



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Svensson

Straffvärdet för narkotikabrott
-Är vi på väg mot en nyktrare
bedömning?

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare:
Sverker Jönsson

Ämnesområde:
Straffrätt

Vårterminen 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion och bakgrund	5
1.2 Frågeställning och syfte	6
1.3 Avgränsning och material	7
1.4 Teori och metod	7
1.5 Disposition	8
2 STRAFFVÄRDE OCH STRAFFVÄRDESBEDÖMNING	9
2.1 Straffvärdesreformen	9
2.2 Allmänt om straffvärde	9
2.3 Utgångspunkter	10
2.3.1 Brottssinterna omständigheter	13
2.3.2 Brottsexterna omständigheter	14
3 STRAFFVÄRDE OCH STRAFFVÄRDESBEDÖMNING VID NARKOTIKABROTT	15
3.1 Narkotikastrafflagen	15
3.1.1 Brottskatalogen	15
3.1.2 Några rader om uppsåt vid narkotikabrott	16
3.2 Narkotikabrottets straffvärde	17
3.2.1 Straffvärdesbedömning i narkotikamål	18
3.2.1.1 Art	19
3.2.1.2 Mängd	20
3.3 Junidomen	21
3.3.1 Efterlevnad	23
3.3.1.1 Praxis	23
3.3.1.2 Generella slutsatser	25

4	ATT AVGÖRA ETT BROTT SVÅRHET	27
4.1	Ett brotts svårhet	27
4.2	Intresse	28
4.2.1	Överindividuella respektive enskilda intressen	29
4.2.2	Straffrättslig intressehierarki	31
4.3	Skada	32
4.3.1	Offerskada och gemenskapsskada	32
4.3.2	Mill och Feinberg	34
4.3.3	Moralism	37
4.3.4	Paternalism	40
4.3.5	von Hirsch och Jareborgs skademättningsmodell	42
5	ANALYS	47
5.1	Praxisomläggningen	47
5.2	Högsta domstolens roll	49
5.3	Skadan vid narkotikabrott?	51
5.4	Narkotikabrottslighetens svårhet	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
	Offentligt tryck	60
	Övriga källor	60
	Litteratur	60
	Artiklar	60
	Böcker	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

According to Swedish penal law all criminal offenses deserves a penal value. So while drug offenses. Nearly a year ago, in June 2011, the Supreme Court gave a judgment that was clearly aimed at changing practices in the assessment of the penal value of drug offenses. The two defendants in the indictment were each mainly sentenced by the Court of Appeals for 14 years in prison. The Supreme Court reduced the sentences to four years imprisonment. A penalty reduction of ten years obviously came to be extensively discussed. In what way society shall answer to the abuse of drugs is anything but an obvious question. In Sweden, the prevailing model has been zero tolerance and harsh penalties for drug offenders. The criminal law is considered a weapon in the war against drugs.

A judgment of the Supreme Court, which reduces sentences of ten years for drug offenses is, as pointed out earlier, something very interesting in the Swedish context. It even brought my interest. The assessment of penal value for drug offenses has for a long time been essentially different from the assessment of penal value in other types of crime. What the Supreme Court wanted to change was the practice saying that the assessment of penal value is almost only dependent on the drug type and quantity of the drug. The Supreme Court's judgment as well as the judgment's effects is discussed in the subsequent petition. It also describes how the starting points for assessment of penal value of drug offenses used to look before the judgment of last summer. Furthermore it describes the general starting points in penal value assessment according to chapter 29 in the Swedish criminal code.

One of the starting points is that the penal value shall be equal to the gravity of the offense. The gravity of an offense is often described by the formula harm+culpability. This petition focuses on the harm-dimensions in the gravity concept, trying to determine what constitutes the harm relevant to criminal law. I present no answers, at least not in the correct sense, but hopefully an interesting discussion.

The Supreme Court did through the June-judgment initiate a change in how to assess penal value in drug offenses. The influence of the harm-dimension in the gravity-concept decreased. Given the problems in defining what harm, relevant to the criminal law, drugs are causing, this should be a good development.

Sammanfattning

I det svenska straffsystemet åtnjuter alla brottsliga gärningar ett straffvärde. Så även narkotikabrott. För snart ett år sedan, i juni 2011, avkunnade HD en dom som tydligt syftade till att ändra praxis avseende hur straffvärdet ska fastställas i narkotikamål. De två tilltalade som åtalet huvudsakligen avsåg dömdes av HovR till 14 års fängelse vardera. HD sänkte straffen till fyra års fängelse. En straffsänkning med tio år innebar självfallet att den s.k. juni-domen, NJA 2011 s. 357, kom att diskuteras. Hur narkotikamissbruk ska hanteras av samhället är allt annat än en självklar fråga. I Sverige har modellen sedan länge varit nolltolerans och hårda straff för narkotikabrottslingar. Straffrätten ses som ett medel i kampen mot narkotika.

En dom från HD som sänker straffen med tio år för narkotikabrottslighet är i den svenska kontexten väldigt intressant. Så intressant att det väckte även mitt intresse. Straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott har länge varit väsensskild från straffvärdesbedömningen vid andra brottstyper. Vad HD ville ändra på var den praxis som sa att ett narkotikabrotts straffvärde i det närmaste bara var beroende av narkotikans art och mängd. HD:s dom liksom hur den efterlevts av svenska domstolar behandlas i den kommande framställningen. Vidare beskrivs hur utgångspunkterna för straffvärdesbedömningen i narkotikamål såg ut tidigare samt vad som utgör de generella utgångspunkterna för straffvärdesbedömning enligt 29 kap. BrB.

En av dessa utgångspunkter är att straffvärdet ska motsvara brottets svårhet. Svårhet brukar beskrivas enligt formeln skada+skuld. Det är framförallt skadedimensionen av svårhetsbegreppet som står i fokus för denna framställnings mer abstrakta avsnitt avseende brottets svårhet. Att bestämma vad som utgör den för straffrätten relevanta skadan vid narkotikabrott är komplicerat. Jag presenterar inte heller några revolutionerande svar utan snarare en diskussion.

Den av HD genom juni-domen initierade förändringen av straffvärdesbedömningen i narkotikamål innebär att skadedimensionens inflytande minskar. Med tanke på hur problematiskt det förefaller vara att fastslå vilken skada narkotikabrottslighet egentligen orsakar torde detta vara en god utveckling.

