvara följande frågeställning:

- *Vad finns det för ”eventuella” nackdelar med den nuvarande konstruktionen och vad finns det för alternativa modeller?*

1.2 Metod, material och avgränsning

Vid utarbetandet av denna uppsats har en traditionell rättsdogmatisk metod med studier av lagstiftning, förarbeten och juridisk doktrin, använts. Dessutom har relevant rättspraxis avseende brottslighetens art i viss mån behandlats. Även om det inte gjorts någon djupare undersökning av all rättspraxis på området, har de mest centrala rättsfallen behandlats.

Den rättshistoriska delen av uppsatsen är till stor del baserad på Christian Häthéns bok ”*Stat och Straff*,” men även Erland Aspelins artikel ”*Straffets grunder – Historisk bakgrund*” har varit till stor hjälp. Den delen av uppsatsen som behandlar den teoretiska beskrivningen av begreppet ”brottslighetens art” består av flertalet artiklar ur Svensk juristtidning från olika sakkunniga jurister, Martin Borgekes bok ”*Att bestämma påföljd för brott*” samt diverse förarbeten. Angående förarbetena har författaren framför allt haft stor hjälp av propositionerna 1987/88:120 och 1997/98:96, för att utröna lagstiftarens syfte med begreppet. Avseende ”artbrottsligheten i praxis” har statistik hämtats från Martin Borgekes forskningsformulär som han delade ut på kursen.

I uppsatsen har författaren använt sig av en rad olika begrepp som ”artbrottskonstruktionen”, ”artbrottssystemet”, ”artbrottsbegreppet” och ”artbrottsinstitutet”. Läsaren bör ha i åtanke att det inte är någon nämnvärd skillnad mellan dessa begrepp även om olika författare i litteraturen inte alltid använder sig av samma terminologi.

1.3 Disposition

Kapitel 2 börjar med en historisk bakgrund. Den historiska utvecklingen är uppdelad från tiden före och efter påföljdsbestämningsreformen. Då artbrottskonstruktionen är förankrad i allmänpreventiva tankegångar presenteras också de relativa straffteorierna.

Det efterföljande kapitlet varav kapitel 3, behandlar artbrottskonstruktionens teoretiska grund utifrån förarbeten och i viss mån praxis. Kapitlet besvarar även frågan ”varför vi har artbrottskonstruktionen”. De omständigheter som kan leda till att ett brott hänförs till artbrottskategorin presenteras också.

Kapitel 4 innehåller en redogörelse för hur artbrottskonstruktionen har för påverkan vid påföljdsbestämningen. Redogörelsen innefattar bl.a. hur artbrottskonstruktionen påverkar fängelsestraffets längd, utdömandet av icke frihetsberövande påföljder och fängelse för unga lagöverträdare. Även artbrottsbedömningen behandlas i detta kapitel.

Kapitel 5 redogör för det problematiska med artbrottskonstruktion – artbrottsproblematiken. Den kritik och de nackdelar som är förenade med artbrottskonstruktion presenteras. Samtidigt görs en kritisk granskning av den allmänpreventiva grunden samt de existerande artbrottskälen i förarbeten och domstolspraxis. Detta följs av diverse åsikter från sakkunniga om hur artbrottsproblematiken skulle kunna lösas. Detta inbegriper en presentation av diverse alternativa modeller för att skapa gynnsammare förutsättningar för förståelsen och tillämpningen av artbrottskonstruktionen.

Det slutgiltiga kapitel 6, avslutar uppsatsen med en sammanfattande slutsats och analys av ämnet.

2 Historik och straffteori

I samband med 1989-års påföljdsbestämmningsreform, infördes begreppet ”brottslighetens art” i lagtexten. Även om domstolarna inte tidigare uttryckligen hänvisade till brottslighetens art, utdömdes inte sällan kortare fängelsestraff för brott av allmänpreventiva skäl. Detta skedde trots att straffvärdet inte var så högt att det var nödvändigt med ett fängelsestraff. I dessa fall hänvisade domstolarna oftast ”till den allmänna laglydnaden”. Dåvarande 1 kap. 7 § BrB pekade som grund för påföljdsvalet ut en avvägning mellan laglydnad och individualpreventiva bedömningar. Innan brottets art hade införts i lagtexten tillämpade domstolarna alltså principerna bakom begreppet.⁵ Nedan ges en historisk översikt av utvecklingen av artbrottsinstitutet och de straffrättsliga grunderna i Sverige och Europa.

Då artbrottsinstitutet torde ha sin främsta härkomst i den allmänpreventiva bestraffningsideologin som växte fram under den senare delen av 1800-talet, kommer den svenska och delvis den europeiska rättshistorian att behandlas i förbindelse med tillväxten av de allmänpreventiva, men också de individualpreventiva tankegångarna, fram till 1989-års påföljdsbestämmningsreform. Särbehandlingen av artbrotten verkar i störst utsträckning ske på basis av en överlappning eller sammanblandning av individualprevention och allmänprevention.⁶ Därför kommer grunderna för de allmän- och individualpreventiva tankegångarna samt dess roll i det svenska rättssystemet, att presenteras.

2.1 Rättshistorisk bakgrund

2.1.1 Från blodshämnd till den medeltida straffordningen

Så länge som det har funnits regler för medborgarnas samvaro har det också i vår värld funnits reaktionsmedel mot dem som bryter mot reglerna. Detta skedde från början genom interna uppgörelser mellan grupper (s.k. ätter) som hamnade i konflikt med varandra. Den kränkta ätten kunde exempelvis få upprättelse genom ekonomiska försoningar eller ”blodshämnd” som involverade alla manliga representanter i ätten. Då detta kunde innebära katastrofala konsekvenser för ätternas fortbestånd, blev det en viktig uppgift för härskaren i de mer utvecklade samhällena, att begränsa blodshämnden. Blodshämnden ersattes därför så småningom med ekonomisk gottgörelse och efterhand utvecklades också ett system med taxor för böterna som i viss mån relaterades till brottens svårighetsgrad. Under medeltiden, då

⁵ Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, Stockholm 2008, s. 240. (Härefter Borgeke 2008)

⁶ Thunberg, Malin, *På vilka grunder särbehandlas artbrott i dagens rättspraxis?* SvJT 1999 häfte 2, s. 260-261. (Härefter Thunberg)

utvecklingen gick mot ett klassamhälle, blev det straffrättsliga regelsystemet mer och mer betydelsefullt samtidigt som utrymmet för nya straffarter ökade.⁷ Den kontinentala rättskipningen präglades, särskilt på landsbygden, av terror och oberäknlighet. Vålds- och förmögenhetsbrotten ansågs som mycket allvarliga och då man sällan fick tag i gärningsmännen gällde det att utnyttja bestraffningen i ett så avskräckande syfte som möjligt.⁸ Kyrkans stärkta ställning under medeltiden ledde till att skuld- och försoningstanken kom att införlivas i strafflagstiftningen, varigenom straffen fick religiös legitimitet. Tanken att den enskilda brottsförövaren ådragit sig en skuld som han ensam borde sona utvecklades, istället för att se brottet som en kränkning från hela ättens sida. Samtidigt befestes även talionsprincipen (ca 1050-1500) i den svenska rättsordningen. Denna princip hade sin härkomst från mosaik rätt, hade stöd i bibeln och gick ut på att brottslingen skulle straffas med samma onda gärning som han själv vållat - "bruten lem för bruten lem".⁹

Grunden för straffsystemet var tvådelad, dvs. den var både kompensatorisk och vedergällande och verkade genom att avskräcka människor från att begå brott. Det kan ha funnits en grundläggande tanke om prevention i dessa strukturer då kyrkan implementerade en syn på synden där brottet var uttryck för en ond och syndig vilja.¹⁰ För att kunna uppnå maximal avskräckningseffekt var det således viktigt att skarpt markera vilka allvarliga konsekvenser brotten fick för gärningsmannen. Därför var straffen mycket hårda samtidigt som de verkställdes offentligt med oerhört grymma metoder. I samband med talionsprincipens implementering i vår rättsordning, utvecklades ett samförstånd mellan härskaren och kyrkan. Därigenom infördes grymma kroppsstraff och dödsstraff i rättssystemet. Lagstiftningen blev också allt mer omfattande med många nya brott, som enligt härskarens och kyrkans mening skulle bestraffas hårt. På detta sätt kom det medeltida straffsystemet att spela en viktig roll för att befästa maktkonstellationen i samhället.¹¹

2.1.2 Från reformation till upplysning

Även om reformationen ledde till att Sverige bröt banden med den katolska kyrkan, så kom den mosaiska lagen och bibeln att få ökat inflytande i Sverige, även under tiden efter reformationen år 1521. Detta skedde samtidigt som en centralmakt under Gustav Vasa började ta form. Den protestantiska kyrkans syn på straffen utmärktes dock inte av mildhet, utan vedergällning var fortfarande det bärande motivet för straffen. Det ansågs ytterst nödvändigt att döma ut grymma straff för vissa allvarliga brott,

⁷ Aspelin, Erland, *Straffets grunder – Historisk bakgrund*, SvJT 1999, häfte 2, s. 108-109. (Härefter Aspelin)

⁸ Häthén, Christian, *Stat och straff - Rättshistoriska perspektiv*, Lund 2004, s. 27. (Härefter Häthén)

⁹ Aspelin, s. 109-110.

¹⁰ Häthén, s. 44-45.

¹¹ Aspelin, s. 110.

annars kunde Gud hämnas med hungersnöd, pest och andra landsplågor.¹² Under 1700- talets upplysning kom emellertid synen på bestraffning att förändras radikalt i Europa. Upplysningsfilosofer som Voltaire, Rousseau och Montesquieu framhävde att bestraffning inte endast gav uttryck för vedergällning utan också var ett världsligt politiskt instrument. De ratade samtidigt bestraffningens religiösa och moraliska funktion.¹³ Beccarias straffrättsliga idéer som var starkt influerade av upplysningsfilosoferna, medförde också att de grymmaste straffen blev mindre omfattande och bl.a. ersattes med böter. Beccaria menade att dödsstraff inte hade plats i systemet främst därför att det verkade mindre avskräckande än exempelvis straffarbete.¹⁴

Då kyrkan fortfarande hade en stark position i Sverige, fick upplysningens idéer om bestraffningens grund ett relativt svagt inflytande på den svenska straffrätten. År 1779 kom emellertid de gammalmodiga dödsstraffen för de mosaiska straffbuden att upphävas. Detta var troligen en reaktion på upplysningens idéer.¹⁵ Under denna tid reducerades också godtyckligheten i påföljdssystemet samtidigt som likhets- och förutsebarhetsprincipen så smått började växa fram. Samtidigt fördes även diskussioner om straffets preventiva syfte och inverkan på samhällsmoralen.¹⁶ Men även om det började talas om rättsvetenskaplig straffrätt med straff i proportion brottet och att lika brott skulle straffas lika så kännetecknades svensk straffrätt alltjämt på 1800-talet fortfarande av våld och omänsklighet.¹⁷

2.1.3 Början till allmänpreventiva idéer och 1864-års strafflag

Straffets ändamål och dess rättfärdighet kom att bli en allt mer angelägen fråga bland Europas ledande rättsteoretiker och rättslärda i början av 1800-talet. Många ansåg att Sveriges 1734-års lag var föråldrad, konservativ och inhuman. Stora lagkommittén som tillsattes eftersträvade bl.a. avskaffande av kroppsstraff och skamstraff. Kommitténs avsikt var också att i största möjligaste mån byta ut dödsstraff mot frihetsstraff. När Lagberedningen år 1844 presenterade ett förslag till ny Straffbalk förklarades straffets syfte att vara både allmänprevention och individualprevention. Den tyske straffrättsteoretikern PJA von Feuerbach var en av de första som framhävde vikten av en allmänpreventiv bestraffningsideologi. Han menade att ett av syftena med straffet var att hindra medborgarna från att begå brott och att allmänprevention bäst uppnåddes genom långa fängelsestraff som han föreslog skulle införas.¹⁸

¹² Häthén, s. 112.

¹³ Aspelin, s. 112.

¹⁴ Häthén, s. 132 ff.

¹⁵ Aspelin, s. 113.

¹⁶ Anners, Erik, *Svensk straffrätts historia* (del I), Stockholm 1979, s. 33-36.

¹⁷ Aspelin, s. 116 f.

¹⁸ Häthén, s. 201 ff.

Efter många års förarbeten antogs slutligen 1864 års strafflag. Reformen betonade legalitet och humanitet som ledande principer och den innefattade både absoluta och relativa straffteorier. Strafflagen grundade sig främst på den klassiska straffskolans idéer som ansåg att straffet var berättigat av allmänpreventiva skäl. Detta var för övrigt första gången som svensk strafflag uttryckligen använde sig av sådana preventiva idéer. Den klassiska straffskolan med Karl Binding som frontfigur, var allt mer på frammarsch i Europa mot slutet av 1800-talet. Binding ansåg att brottet skulle vara straffets enda rättsgrund samtidigt som proportionalitet och förutsebarhet var mycket betydelsefullt i straffsystemet. Han menade att individuella behov inte skulle påverka straffet. I Sverige kom den klassiska skolan och preventionsteorin främst att förespråkas av Johan Hagströmer. Enligt honom skulle straffens ändamål vara en kombination av avskräckning och förbättring.¹⁹

I början av 1900-talet började den positiva straffrättsskolan att vinna mark i Sverige. Den hävdade att det viktigaste med straffet var att samhället skyddades mot brott och brottslingar. Syftet med straffet var enligt denna skola att oskadliggöra och rehabilitera brottslingen samtidigt som det var individen som gav förutsättningarna för straffets art och omfattning. Under samma tidsperiod introducerades också den sociologiska eller den moderna straffrättsrättsskolan som underströk brottslighetens sociala orsaker. Dessa tre straffrättsskolor påverkade den svenska straffrättsutvecklingen, vilket ledde till successiva förändringar i strafflagen. Resultatet av straffskolornas influenser blev den stora reformen som slutade i uppkomsten av brottsbalken.²⁰

2.1.4 Uptakten till brottsbalken

Innan brottsbalken infördes i Sverige, fick idéerna från den sociologiska straffrättsskolan allt större inflytande hos Europas rättslärda. Detta medförde att den klassiska straffskolans tankeätt kom allt mer i skymundan. Brottslingen kom alltmer att ses som en skapelse av den sociala omgivningen och orättvisorna i samhället. Tyskland och dess frontman Franz von Liszt gav upphov till en individualpreventiv inställning till straffsystemet.²¹ Enligt von Liszt kunde man indela brottslingarna i tre olika grupper som man skulle behandla individualpreventivt. Detta var avskräckning av de brottslingar som kunde och behövde förbättras samt oskadliggörande av dem som behövde men som hade mycket svårt att förbättras (kroniska brottslingar). Den tredje kategorin, som bestod av socialt utslagna brottslingar, skulle i sin tur behandlas genom inkapacitering.²² Enligt den sociologiska straffrättsskolan motiverades

¹⁹ Aspelin, s. 116-118.

²⁰ Aspelin, s. 118-119 samt SOU 1995:91 (del II), *Ett reformerat straffsystem. Betänkande av Straffsystemkommittén*, s. 43 ff. (Härefter SOU 1995:91 del I-III)

²¹ Aspelin, s. 119-122.

²² Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Stockholm 2007, s. 76. (Härefter Jareborg & Zila)

straffet utifrån individualpreventiva skäl och brottslingen skulle bekämpas som en social företeelse genom att brottslingarna rehabiliterades.²³ Von Liszt kom att påverka den i Sverige verksamma straffrättsprofessorn Johan CW Thyrén. Thyrén betonade också idéerna om brottets samhällsfara och förespråkade en avvägning mellan både individualprevention och det av allmänprevention gällande straffsystemet. Thyréns idéer kom i hög grad att påverka straffkommissionens arbete (SOU 1923:9) när 1864-års strafflag skulle reformeras. Även om kommissionens förslag inte ledde till lagstiftning så skedde partiella reformer av strafflagen. Samtidigt som Thyrén 1927 tillträdde posten som justitieminister, antogs lagar om ”internering och förvaring” som utarbetades under Thyréns tid som ordförande i respektive utredningar. Tanken med dagsboten som infördes 1931, var i viss mån individualpreventiv eftersom var och en skulle drabbas lika hårt av denna påföljd oavsett individens ekonomiska omständigheter.²⁴

Hovrättspresidenten Karl Schlyter fortsatte med den reformering av strafflagstiftningen som Thyrén hade påbörjat. Även Schlyter blev justitieminister och han presenterade år 1934 ett genomgripande reformprogram som var starkt influerat av den socialistiska skolans idéer. Reformprogrammet som lades på 1938 års Strafflagsberedning sammanförde betänkandet ”Skyddslag” (1956:55) som innehöll ett förslag till ett nytt påföljdssystem. Enligt beredningen skulle vård och behandling utgöra stommen i ett påföljdssystem som lämnade ett stort utrymme åt domstolarna vid valet av påföljd.²⁵ Samtidigt skulle utrymmet för frihetsstraffen också begränsas, men fängelse och böter skulle även fortsättningsvis finnas kvar. Det riktades snabbt kritik mot förslaget, främst mot de starkt individualpreventiva inslagen. Karl Olivecrona, professor i straff- och processrättsprofessorn vid Lunds universitet, var exempelvis av den åsikten att detta ökade risken för kriminalitet eftersom allmänpreventionen i svensk straffrätt försvagades. Även om förslaget utsattes för stark kritik så baserades införandet av brottsbalken på detta tillsammans med betänkandet Enhetligt frihetsstraff (SOU 1953:17). Beredningens uppfattning var i det senare betänkandet att misshandel, rattfylleri och brott mot specialstraffrätten var brott av sådan allvarlig art att de skulle föranleda frihetsstraff. Beredningen tydliggjorde senare i ett betänkande från år 1956 att kortare fängelsestraff skulle utdömas för dessa brott på grund av allmänpreventiva skäl.²⁶

²³ SOU 1986:14, *Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. Huvudbetänkande av Fängelsestraffkommittén.*, s. 26. (Härefter SOU 1986:13-15)

²⁴ Aspelin, s. 119-122.

²⁵ Aspelin, s. 122 f, samt Wallén, Per-Edwin, *Svensk straffrätts historia* (del II), Stockholm 1976 s. 38 f.

²⁶ Aspelin, s. 122.

2.1.5 Vård och behandling

När brottsbalken slutligen antogs så blev dess påföljdssystem till viss del en kompromiss av de allmänpreventiva och individualpreventiva resonemangen. Påföljdssystemet kom således att utmärkas av vård och behandling såsom Strafflagsberedningen ursprungligen hade föreslagit. De olika nyinförda påföljderna skulle ge domstolarna möjlighet i det enskilda fallet, att döma ut den mest lämpliga påföljden. Påföljderna omfattade bl.a. böter, fängelse, villkorlig dom, skyddstillsyn och överlämnande till särskild vård.²⁷ Bestämmelsen i 1 kap. 7 § stadgade att rätten skulle ”*vid val av påföljd (...), med iakttagande av vad som krävs för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden är ägnad att främja den dömdes anpassning till samhället*”. Detta innebar att domstolarna skulle göra en avvägning mellan den allmänpreventiva och den individualpreventiva hänsynen vid påföljdsvalet. Den individualpreventiva hänsynen skulle emellertid ges ett visst företräde.²⁸ Bestämmelsen innebar en början till artbrottsinstitutet, då domstolarna med hänvisning till allmän laglydnad kunde döma ut korta fängelsestraff för vissa brottstyper, såvida inte den individualpreventiva hänsynen gjorde sig gällande i det enskilda fallet.²⁹

Brottsbalkens behandlingsideologiska grund kom dock att ifrågasättas under slutet av 1960-talet, men under 1970-talet blev kritiken allt större. Kritikerna hänvisade bl.a. till den kriminologiska forskningen som visade att de nya behandlingsformerna inte alls visade så goda resultat som man hade räknat med. Det ansågs också att det uppstod orättvisor eftersom påföljden mer eller mindre skulle bestämmas i det enskilda fallet enligt 1 kap. 7 §. Det bedömdes även att avvägningen mellan de allmänpreventiva och de individualpreventiva intressena som skulle göras i det enskilda fallet, var för svår att omsätta i praktiken eftersom dessa intressen delvis var motsägande. Då de kriminalpolitiska forskningsresultaten samtidigt visade att effekterna av olika påföljder inte skiljde sig från varandra i speciellt stor utsträckning, gick det egentligen inte att förutse utfallet i en enskild situation. Att verkligen göra en riktig individualpreventiv bedömning var således mycket svårt. Den sociologiska straffrättsskolans idéer om individualiserande påföljder blev därför allt mindre hållbara. Inom det Brottsförebyggande rådet utarbetades en rapport med utkast till ny reform, ”Nytt straffsystem” (BRÅ 1977:7) Denna fick stor genomslagskraft i den kriminalpolitiska debatten och ledde fram till lagstiftningsarbetet som slutade i 1989-års påföljdsreform.³⁰

²⁷ SOU 1986:14, s. 28.

²⁸ SOU 1986:14, s. 69.

²⁹ Se t.ex. NJA 1984 s. 898.

³⁰ SOU 1995:91 (del II), s. 46 f. samt Aspelin, s. 123-125.

2.2 1989-års påföljdsreform

2.2.1 BRÅ-arbetsgruppen

Det var således arbetsgruppen inom BRÅ som påbörjade arbetet med påföljdsbestämningsreformen genom att lägga fram rapporten "Nytt Straffsystem." Då många jurister sedan länge hade kritiserat den dåvarande påföljdsbestämningen vände sig arbetsgruppen mot behandlingstanken som grund för påföljdssystemet. Flera sakkunniga hade också framfört att individualpreventionen var av underordnad betydelse samtidigt som det fanns en risk för ökad brottslighet då man inte tillräckligt betonade den allmänpreventiva hänsynen.³¹ Arbetsgruppen ansåg därför att regleringen i 1 kap. 7 §, där påföljdsbestämningen skulle vara beroende av en avvägning mellan individualpreventiva och allmänpreventiva intressen, skulle skrotas till förmån av andra regler för påföljdsbestämningen. I den nya ordningen skulle, enligt arbetsgruppen, istället brottets straffvärde betonas och påföljden skulle vara bunden av hur förkastligt eller farligt brottet var. I och med detta skulle kravet på proportionalitet och ekvivalens i straffsystemet tillfredsställas. För att fängelse normalt skulle få dömas ut krävdes att straffvärdet låg på ett år. Arbetsgruppen förespråkade en "försiktig uppvärdering av allmänpreventionens betydelse", men utan att närmare gå in på vilken genomslagskraft denna uppvärdering skulle få. Det verkar dock som att man tänkte sig att allmänpreventionen skulle ha betydelse för påföljdssystemet i stort, men endast i mindre omfattning gällande påföljdsbestämningen i det enskilda fallet.³²

2.2.2 Fängelsestraffkommittén

I Fängelsestraffkommitténs betänkande Påföljd för brott (SOU 1986:13–15) utvecklades BRÅ-arbetsgruppens visioner. I betänkandet angav kommittén att det utgjorde ett stort samhällsproblem att många brottstyper (exempelvis rattfylleri) hade ökat. Kommittén menade att kunskapen om att fängelse utdöms för vissa av dessa brott troligen skulle avskräcka vissa människor att begå dessa gärningar. Kommitténs förslag innebar att 1 kap. 7 § skulle upphöra att gälla. Utgångspunkten för både påföljdsvalet och straffmätningen skulle bli brottets straffvärde och billighetshänsyn. I och med denna förändring skulle domstolarna, enligt kommittén, inte längre behöva ta hänsyn till de "teoretiskt ohållbara begreppen allmän- och individualprevention". De skulle också slippa att försöka göra någon avvägning mellan dessa båda tankar vid påföljdsbestämningen.³³ Kommittén lanserade för första gången också begreppet brottets art i

³¹ SOU 1995:91 (del II), s. 46 f.

³² Borgeke, Martin, *Brottets art – några tankar kring en svårgriplig företeelse*, SvJT 1999 häfte 2, s. 219. (Härefter Borgeke SvJT)

³³ SOU 1986:14, s. 426.

förslagets 34 kap. 6 § som var den centrala bestämmelsen vid påföljdsvalet. Bestämmelsen fick följande formulering:

Fängelse bör ådömas om gärningen har betydande straffvärde. Fängelse bör härutöver ådömas om det finns särskilda skäl för det med hänsyn till brottets art eller den tilltalades tidigare brottslighet.

Bestämmelsens betydelse var i princip densamma som den nuvarande 30 kap. 4 §, att fängelse i vissa fall kan motiveras utifrån brottets art. Noterbart är dock att det enligt kommittén skulle krävas särskilda skäl för att brottets art skulle kunna åberopas. Det som kommittén gjorde var sätta ett namn på en redan existerande praxis, men utan att varken klargöra eller definiera begreppet. Före reformen hade domstolarna utdömt kortare fängelsestraff av hänsyn till allmän laglydnad, enligt dåvarande 1 kap.7 §. Det rörde sig om brott som främst av allmänpreventiva skäl ansågs skulle förskylla ett kort fängelsestraff. Nu handlade det om att utdöma kortare fängelsestraff för brott som anses förskylla fängelse trots att det inte hade ett betydande eller särskilt högt straffvärde. Fängelsestraffkommittén utpekade bl.a. rattfylleri och skattebrott som exempel på brott av detta slag, men också vissa former av brottstyp som oprovocerad gatumisshandel (av i och för sig inte särskilt allvarlig karaktär). Vid dessa brott skulle det enligt kommittén, finnas en presumtion för fängelse och det skulle krävas särskilda skäl (i princip motsvarande de som nu är uppräknade i 30 kap 9 § BrB) för att annan påföljd skulle kunna väljas. Det tillades att om man vid ny lagstiftning hade den avsikten att ett brott skulle vara av den arten att presumtion skulle råda för fängelse borde detta formuleras i lagförarbetena. Detsamma skulle gälla om lagstiftaren ansåg att en viss brottstyp inte längre skulle särbehandlas på detta sätt.³⁴

En annan huvuduppgift som fängelsestraffkommittén blev tilldelad, var att reducera användningen av fängelsestraffet och att längden på de fängelsestraff som utdömdes blev kortare. Detta bedömdes vara möjligt genom en mer exakt reglering av de fall då fängelse fick utdömas. Bestämmelsen i 30 kap 4 § BrB blev således slutprodukten som stadgade att fängelse endast fick utdömas i tre fall: när straffvärdet är så högt att ingen annan påföljd kan komma ifråga, när återfallsfrekvensen talar för detta eller då brottet är av sådan art att det anses förskylla fängelse. Det bedömdes även att en allmän reglering av påföljdsbestämningen skulle främja en större förutsebar och enhetlig rättstillämpning. Domstolarna skulle nämligen i sina domskäl behöva föra en mera detaljerad argumentation av grunden för utfallet vid straffmätningen och påföljdsvalet.³⁵

³⁴ Borgeke SvJT, s. 220.

³⁵ SOU 1986:14, s. 419 samt SOU 2008:85, s. 51.

2.2.3 Påföljdsbestämmningspropositionen

År 1989 genomfördes den slutgiltiga reformen, vilket medförde att dagens 29 och 30 kap. BrB ersatte den tidigare påföljdsregeln i 1 kap. 7 §. Reformen gav en mera tydlig verkan för nyklassiska idéer i svensk kriminalpolitik där proportionalitet och ekvivalens fungerade som grundläggande principer samtidigt som preventionshänsynen blev mindre påtaglig.³⁶

Frågan om brottslighetens art behandlades dock mycket kortfattat i påföljdsbestämmningspropositionen (1987/88:120). Begreppet nämns mycket knapphändigt i specialmotiveringen och i stort sett inte alls i den allmänna motiveringen. Istället berörs det hur man bör se på gärningsmannens tidigare brottslighet i mycket större omfattning. Det ges inte heller någon definition av brottets art i lagtexten. I propositionen nämns dock att lagstiftaren (genom att föreskriva att brottets art skall påverka påföljdsvalet) har velat anknyta till tidigare praxis enligt vilken vissa brott anses motivera fängelse, trots att de inte har särskilt högt straffvärde. Det stadgas att det handlar om brott som främst av allmänpreventiva skäl, normalt anses skall medföra ett kort fängelsestraff. Exempel på brott som anges är rattfylleri, vissa brott mot vapen- och jaktlagstiftningen samt olovlig vistelse i riket. Vissa former av misshandel, våld mot tjänsteman och skattebrott pekas också ut. Justitieministern³⁷ uppmärksammar i specialmotiveringen om vad hon yttrat i den allmänna motiveringen om möjligheten för domstolen att vid påföljdsbestämningen av allmänpreventiva skäl, beakta exempelvis att brottsligheten har blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former. Även om dessa bedömningar inte påverkar straffvärdet, kan det, enligt justitieministern, vara av betydelse för påföljdsvalet. Avsnittet avslutas med specialmotiveringen att för de angivna brotten gäller en presumtion för fängelse. För dessa brott bör det föreligga särskilda skäl för att en frihetsberövande påföljd inte skall väljas. Dessa skäl, som kan leda till ett utdömande av skyddstillsyn, återfinns i 30 kap. 9 § andra stycket BrB.³⁸

2.3 Utvecklingen efter påföljdsreformen

Artbrottskonstruktionen och straffsystemet har kommit att kritiserats och ifrågasättas på flera grunder sedan påföljdsreformens genomdrivande år 1989. Lagstiftningen har anklagats för att vara för krånglig samtidigt som den enskildes behandling och förbättring inte har iakttagits. Straffsystemet har också kritiserats för dess brist på enhetlighet då den individuella hänsynen fortfarande tillmäts betydelse vid val av andra påföljder, vilket gör att proportionaliteten inte verkar fullt ut. Begreppet brottslighetens art har

³⁶ Victor, Dag, *Varning för straff – Om våndan av den nyttiga straffrätten*, Stockholm 1995, s. 64 f. (Härefter Victor 1995)

³⁷ Vid utarbetandet av propositionen var det Anna Greta Leijon som var Sveriges justitieminister.

³⁸ Borgeke SvJT, s. 220-221.

bl.a. blivit kritiserat för dess lösa grund då det saknas klart uttalade kriterier för dess användning.³⁹ Detta har medfört att domstolen i vissa fall har fått tillämpa artbrottsinstitutet intuitivt.⁴⁰

Straffsystemkommittén gjorde i sitt betänkande ”Ett reformerat straffsystem” (SOU 1995:91), en djupgående granskning av brottsbalkens påföljdssystem. Granskningens syfte var att bilda ett enhetligt straffsystem som innehöll varierande straff vilka styrdes av likartade kriterier. Ett annat syfte var att minska användningen av fängelsestraff, vilket skulle uppnås genom trovärdiga alternativ till fängelse i påföljdssystemet och tydliga kriterier i lagstiftningen för i vilka situationer domstolen skulle utnyttja de olika straffen.⁴¹ I betänkandet uppmärksammades även kritiken mot begreppet brottslighetens art. Det yttrades att artbrottsbedömningen borde bli bättre sammanvägd med brottets straffvärde för att straffet skulle ge en mer rättvis bild av brottets svårighet.⁴² Det föreslogs att begreppet skulle avskaffas till förmån för begreppet ”brottets karaktär”. Ändringen skulle innebära att en samlad bedömning av brottets straffvärde och dess art skulle göras i större utsträckning vid påföljdsvalet. Kommittén ansåg även att domstolarna (vid artbrottslighet) skulle ges större möjlighet att döma till fängelse genom elektronisk intensivövervakning med hänvisning till brottets karaktär i stället för fängelse på anstalt.⁴³

Straffsystemkommitténs förslag kom emellertid inte att förändra påföljdssystemet eller artbrottskonstruktionen i någon större grad, trots att remissinstanserna uttryckt en önskan om ett förtydligande och lagreglering av begreppet. Kommitténs förslag om ett införande av begreppet ”brottets karaktär” bedömdes enbart komplicera straffsystemet i stället för att leda till något förtydligande. Det ansågs inte heller lämpligt att ta bort begreppet helt eftersom detta skulle kräva en förändring av den grundläggande strukturen i påföljdssystemet.⁴⁴

I den senare propositionen *Vissa reformer av påföljdssystemet* (prop. 1997/98:96) anfördes emellertid vissa nyheter angående artbrottsligheten. Det konstaterades att artbrottslighet är brott av sådan art att det bedöms som lämpligt att ingripa med en sträng påföljd, i huvudsak av allmänpreventiva skäl. Man förväntade sig härigenom att på en generell nivå uppnå en moralbildande, moralförstärkande och avskräckande effekt som motverkade den aktuella typen av brott. I propositionen redovisades även vilka brott som anses tillhöra artbrottskategorin. Förutom de brott som redovisades i proposition 1987/88:120, hade det även utvecklats ytterligare exempel på brott som med hänsyn till dess art bör särbehandlas i påföljdshänseende. Dessa var: narkotikabrott, vissa bokföringsbrott, mened och övergrepp i

³⁹ Se avsnitt 5 för mer utförlig kritik av artbrottskonstruktionen.

⁴⁰ Von Hirsch, Andrew & Påle, Karin, *Artbrott*, SvJT 1999 häfte 2, s. 248 ff. (Härefter von Hirsch & Påle)

⁴¹ SOU 1995:91 (del I), s. 14 samt Prop. 1997/98:96, s. 74 ff.

⁴² SOU 1995:91, (del II), s. 129 f.

⁴³ SOU 1995 :91 (del II), s. 59 f samt Prop. 1997/98:96, *Vissa reformer av påföljdssystemet*, s. 116. (Härefter Prop. 1997/98 :96)

⁴⁴ Prop. 1997/98 :96, s. 117 f.

rättsak. Det nämndes även att det är främst genom Högsta domstolens avgöranden som det har fastslagits vilka brottstyper som skall kunna föranleda särbehandling i påföljdshänseende. I stället för att ge generella riktlinjer har detta i stor utsträckning skett brottstyp för brottstyp.⁴⁵

2.4 Straffteorier

Varför man verkligen bestraffar och vad syftet med bestraffningen är har genom årtusenden behandlats av olika straffideologier och straffteorier. Genom historien har det funnits en distinktion mellan absoluta och relativa straffteorier. De absoluta straffteorierna kännetecknas av att straffet ses som ett uttryck för ett etiskt krav, rättvisa. Straffet motiveras inte heller med något sekundärt syfte, som till exempel att förebygga brott. De relativa straffteorierna utmärks istället av att straffet ska tjäna till att förebygga brott, minska brottsligheten eller uppnå andra goda mål. Vanligtvis brukar allmänprevention och individualprevention räknas som relativa ideologier och vedergällning och försoning som absoluta ideologier.⁴⁶ Då artbrottsbegreppet ersatte dåvarande 1 kap. 7 § BrB, som handlade om en avvägning mellan allmänpreventiva och individualpreventiva bedömningar, behandlas här endast de relativa bestraffningsideologierna.

Även om allmänprevention och individualprevention i viss utsträckning har förlorat sin centrala roll som styrande för påföljdssystemet, har de ändå alltjämt betydelse för att beskriva de närmare ändamålen med påföljdsregleringen.⁴⁷

2.4.1 Allmänprevention

Syftet med allmänprevention är enkelt uttryckt att bestraffningen skall avhålla andra människor från att begå brott. Denna påverkan har ansetts kunna ske genom omedelbar avskräckning, medelbar avskräckning och moralbildning. Omedelbar avskräckning har motiverat grymma offentliga straff som skall väcka allmänhetens avsky för brottet och skräck inför myndigheterna. Då straffverkställigheten i huvudsak inte längre sker offentligt åsyftas allmänprevention genom avskräckning endast medelbar avskräckning. Medelbar avskräckning handlar om att människors beteende påverkas av det i lagen uppställda hotet om straff samt medvetenhet om att straff kommer att ådömas om ett brott begås. Moralbildning påverkar normbildningen hos människor genom att en gärning förses med ett visst straff eller dom och visar gärningens förkastlighet. Moralbildning kan ske genom att befästa människors befintliga föreställningar. Det kan också ske på det sättet att nya föreställningar skapas som individerna tidigare har ansett vara neutrala eller korrekta, men som därefter ses som förkastliga.

⁴⁵ Prop. 1997/98:96, s. 116 ff.

⁴⁶ Jareborg & Zila, s. 62.

⁴⁷ Prop. 1997/98:96, s. 87.

Moralbildning benämns ibland också som ”positiv allmänprevention”. Det som betecknas som ”negativ allmänprevention” är ren avskräckning då det inte förutsätts att straff skall bidra till att påverka människors inställning till brottet i sig. I och med att människor förutsätts att handla rationellt egoistiskt är idealet med allmänpreventionen att hotet skall vara sådant att skälen till att inte begå brott för den enskilde är starkare än skälen för att begå brott.⁴⁸

Vad som utgör brott beror på vad som är kriminaliserat och det är i sin tur lagstiftaren som fattar beslut om kriminaliseringen. Kriminalisering är detsamma som att hota med straff. Det vore ingen mening att hota med straff om inte hotet skulle ha en viss effekt på den eller de som hotas. Således är kriminaliseringen otänkbar utan ett allmänpreventivt syfte. Lagstiftaren menar att gemene man kommer att avstå från att begå en viss gärning om den kriminaliseras. På denna grund är allmänpreventionen helt och hållet inbyggt i det straffrättsliga systemet.⁴⁹ Även skillnaderna i straffskalorna kan i viss mån förklaras av allmänpreventiva överväganden. Straffskalorna bygger nämligen i grund och botten på brottets förkastlighet eller svårhet. Lagstiftaren hotar följaktligen med ett svårare straff för vissa brott i syfte att beivra dem.⁵⁰

På domstolsnivå torde allmänpreventionen ha en viss påverkan i och med att domstolarnas ”konsekvent upprätthållna rättspraxis” visar att det på lagstiftningsnivån uppställda hotet om straff inte är tomt. Detta förstärker straffhotet och dess innebörd, vilket i sin tur bör verka avskräckande på befolkningen i allmänhet.⁵¹ Det bör emellertid nämnas att den allmänpreventiva hänsynen inte skall tillmätas betydelse i det enskilda fallet. Att göra avvikelser från reglerna för påföljdsbestämningen och den rättspraxis som utbildats runt dessa bestämmer skulle strida mot likabehandlingsprincipen.⁵²

2.4.2 Individualprevention

Individualprevention har till syfte att förändra brottslingen efter brottet och innebär att ”genom avskräckning”, lära de straffade att skilja på rätt och orätt. Det var först under 1900-talet som de individualpreventiva tankegångarna allvarligt kom att slå igenom. Det var främst under beteckningen behandlingstanken som de individualpreventiva influenserna och idéerna hade stor betydelse för det svenska straffsystemet. Detta skedde från början av 1900-talet och fram till mitten av andra halvan av det förra seklet. Ett individualpreventivt motiverat straff kan nästintill vara vad som

⁴⁸ Jareborg & Zila, s. 73-74.

⁴⁹ Jareborg & Zila, 74 ff.

⁵⁰ Victor, Dag, *Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem*, SvJT 1999 häfte 2, s. 132 ff. (Härefter Victor 1999)

⁵¹ Victor 1995, s. 21.

⁵² Prop. 1987/88:120, *Regeringens proposition om ändring i brottsbalken m.m.*, s. 32. (Härefter Prop. 1987/88:120)

helst. Det är den enskilda brottslingen som står i centrum för intresset att förhindra brott. Det väsentliga är att straffet som följer av brottet, avhåller brottslingen från att på nytt begå brott. På så sätt kan man säga att dödsstraff är det bästa individualpreventivt motiverade straffet. Kastrering och förtidspensionering skulle också kunna vara mycket effektiva straff. Alla människor är olika och eftersom olika brottslingar motiveras till brottslighet av olika orsaker, krävs det dock att straffet är individuellt anpassat efter vad som krävs för att avhålla just den specifika brottslingen att återfalla i brott. En del människor kanske till och med inte behöver utsättas för bestraffning, de lär sig laglydnad redan av en varning. Inom begreppet individualprevention talar man därför om individuell avskräckning, förbättring eller behandling och oskadliggörande eller inkapacitering. Om brottslingen avstår från att begå ny brottslighet på grund av straffet har följaktligen straffet en individuell avskräckande effekt. Straffet har en förbättrande effekt eller behandlingseffekt om brottslingen genom sociala eller medicinska åtgärder kan bryta stigmatiseringen och återföras till ett normalt liv i samhället. Om brottslingen förhindras att begå nya brott, till exempel genom isolering, har straffet en inkapaciterande eller oskadliggörande effekt.⁵³ Svårigheten med individualprevention är att bestämma vilket straff som passar bäst för den enskilda lagöverträdaren. Ett problem är också förutsebarheten i ett straffsystem som grundar sig på individualprevention samt proportionalitet och likhet inför lagen. För att det skall anses vara effektivt med individualpreventiva hänsyn i ett straffsystem krävs det dessutom individuella framtidsprognoser som svårligen låter sig göras. Idag har vi fortfarande ett straffsystem som till viss del är individualpreventivt, eftersom domstolarna har en möjlighet att utdöma alternativa påföljder. Dessutom har kriminalvården en möjlighet att bevilja elektronisk intensivövervakning. Med denna bakgrund har det hävdats att det differentierade påföljdssystemet inte har övergivits.⁵⁴

Till skillnad från allmänpreventionen är individualpreventiva överväganden inte alls väsentliga för uppgiften om vad som skall kriminaliseras. En förklaring till detta är att individualprevention avser att förebygga återfall och om det inte finns någon kriminalisering så finns det heller inga återfall. Samtidigt skall kriminaliseringar dessutom vara generellt utformade och inte rikta sig till individer.⁵⁵

Angående påföljdsbestämningen beviljar lagstiftningen viss individualpreventiv hänsyn. Exempelvis så finns det spår av individualprevention vid straffmätningen då domstolen skall ta hänsyn till billighetshänsyn enligt 29 kap. 5 § BrB. Dessutom kan domstolen, avseende påföljdsvalet, välja mellan fängelse och en alternativ påföljd beroende bl.a. på den åtalades personliga omständigheter. Rätten skall emellertid, oberoende av individualpreventiva effekter, rätta sig efter de kriterier vid påföljdsvalet och straffmätningen som lagstiftaren har formulerat.

⁵³ SOU 1995:91 del II, s. 42 ff. samt Jareborg & Zila, s. 82 ff.

⁵⁴ Borgeke, Martin & Reimer, Stefan, *Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdsbestämning – en replik*, SvJT 1999 häfte 2 s. 145 ff.

⁵⁵ Victor 1999, s. 132 ff.

Domstolen skall alltså inte i det enskilda fallet ägna sig åt något individuellt prognostiskt tänkande.⁵⁶

Även om kravet på likabehandling också är av stor betydelse så gör den individualpreventiva hänsynen sig gällande under verkställigheten av straffet. Numera har behandlingstanken i straffsystemet en ganska tillbakadragen roll då idéerna har kritiserats och ifrågasatts. Trots detta har individualpreventiva överväganden fortfarande inte en obetydlig roll vid verkställigheten.⁵⁷

⁵⁶ SOU 1986:14, s. 75.

⁵⁷ SOU 1986:14, s. 76 samt SOU 2005:54 *Framtidens kriminalvård Betänkande av Straffsystemkommittén*, s. 144. För vidare resonemang se Jareborg & Zila, s. 87 ff.

3 Artbrottskonstruktionens grund och praktiska tillämpning

3.1 Vad innebär ”brottslighetens art”?

3.1.1 Förarbeten

Begreppet brottslighetens art introducerades i Straffsystemkommitténs betänkande (SOU 1986:13–15). Enligt förslaget skulle brottets art vid sidan av ett betydande straffvärde och återfallsbrottslighet, kunna medföra att fängelse valdes som påföljd. Syftet var att möjliggöra att vissa brott som tidigare hade ansetts förskylla fängelse, även i fortsättningen skulle kunna särbehandlas i påföljdshänseende oavsett straffvärde.⁵⁸ Begreppets introducering utgjorde således en kodifiering av tidigare praxis då domstolarna ofta hänvisade ”till den allmänna laglydnaden” när de utdömde ett kortare fängelsestraff för brott av allmänpreventiva skäl, trots att straffvärdet inte var så högt att det var nödvändigt med ett fängelsestraff.⁵⁹ I proposition 1997/1998:96 uttrycktes det att ett artbrott är ett brott av sådan art att det bedöms lämpligt i huvudsak av allmänpreventiva skäl att ingripa med en sträng påföljd trots att straffvärdet i sig eller återfallsfrekvensen inte talar för det. Enligt propositionen handlar det om brott som främst av allmänpreventiva skäl, normalt anses bör medföra ett kort fängelsestraff och det bör föreligga särskilda skäl för att inte en frihetsberövande påföljd skall väljas. Syftet med artbrottskonstruktionens konsekvenser för påföljdsvalet var att på en generell nivå uppnå, både moralbildande eller moralförstärkande effekter och en avskräckningseffekt som motverkade en viss typ av brottslighet.⁶⁰

Man kan dock inte finna någon närmare definition av brottets art eller artbrott i lagtexten. Begreppen klargjordes inte i lagtexten och förblev till synes oförklarade och opreciserade i förarbeten. Begreppen används alltså snarare som en beteckning eller kodifiering av den rättspraxis som applicerades före påföljdsbestämmningsreformen år 1989.⁶¹

3.1.2 Lagreglering

För att få en god helhetsbild av artbrottsbegreppet kan det vara bra att först förstå sig på grunderna för påföljdsbestämningssystemet. Därefter blir det lättare att begripa var artbrottskonstruktionen återfinns i detta system.

⁵⁸ Prop. 1987/88:120, s.31 ff.

⁵⁹ Prop. 1987/88 :120, s. 29 ff. samt Borgeke 2008, s. 240.

⁶⁰ Prop. 1997/98:96, s. 116

⁶¹ Von Hirsch & Påle, s. 248 ff.

Påföljdsbestämningen återfinns i 29 och 30 kap. BrB och sker i tre led. Enligt 29 kap 1 § BrB skall straff bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan för det aktuella brottet efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde. Till att börja med skall brottets konkreta straffvärde fastställas. Denna beräkning är av fundamental vikt för straffmätningen och påföljdsvalet. Vid fastställandet av straffvärdet skall domstolen särskilt ta hänsyn till den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft.⁶²

Nästa led i påföljdsbestämningen är valet av påföljd. Detta val skall grunda sig på det fastställda straffvärdet. Enligt 30 kap. 4 § första stycket BrB råder det en presumtion mot att fängelse skall dömas ut. Domstolen skall således i första hand kontrollera om det föreligger omständigheter i målet som kan leda till att påföljden blir något annat än fängelse. Det förespråkas en restriktiv användning av fängelsestraffet på grund av de skadliga effekterna som denna påföljd anses ha på de intagna.⁶³ Utöver straffvärdet skall domstolen också ta hänsyn till de s.k. billighetsskäl som anges i 29 kap. 5 § BrB. Billighetsskäl kan motivera en icke frihetsberövande påföljd istället för ett kort fängelsestraff, även om straffvärdet i ett enskilt fall i och för sig talar för ett utdömande av ett fängelsestraff.⁶⁴

Som framgår av 30 kap. 4 § andra stycket BrB kan presumtionen mot fängelse dock brytas av tre grunder: när straffvärdet är så högt att ingen annan påföljd kan komma ifråga, när återfallsfrekvensen talar för detta eller då brottet är av sådan art att det anses förskylla fängelse. Således är brottslighetens art en av tre omständigheter som kan bryta presumtionen mot fängelse. Om någon eller några förutsättningar som anges i 30 kap. 4 § andra stycket BrB emellertid föreligger, inträder alltså en presumtion för en fängelsepåföljd. Fängelsepresumtionen innebär dock inte att fängelse alltid skall väljas som påföljd. Om det finns särskilda skäl för det kan rätten fortfarande välja en icke frihetsberövande påföljd.⁶⁵ Enligt 30 kap. 7 § BrB kan dessa särskilda skäl vara att det inte föreligger någon risk för fortsatt brottslighet. Vidare stadgar 30 kap. 9 § BrB att skyddstillsyn kan vara aktuellt istället för fängelse om det bidrar till att den tilltalade avhåller sig från att begå fortsatt brottslighet.