Förord

Jag vill tacka Sverker Jönsson för god handledning samt Wilhelm Rönnqvist för några (faktiskt) värdefulla kommentarer.

Det här gjorde vi ORDENTLIGT Rönnqvist!

Ett stort tack också till Sturefors IF för all inspiration!
Vi är som träd med djupa, djupa rötter...

Lund 2012-05-21

Martin Svensson

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
FSK	Fängelsestraffkommittén
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JustR	Justitieråd
NSL	Narkotikastrafflag (1968:64)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RÅ	Riksåklagaren
SOU	Statens offentliga utredningar
SSL	Lagen (2000:1225) om straff för smuggling
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätten
Prop.	Proposition

1 Inledning

1.1 Introduktion och bakgrund

*”Och du går på en nit och sen åker du dit. En semester på vatten och bröd.
Där är tillvaron hård, där finns samhällets vård och dom vårdar dej intill din
död...*

För sånt är systemet.

*Kolla in dom du gillar, dom tjejer och killar som sitter i samma båt. Och gå
hem och tänk över, fall någon behöver polis för att göra nåt åt...*

Själva pundarproblemet.”

-Bängen trålar, Nationalteatern

Nationalteaterns andra fullängdsalbum ”Livet är en fest” varifrån ovanstående citat är hämtat släpptes 1974. Sex år tidigare, 1968, infördes narkotikastrafflagen (1968:64) (NSL). Under 1960-talet framställdes narkotikamissbruk allt oftare som ett mycket skrämmande samhällsproblem. NSL var lagstiftarens sätt att svara mot detta.¹ Detta är en introducerande, i viss mån historisk, bakgrund som är tänkt att klargöra vad Sverige har för narkotikapolitisk ståndpunkt. En sådan vetskap underlättar förståelsen av den fortsatta framställningen och sätter ramen för hur narkotikalagstiftningen ska utformas. Framställningens syfte framgår av nästa avsnitt.

Vi uppmanas av Nationalteatern att tänka över huruvida det egentligen är till polisen vi ska ställa vårt hopp när det gäller att motverka narkotikamissbruk. Att denna uppmaning formulerades 1974 är en logisk följd av hur den svenska narkotika- och även hela kriminalpolitiken i rask takt hade börjat börjat förändras. Ett år efter NSL:s införande, 1969, höjdes maximistraffet för grovt narkotikabrott från fyra till sex års fängelse. År 1972 höjdes detta maximistraff ytterligare till nuvarande tio års fängelse.² Bara under de sex år som gick mellan NSL:s tillkomst och utgivningen av ”Livet är en fest” skärptes alltså straffen för narkotikabrott väsentligt. Träskman delar in narkotikalagstiftningens utveckling i tre faser, varvid den tredje som vi alltjämt befinner oss i nu, inleddes under 1960-talet i och med förberedelserna för NSL. Det är i inledningsskedet av denna tredje period som narkotikaproblemet enligt Träskman, medvetet och tydligt, började betecknas som ett socialt samhälleligt problem som man menade sig kunna lösa inom straffrättssystemet.³

Den svenska kriminalpolitiken kan annars, fram till i slutet på 1970-talet, sägas ha dominerats av individualprevention. Kriminella skulle behandlas och återanpassas till samhället snarare än bestraffas. Sedan Socialdemokraterna övertog regeringsmakten 1932 prenumererade de på den i drygt fyra decennier. Välfärdssamhället styrdes av ”sociala ingenjörer” vilka betrakta-

¹ Olsson, 2011, s. 23.

² Träskman, 2011, s. 57.

³ Ibid., s. 52.

de kriminalpolitiken mer eller mindre som tillämpad vetenskap. Under 1970-talet höjdes dock alltfler röster som kritiserade denna behandlingstänke och med den borgerliga regeringens tillträde 1976 kom denna behandlingsskritik att slå igenom också politiskt. Samhällets reaktioner har förändrats, istället för att bestämma lämplig behandling för gärningsmannen bestämmes vi nu gärningens straffvärde.⁴

Det svenska förhållningssättet till narkotika uttrycks mycket explicit i en av alla de straffskärpningspropositioner som kommit sedan NSL:s införande:

”Samhällets åtgärder mot narkotikamissbruk bygger på uppfattningen att allt bruk av narkotika som inte är medicinskt motiverat är missbruk som skall med kraft bekämpas. Narkotikamissbruket får aldrig accepteras som en del av vår kultur. Vi måste på allt sätt motverka en tillåtande och förljugen inställning till narkotika. Kampen skall föras inom alla samhällsområden.”⁵

1.2 Frågeställning och syfte

Hur narkotikabrottslighet behandlas i svenska domstolar är ett ständigt aktuellt ämne. Sedan högsta domstolen (HD) under sommaren 2011 lämnade den s.k. junidomen, NJA 2011 s. 357, har emellertid än livligare diskussioner än vanligt förts. Domen har som tydlig avsikt att förändra straffvärdesbedömningen i narkotikamål (se närmare i avsnitt 3.3 och 5.1). Ett brotts straffvärde kan sägas vara ett mått på dess svårhet, vilket i sin tur bestäms enligt formeln skada plus skuld (se avsnitt 4.1). Det huvudsakliga syftet med denna framställning är att svara på följande två frågor:

- Vad avgör brottets svårhet vid narkotikabrott?
- Vad *borde* avgöra brottets svårhet vid narkotikabrott?

En underliggande fråga, som kommer att ägnas mycket utrymme, knyter an till den nyss nämnda formeln och dess första term, skadan. Jag vill försöka reda ut dels vad skadan vid narkotikabrott består i och dels hur denna skada (om det går) kan mätas. Omformulerat till mer specifika frågor:

- Vilken är den straffrättsligt relevanta skadan vid narkotikabrott?
- Hur, om det ens är möjligt, mäter man denna skada?

Utöver dessa frågor kommer junidomens innebörd och dess påverkan på straffvärdesbedömningen att närmare synas i sömmarna. Är de förändringar junidomen medför av godo? Hur förhåller sig förändringarna till svårhetsbegreppet och dess formel? Med anledning av denna kursändring initierad av HD fann jag mig också nödgad att kommentera HD:s roll i den svenska straffrätten, är denna på väg att förändras?