Det är inte helt säkert vilka kriterier som gäller vid bedömningen av om återfall i brott skall bryta presumtionen mot fängelse. Viss ledning skulle kunna hämtas från 29 kap. 4 § BrB. Normalt gäller också att tidigare brottslighet inte tillmäts någon betydelse om den ligger så långt tillbaka i tiden som fyra år eller mer. Det står även klart att skäl för att låta tidigare

⁶² Jareborg & Zila, s. 100 ff.

⁶³ Prop. 1987/88:120, s. 31 ff.

⁶⁴ Jareborg & Zila, s. 126.

⁶⁵ Prop.1997/98:96, s. 96.

brottslighet påverka påföljdsvalet är starkare om det rör sig om likartad brottslighet än om så inte är fallet.⁶⁶

Det bör poängteras att de tre fallen kan förekomma i olika kombinationer som ökar presumtionen för fängelse. Om exempelvis brottets straffvärde är något lägre än 12 månader kan fängelse likaså dömas ut om en sammanvägning av brottets straffvärde, art och återfallsfrekvens motiverar fängelsestraffet, trots att varken brottets art eller återfall i sig skulle medföra en frihetsberövande påföljd.⁶⁷

Om inga omständigheter enligt 30 kap 4 § andra stycket BrB existerar, föreligger således en presumtion mot fängelse. I de fallen skall den tilltalade ådömas en alternativ påföljd. Den tilltalade döms då normalt till villkorlig dom, enligt 30 kap 7 § första stycket BrB, vanligen i kombination med dagsböter (30 kap 8 § BrB) men också skyddstillsyn enligt 30 kap 9 § första stycket BrB eller samhällstjänst (27 kap. 2 a § BrB).⁶⁸

När påföljden har valts skall domstolen genomföra den slutgiltiga straffmätningen, vilket är det tredje och sista ledet i påföljdsbestämningen. Även denna bedömning utgår ifrån straffvärdet. Det slutliga resultatet justeras då till vad som brukar kallas för ett straffmätningssvärde. Straffet kan då skärpas, enligt 29 kap. 4 § BrB (om risken för återfall är stor) eller förmildras på grund av billighetsskäl, enligt 29 kap. 5 § BrB.⁶⁹ I straffmätningssvärdet ingår också den reduktion av straffet som enligt 29 kap. 7 § BrB skall ske med hänsyn till den tilltalades ungdom i de fall han eller hon begick brottet före 21 års ålder.⁷⁰

3.1.3 Vilka brott anses vara artbrott?

Begreppet artbrott har i de senaste lagstiftningsärenden beskrivits som ett brott av sådan art att det i huvudsak av allmänpreventiva skäl, bedöms som lämpligt att ingripa med en sträng påföljd, trots att straffvärdet i sig inte är påtagligt högt. Genom en sådan ordning förväntar man sig att på en generell nivå, uppnå en både morallbildande och moralförstärkande effekt samt en avskräckningseffekt som motverkar den aktuella typen av brott.⁷¹ Begreppet saknar dock en teoretisk grund då begreppet, vilket tidigare anmärkts, förstås som en kodifiering av den rättspraxis beträffande 1 kap. 7 § BrB som gällde före påföljdsreformen.⁷²

⁶⁶ Borgeke, 2008, s. 267-268.

⁶⁷ Borgeke 2008, s. 241. Se 4.1 för redogörelse för artbrottsbedömningen.

⁶⁸ Prop. 1987/88:120, s. 99.

⁶⁹ 29 kap. 5 § skall emellertid, enligt Prop. 1987/88:120, s. 90, tillämpas med försiktighet så att den inte medför risker för oenhetlig praxis och sociala orättvisor.

⁷⁰ Borgeke 2008, s. 180 ff. samt Prop. 1987/88:120, s. 36 ff.

⁷¹ SOU 2008:85 *Straff i proportion till brottets allvar*, s. 78. (Härefter SOU 2008:85)

⁷² Victor, Dag, "Artbrotten och de korta fängelsestraffen - teoretiska frågor", SvJT2003 häfte 2, s. 123. (Härefter Victor 2003)

Vid reformen tolkades utvidgningsmöjligheten, vilken angavs i proposition 1987/88:120, som att varje domstol har rätt att pröva huruvida en brottstyp eller vissa specifika brott är att anse som ett artbrott.⁷³ Vilka brott som hänförs till artbrottskategorin har följaktligen framför allt slagits fast genom HD:s praxis och därefter har lagstiftaren till viss del bestyrkt denna praxisutveckling genom uttalanden i förarbeten.⁷⁴ Med denna bakgrund är det inte helt enkelt att lämna en uttömmande uppräkningslista av vilka brott som skall anses tillhöra kategorin artbrott. Det har aldrig helt utretts vilka brott, denna kategori skall omfatta. Vad beträffar påföljdsbestämningsreformen, gavs det dock vissa exempel på brott. Dessa var rattfylleri, vissa brott mot vapen- och jaktlagstiftningen, olovlig vistelse i riket, vissa typer av skattebrott samt vissa former av misshandel.⁷⁵ I den senare propositionen (prop. 1997/98:96) kom även mened, övergrepp i rättssak, narkotikabrott, bokföringsbrott och brott mot totalförsvarspikten att hänföras till denna grupp av artbrott som erkänts av lagstiftaren. Grovt rattfylleri, övergrepp i rättssak och vapenbrott⁷⁶ har även i samband med ny materiell lagstiftning på området kommit att befästas som artbrott.⁷⁷

I proposition 1997/98:96 ansågs även oprovocerat gatuslagsmål utgöra en stark presumtion för fängelse på grund av brottets art. Däremot förklarades att misshandel som innefattar krogslagsmål mellan två onyktra personer (s.k. dansbaneslagsmål) oftast inte utgör artbrott.⁷⁸

Förutom de ovannämnda brotten, har ytterligare brott kommit att betraktas som artbrotts i rättspraxis. Då domstolarna har möjlighet att utvidga institutet till att omfatta nya brott har antalet brott som räknas som artbrott ökat allt mer i antal. Brotten har i det enskilda fallet en eller flera gånger bedömts som artbrott och sålunda föranlett en fängelsepåföljd.⁷⁹ Dessa är bl.a. olaga hot, bokföringsbrott, brukande av falsk urkund, grov vårdslöshet i trafik, dopningsbrott, grovt barnpornografibrott, sexuellt utnyttjande, sexuellt utnyttjande av barn, sexuellt ofredande, sexuellt tvång, våldsamt upplopp, brott mot borgenär och brott mot alkohollagen.⁸⁰

Även om det står klart att det finns ett antal brottstyper som oftare än andra särbehandlas i påföljdshänseenden, genom att domstolen hänvisar till dess art, kan det enligt viss doktrin vara vanskligt att tala om rena artbrott i vårt rättssystem. Verkligheten är nämligen inte så enkel att det finns brott som alltid medför fängelse på grund av dess art. Istället kan man tala om att artskälen är mer eller mindre höga vid olika brottstyper, vilket kan påverka

⁷³ Von Hirsch & Påle, s. 242.

⁷⁴ SOU 2008:85, s. 78.

⁷⁵ Prop. 1987/88:120, s.100 samt SOU 1986:14, s.457.

⁷⁶ Vapenbrottets karaktär av artbrott har f.ö. förstärkts. Numera vid sådan brottslighet krävs det mycket starka skäl, huvudsakligen av personlig natur, för att någon annan påföljd än fängelse skall komma i fråga. Prop 1999/2000:160 *En skärpt vapenlagstiftning*, s. 68.

⁷⁷ Prop. 1997/98:96, s. 68.

⁷⁸ Prop. 1997/98:96, s. 116-117.

⁷⁹ Von Hirsch & Påle, s. 242.

⁸⁰ Sterzel, Georg, *Studier rörande påföljdsspraxis m.m.*, Stockholm 2005, s. 79 ff. (Härefter Sterzel)

benägenheten för domstolen att hänvisa till brottets art och utdöma ett fängelsestraff.⁸¹ På denna grund anser exempelvis Borgeke att olika ”artbrottslistor” är farliga. Då de i och för sig inrymmer en sanning exkluderar de ett antal viktiga upplysningar. Inte nog med att artskälen är olika starka vid olika brottstyper. Klassificeringen av brottstyper i sig, innebär också en grov förenkling. Detta medför att benämningen artbrott ofta blir missvisande då den kan ge föreställningen att artbrotten alltid leder till fängelse om inte särskilda skäl med anknytning till den tilltalades person innebär att det finns anledning att döma till annan påföljd. Även om HD använder begreppet anser Borgeke att termen artbrott inte bör användas.⁸²

3.1.4 Artbrottslighet i rättspraxis

Även om man skulle kunna säga att olika brott klassificeras som artbrott så besitter de olika stark fängelsepresumtion. Trots att denna presumtion, med hänsyn till brottslighetens art, är mycket hög för vissa brottstyper, så finns det troligen inte någon brottstyp som alltid medför fängelse för förstagångsförbrytare där endast brottets art talar för fängelse. För att i alla fall kunna besvara frågan om vilka brott som särbehandlas i praxis på grund av dess art, kan man försöka sig på att placera in olika brott på en artvärdeskala som ungefärligt anger hur domstolarna generellt tillämpar kriteriet brottslighetens art vid olika brottstyper. För att göra detta möjligt kan det vara lämpligt att ta kriminalstatistiken som utgångspunkt och jämföra domstolarnas påföljdstraditioner. När man läser kriminalstatistiken får man dock inte glömma att det som redovisas är huvudbrott och huvudpåföljd. Detta betyder att den tilltalade i många fall kan ha dömts för mer än ett brott, medan domen i statistiken endast redovisar brottet som har den strängaste straffskalan. Vid bedömning av det statistiska utfallet bör man också ha i åtanke att tidigare brottslighet kan ha påverkat påföljdsbedömningen samtidigt som den dömda kan ha blivit föremål för en lindrigare påföljdsbestämning på grund av ”ungdomsrabatt” enligt 29 kap. 7 § BrB. Det bör också påpekas att det endast är tingsrättsdomar som redovisas. Om en dom ändras i högre instans påverkar det därmed inte statistiken.⁸³

Von Hirsch och Påle anser att det är vanskligt att lita på rådande praxis då denna inte förser betraktaren med någon kritiskt måttstock. Om domaren tittar på föregående praxis får han eller hon till exempel vetskap om att det brott som den tilltalade har begått i 60 % har medfört fängelse och 40 % till en icke frihetsberövande påföljd. Detta är dock en obetydlig vägledning i det enskilda fallet eftersom statistiken som sådan inte kan berätta varför förövaren skall tillhöra den grupp som erhåller fängelse eller inte.⁸⁴

⁸¹ För vidare utveckling se bl.a. 4.1.

⁸² Borgeke 2008, s. 244 samt Borgeke SvJT, s. 228.

⁸³ Borgeke 2008, s. 252.

⁸⁴ Von Hirsch & Påle, s. 255.

Nedan finns ett exempel på hur vissa brott har bedömts i praxis, hämtad från Martin Borgekes föreläsningssanteckningar.

		art (artvärde)	
mened, jaktbrott			100 % (83 %)
grovt rattfylleri			89 % (57 %)
vapenbrott			80 % (64 %)
narkotikabrott			79 % (65 %)
skattebrott			70 % (15 %)
brott mot alkohollagen			68 % (46 %)
brott mot besöksförbud			67 % (65 %)
misshandel			66 % (31 %)
våld eller hot mot tjänsteman			62 % (39 %)
olaga hot			46 % (36 %)
skadegörelse			37 % (28 %)
bokföringsbrott			33 % (11 %)
urkundsförfalskning			21 % (15 %)
stöld			(38) % (34 %)

Procent fängelse, sluten ungdomsvård, villkorlig dom med samhällstjänst samt skyddstillsyn med samhällstjänst, kontraktsvård eller 28:3 fängelse av dem som år 2004 dömdes till fängelse, sluten ungdomsvård, skyddstillsyn eller villkorlig dom med de angivna brotten som huvudbrott. Uppgifterna inom parentes avser procent fängelse, sluten ungdomsvård eller fängelse enligt 28 kap. 3 § BrB.

3.2 Varför har vi artbrottskonstruktionen?

År 1989 ändrades det straffrättsliga påföljdssystemet genom påföljdsbestämmningsreformen. Dåvarande 1 kap. 7 § BrB pekade som grund för påföljdsvalet ut en avvägning mellan laglydnad och individualpreventiva bedömningar. Den tidigare bestämmelsen i BrB upphävdes dock i samband med påföljdsreformen eftersom man ansåg att varken den allmänna eller den individualpreventiva hänsynen var lämpliga att utgöra en självständig grund vid påföljdsbestämning i det enskilda fallet. Det ansågs också att påföljdsvalet inte borde användas för att statuera ett exempel då det strider mot likabehandlingsprincipen som är fundamental i ett straffrättsligt system.⁸⁵ I stället kom man fram till att vid tillämpningen av fängelsestraffet skulle brottets eller brottslighetens straffvärde, där gränsen angavs till ungefär ett år, vara det viktigaste kriteriet. För att skapa en täckning av tidigare praxis, där domstolarna hade dömt till fängelse trots att varken straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet gav anledning till det, infördes i lagtexten ”brottets art”. Artbrottskonstruktionen är således i stor omfattning endast en kodifiering av den praxis som gällde tiden före reformen. Före reformen hänvisade domstolarna ofta ”till den allmänna laglydnaden” när de utdömde ett kortare fängelsestraff för brott av allmänpreventiva skäl trots att straffvärdet inte var speciellt högt. Avsikten med införandet av artbrotten var alltså att de anknöt till tidigare praxis på området där vissa brott främst av allmänpreventiva skäl motiverade ett fängelsestraff.⁸⁶

En förklaring till varför vi har artbrottskonstruktionen är således att lagstiftaren helt enkelt har velat göra det möjligt för domstolen att döma ut korta fängelsestraff vid vissa brott, trots att varken straffvärdet och återfallsfrekvensen talar för det. Det existerar nämligen vissa brott som lagstiftaren önskar hindra. Genom artbrottskonstruktionens existens önskar lagstiftaren genom allmänpreventiva medel att hindra att dessa brott begås. Även om lagstiftaren har betonat att straffvärdet skall vara avgörande vid påföljdsbestämningen, har den möjliggjort en undantagstillämpning från huvudregeln.⁸⁷

Vissa typer av brott torde oftast klassificeras som artbrott för att skydda rättsväsendet, staten och dess funktionärer. Exempel på sådana brott är övergrepp i rättssak, mened, våld eller hot mot tjänsteman, och brott mot utlänningslagen.⁸⁸ Lagstiftaren och domstolarna är vid dessa typer av brott särskilt måna om att åstadkomma allmänpreventiva effekter. Dessa typer av brott synes oftare än andra artbrott föranleda en icke frihetsberövande påföljd.⁸⁹

⁸⁵ SOU 1986:14, s 74.

⁸⁶ Borgeke 2008, s. 240.

⁸⁷ Von Hirsch & Påle, s. 243 f. samt Thunberg, s. 259.

⁸⁸ Se vidare 3.3.4.

⁸⁹ Borgeke SvJT, s. 222-225.

Artbrottskonstruktionen kan också ha och göra med att lagstiftaren har velat framkalla markeringar från samhällets sida och på så sätt ta hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet. Många av de brott som normalt klassificeras som artbrott, är brott som är särskilt förkastliga och framkallar stor avsky hos allmänheten. Exempel på sådana brott är olika typer av sexualbrott, misshandelsbrott och barnpornografibrott. Att inte utdöma fängelse för vissa av dessa brott hade troligtvis framhävt stora ramaskrin.⁹⁰

3.3 Artbrottsskäl

HD har bl.a. genom sina avgöranden i vissa fall fastställt vilka brottstyper som med hänsyn till sin art skall kunna föranleda särbehandling. Då detta främst har skett genom utpekande av olika brottstyper, istället för generella riktlinjer, är det svårt att göra en fullständig uppräknning av vilka omständigheter eller skäl som kan föranleda att en brottstyp anses motivera fängelse trots att det inte har ett särskilt högt straffvärde. Det uttalade syftet har främst varit av allmänpreventiva intressen, men av praxis och förarbeten kan man emellertid urskilja andra omständigheter som kan leda till att ett brott klassificeras som artbrott.⁹¹

Man kan i alla fall urskilja fem omständigheter av betydelse för att en viss brottslighet skall utgöra artbrottslighet. Dessa är: brott med ökad utbredning eller som har antagit mer elakartade former⁹², brott som är svåra att förebygga eller upptäcka⁹³, brott som innebär angrepp på den personliga integriteten⁹⁴, brott som innebär ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet och dess funktionärer⁹⁵ samt brott som förevisar försvarande omständigheter enligt 29 kap. 2 § BrB.⁹⁶

Det bör emellertid nämnas att dessa fem angivna omständigheterna är mycket allmänt hållna och de flesta brott kan praktiskt taget placeras inom någon av dessa kategorier. Brott med mycket högt artvärde faller exempelvis in under flera av dessa omständigheter.

3.3.1 Ökad utbredning eller mer elakartade former

I propositionen som låg till grund för 1989-års påföljdsreform nämns för ett strängare påföljdsval skälet att brottsligheten har fått större utbredning eller

⁹⁰ Jareborg & Zila s. 78-80.

⁹¹ Berg m.fl., s. 30:20.

⁹² Prop. 1987/88:120, s. 37 och 100.

⁹³ Prop. 1997/98:96, s. 117. Se även NJA 1992 s. 190.

⁹⁴ Prop. 1997/98:96, s. 117 och SOU 1995:91 (del II) s. 140

⁹⁵ Prop. 1997/98, s. 117 ff.

⁹⁶ Berg m.fl., s. 30:21

antagit mera elakartade former.⁹⁷ Omständigheten som kom att verka som en artomständighet, ansågs kunna påverka valet av straff i skärpande riktning även om den inte påverkade straffvärdet. Omständigheten hade för första gången kommit till uttryck som ett argument för att hänföra brottsligheten till artbrottskategorin i Fängelsestraffkommitténs betänkande från år 1986.⁹⁸ Straffsystemkommittén menade då att omständigheten att brottsligheten hade antagit allt mer elakartade former emellertid inte utgjorde en artomständighet. Denna omständighet skulle istället inverka på brottets straffvärde. Däremot menade kommittén att sakförhållandet med den aktuella brottsligheten hade blivit mer utbredd faktiskt var en artomständighet.⁹⁹

Om man tittar på rättspraxis har HD i flera fall styrkt den omständigheten att om brottsligheten har blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former så utgör det en artomständighet.¹⁰⁰ I rättsfallet NJA 1992 s. 190, som gällde försök till grovt försäkringsbedrägeri, uttalade HD bl.a. att den allmänpreventiva hänsynen gör sig i särskilt hög grad gällande vid försäkringsbedrägeri med hänsyn till att olika former av bedrägeri mot försäkringsbolag har ökat. Andra brott som trafikonykterhetsbrotten, skattebrotten och narkotikabrotten, vilka har ökat allt mer de senaste åren, har alltmer hänvisas till dess starka artvärde. Med avseende på brott som har antagit mer elakartade former kan man tänka sig fallet att det har blivit allt vanligare att den som utför misshandel använder sig av tillhygge eller att han eller hon sparkar på den som blivit föremål för angreppet.¹⁰¹

3.3.2 Svårt att förebygga eller upptäcka

En annan omständighet som i regel påverkar artbrottsbedömningen är att en brottstyp har visat sig vara svår att förebygga eller upptäcka. Både HD¹⁰² och regeringen har bl.a. yttrat att denna omständighet bör kunna beaktas vid bedömningen om ett brott skall utgöra artbrottslighet.¹⁰³

Även Straffsystemkommittén har följt HD:s linje angående artomständigheten. Kommittén har framhåvt att brott som är förknippade med kontrollsvårigheter kan leda till en strängare påföljd. Kommittén angav skattebedrägeri, jaktbrott, grovt rattfylleri som exempel.¹⁰⁴

I ett rättsfall, NJA 1993 s. 38, som avsåg insmuggling av 100 gram cannabisharts, förde HD ett resonemang kring betydelsen av att en viss sorts

⁹⁷ Borgeke 2008, s. 247.

⁹⁸ SOU 1986:14, s. 74.

⁹⁹ SOU 1995:91 (del II), s. 135.

¹⁰⁰ Se t.ex. NJA 1991 s. 438, NJA 1991 s.444, NJA 1991 s. 498, NJA 1994 s. 153 och NJA 2002 s. 265.

¹⁰¹ Borgeke 2008, s. 246-247.

¹⁰² HD stadgade för första gången i NJA 1992 s. 190 att brottslighet som är svår att förebygga och upptäcka utgör en artomständighet.

¹⁰³ Prop. 1997/98:96, s. 117.

¹⁰⁴ SOU 1995:91 (del II), s. 139.

brottslighet är svår att upptäcka och beivra. En av gärningsmännen hade stoppat upp narkotikan i kroppens håligheter för att minska risken för att bli upptäckt i tullen. Enligt då rådande praxis, bedömdes införande av den aktuella mängden cannabis normalt som ringa brott. HD menade dock att ”med hänsyn till samhällets svårigheter att värja sig mot denna typ av smuggling och då det aktuella brottet avsett en icke ringa mängd med narkotika, får det vid en samlad bedömning anses så kvalificerat att det inte kan innefatta ett ringa brott”. Borgeke menar dock att även om förhållandet att brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka kan utgöra en artomständighet, bör förhållandet emellertid inte ha någon betydelse för straffvärdebedömningen.¹⁰⁵

3.3.3 Angrepp på den personliga integriteten

Straffsystemkommittén har angett att brottslighet som utgör ett angrepp mot den personliga integriteten, också kan vara en faktor som motiverar ett skärpt påföljdsval. Enligt kommittén gällde detta både brott som riktar sig direkt mot den angripnes kroppsliga integritet och kroppsliga hälsa, såsom misshandelsbrott och brott som riktar sig mot den angripnes psykiska välbefinnande, exempelvis olaga hot. Kommittén menade också att vissa former av stöldbrott kan vara av sådan integritetskränkande karaktär även om stöldbrotten mycket sällan räknas till artbrotten. Kommittén syftade här på väskryckning från äldre personer och vissa typer av grov stöld i form av bostadsinbrott.¹⁰⁶ Vid dessa typer av brottslighet kan inte sällan den personliga integriteten hos en målsägande kränkas. Det bör emellertid poängteras att i domstolarnas praxis torde inbrottsstölder endast i rena undantagsfall tillskrivas ett artvärde.¹⁰⁷

3.3.4 Åsidosättande av respekten för rättsväsendet m.m.

En annan typ av brott som enligt nuvarande praxis bedöms ha ett mycket högt artvärde är brott som innefattar ett åsidosättande av respekten för rättssystemet och dess funktionärer och som påverkar möjligheterna att upprätthålla straffsystemets effektivitet.¹⁰⁸ Exempel på brott som karakteriseras av denna artomständighet är mened, övergrepp i rättssak och våld eller hot mot tjänsteman¹⁰⁹ Andra brott som möjligen skulle kunna föras in i denna kategori är brott där den tilltalade har gjort sig skyldig till uppenbart lagtrots, såsom olovlig körning och olovligt återvändande till riket.¹¹⁰

¹⁰⁵ Borgeke 2008, s. 248 samt NJA 1992 s. 190.

¹⁰⁶ SOU 1995:91 (del II), s.140.

¹⁰⁷ Borgeke 2008, s. 248.

¹⁰⁸ Borgeke 2008, s. 248.

¹⁰⁹ SOU 1995:91 (del II), s. 140.

¹¹⁰ Borgeke 2008, s. 248-249.

Om man tittar på rättspraxis så utdöms fängelse med anledning av brottets art nästan automatiskt vid exempelvis mened¹¹¹, men också vid våld mot tjänsteman.¹¹² Högsta domstolen har bl.a. fastställt att mened utgör ett artbrott då brottet åsidosätter respekten för rättssystemet samtidigt som det påverkar möjligheterna att upprätthålla rättssystemets effektivitet.¹¹³

3.3.5 Försvårande omständigheter enligt 29 kap. 2 § BrB

Förutom de redan nämnda omständigheterna som kan utgöra skäl för särbehandling i påföljdshänseende med anledning av brottets art, har det i den juridiska doktrinen diskuterats om inte vägledning vid artbrottsbedömningen kan hämtas av bestämmelsen om försvårande omständigheter för straffvärdebedömningen enligt 29 kap. 2 § BrB.¹¹⁴ Det kan exempelvis handla om att gärningsmannen har utnyttjat någon annans skyddslösa ställning eller missbrukat ett särskilt förtroende. Dessa förhållanden skulle kunna vara relevant för påföljdsvalet, trots att det inte har påverkat straffvärdet i en sådan grad att det redan med hänsyn härtill får anses föreligga en presumtion för fängelse. I rättsfallet NJA 2006 s. 339, som gällde djurplågeri, konstaterade HD att det aktuella brottet i allmänhet inte är att betrakta som ett sådant brott som motiverar fängelse även när det inte har ett särskilt högt straffvärde, men att brottet ändå under speciella omständigheter kan utgöra ett artbrott. HD menade att detta kan vara fallet om det har påträffats några sådana särskilda försvårande omständigheter som avses i 29 kap. 2 § BrB, som exempelvis särskild hänsynslöshet, även om omständigheterna inte gör att straffvärdet blir så högt att detta i sig motiverar ett fängelsestraff.¹¹⁵

Det bör dock understrykas att det är svårt att dra några generella slutsatser om kriteriets tillämplighet då frågan om ”omständigheten” skall utgöra artomständighet, vare sig det har förnekats eller bekräftats av förarbetsuttalanden.

¹¹¹ Se 3.1.4.

¹¹² Sterzel, s. 107.

¹¹³ NJA 1996 s. 757

¹¹⁴ Berg m.fl., s. 30:21.

¹¹⁵ SOU 2008:85, s. 79.

4 Artbrottskonstruktionens betydelse vid påföljdsbestämningen

4.1 Allmänt om brottslighetens art

Valet mellan fängelse och ett alternativ till fängelse avgörs primärt genom en tillämpning av föreskriften i 30 kap. 4 § BrB. Domstolen har alltid en skyldighet att ta hänsyn till omständigheter och fakta innan den bestämmer sig för det lämpliga straffet, även då det rör sig om ett brott av artkaraktär. Trots att presumptionen för fängelse, med hänsyn till brottslighetens art, är mycket hög för vissa brottstyper, så finns det troligen inte någon brottstyp som alltid medför fängelse för förstagångsförbrytare där endast brottets art talar för fängelse. Däremot så finns det vissa brottstyper som oftare än andra medför fängelse på grund av dess starka artvärde¹¹⁶. Således gör domstolen en bedömning av påföljd i varje enskilt fall med bakgrund av hur starka artskälen är i just det fallet och för den aktuella brottstypen. HD har dock betonat att utrymmet för sådana individuella bedömningar skiftar beroende på brottstypen.¹¹⁷

Något som får betydelse i sammanhanget är att de tre skälen i 30:4 BrB, som kan leda till fängelse, inte skall bedömas var för sig. Domstolen skall istället göra en sammanvägning av de skäl som i ett visst fall talar för fängelse. Trots att varken brottets art, straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet i sig räcker för att fängelse skall få dömas ut, så kan fängelse vara rätt påföljd på grund av att skälen sammantaget är tillräckligt starka. Brottsart kan följaktligen vara sådant att det inte finns skäl att döma till fängelse därför att straffvärdet inte är speciellt högt. I sådana fall kan påföljden bero på om den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till samma typ av brott eller inte. Enligt Borgeke kan ett brotts artvärde ha betydelse för påföljdsbestämningen i det enskilda fallet på så sätt att artvärdet ger uttryck för artskälen vid olika brottstyper. Artskälen anses vara starkare vid ett brott med ett högt artvärde och i motsvarande mån svagare vid ett brott med lågt artvärde. Vilket synes i artvärdeskalan har mened, narkotikabrott, jaktbrott, vapenbrott och vissa grövre trafikbrott exempelvis mycket högt artvärde. Vid dessa brott blir påföljden oftast fängelse även för förstagångsförbrytare om inte särskilda skäl av betydande styrka talar för att ett alternativ till fängelse skall väljas. I fråga om straffvärdet krävs det normalt inte mera än att det ligger på fängelsenivå samt att det inte föreligger billighetsskäl (29 kap. 5 § BrB) eller skäl enligt 30 kap. 9 § st. 2 BrB, för att fängelse skall få utdömas. Om artvärdet å andra sidan är medelhögt (i regel vid misshandel av normalgraden, olaga hot, våld eller hot mot tjänsteman och brott mot

¹¹⁶ SOU 2008:85, s. 78.

¹¹⁷ Borgeke SvJT, s. 241 samt Sterzel, s. 79.

alkohollagen) bör det oftast krävas ett något högre straffvärde eller att återfallsfaktorn i viss omfattning talar för fängelse för att fängelsepresumtion skall föreligga. Vid brott som bokföringsbrott och skadegörelse, där artvärdet finns men detta är måttligt, bör det normala vara att fängelsepresumtion förutsätter antingen att det också rör sig om återfall relativt nära i tiden eller att straffvärdet ligger klart över allmänna fängelseminimum (eller att både dessa omständigheter föreligger i någon grad). Med en modell av detta slag kan man också se hur återfallsfrekvensen får för olika effekter vid olika typer av brott. Man skulle kunna skissera upp fyra olika typfall enligt följande:

I. *Inget artvärde alls*, vilket närmast alltid är fallet vid exempelvis stöld, bedrägeri och förskingring. Återfallsfaktorn för fängelse verkar vid detta fall endast om straffvärdet understiger ett år. Gärningsmän som begår denna typ av brott döms inte sällan till alternativa påföljder innan fängelse döms ut.

II. *Artvärde finns men det är måttligt*, vilket oftast gäller vid brott mot borgenärer, skattebrott och skadegörelse. Om straffvärdet är måttligt döms den tilltalade första gången nästan alltid till villkorlig dom. Nästa gång riskerar dock den tilltalade att dömas till fängelse.

III. *Brottet har ett medelhögt artvärde*. Detta omfattar exempelvis vissa typer av misshandel, olaga hot och våld eller hot mot tjänsteman. Om straffvärdet är lågt blir påföljden första gången oftast ett alternativ till fängelse. Den tilltalade har dock svårt att undkomma fängelse vid återfall, om man inte kan peka på starka skäl som talar mot en frihetsberövande påföljd.