I anknytning till det avsnitt (4.3) som behandlar rättsfilosofiska åskådningsätt på begreppet skada diskuteras begrepp som moralism och paternalism

⁴ Jfr. Andersson & Nilsson, 2009 och prop. 1987/88:120, s. 36-38.

⁵ Prop. 1980/81:76, s. 194.

och samhällsideologier som liberalism och utilitarism. Allt detta är i högsta grad relevant för synen på hur svårt ett visst brott är. Denna framställningsfokus är narkotikabrottslighet. I detta sammanhang har de nyss nämnda begreppen avgörande betydelse för vad som ska betecknas som lagstiftningens skyddsintresse och den straffrättsligt relevanta skadan.

1.3 Avgränsning och material

Bedömningen av narkotikabrottslighetens svårhet eller straffvärde är självfallet inget som kan ses fristående från den rådande kriminalpolitiken. I botten ligger en kriminalisering, vilket inte kan sägas vara något annat än en moralisk bedömning som säger att ett visst beteende är så klandervärt att det är straffvärt. I stort sett all befattning med narkotika är de facto kriminaliserad (se avsnitt 3.1.1) och den svenska utgångspunkten innebärande nolltolerans (se avsnitt 1.1) mot narkotika utgör också min utgångspunkt då narkotikabrottslighetens svårhet diskuteras. Lagstiftningens mål är ett narkotikafritt samhälle. Det är narkotikabrottets svårhet som står i fokus. Betoningen av problematiken avseende skadedefinitionen innebär emellertid att diskussionen i min analys till slut hamnar på kriminaliseringsnivån i alla fall. Vad gäller svårhetens eller straffvärdets abstrakta (straffskalan) respektive konkreta (domstolens bedömning i det enskilda fallet) dimensioner kan sägas att framställningen primärt rör sig i den konkreta sfären. Återigen påpekas att jag i analysen (avsnitt 5.3 och 5.4) till slut, då jag själv ska definiera den straffrättsligt relevanta skadan och avgöra narkotikabrottslighetens svårhet, tar min tillflykt till det abstrakta straffvärdet och moraliska, kriminalpolitiska överväganden. Den genom junidomen initierade kursändringen avseende straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott avser naturligtvis det konkreta straffvärdet.

Jag är medveten om att det ovanstående är luddigt värre. Till mitt försvar vill jag säga att det material, avseende teorier kring skada och skyddsintressen, som finns tillgängligt är allt annat än stringent och lätt att tolka. Vad gäller materialet kan "Kriminalisering: problem och principer" av Claes Lernestedt särskilt nämnas. Det är i mångt och mycket utifrån den bokens fjärde och femte kapitel och notapparaten till dessa kapitel som skadedimensionen i svårhetsbegreppet har presenterats och diskuterats. Jag har härvid fokuserat på den anglosaxiska doktrinen utgående från den skadepincip som ursprungligen formulerades av John Stuart Mill (se avsnitt 4.3.2).

1.4 Teori och metod

I min ambition att finna den straffrättsligt relevanta skadan och ett adekvat sätt att mäta denna skada fann jag rättskälleläran och den traditionella rättsdogmatiska metoden vara otillräcklig. För att diskutera skadebegreppet räcker det inte att söka sig till lagtext och förarbeten och konstatera att det där finns ett skyddsintresse angivet. Om blotta angivandet av ett skyddsintresse vore tillräckligt är det inte svårt att definiera skadan, denna blir följaktligen all negativ påverkan på skyddsintresset. Detta är ett cirkelresone-

mang, ett icke önskvärt beteende kan kriminaliseras genom formulerandet av skyddsintresset. För att sätta fingret på vad som utgör skadan vid narkotikabrott används i den rättsfilosofiska doktrin jag använt Mills skadepincip som en form av ramverk (se avsnitt 4). Joel Feinberg, som det kommer att hänvisas mycket till, utgår i sina skadekonstruktioner från Mills skadepincip. Dennes liberala lära förespråkar att den enda skada som är straffrättsligt relevant är den som kan härledas till den enskilde individen. Skyddsintresset är i grund och botten individens frihet. Mot liberalismen ställs ofta utilitarismen. En ideologi som istället snarare ser till samhällsnyttan. Förenklat brukar den uttryckas som största möjliga nytta för största möjliga antal. Med en sådan utgångspunkt torde det vara lättare att argumentera för att samhälleliga gemensamma skador ges större relevans i straffrättsliga sammanhang.

Det nu sagda gäller alltså primärt det fjärde avsnittet och de två avslutande delarna av analysen. Den traditionellt rättsdogmatiska metoden har inte övergetts. De avsnitt som syftar till att beskriva gällande rätt, både avseende utgångspunkterna för straffvärdesbedömning generellt och straffvärdesbedömning vid narkotikabrott återger vad som står att finna i lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. I det avsnitt som behandlar straffvärdesbedömning vid narkotikabrott har junidomen och efterföljande praxis, primärt HD-praxis, givits ganska mycket utrymme. Detta för att skänka framställningen större aktualitet. Avsnittet är kronologiskt uppbyggt för att visa på den förändring junidomen inneburit för straffvärdesbedömningen i narkotikamål. Först beskrivs rättsläget innan junidomen, sedan innebörden av junidomen och avslutningsvis hur de genom junidomen förespråkade förändringarna har efterlevts.

1.5 Disposition

Av denna inledning återstår nu endast att kasta lite ljus över den fortsatta framställningens disposition. Nästkommande avsnitt beskriver vad införandet av den s.k. straffvärdesreformen innebar för svensk rätt och vilka utgångspunkterna för straffvärdesbedömning är generellt. I avsnitt tre beskrivs de mer specifika utgångspunkterna för straffvärdesbedömning i narkotikamål. Avsnitt fyra redogör för ett antal i den rättsfilosofiska doktrinen föreslagna sätt att se på skyddsintressen och skadebegreppet. Det hela avslutas med en analys. Där försöker jag besvara mina frågeställningar så gott jag kan samt lyfta fram de i mitt tycke intressantaste aspekterna av min utredning. Det gäller både den mer handfasta kursändring som junidomen medfört i praxis och den mer abstrakta diskussionen kring skadan av narkotikabrottslighet.

2 Straffvärde och straffvärdesbedömning

2.1 Straffvärdesreformen

En brottslig gärnings straffvärde bestäms huvudsakligen utifrån 29 kap. 1-3 §§ BrB. Dessa paragrafer, liksom resterande delar av 29 kap. om straffmätning samt 30 kap. om påföljdsval, infördes i BrB genom den så kallade straffvärdesreformen⁶ och trädde i kraft den 1 januari 1989. Reformen bygger på fängelsestraffkommitténs huvudbetänkande⁷ *Påföljd för brott* som innehåller ingående överväganden om grunderna för det svenska straffsystemet. Reformen förändrade (åtminstone officiellt)⁸ lagstiftarens syn på preventionsteoriernas betydelse.

Straffvärdesreformen motiverades främst utifrån ett behov av allmänna och mer preciserade regler för påföljdsval och straffmätning. Dessa regler syftar i första hand till att öka förutsebarheten och enhetligheten i straffrättskipningen. Både proportionalitetsprincipen och principen om likhet inför lagen torde tillgodoses på ett bättre sätt än enligt den tidigare ordningen. En sådan bedömning av straffvärdet är enligt departementschefen, fast förankrat hos allmänheten och ägnat att vinna allmän förståelse.⁹

2.2 Allmänt om straffvärde

Termen *straffvärde* dök upp i den kriminalpolitiska debatten i mitten på 1970-talet.¹⁰ Begreppet fyllde samma funktion då, innan straffvärdesreformen, som det gör idag, efter densamma. Ett brotts straffvärde är tänkt att definiera och markera ett brotts allvarlighet i förhållande till andra brott. Efter reformen 1989 infördes en, förvisso vag, men ändock en definition av straffvärdesbegreppet i lagtext. Närmare bestämt i 29 kap. 1 § 2 st. BrB (sista meningen infördes 2010)¹¹. Där stadgas att:

[V]id bedömningen av straffvärdet ska särskilt beaktas 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. Det ska särskilt beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person.

⁶ Prop. 1987/88:120.

⁷ SOU 1986:13-15.

⁸ Huruvida det nuvarande straffmättnings- och påföljdssystemets ”officiella” bestraffningsideologi får genomslag i praktiken har diskuterats av Träskman, 2003.

⁹ Prop. 1987/88:120 s. 36 och 39.

¹⁰ Jareborg och Zila, 2010, s. 103.

¹¹ Prop. 2009/10: 147.

I straffvärdesreformen definieras ett brotts straffvärde som brottets svårhet i förhållande till andra brott. Straffvärdet är alltså ett mått på hur allvarligt lagstiftaren, relativt sett, vill betrakta det aktuella brottet. Begreppet straffvärde kan sägas existera dels på abstrakt nivå (straffskalenivå) och dels på konkret nivå, där det avser ett mått på svårheten av en viss begången brottslig gärning. Det abstrakta straffvärdet framgår av brottets straffskala om man jämför den med straffskalorna för andra brott medan det konkreta straffvärdet bestäms i det enskilda fallet av de rättstillämpande myndigheterna.¹²

Straffvärdet visar som nämnts hur brotten i svårhetshänseende förhåller sig till varandra. Vid konstruktion av straffskalor räcker det emellertid inte att bara diskutera det ifrågavarande brottets straffvärde. Straffskalans utseende är ju beroende av på vilken nivå straffen läggs. Straffvärderesonemanget måste förankras nivåmässigt. FSK förklarar hur denna förankring går till genom ett exempel. Enligt FSK har misshandel ett högre straffvärde än stöld. Denna värdering får till följd att straffskalan för misshandel ska vara strängare än straffskalan för stöld. Härmed är inget sagt om hur stränga straffskalorna för misshandel respektive stöld ska vara. Uttalande gäller bara relationen mellan straffskalorna för misshandel respektive stöld. Innan lämplig straffskala kan fastställas måste det klargöras vilken allmän nivå på straffen som är adekvat.¹³

Angående det konkreta straffvärdet, vilket alltså avser svårheten (mer om detta relativt snåriga begrepp i avsnitt 4) av en viss begången brottslig gärning, kan det redan här vara värt att poängtera att det konkreta straffvärdet inte är detsamma som straffmättningsvärdet. Det konkreta straffvärdet fastställs med utgångspunkt i 29 kap. 1-3 §§ BrB. Straffmättningsvärdet är däremot fastställt först sedan man också beaktat andra bestämmelser i 29 kap. BrB om straffmätning, främst 4-5 §§ och 7§ och reglerna om påföljdsval i 30 kap. Straffmättningsvärdet är således det straff (eller annan påföljd) som utgör domstolens slutgiltiga dom, inklusive påföljdsval, i det enskilda fallet. Straffmättningsvärdet behöver således inte (men kan givetvis) motsvara det konkreta straffvärdet.¹⁴ I fokus för denna framställning står emellertid straffvärdet, straffmättningsvärdet ämnar jag lämna därhän.

2.3 Utgångspunkter

I detta avsnitts inledning beskrevs syftet med straffvärdesreformen översiktligt. Tanken bakom införandet av 29-30 kap. var att främja enhetlighet och förutsebarhet i straffvärdesbedömning och påföljdsbestämning. Vidare klarlades att straffvärdesfaktorer ska skiljas från andra faktorer av betydelse vid påföljdsbestämningen. Det fastslogs att rättssäkerhet, legalitet, likhet inför lagen, proportionalitet liksom saklighet och opartiskhet i tillämpningen är värden som strafflagstiftningen måste sörja för. Bedömningen av en gär-

¹² SOU 1986:14 s. 131.

¹³ Ibid.

¹⁴ Jareborg och Zila, 2010, s. 104.

nings straffvärde liksom val av påföljd ska i första hand ske med utgångspunkt från hur allvarlig gärningen bedöms vara, eller annorlunda uttryckt utifrån brottets svårhet. Detta innebär vidare för påföljdsbestämningens del att denna inte, som tidigare, ska ses som en avvägning mellan allmänpreventiva och individualpreventiva hänsyn.¹⁵

I straffvärdesreformen räknas upp ett antal omständigheter som genom åren återopats i straffvärdefrågan. Hur ett brotts svårhet ska bedömas är något som självfallet påverkas av samhällsutvecklingen. Följande tio argument för straffskaleändringar identifierades och recenserades av FSK (samt av Nils Jareborg i en artikel publicerad i SvJT några år efter straffvärdesreformen). Argumenten har primärt använts för att motivera straffskärpningar.