IV. *Brott som har mycket högt artvärde*. Detta är nästan alltid fallet vid mened, grov olovlig körning, grovt rattfylleri, narkotikabrott, jaktbrott och brott mot utlämningslagen. Vid detta typfall utdömes fängelse redan första gången om inte särskilda skäl talar för att ett alternativ till fängelse skall väljas.¹¹⁸

Trots det sagda kan domstolen göra gällande att ett brott, som för det mesta leder till fängelse, inte kan anses vara av sådan art att fängelse blir aktuellt. Samtidigt så kan det också vara tvärtom, att brottets art utgör ett viktigt skäl för fängelse, även om det aktuella brottet sällan anses tillhöra artbrottskategorin. Det är svårt att säga vilka faktorer som generellt kan påverka åt det ena eller det andra hållet, men man kan få en viss vägledning av bestämmelsen i 29:2 BrB om försvårande omständigheter.¹¹⁹ Samtidigt så finns det inom vissa brottstyper, gärningar som skiljer sig åt och som påverkar artbrottsbedömningen. Normalt sett anses exempelvis misshandel som ett artbrott. Domstolen ser dock annorlunda, vilket tidigare nämnts, på oprovocerad gatumisshandel och ”dansbaneslagsmål” mellan två onyktra personer. Det förstnämnda fallet har relativt starka artskäl medan det senare oftast leder till en icke-frihetsberövande påföljd jämte dagsböter.¹²⁰ Borgeke menar också att det är av högsta vikt att domstolen skiljer mellan omständigheter som påverkar brottets art och omständigheter som påverkar

¹¹⁸ Borgeke SvJT, s. 229 ff.

¹¹⁹ Berg m.fl., s. 30:21.

¹²⁰ SOU 1995:91 (del II), s. 135-136.

straffvärdet. Samtidigt bör domstolen iaktta försiktighet med avseende på vilka omständigheter som skall tillåtas verka skärpande vid bedömningen av brottslighetens art.¹²¹

4.2 Fängelsestraffets längd

Fängelsestraffen som utdöms med hänvisning till brottslighetens art varierar normalt mellan 14 dagar (minimistraff, 26 kap. 1 § BrB) och elva månader. Den vanligaste fängelse tiden vid artbrott torde dock ligga mellan en och två månader.¹²² I de fallen där ett fängelsestraff på ett år eller mer döms ut för ett artbrott hänvisar domstolen sällan till brottets art, men istället till det höga straffvärdet som skäl för fängelse. Detta innebär dock inte att det aktuella brottet ifråga förlorar sin artbrottskaraktär av den anledningen att brottets straffvärde är ett år eller högre, vilket normalt föranleder en frihetsberövande påföljd på mer än 11 månader. Även om brottet fortfarande är att anse som ett artbrott, är det istället brottets höga straffvärde som främst skall motivera ett fängelsestraff. Vid mycket allvarlig brottslighet får brottslighetens art främst en praktisk betydelse då dessa brott normalt har ett straffvärde långt över ett års presumtionen. Artbrottskaraktären kan emellertid även vid höga straffvärden vara av avgörande betydelse. Ett straffvärde som överstiger ett år är nämligen inte alltid tillräckligt för att utdöma ett fängelsestraff. Det kan exempelvis förekomma att det höga straffvärdet talar för fängelse, men på grund av billighetsskäl i 29 kap. 5 § BrB understiger straffet fängelse i ett år. En liknande situation kan också uppkomma när brottet begås av någon som ännu inte har fyllt 21 år (30 kap. 5 § BrB) vilket höjer det normala kravet för en fängelsepåföljd. I dessa fall dömer oftast domstolen till fängelse på grund av brottets art, vilket också skall nämnas i domen även om straffvärdet i sig är högre än ett år.¹²³

4.3 Kontraktsvård

Enligt Borgeke bör inte brottslighetens art påverka möjligheten för domstolen att döma till kontraktsvård om den godtar den uppgjorda behandlingsplanen och om förutsättningarna i övrigt även är uppfyllda.¹²⁴ Detta konstaterande dras mot bakgrund av att departementschefen i betänkandet "Nya alternativ till frihetsstraff"¹²⁵ anförde att det inte borde finnas några brott som inte kunde medföra kontraktsvård. Från början var emellertid detta inte tanken och kontraktsvård skulle inte få dömas ut om det fängelsestraff, som annars skulle ha dömts ut, översteg två år. Borgeke menar att det vore märkligt om domstolen inte kunde döma till

¹²¹ Borgeke SvJT, s. 228 samt Borgeke 2008, s. 241-242.

¹²² Von Hirsch & Påle, s. 241.

¹²³ SOU 1995:91 (del II), s. 133 f.

¹²⁴ Samtycke, missbruk, kausalitet, se 30 kap. 9 § 2 st. 3 p. BrB.

¹²⁵ SOU 1984:32, s.138.

kontraktsvård för exempelvis narkotikabrott och trafikonykterhetsbrott, som har sin bakgrund i missbruk. Att domstolarna följer departementschefens linje har även bekräftats av rättspraxis, men det finns undantag.¹²⁶ I NJA 2006 s. 212 (angående bl.a. sexuellt utnyttjande av underårig) ändrade till exempel HD hovrättens dom från kontraktsvård till ett års fängelse. HD anförde att med tanke på brottslighetens art och straffvärde, var behandlingen inte tillräckligt ingripande för att skyddstillsyn med kontraktsvård skulle få komma i fråga som påföljd.¹²⁷

4.4 Fängelse enligt 28 kap. 3 § BrB

Förutsättningen för att kombinera skyddstillsyn med fängelse (s.k. 28:3 fängelse) är enligt 30 kap. 11 § BrB att det är "oundgängligen påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde eller till den tilltalades tidigare brottslighet". Även om det således inte uttrycks i lagtexten så bör det vara möjligt att åberopa brottets art då man dömer till skyddstillsyn jämte fängelse. Fängelsestraffen som döms ut på grund av brottslighetens art är i regel korta. I de fallen skall fängelsestraffet inte kombineras med andra påföljder, som exempelvis skyddstillsyn. För artbrott som har ett straffvärde på sex månader eller mer eller i de fall brottslighetens straffmättningsvärde är så högt att någon annan påföljd än fängelse inte kan komma ifråga torde det dock inte utgöra några hinder att döma till 28:3 fängelse med anledning av brottets art. Exempel på brott där brottsligheten art är av betydelse för utdömandet av fängelsestraff av sådan längd att skyddstillsyn tillsammans med fängelse är tillämplig, är bl.a. vissa narkotikabrott, skattebrott och bokföringsbrott.¹²⁸

4.5 Villkorlig dom och samhällstjänst

Villkorlig dom med samhällstjänst kan endast dömas ut om den tilltalade samtycker till det samt att prövningen av 30 kap. 4 § BrB har lett till att förutsättningen för fängelse föreligger. Det föreligger dock inte några direkta hinder mot att tillämpa påföljden i samband med artbrott så länge som samhällstjänsten inte motsvarar fängelse i ett år eller därutöver.¹²⁹ Denna slutsats kan dras mot bakgrund av praxis och förarbeten.¹³⁰ Däremot finns det vissa brottstyper med hänsyn till dess art som oftare än andra leder till att fängelse ersätts med villkorlig dom förenad med samhällstjänst. Att närmare förklara i vilka fall detta sker kan dock vara svårt då HD inte har gjort någon skillnad på brotten efter artvärdet i det enskilda fallet. I många fall dras istället alla brott, vars art talar för fängelse i högre eller lägre grad, över en kam. Som misshandel bedöms både oprovocerad gatumisshandel

¹²⁶ Borgeke SvJT, s. 232.

¹²⁷ Borgeke 2008, s. 357.

¹²⁸ Borgeke 2008, s. 372 samt prop. 1987/88:120, s. 108.

¹²⁹ Borgeke 2008 s. 308-309.

¹³⁰ Prop. 1997/98:96, se även NJA 2000 s. 17.

med ett tämligen högt artvärde, och s.k. dansbaneslagsmål, vars artvärde är betydligt lägre.¹³¹

4.6 Straffmätning i kombination med bötesdomar

När det gäller påföljden böter kan brottslighetens art även ha en viss inverkan. Särskilt vad gäller böter i kombinationsfallen. I 30 kap.10 § BrB stadgas till exempel att brottslighetens art är en faktor som skall vägas in i bedömningen om skyddstillsyn skall kombineras med böter. Det har däremot hävdats att brottslighetens art inte är en faktor som bör tillmätas betydelse vid straffmätningen av böter i samband med villkorlig dom. Grunden för detta ställningstagande är synpunkten på att brottslighetens art inte är en straffmättningsfaktor. Borgeke menar emellertid att det är stadgad praxis att domstolarna väger in brottslighetens art i dessa fall.¹³² Han menar vidare att bötesstraffets storlek i kombination med villkorlig dom bestäms i relation till längden av det fängelsestraff som skulle ha dömts ut, om fängelse i stället skulle ha valts som påföljd. I de fall där brottet har ett artvärde bör även detta beaktas. Detta innebär att ju högre summan av brottets straffvärde och dess artvärde är, desto större bör antalet dagsböter vara. Samma bedömning torde gälla vid bestämmandet av antalet dagsböter vid skyddstillsyn. Även stadgandet i 30 kap.10 § BrB¹³³ kan också tolkas så att brottets art även får betydelse för hur strängt bötesstraffet skall vara.¹³⁴

4.7 Bestämning av påföljd för brott begångna av unga lagöverträdare

Enligt 30 kap. 4 § BrB föreligger således en presumtion för fängelse med anledning av brottets art, straffvärde och återfallsfrekvensen. En omständighet som emellertid kan bryta fängelsepresumtionen är gärningsmannens ålder. Enligt 30 kap. 5 § BrB krävs nämligen synnerliga skäl för att döma till fängelse för brott som någon har begått innan han eller hon fyllt 18 år. Beträffande den som var mellan arton och 21 år vid brottet får rätten döma till fängelse endast om det med hänsyn till gärningens straffvärde eller annars finns särskilda skäl för det. Det krävs således ett mycket högt straffvärde (normalt sett högre än den normala ett års presumtionen) för att ett fängelsestraff skall kunna dömas ut för unga lagöverträdare.¹³⁵

¹³¹ Borgeke 2008, s. 316.

¹³² Borgeke 2008, s. 331.

¹³³ Vid bedömningen av frågan om skyddstillsyn bör förenas med dagsböter skall rätten beakta om detta är påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde eller art eller den tilltalades tidigare brottslighet.

¹³⁴ Borgeke SvJT, s. 234-236

¹³⁵ Borgeke SvJT, s. 237 samt SOU 2008:85, s. 77-78.

I påföljdsbestämmingspropositionen förklaras att med uttrycket "eller annars finns särskilda skäl för det" avses tidigare brottslighet eller brottets art. Någon hänvisning till brottets art görs alltså, enligt lagtexten, inte när det gäller synnerliga skäl vilket avser de yngre gärningsmännen. Påföljdspropositionen konstaterar dock att det är svårt att ange situationer när brottets art leder till bedömningen att påföljden bör bestämmas till fängelse för gärningsmän under 18 år. Om man tolkar lagtexten och förarbetena bör inte brottets art utgöra ett skäl för att döma den som var under 18 år när brottet begicks till fängelse.¹³⁶ Det har dock förekommit att gärningsmän under 18 år har dömts till fängelse med hänsyn till brottslighetens art. I NJA 1996 s.757 och NJA 2001 s. 913 dömdes en sjuuttonårig pojke respektive en sextonårig flicka för mened till fängelse i en månad. I den senare domen konstaterade HD att arten av menedsbrottet kan anses utgöra synnerliga skäl att döma även den som är under 18 år till fängelse. HD konstaterade samtidigt att omständigheterna vid brottet och den tilltalades personliga förhållanden även skulle beaktas.

¹³⁶ Ollén, Marie-Louise, *Artbrotten från praktisk synpunkt - kommentarer till Anders Perklevs artikel*, SvJT 2003 häfte 2, s. 168-169, Borgeke SvJT, s. 238 samt prop. 1987/88:120, s. 103.

5 Artbrottsproblematiken och alternativa modeller

Artbrottskonstruktionen är förenad med en rad oklarheter samtidigt som den har fått utstå mycket kritik sedan påföljdsbestämmningsreformen. Stor kritik har grundat sig på att konstruktionen gör det möjligt för domstolen att göra allmänpreventiva bedömningar, även om detta egentligen hör hemma på lagstiftningsnivån. Samtidigt är det oklart om de önskade allmänpreventiva effekterna som anses motivera hänvisningen till brottslighetens art, verkligen tillgodoses. Konstruktionen har också blivit kritiserat för dess lösa grund i och med avsaknaden av klart uttalade kriterier för dess användning. Detta har medfört att domstolen i vissa fall har fått tillämpa artbrottsinstitutet intuitivt. De hjälpreger och den vägledning som getts för artbrottsinstitutets tillämpning som formulerats efterhand, är inte heller fri från kritik.¹³⁷

I detta kapitel presenteras således den kritik som har framförts främst i doktrinen mot artbrottskonstruktionen. Existensen av de många nackdelarna med artbrottskonstruktionen har skapat en vild diskussion och debatt i rättslitteraturen om hur artbrottsbegreppet antingen skall reformeras eller till och med kasseras. Kapitlet innehåller därför också vissa av de förslag på hur dessa alternativa modeller till dagens artbrottskonstruktion skulle kunna se ut och vilka konsekvenser de skulle få för artbrottsproblematiken.

5.1 Kritik

5.1.1 Avsaknad av teoretisk grund

Mycket av den kritik som har riktat sig mot artbrottskonstruktionen är att konstruktionen saknar teoretiskt eller empirisk grund, är odefinierad och saknar riktiga bedömningskriterier. Trots att det har utbildats en relativt genomgripande praxis kring artbegreppets tolkning och tillämpning, finns det alltså varken en klar och begriplig definition eller en uttömmande uppräkningslista av i vilket fall och på vilket sätt brottets art skall tillmätas betydelse vid påföljdsvalet. I brist på klart uttalade kriterier för dess användning har artbrottsinstitutet ibland fått en intuitiv karaktär där den enskilde domaren skall "känna av" när ett brott skall hänföras till institutet. Att artbrottskonstruktionen således saknar teoretisk grund utgör ett mycket problematiskt inslag i påföljdssystemet.¹³⁸

¹³⁷ Von Hirsch & Påle, s. 248 ff. samt Asp, Petter, "Brottslighetens art" – en kommentar till *Dag Victors och von Hirschs uppsatser*, SvJT 2003 häfte 2, s. 149 ff. (Härefter Asp)

¹³⁸ Von Hirsch & Påle, s. 248 ff.