1. *Det allmänna rättsmedvetandet.* Detta anses ha en grundläggande betydelse men den praktiska betydelsen vid straffvärdesbedömningar får anses vara begränsad.
2. *Samhällsfaran, samhällets intressen, negativa effekter av brottsligheten, brottet innebär risk för den allmänna säkerheten eller för enskilda personers säkerhet, brottsligheten har skadeverkningar av ekonomisk, social och personlig natur.* De olika brottsens samhällsfara utgör ett grundelement vid straffvärdebedömningen. Exempel på väsentliga samhällsintressen är enligt FSK allmän ordning och säkerhet, demokratiskt statsskick och ämbetsmäns opartiskhet.
3. *Allmänpreventiva hänsyn, straffets avskräckande effekt, straffbestämmelsen har inte haft effekt, straffskärpning ökar effekten av kampen mot brott, det har visat sig svårt att förhindra brott av visst slag.* Allmänpreventiva skäl ligger alltid till grund för beslut om kriminalisering men vid straffvärdesbedömning bör de anses vara irrelevanta.
4. *Det är nödvändigt att ingripa med kraft mot brottet.* Se vad som anförts vid punkterna 2 och 3.
5. *Svensk strafflagstiftning bör vara i paritet med andra länders.* Detta argument har bland annat anförts för att höja straffskalan för grovt narkotikabrott. Det är relevant argument avseende brott med internationell anknytning, utöver narkotikabrott anför FSK flygplanskapning och andra terrordåd som exempel på sådana brott.
6. *Straffet bör vara i paritet med straffet för andra likvärdiga brott.* Ekvivalens, att straffet för en brottstyp bör ligga i nivå med straffet för andra likvärdiga brott, är vid sidan av proportionalitet en fundamental princip. FSK påpekar härvid att proportionalitetsprincipen är en följd av ekvivalensprincipen.
7. *Ett visst brott har ökat i antal eller blivit mer elakartat.* FSK avråder från att använda frekvensargument. Att en brottstyp blivit mer elakartad är däremot ett relevant argument vid straffvärdesbedömningen.
8. *Brottsligheten har samband med annan allvarlig brottslighet.* Ett brotts samband med annan brottslighet torde generellt sett vara irrelevant för brottets straffvärde. Samband med annan brottslighet är

¹⁵ Prop. 1987/88:120 s. 36-38.

endast relevant för straffvärdet i det avseendet att det kan höja dess samhällsskadlighet.

9. *Genom straffskärpning förlängs preskriptionstiden.* Fullständigt irrelevant. Upptäcks särskilt svårutredda brott bör givetvis preskriptionsfristen förlängas medelst ändringar i preskriptionstiden och inte genom att höja straffskalan.
10. *Genom straffskärpning blir det möjligt att använda vissa processuella tvångsmedel.* Fullständigt irrelevant.¹⁶

FSK synes primärt ha diskuterat det abstrakta straffvärdet och dess slutsats tycks angående straffvärdesbedömningar vara att dessa främst bör grundas på brottets svårhet. Brottets svårhet beskrivs som den skada eller fara som brottet innebär i vid bemärkelse mot bakgrund av det värde eller intresse som ska skyddas. Därmed är emellertid inte straffvärdefrågan löst poängterar FSK. Vilka samhällsvärden som behöver straffrättsligt skydd och vilken typ av angrepp dessa värden behöver skyddas mot kräver vidare utredning. Likaså hur värdena bör värderas i förhållande till varandra.¹⁷

Som exempel på allmänt omfattande skyddsobjekt anger FSK liv, frihet, ära, hälsa, rätt till egendom och rörelsefrihet. Utgångspunkten vid straffvärdesbedömningar måste vara det värde man vill skydda. Härvid bör liv ges ett högre värde än frihet, frihet ett högre värde än egendom och hälsa ett högre värde än ära. Skyddsobjektets art är en essentiell parameter vid straffvärdesbedömningar. FSK nöjer sig dock inte med detta konstaterande, de finner det uppenbart att kränkingsgraden avseende skyddsobjektet också måste införlivas i bedömningen. Gärningar som kränker den personliga integriteten och typiskt sett innefattar svår kroppsskada, exempelvis grov misshandel, måste bedömas som allvarligare än sådana som medför ringa eller ingen kroppsskada, till exempel ofredande. Vidare så är stöld, det vill säga ett helt tillgodogörande av annans egendom, allvarligare än tidsbegränsat tillgodogörande, till exempel olovligt brukande.¹⁸

Avseende kränkningen har också gärningens avstånd till skyddsobjektet relevans. FSK anför att straffvärdet avtar ju längre bort från en direkt kränkning av skyddsobjektet man kommer. Exempel på direkta kränkningar är mord, misshandel och stöld. Gärningar som innebär fara för sådan kränkning, risk för sådan kränkning eller under vissa omständigheter kan bidra till sådan kränkning utgör den fallande skala FSK beskriver. Angående relationen mellan skyddsobjektets kvalitet och avståndet till gärningen kan sägas att de väger upp varandra. En direkt kränkning kräver inte så mycket kvalitet hos skyddsobjektet för att anses straffvärd. De gärningar som däremot bara under vissa omständigheter kan bidra till kränkning kräver ett skyddsobjekt av hög kvalitet för att anses straffvärda. FSK uppmanar i de sistnämnda fallen, gärningar som innefattar risk för kränkning alternativt under vissa omständigheter kan bidra till kränkning, till särskild försiktighet. Avslutningsvis är alltså ett brotts straffvärde beroende av graden av skuld. Sådana

¹⁶Jfr SOU 1986:14 s. 144-147 och Jareborg SvJT 1992, s. 260-261.

¹⁷SOU 1986:14 s. 147.