En annan nackdel med artbrottskonstruktionen är att den kan vålla svårigheter, både för jurister men framförallt lekmän, att förstå sig på påföljdssystemets uppbyggnad och tillämpning. Systemets uppbyggnad kan exempelvis vålla svårigheter för den tilltalade att argumentera i påföljdsfrågan.¹³⁹

Det har hävdats att artbrottskonstruktionen är ett för svårgripbart fenomen för att det skall kunna underordnas definitioner eller principer, men att detta inte är ett problem då erfarna domare skall kunna utveckla en instinktiv känsla för när det är lämpligt att applicera institutet. Denna åsikt är dock svår att hålla med om, bl.a. utifrån följande skäl: I och med 1989-års påföljdsreform var artbrottskonstruktionen huvudsakligen tänkt att bibehålla den praxis som hade utvecklats hos domstolarna, att för vissa brottstyper, utdöma kortare fängelsestraff, främst med hänsyn till allmänpreventiva skäl, samt i övrigt endast lämna en ytterst ringa öppning för domstolarna att utvidga konstruktionen. Då konstruktionen inte har givits klara och restriktiva kriterier har många fler än de brott, som även innan påföljdsreformen föranledde kortare fängelsestraff, fått artbrottsstämpel. I slutändan kan då det som skulle vara undantag svälla ut och bli rättssystemets huvudregel. Detta kan också få konsekvensen till en kraftigt ökad fångpopulation, vilket inte var tanken med reformen.¹⁴⁰

I rättslitteraturen har det hävdats att det faktum att brottslighetens art, utgör ett kriterium för påföljdsvalet, knappast främjar förutsebarheten i rättstillämpningen. Karlläggning av domar i olika län har dessutom påvisat att andelen fängelsedomar för vissa artbrott (bl.a. grovt rattfylleri) varierar kraftigt geografiskt. Variationen är sådan att man på goda grunder kan anta att det till stor del kan förklaras genom praxis för tillämpningen av rekvisitet brottets art skiljer sig mellan olika domstolar.¹⁴¹

Mot bakgrund av den nämnda kritiken har det därför hävdats att artbrottskonstruktionen inte ligger i linje med proportionalitets- legalitets- och likabehandlingsprincipen samtidigt som den bryter ned påföljdssystemets förutsebarhet och trovärdighet. Att en fängelsepåföljd, vilken är den mest ingripande påföljden som står till buds, skall motiveras av en sådan bräcklig grund är mycket oroväckande ur ett rättssäkerhetsperspektiv.¹⁴²

5.1.2 Den allmänpreventiva grunden

Avsikten med införandet av artbrotten var alltså att de anknöt till tidigare praxis på området där vissa brott främst av allmänpreventiva skäl motiverade ett fängelsestraff. Det har emellertid riktats viss kritik mot att

¹³⁹ Perklev, Anders, *Artbrotten från en praktisk synpunkt*, SvJT 2003, häfte 2, s. 156. (Härefter Perklev)

¹⁴⁰ Von Hirsch & Påle, s. 246.

¹⁴¹ Perklev, s. 156-157.

¹⁴² Perklev, s. 164.

allmänpreventionen skall få utgöra grunden för påföljdsbestämningen. Kritiken baseras främst på ifrågasättandet av allmänpreventionens effektivitet som grund för påföljdsvalet.¹⁴³ Frågan är således om allmänpreventiva överväganden verkligen har den avskräckande effekt som önskas. Forskning kring påföljdernas verkningar ger i alla fall inte stöd för att detta är fallet. Det verkar stå klart att ett visst brott som resulterar i en lagföring kan ha en allmänpreventiv effekt, men om vad exakt detta är, råder det delade meningar om. Det skulle exempelvis lika gärna kunna handla om rädsla för att bli upptäckt, uthängd och straffad för något, likaväl som det skulle kunna handla om den avskräckande effekt som ett fängelsestraff kan ha. Det är också knappast troligt att skillnader i påföljdsvalet, (till exempel längden av fängelsestraffet) skulle ha någon märkbar betydelse. Överlag torde man kunna säga att den allmänpreventiva effekten istället är beroende av om ett visst brott överhuvud taget är straffbart och leder till någon påföljd.¹⁴⁴

Petter Asp, docent i straffrätt, menar att empiriska undersökningar ger mycket dåligt stöd för att straffskärpningar skulle ha några allmänpreventiva effekter. Han menar att allmänpreventiva effekter förutsätter bl.a. att den presumtive brottslingen känner till praxis och alltid handlar rationellt.¹⁴⁵ Samtidigt måste den presumtive brottslingen tro att det finns en beaktansvärd risk för att bli upptäckt samtidigt som han uppfattar skillnaden i stränghet (mellan normalstraffet och det straff som motiveras av allmänpreventiva skäl) som ett skäl för att handla annorlunda. Asp menar vidare att artbrottsproblematiken lika gärna kan få ”negativa” allmänpreventiva effekter som ”positiva” sådana. De negativa effekterna kan vara att allmänheten tappar förtroendet för ett påföljdssystem där exempelvis vissa narkotikamissbrukare, värnpliktsvägrare och personer som begått jaktbrott, döms till fängelse, medan andra personer som begått grova förmögenhetsbrott får villkorlig dom.¹⁴⁶

Det finns också en etisk aspekt som talar mot allmänpreventionens betydelse då den enskilde straffas för att andra individer skall avhålla sig från att begå brott.¹⁴⁷ Det har ansetts att det inte är rättvist att domstolen dömer ett strängare straff än vad brottsligheten förtjänar, i syfte att nå allmänpreventiva effekter. I och med osäkerheten kring vilka effekter som ett enskilt avgörande kan få, saknas även en hållbar grund som motiverar att vissa lagöverträdare förorsakas ett större lidande i form av en strängare påföljd än andra lagöverträdare.¹⁴⁸

Martin Borgeke påpekar, i sin artikel i SvJT, att allmänpreventiva överväganden bör ske på ett övergripande plan och att dessa skall gälla generellt för de gärningar som är aktuella. Det är således inte godtagbart att

¹⁴³ Von Hirsch & Påle, s. 243.

¹⁴⁴ Borgeke 2008, 245.

¹⁴⁵ Petter Asp använder sig här av ett s.k. ”common sence - resonemang”.

¹⁴⁶ Asp, s. 148 ff.

¹⁴⁷ Von Hirsch & Påle, s. 243.

¹⁴⁸ Borgeke 2008, s. 246.

domstolen använder sig av någon form av allmänpreventivt instrument genom att försöka att statuera exempel i olika fall, då detta strider mot likabehandlingsprincipen.¹⁴⁹

5.1.3 Artbrottsskäl

Som det tidigare har konstaterats så finns det vissa artomständigheter (artskäl), vilka har lett till att ett brott klassificeras som artbrott. Framst har det varit lagstiftaren och HD som har velat ge domstolarna en viss ledning gällande de överväganden beträffande brottets art som måste göras vid påföljdsbestämningen. Dessa artomständigheter har dock kritiserats mycket på grund av sin allmänna karaktär. Samtidigt kan vissa av artskälens hållbarhet och grund starkt ifrågasättas.¹⁵⁰

5.1.3.1 Brottsligheten har fått en större utbredning och blivit mera elakartad

Borgeke menar att en ökning av en viss brottstyp i och för sig skulle kunna utgöra ett godtagbart skäl för att skärpa påföljdsvalet för brottstypen. Han menar dock också att resonemanget är vanskligt då det grundar sig på att ett skärpt påföljdsval skulle hämma förekomsten av brottstypen. Det är knappast troligt att en påföljdsskärpning skulle få den faktiska generella effekten att folk avstår från att begå det aktuella brottet. Samtidigt synes domstolarna ha tillämpat principen inkonsekvent. Brottslighetens art utgör ju inte ett argument för ett skärpt påföljdsval för tillgreppsbroten trots att dessa har ökat markant.¹⁵¹ Om endast ökningen av en speciell brottstyp vore ett kriterium för att låta denna omfattas av konstruktionen, skulle också undantaget lätt kunna övergå till att bli huvudregel, vilket skulle innebära att allmänpreventionen blev basen för påföljdssystemet.¹⁵²

Enligt Borgeke (men även von Hirsch och Påle), bör förhållandet att en viss typ av brottslighet, har antagit mer elakartade former, hänföras till straffvärdebedömningen. Omständigheten bör emellertid inte beaktas vid artbrottsbedömningen. Även om ett brott är mer eller mindre elakartat skall det vid bestämmandet av straffvärdet, beaktas att straffvärdebedömningen inte bör påverkas så att alla brott av den aktuella typen tillmäts ett högre straffvärde. Detta skall i stället endast ske om det enskilda brottet kan anses mer elakartat.¹⁵³

¹⁴⁹ Borgeke SvJT, s. 228.

¹⁵⁰ Borgeke SvJT, s. 226.

¹⁵¹ Borgeke 2008, s. 246

¹⁵² Von Hirsch & Påle, s. 245.

¹⁵³ Borgeke 2008, s. 247 samt von Hirsch & Påle, s. 246.

5.1.3.2 Brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka

Även skälet att hänföra viss typ av brottslighet till artbrottskategorin på grund av att den är svårupptäckt, rör sig i grund och botten om en allmänpreventiv argumentationslinje. Med hänsyn till vad som redovisats om de allmänpreventiva effekterna av påföljdsvalet så finns det dock goda grunder att vara försiktig med att låta en tro på allmänpreventionen slå igenom i för stor utsträckning på påföljdsvalet. Det är också svårt att begripa hur svårupptäckta brott skulle kunna förebyggas med allmänpreventiva strategier. Det kan ju istället tänkas att de som begår svårupptäckt brottslighet är mindre oroad över ett eventuellt straff än de som begår brott som är lättare att upptäcka. Samtidigt finns det mängder av brottstyper som är svårupptäckta men som inte är att hänföras som artbrott, till exempel butiksstölder.¹⁵⁴

Att en viss brottstyp är svår att förebygga eller upptäcka har i stor omfattning att göra med de brottsbekämpande myndigheternas resurser, insatser och prioriteringar. Således är det staten som kan styra över vilka brott som är svåra att kontrollera och de som inte är det eftersom det är staten som fördelar de ekonomiska resurserna. Genom att öka de utdömda fängelsestraffen kompenseras kontrollsvårigheterna med ökad allmänprevention. Man kan således befara att staten, på grund av ekonomiska skäl, uppmuntrar tillämpningen av denna artomständighet i stället för att vidta de nödvändiga brottsbekämpande åtgärderna.¹⁵⁵

5.1.3.3 Brott som innebär angrepp på den personliga integriteten och brott som innebär ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet

Gällande de integritetskränkande brotten anser Thunberg att de allmänpreventiva effekterna knappast får någon stor genomslagskraft på de brottslingar som begår den typen av brott.¹⁵⁶ Ett annat konstaterande är att inbrottsstölder, som inte sällan innebär en kränkning på offrens personliga integritet, bara i rena undantagsfall tillmäts ett artvärde.¹⁵⁷

Författaren frågar sig dock vem eller vad som skall fastställa att ett brott som innebär angrepp på den personliga integriteten verkligen har ägt rum. Är det så att så att vissa brott alltid automatiskt innebär ett angrepp mot den personliga integriteten eller fordras det att brottsoffret i det aktuella fallet faktiskt upplever gärningen som integritetskränkande?

¹⁵⁴ Borgeke 2008, s. 247 samt von Hirsch & Påle, s. 245.

¹⁵⁵ Von Hirsch, & Påle, s. 245 ff. samt SOU 1986:14, s. 64 ff.

¹⁵⁶ Thunberg, s, 261-262.

¹⁵⁷ Borgeke, 2008, s. 248-249.

Det finns däremot mindre anledningar enligt författaren, (men också enligt doktrin), att ifrågasätta hållbarheten av artbrottskålet av brott som innebär ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet. För att rättssystemet skall fungera behövs ju faktiskt att respekten för det kvarstår. Därför har brott som innebär ett åsidosättande av denna respekt många gånger ett mycket högt artvärde i praxis.

5.2 Alternativa modeller

De två mest dominerande lösningarna på artbrottsproblematiken i doktrinen är att antingen tillämpa artbrottskonstruktionen restriktivt eller att helt enkelt slopa begreppet. En hypotes är att utmönstra begreppet brottslighetens art utan att ersätta det med något annat motsvarande rekvisit. Detta skulle innebära att påföljdsvalet i normalfallet sker med utgångspunkt endast utifrån brottslighetens straffvärde och den tilltalades tidigare brottslighet. Det har dock inte förefallit helt realistiskt, varken utifrån praktiska eller kriminalpolitiska utgångspunkter, att lagstiftaren faktiskt skulle genomföra en sådan drastisk reform.¹⁵⁸ Därför har det, i den juridiska doktrinen, utvecklats ett antal förslag på alternativa modeller som begränsar artbrottsinstitutets nackdelar och förhindrar en utvidgning av begreppet.

5.2.1 Privilegeringsmodellen

Justitierådet Dag Victor presenterar i en artikel från Svensk juristtidning sitt synsätt på hur artbrottsproblematikens skadliga verkningar skulle kunna lösas. I Victors ”privilegeringsmodell” förfäktar han för att brottslighetens art skall ses i relation till grunderna för privilegiering. Med detta menas att brottslighetens art inte skall ses som ett självständigt skäl för fängelse. Enligt Victors modell så finns det vissa omständigheter (exempelvis återfall och art) som kan tala emot en privilegiering. Att omständigheterna talar emot en privilegiering är dock inte detsamma som att det talar för ett fängelsestraff, utan istället är det skäl som talar emot en icke frihetsberövande påföljd (privilegiering). Huvudregeln är således en privilegiering som ”tar sikte på sådan brottslighet där hänsynen till de bakomliggande faktorerna och möjligheterna till förändring av dessa, väger över behovet av den rent straffrättsliga markeringen av det individuella ansvaret”. Vid återfall och särskilt allvarlig brottslighet där brottsligheten inte framstår som förbunden med gärningsmannens personliga eller sociala situation, kan en privilegiering dock generellt inte anses lämplig. De brott som oftast framhålls som artbrott kan vara av detta slag, men i modellen behöver brottslighetens art inte nödvändigtvis ha någon avgörande betydelse för påföljdsvalet. Dess funktion skulle istället fungera som ett indicium på om det finns en anknytning mellan brottet och gärningsmannens situation som kan ligga till grund för privilegiering. Det har exempelvis sagts att viss vägledning vid bedömningen av brottslighetens art, skall hämtas från 29

¹⁵⁸ Perklev, s. 157-158.

kap. 2 § BrB. Sådana omständigheter kan utgöra skäl mot privilegiering, men det innebär inte att brottslighetens art skall utgöra ett självständigt skäl för fängelse. I Victors modell bör bestämmelsen i 30 kap 4 § andra stycket BrB, med dess angivelse av brottslighetens art som ett självständigt skäl för fängelse, därför upphävas. Enligt Victor ligger nyckeln till artbrottsproblematiken således inte i brottsligheten som sådan utan i synen på grunderna för privilegiering som är allt för bristfälliga. Så länge som lagstiftaren utvecklar mer precisa och normativt förankrade kriterier för privilegieringen så finns det fortfarande plats för artbrottskonstruktionen.¹⁵⁹

Victors privilegieringsmodell är dock inte heller helt fri från kritik. Modellen har bl.a. ansetts vara oförenlig med det nuvarande påföljdsbestämningssystemets uppbyggnad. Modellen förutsätter, enligt Petter Asp, ett föregivet samband mellan straffvärdebedömningen och påföljdsvalet. Han befarar också att modellen kan leda till en försämrad förändring vad gäller kraven på motivering. Kravet på motivering av fängelsestraff skulle med Victors modell bytas ut mot ett krav på motivering av icke frihetsberövande påföljder. Gällande brottslighetens art ger modellen över huvud taget inte något förklaringsvärde. Det har dessutom hävdats att modellen skulle kunna åsidosätta likabehandlingsprincipen då den tilltalades personliga och sociala förhållanden får en mycket betydelsefull funktion vid påföljdsvalet.¹⁶⁰

5.2.2 ”Trestegsmodellen”

I en artikel i svensk juristtidning har Andrew von Hirsch tillsammans med Karin Påle skisserat upp en modell på hur artbrottsproblematiken skulle kunna lösas. Författarna menar att det krävs starka skäl för att berättiga artbrottskonstruktionen samtidigt som de allmänpreventiva övervägandena skall ge mer effekt än vad som normalt är fallet. I deras ”trestegsmodell” uppställer de tre kriterier som skall vara uppfyllda för att artbrottskonstruktionen skall kunna berättigas. Det första kriteriet är att det skall röra sig om brott som begås av tämligen ”ordinära medborgare” (exempelvis grovt rattfylleri), vilket kan ge ökad avskräckningspotential. Författarna menar att för dessa ”Svenssonmedborgare” innebär en frihetsberövande påföljd en sådan omställning i deras livssituation att hotet om fängelse därför skulle få allmänpreventiva effekter. Det andra kriteriet innebär att brottet skall medföra en risk för allvarliga konsekvenser för det potentiella offret. Författarna menar exempelvis att denna risk föreligger vid grovt rattfylleri, då föraren kan orsaka att människor skadas allvarligt eller dödas i trafiken. Risken för allvarliga följder skulle förklara varför det finns ett trängande behov av att försöka avskräcka från visst slags beteende. Det tredje och sista kriteriet är att brottet skall utgöra ett allvarligt samhällsproblem. Brott anses utgöra ett allvarligt samhällsproblem då gärningen är vanligt förekommande samtidigt som den, i enlighet med det andra kriteriet, kan leda till allvarliga konsekvenser för potentiella offer. Det

¹⁵⁹ Victor 2003, s. 132 ff.

¹⁶⁰ Victor 2003, s. 132 ff. samt Asp, s. 136 ff.

krävs dock ett klart samband mellan den brottsliga gärningen och samhällsskadan för att kriteriet skall vara uppfyllt.

Om ”trestegsmodellen” verkligen skulle tillämpas skulle artbrottsinstitutet tillämpas mycket mer restriktivt än vad det gör i dagsläget. Många av de brotten som idag normalt räknas till artbrottskategorin skulle följaktligen förlora sin särbehandling i påföljdshänseenden. Oprovocerad misshandel och skadegörelse uppfyller exempelvis inte alla kriterier i modellen. Å andra sidan skulle brott som grovt rattfylleri och ”dansbaneslagsmål” (som vanligtvis inte utgör ett artbrott) räknas till artbrotten.¹⁶¹

5.2.3 Ett mera kasuistiskt påföljdssystem

Det har tidigare betonats att ett väl fungerande påföljdssystem skall åstadkomma ett sammanhållet och konsekvent system där påföljdsvalet styrs av samma typ av kriterier.¹⁶² Vilket redan har konstaterats så har begreppet brottslighetens art dock knappast bidragit till detta. Istället har begreppet gjort så att förutsebarheten och konsekvensen i rättstillämpningen har luckrats upp. Anders Perklev, utredare i straffnivåutredningen, menar att ytterligare påföljdsalternativ skulle kunna leda till en minskning av tillämpningen av artbrottskonstruktionen och dess skadliga verkningar. Införandet av exempelvis villkorligt fängelse eller uppskjuten verkställighet av fängelse skulle enligt Perklev, tjäna ett sådant syfte.

Perklev har också kommit med förslaget att lagstiftaren skraddarsyr påföljder eller påföljdscombinationer för de vanligaste brottstyperna eller för vissa typfall av dessa. Förslaget innebär bl.a. att den tilltalade ska genomgå ett behandlings- eller motivationsprogram kombinerat med ett visst antal dagsböter eller att genomföra visst oavlönat arbete. Andra mer frihetskränkande bidrag i förslaget är exempelvis förbud att vistas utanför hemmet under vissa tider eller förbud att vistas på vissa platser. Idén ska enligt Perklev, göra så att påföljden ges ett innehåll som inriktar sig på den problematik som typiskt sett är knuten till en viss brottstyp. Samtidigt ska påföljden också ges ett innehåll som är ägnat att reducera risken för återfall i samma brottstyp eller i vart fall ha ett pedagogiskt värde. I sammanhanget ska de faktorer som hänförs till brottslighetens art givetvis beaktas vid påföljderna utformning, vilket enligt Perklev ska medföra att påföljden för våldsbrott får mer repressiva inslag än på påföljden för ett förmögenhetsbrott med motsvarande straffvärde. Dessa särskilt avpassade påföljder eller påföljdscombinationer ska kunna utdömas som normalpåföljd för samtliga vanligare brottstyper, då inte straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet föranleder annat. Perklev menar att ett kasuistiskt påföljdssystem skulle främja en mer enhetlig rättstillämpning då domstolen inte i varje enskilt fall behöver göra en bedömning om och i vilken utsträckning brottslighetens art ska inverka på påföljdsvalet. Bedömningen

¹⁶¹ Von Hirsch & Påle, s. 248 ff.

¹⁶² SOU 1995:91 (del II) s. 59.

ska istället göras av lagstiftaren vid utformningen av påföljden eller påföljdscombinationen.¹⁶³

Det finns dock en risk att införandet av flera påföljdsalternativ skulle leda till en mycket ostadig praxis och därigenom minska förutsebarheten. Då de nya påföljdscombinationerna förmodligen kommer att bli strängare än ett kort fängelsestraff i syfte att vara ”tillräckligt ingripande” så finns också en risk för höjning av repressionsgraden. I praktiken kan de alternativa påföljderna således uppfattas som mer ingripande än ett kort fängelsestraff.¹⁶⁴

¹⁶³ Perklev, s. 164-166.

¹⁶⁴ Perklev, s. 171.

6 Avslutande kommentarer

I inledning ställer sig författaren frågan om det verkligen finns brott eller brottstyper som enligt lagstiftaren och rättstillämpningen anses vara ”allvarligare” än andra. Efter att ha läst så här långt inser läsaren mot all förmodan, att svaret skall besvaras jakande. Artbrottskonstruktionen gör det möjligt för domstolarna att utdöma ett fängelsestraff trots att varken straffvärdet eller återfallsfrekvensen motiverar detta. Med hänvisning till brottslighetens art finns det således en reell möjlighet för en domstol att utdöma ett fängelsestraff för ett brott som uppskattas ha ett straffvärde på fjorton dagar, men samtidigt utdöma en villkorlig dom för att annat brott som har ett motsvarande värde på elva månader. Rent spontant låter detta smått otänkbart, men olyckligtvis är detta bara ett av de ”problemen” som artbrottskonstruktionen är förenade med.

Artbrottskonstruktionen har sitt reella säte i den svenska rättsskipningen sedan påföljdsbestämningsreformen år 1989. Före reformen utdömde domstolarna ofta korta fängelsestraff med hänvisningen till den ”allmänna laglydnaden”. Den dåvarande regleringen byggde på att domstolarna skulle göra en avvägning mellan de allmänpreventiva och individualpreventiva effekterna. Motivet med reformen var bl.a. att behålla den tidigare rådande praxis att särbehandla vissa brottstyper då det ansågs nödvändigt av allmänpreventiva skäl. Den nya regleringen gick dock ut på att den allmänpreventiva bedömningen inte skulle tas på domstolsnivå utan på lagstiftningsnivån. Utvecklingen har dock visat att det är just detta som domstolarna har fått kämpa med. Genom reformen satte man således ett namn på en redan existerande företeelse utan att riktigt förstå vad den egentligen stod för.

Idag, tjugo år efter påföljdsbestämningsreformen, är artbrottskonstruktionen odefinierbar samtidigt som den saknar både en teoretisk grund och allmänt hållna bedömningskriterier. Det har emellertid genom praxis och förarbeten utvecklats vissa omständigheter och skäl som kan leda till att ett visst brott klassificeras som ett artbrott. Dessa omständigheter är dock inte fria från kritik och kan ifrågasättas på flera punkter. Det enda vi vet säkert är att konstruktionen vilar på en allmänpreventiv grund. Då konstruktionen inte är lagstadgad har domstolarna fått tillämpa brottslighetens art intuitivt utan att riktigt veta vilka bedömningsregler de skall följa. Detta har inneburit att domstolarna har bedömt att fler och fler brott skall ha artbrottsstatus vilket närmast har bildat en slags dominoeffekt. Man kan fråga sig om det verkligen var avsiktligt att konstruktionen skulle utvecklas och utvidgas på detta sätt. Författaren har i alla fall svårt att tänka sig det. I och med att domstolarna ständigt utvidgar artbrottskonstruktionen kan det som skulle vara systemets undantag hålla på att bli systemets huvudregel. Författaren ställer sig också frågan om det då inte finns en risk att domstolarna i viss mån utdömer påföljder för brott utan direkt stöd i lag.

Att just artbrottskonstruktionen vilar på en allmänpreventiv argumentationslinje utgör ett annat problem med konstruktionen. Lagstiftaren har tänkt sig att hotet om ett kort fängelsestraff skall avskräcka gemene man från att begå vissa typer av handlingar. Problemet är dock att det inte finns några som helst belägg för att artbrottskonstruktionen verkligen har några allmänpreventiva effekter. De allmänpreventiva effekterna kan istället vara negativa sådana genom att allmänheten tappar förtroendet för det rådande påföljdssystemet.

Mot bakgrund av all denna kritik, är det befogat att påstå att artbrottskonstruktionen utgör en problematik; artbrottsproblematiken. Man kan således fråga sig hur denna artbrottsproblematik skall lösas. I rättslitteraturen är de flesta överens om att konstruktionen bör användas mycket restriktivt eller till och med avskaffas. Då det inte verkar vara realiserbart att avskaffa hela artbrottskonstruktionen har flera sakkunniga kommit med tolkningar genom alternativa modeller på hur konstruktionens skadliga verkningar skulle kunna lösas. Författaren ställer sig främst bakom Perklevs förslag vad gäller ett mera kasuistiskt påföljdssystem med flera påföljdsalternativ. En kronisk alkoholist riskerar sådana skadliga effekter på samhället att en påföljd där konfiskering av hans eller hennes fordon samt obligatorisk alkoholavvänjning skulle vara en bättre lösning än enbart en fängelsepåföljd.

Även om det således verkar vara en vedertagen uppfattning att artbrottskonstruktionen utgör ett problem i det svenska påföljdssystemet kommer man ingen vart genom att enbart bespotta den rådande juridiska uppbyggnaden. Det är ju inte heller helt otänkbart att begreppet ändå gör någon nytta för den svenska rättskipningen. Enligt författarens synpunkt är brottslighetens art inte ett statiskt utan ett flytande begrepp som faktiskt gör rättstillämpningen mer dynamisk och möjlig att anpassas till dagens samhälle samt till den brottsliga individen i egenskap av samhällsfara. Det är inte helt oförståeligt att lagstiftaren faktiskt vill markera de gärningar som inte är önskvärda och uppenbart oförsvarliga. Att brott som mened och grovt rattfylleri, vilka utgör typiska artbrott, bör föranleda en fängelsepåföljd håller nog de flesta med om. Man skulle således nätt och jämnt kunna hävda att artbrottskonstruktionen faktiskt motsvarar en politisk (och allmän?) vilja att ingripa med ett strängare påföljdsval mot vissa brott än mot andra och i själva verket är det påföljdsbestämningen som behöver ges utrymme för flexibilitet och nyanser, också när det gäller att bedöma brottslighetens art.

Författaren är dock mycket tveksam till att ovanstående argumentationslinje är tillräcklig för att sätta folk i fängelse. Fängelsepåföljden är ju faktiskt den mest ingripande påföljden och dess skadliga verkningar är allmänt kända. Att utdöma ett fängelsestraff i strid med de grundläggande principer som ligger till grund för påföljdsbestämningen känns således oförsvarbart. I samband med påföljdsbestämningsreformen påkallade man ett påföljdssystem som präglades av proportionalitet och ekvivalens. Artbrottskonstruktionen omkullkastar dessa principer genom att vissa brott

bedöms annorlunda oavsett dess svårighet eller farlighet. Även om artbrottskonstruktionen möjligtvis utgör ett nödvändigt ont i samhället måste dess juridiska grund ifrågasättas. Därför måste lagstiftaren reagera och ta sitt ansvar. Så länge som lagstiftningen förhåller sig stum angående artbrottskonstruktionen så kommer dess många problem att kvarstå.

Om lagstiftaren således inte tar sitt ansvar och definierar begreppet och gör det mindre svårtillämpligt samtidigt som konstruktionens nackdelar reduceras, anser författaren att begreppet "brottslighetens art" borde avskaffas. Det är bl.a. viktigt för rättssystemets trovärdighet att påföljdssystemet ligger i linje med dess grundläggande principer. Författaren anser att det skulle vara fullt möjligt med en påföljdsbestämning som endast baseras på straffvärdet och återfallsfrekvensen. De brott som anses vara "allvarligare än andra" skulle då kunna vara förenade med ett högre straffvärde.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryckt

Författningar

Brottsbalk (1962:700).

Statens offentliga utredningar

SOU 1984:32 Nya alternativ till frihetsstraff.

SOU 1986:13–15 Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. Huvud betänkande av Fängelsekommittén.

SOU 1995:91 I-III Ett reformerat straffsystem. Betänkande av Straffsystemkommittén.

SOU 2005:54 Framtidens kriminalvård. Betänkande av Straffsystemkommittén.

SOU 2008:85 Straff i proportion till brottets allvar. Slutbetänkande av Straffnivåutredningen.

Propositioner

Prop. 1987/88:120 Regeringens proposition om ändring i brottsbalken.

Prop. 1997/98:96 Vissa reformer av påföljdssystemet.

Prop 1999/2000:160 En skärpt vapenlagstiftning.

Litteratur

Anners, Erik, *Svensk straffrätts historia – några huvudlinjer* (del I), andra upplagan, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Stockholm 1977.

Berg, Ulf, Berggren, Nils Olof, Bäcklund, Agneta, Munck, Johan, Wersäll, Fredrik & Victor, Dag, *Brottsbalken – En kommentar*, kap. 25-38, Om påföljder (Pärm III), supplement 19, Nordstedts Juridik AB Stockholm, 2008.

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2008.

Häthén, Christian, *Stat och straff – Rättshistoriska perspektiv*, Studentlitteratur, Lund 2004.

Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, andra upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Sterzel, Georg & Borgeke, Martin, *Studier rörande påföljdspraxis m.m.*, tredje upplagan, Jure AB, Stockholm 2005.

Victor, Dag, *Varning för straff – Om våndan av den nyttiga straffrätten*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1995.

Wallén, Per-Edwin, *Svensk straffrättshistoria (del II)* andra upplagan, Almqvist & Wiksell AB, Stockholm 1976.

Artiklar

Asp, Peter, ”*Brottslighetens art*” - kommentar till Dag Victors och Andrew von Hirsch uppsatser, Svensk Juristtidning 2003 häfte 2, s. 136-153.

Aspelin Erland, *Straffets grunder – historisk bakgrund*, Svensk Juristtidning 1999 häfte 2, s. 108-131.

Borgeke, Martin, *Brottets art – några tankar kring en svårgriplig företeelse*, Svensk Juristtidning 1999 häfte 2, s. 218-240.

Borgeke, Martin & Reimer, Stefan, *Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdsbestämning – en replik*, SvJT 1999 häfte 2 s. 145-150.

Perklev, Anders, *Artbrotten från en praktisk synpunkt*, Svensk Juristtidning 2003 häfte 2, s. 154-167.

Ollén, Marie-Louise, *Artbrotten från praktisk synpunkt - kommentarer till Anders Perklevs artikel*, Svensk Juristtidning 2003 häfte 2, s. 168-172.

Victor, Dag, *Artbrotten och de korta fängelsestraffen - teoretiska frågor*, Svensk Juristtidning, 2003 häfte 2, s. 121-135.

Victor, Dag, *Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem*, Svensk Juristtidning 1999 häfte 2, s. 132-144.

Von Hirsch, Andrew & Påle, Karin, ”*Artbrott*”, Svensk Juristtidning 1999 häfte 2, s. 241-258.

Von Hirsch, Andrew, Wersäll, Fredrik & Victor, Dag, *Korta fängelsestraff och alternativa påföljder*, s. 109-110.

Thunberg, Malin, *På vilka grunder särbehandlas brott i dagens rättspraxis?* Svensk Juristtidning 1999 häfte 2, s. 259-263.

Rättsfallsförteckning

NJA 1984 s. 898

NJA 1991 s. 438

NJA 1991 s. 444

NJA 1991 s. 498

NJA 1992 s. 190

NJA 1993 s. 38

NJA 1994 s. 153

NJA 1996 s. 757

NJA 2000 s. 17

NJA 2001 s. 913

NJA 2002 s. 265

NJA 2006 s. 339