¹⁸Ibid., s. 147-148.

omständigheter som inte täcks av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet är irrelevanta för straffvärdesbedömningen. Vilken form av uppsåt samt hur grov oaktsamhet som förelegat är av stor betydelse för bedömningen. *Täckningsprincipen* ska beaktas även vid straffvärdesbedömningen.¹⁹

Jareborg kokar ner dessa motivuttalanden till en formel som lyder, skadlighet/farlighet + skuld = straffvärdet, han påpekar dock att FSK tycks göra vissa reservationer. Ett brotts svårhet eller klandervärdhet är inte, såsom FSK påstår, identiskt med brottets straffvärde enligt Jareborg:

”Straffvärdet utgör i princip en funktion av gärningens skadlighet/farlighet och gärningsmannens skuld sådan den kommit till uttryck i gärningen. Men beträffande vissa brott med internationell anknytning bör även *straffnivån i andra länder* beaktas.”²⁰

Straffvärdesreformen ådrog sig under remissbehandlingen en del kritik för att i alltför hög utsträckning bortse från allmänpreventiva aspekter. Departementschefen svarade på kritiken genom att tydligt ta avstånd från domar i syfte att statuera exempel. Att brottsligheten blivit mer utbredd eller mer elakartad är omständigheter lagstiftaren bör väga in vid konstruktionen av straffskalan. Dock kan det enligt departementschefen i vissa fall finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl.²¹ Detta uttalande talar, precis som Jareborg påpekar, för att även det konkreta straffvärdet i viss mån kan påverkas av allmänpreventiva hänsyn. FSK:s avsteg från grundformeln, skadlighet/farlighet + skuld, kan enligt Jareborg inte förklaras på något annat vis än att FSK härigenom försöker legitimera de anmärkningsvärt höga straffvärden narkotikabrott åtnjuter i Sverige.²²

2.3.1 Brottss interna omständigheter

Den skada (mer om begreppet ”skada” i avsnitt 4.2) som uppkommit till följd av ett brott avser endast skadan i det konkreta fallet. Att ålägga en enskild gärningsman ansvar för aggregerade skadeverkningar av själva brottstypen strider mot grundläggande straffrättsliga principer. Snatteri har exempelvis inte högre straffvärde än stöld av normalgraden trots att snatterier förekommer oftare än stölder och därmed kan anses utgöra ett större samhällsproblem. Samma sak gäller givetvis den genom brottet uppkomna faran för skada.²³

Som tidigare nämnts regleras straffvärdesbedömningen i 29 kap. 1-3 §§ BrB. De försvårande respektive förmildrande omständigheter som anges i 29 kap. 2-3 §§ BrB kan sägas utgöra brottsexterna omständigheter, dessa blir relevanta först på ett ganska sent stadium av straffvärdesbedömningen. Innan de brottsexterna omständigheterna beaktas ska sådana brottsinterna omständigheter som kan vara endera försvårande eller förmildrande beaktas.

¹⁹ SOU 1986:14 s. 148 och prop. 1987/88:120 s. 81.

²⁰ Jareborg, SvJT 1992, s. 261.

²¹ Prop. 1987/88:120 s. 37.

²² Jareborg, SvJT 1992, s. 261.

²³ Jareborg och Zila, 2010, s. 110-111 och Jareborg, SvJT 1992, s. 261-262.

I brottsbeskrivningar är det vanligt förekommande med ord eller uttryck som hänför sig till skadlighet/farlighet eller skuld, exempelvis misshandel reglerat i 3 kap. 5 § BrB, förutsätter i allmänhet kroppsskada, sjukdom eller smärta. Många brottsbeskrivningar avser vidare både uppsåtliga och oaktsamma gärningar. De omständigheter som beskrivs i de enskilda brottsbeskrivningarna och avgör hur brottet ska rubriceras samt dess svårhetsgrad, är de brottsinterna omständigheterna. Skada är i regel en brottsintern omständighet. De flesta brotts straffvärden är avhängiga av brottsinterna faktorer.²⁴ Det nyss nämnda misshandelsbrottet är ett exempel på detta. En misshandels straffvärde beror i stor utsträckning på vilka (fysiska) skador offret åsamkats (samt lyckats bevisa är en följd av misshandeln).

2.3.2 Brottsexterna omständigheter

En enhetligare rättstillämpning var ett av straffvärdesreformens viktigaste syften. Det ansågs viktigt att det är ungefär samma omständigheter som beaktas och att dessa omständigheter ges samma värde vid straffvärdesbedömningen. Härvid upprättades i 29 kap. 2 och 3 §§ BrB förteckningar över särskilt beaktansvärda försvårande respektive förmildrande omständigheter. Exakt vilka dessa omständigheter är framgår av lagtexten.

Uppräkningen som görs i de båda förteckningarna utgör emellertid bara exempel på beaktansvärda omständigheter, det är absolut inga uttömmande listor. De uppräknade omständigheterna gäller i huvudsak faktorer hänförliga till skuld. Departementschefen påtalade vid straffvärdesreformen särskilt att de försvårande omständigheterna bör tillämpas med försiktighet.²⁵ Denna ståndpunkt har dock ändrats sedan en lagändring i syfte att skärpa straffen kom år 2010. I dessa senare förarbeten uttalar departementschefen att spännvidden vid straffvärdebedömningen av brott i allmänhet bör ökas genom att utrymmet att beakta försvårande respektive förmildrande omständigheter ökas. Detta innebär att straffpraxis ska skärpas.²⁶ Jareborg och Zila påtalar, angående förteckningen av förmildrande omständigheter, att det råder stor frihet att beakta andra sådana än de i förteckningen upptagna. Utrymmet att beakta goda avsikter och hedervärda motiv är stort.²⁷

²⁴ Jareborg och Zila, 2010, s. 111.

²⁵ Prop. 1987/88:120 s. 84.

²⁶ Prop. 2009/10:147 s. 28 jfr. Jareborg och Zila, 2010, s. 114.

²⁷ Jareborg och Zila, 2010, s. 118, författarna hänvisar vidare till bl.a. NJA 1995 s. 661 och NJA 2004 s. 786.

3 Straffvärde och straffvärdesbedömning vid narkotikabrott

3.1 Narkotikastrafflagen

Under 1960-talet ansågs narkotikamissbruk ha utvecklats till ett allvarligt socialt problem i Sverige (se avsnitt 1.1 och där anförda hänvisningar). Lagstiftarens reaktion blev införandet av narkotikastrafflagen (1968:64) (NSL). Det är, precis som Zila påtalar, ingen överdrift att påstå att ”nästan varje direkt eller indirekt befattning med narkotika som inte har lagstöd faller under någon straffbestämmelse.”²⁸ Härvid påpekar Träskman att uttrycket ”narkotika” används godtyckligt så till vida att all narkotika som produceras och distribueras av läkemedelsindustrin förbises.²⁹ Jareborg sträcker sig så långt att han kallar regleringen av narkotikabrott för hyckleri eftersom ”praktiskt taget allt drogmissbruk är lagligt.”³⁰

Hur narkotikabegreppet ska förstås i NSL:s mening står att finna i 8-9 §§ NSL. Där 9 § NSL definierar vad som utgör narkotikaprekursorer, vilket är ämnen som finns uppräknade i två EG-förordningar. Ämnena som är uppräknade i dessa förordningar är sådana som kan användas vid framställning av narkotika. I 8 § NSL stadgas vad som utgör narkotika:

Med narkotika förstås i denna lag läkemedel eller hälsofarliga varor med beroendeframkallande egenskaper eller euforiserande effekter eller varor som med lätthet kan omvandlas till varor med sådana egenskaper eller effekter och som

1. på sådan grund är föremål för kontroll enligt en internationell överenskommelse som Sverige har biträtt, eller
2. av regeringen har förklarats vara att anse som narkotika enligt lag.

Med punkt två, att ämnet ska vara att anse som narkotika enligt lag avses förordning (1992:1554) om kontroll av narkotika. Avgörande för om en person tagit befattning med narkotika är alltså om ämnet denne befattat sig med finns med i förteckningen (bilaga 1) i nyss nämnda förordning.

3.1.1 Brottskatalogen

Narkotikabrotten finns beskrivna i 1-3b §§ NSL. Dessa är narkotikabrott 1 §, ringa narkotikabrott 2 §, grovt narkotikabrott 3 §, vårdslöshet med narkotika 3a § och olovlig befattning med narkotikaprekursorer 3b §. Därutöver regleras brottet Narkotikasmuggling i 6 § smugglingslagen (SSL). Angående förhållandet mellan NSL och SSL kan sägas att hänvisningen till SSL i 1

²⁸ Zila, 2009, s. 60.

²⁹ Träskman, 1995, s. 139-140.

³⁰ Jareborg, 1995, s. 34.

§ 2 st. NSL är tänkt att markera att det innehav av narkotika som konstituerar den olagliga införseln inte ska föranleda ansvar enligt NSL utan enbart enligt smugglingsbestämmelsen. Departementschefen betonar dock att det är en annan sak om och i vilken mån det efterföljande innehavet ska föranleda straffansvar för olovlig befattning med narkotika enligt NSL. Härom bör enligt samme departementschef svar sökas i allmänna straffrättsliga principer.³¹

Det centrala brottet i NSL är narkotikabrott enligt 1 § NSL. Paragrafen stadgar att skyldig till narkotikabrott gör sig den person som:

1. överlåter narkotika,
2. framställer narkotika som är avsedd för missbruk,
3. förvärvar narkotika i överlåtelssyfte,
4. anskaffar, bearbetar, förpackar, transporterar, förvarar eller tar annan sådan befattning med narkotika som inte är avsedd för eget bruk,
5. bjuder ut narkotika till försäljning, förvarar eller befordrar vederlag för narkotika, förmedlar kontakter mellan säljare och köpare eller företar någon annan sådan åtgärd, om förfarandet är ägnat att främja narkotikahandel, eller
6. innehar, brukar eller tar annan befattning med narkotika

Gärningen måste vara uppsåtlig och befattningen måste ske olovligen. Vad som krävs för att befattning med narkotika ska vara lagenlig framgår, likt vad som utgör narkotika, av lag (1992:860) om kontroll av narkotika.

Punkterna två till fem kan sägas vara subsidiära till punkt ett. Angående första punkten, överlåtelse, kan sägas att begreppet ska förstås enligt dess vedertagna civilrättsliga innebörd, dvs. överlåtelse är detsamma som köp, byte, gåva eller annat sätt att överföra äganderätten. Varje överlåtelse bör betraktas som ett brott för sig. En överlåtelse av narkotika anses fullbordad när narkotikan överlämnats till förvärvaren. I de fall då vederlag erläggs (vilket torde gälla vid det stora flertalet narkotikaöverlåtelser) är emellertid den brottsliga handlingen inte avslutad förrän vederlaget erlagts. Detta är intressant främst för eventuellt medverkansansvar. Medverkan är straffbar tills den brottsliga handlingen har avslutats.³²

De befattningar som beskrivs under punkt två till fem kan anses subsidiära till punkt ett. Punkt fem beskriver handlingar som materiellt sett ofta utgör medverkan till annans narkotikabrott. Om en gärning som faller under punkt fem samtidigt utgör medverkan till en gärning som faller under någon av punkterna ett till fyra ska i första hand ansvar för medverkan ådömas.³³

3.1.2 Några rader om uppsåt vid narkotikabrott

Narkotikabrott enligt 1§ NSL tarvar uppsåt. Uppsåtet ska täcka samtliga moment i brottsbeskrivningen. Gärningsmannen ska ha befattat sig med narkotika enligt någon av punkterna ett till sex. Dessutom måste det vara

³¹ Prop. 1999/00:124, s. 112.

³² Zila, 2009, s. 62-67, se också NJA 1971 s. 396.

³³ Zila, 2009, s. 67.

narkotika och inte något annat ämne denne befattat sig med. Däremot krävs inte att gärningsmannen vet att det är narkotika denne befattat sig med. Det krävs alltså inte vetskap om att ämnet ifråga är narkotikaklassat, en gärningsman som vet vilket ämne denne befattat sig med handlar med uppsåt.³⁴

En av de viktigaste faktorerna vid straffvärdesbedömningen av narkotikabrott är mängden narkotika. Detta var ännu mer påtagligt tidigare (se nästa avsnitt 3.2), då straffvärdesbedömningen i det närmaste enbart berodde av mängden narkotika och narkotikans farlighet. Mängden narkotika är i många fall avgörande för rubriceringen av narkotikabrottet. För att mängden narkotika ska ändra brottsrubriceringen, t.ex. från narkotikabrott av normalgraden till grovt narkotikabrott, krävs att gärningsmannens uppsåt också täcker mängden. Gärningsmannen måste veta hur mycket narkotika denne befattat sig med.³⁵

En person som utan uppsåt uppfyllt rekvisiten för narkotikabrott enligt 1 § 1 st. 1-5 p. NSL kan dömas för vårdslöshet med narkotika enligt 3a § NSL. Härvid krävs emellertid grov oaktsamhet. Innehav, konsumtion eller annan befattning med narkotika enligt 1 § 1 st. 6 p. är inte straffbart om uppsåt saknas.³⁶

3.2 Narkotikabrottets straffvärde

Straffvärdereformen hade som uttalat syfte att sätta proportionalitet och ekvivalens i fokus. Den var tänkt att innebära en ideologisk riktningförändring där preventionsteorierna fick stryka på foten för nyss nämnda värden.³⁷ I doktrinen påpekas att FSK samtidigt tycks mena att proportionaliteten och ekvivalensen kan frångås vid vissa brott. Utöver att allmänpreventiva hänsyn ändå inte helt får anses ha spelat ut sin rätt menar FSK att *straffnivån i andra länder* kan vara relevant vid brott med internationell anknytning. Till dessa brott hör grovt narkotikabrott. Vid just grovt narkotikabrott beror inte straffvärdet enbart av brottets svårhet (skada+skuld) utan vid denna brottsyp ska dessutom hänsyn tas till straffnivån i andra länder. Den bakomliggande tanken är enligt Asp och von Hirsch antagligen att Sverige inte ska bli någon form av fristad för narkomaner. Det synes dock vara endast straffskalorna i de andra länder som har strängare straff än Sverige som är intressanta för denna jämförelse. De som döms för grovt narkotikabrott blir dömda till hårdare straff än de egentligen förtjänar. Inte på grund av vad de gjort eller tänkt göra, utan på grund av hur straffskalorna ser ut i andra länder. Detta kan enligt författarna inte betecknas som något annat än orättvist. FSK har motiverat att hänsyn ska tas till straffskalor i andra länder (företrädesvis Norge) med att det råder huvudsaklig värdegemenskap mellan de nordiska länderna. Att problem av etisk natur skulle kunna läkas av huvudsaklig värdegemenskap ställer sig Asp och von Hirsch skeptiska till.³⁸

³⁴ Ibid., s. 65.

³⁵ Ibid., s. 66.

³⁶ Ibid., s. 66.

³⁷ Jfr prop. 1987/88:120 s. 36-38.

³⁸ Asp & von Hirsch, 1999, s. 153.

Asp och von Hirsch diskuterar i sin artikel huruvida det undantag som avser grovt narkotikabrott kan anses utgöra gällande rätt? Deras svar är att lagtexten, dvs. 29 kap. BrB, knappast lämnar utrymme att ta hänsyn till straffskalan i andra länder. Det faktum att (1) det finns klar praxis på området till stöd för förfarandet och (2) FSK uttalar sitt stöd i motiven till straffvärdereformen medför emellertid enligt författarna att förfarandet får anses överensstämma med gällande rätt. När det gäller praxis vid straffvärdebedömning vid grova narkotikabrott skriver von Hirsch och Jareborg att ”svenska domstolar sedan länge utdömt straff vilka svårligen kan motiveras enbart med brottens svårhet.”³⁹ Detta uttalande tar Zila fasta på och ifrågasätter om det verkligen är riktigt att likt Jareborg och von Hirsch utgå ifrån att det finns ett ”korrekt” straffvärde vid narkotikabrott (som är lägre än det som fastställs enligt praxis). Enligt Zila är domstolens fastställande av ett brotts konkreta straffvärde inget annat än en konstitutiv akt vilken måste ta sin utgångspunkt i det aktuella brottets straffskala, intresset av en enhetlig rättstillämpning och 29 kap. 1-3 §§ BrB. Något ”verkligt” straffvärde utöver det av domstolen fastställda existerar inte således.⁴⁰

3.2.1 Straffvärdesbedömning i narkotikamål

Vad som konstituerar ett brotts straffvärde anges i 29 kap. 1-3 §§ BrB. Dessa paragrafer är utgångspunkten också vid narkotikabrott. Det känns således naturligt att anta att domstolen vid straffvärdesbedömning av narkotikabrott går tillväga på precis samma sätt som vid straffvärdesbedömning av övriga brottstyper. Som antytts ovan är så inte fallet. Enligt Ulväng skiljer sig straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott så mycket från bedömningen vid övriga brottstyper att det utgör en anomali vilken det är svårt att säga något vettigt om.⁴¹

Ulväng uttrycker detta i en artikel som är en kommentar av boken ”Studier rörande påföljdspraxis med mera” från början skriven av Georg Sterzel (hädanefter benämnd ”Påföljdspraxis m.m.”). Sedan tredje upplagan, vilken kommentaren avser, är Martin Borgeke huvudansvarig för uppdateringar, 2009 utkom fjärde upplagan. Boken redogör för hur ett antal företrädare för olika domstolar som handlägger många narkotikamål ser på straffvärdesbedömning vid narkotikabrott. Den så kallade Drogpraxisgruppens syfte är att försöka åstadkomma enhetlighet i straffvärdesbedömningen avseende narkotikabrott. År 2004 utarbetade gruppen ett antal riktlinjer för hur straffvärdet i narkotikamål ska fastställas. Utifrån dessa riktlinjer tog HovR över Skåne och Blekinge fram tabeller och diagram som beskriver hur straffvärdet kan bestämmas utifrån en enhetlig skala. Tabellerna ska också åskådliggöra förhållandet mellan olika typer av narkotika i farlighetshänseende. Enligt riktlinjerna ska HD:s praxis vara utgångspunkt. Tabellernas utformning ska vara sådan att straffvärdet efter mängd bedöms efter en enhetlig kurva oavsett vilket preparat det rör sig om. Tabellerna ska så långt det är möjligt ta

³⁹ Ibid., s. 158.

⁴⁰ Zila, 1999, s. 179.

⁴¹ Ulväng, 2006, s. 838.

hänsyn till tidigare tabeller. Borgeke påpekar att tabellerna är tänkta att utgöra en utgångspunkt för domstolarnas straffvärdesbedömning vid rena mängdresonemang. Dessutom påpekas att tabellerna främst är applicerbara i kurirfall.

Ulväng menar emellertid, att tabellerna, trots Borgekes reservationer, kommit att utgöra ett slags "facit" för domstolarna. Praxis har härigenom blivit tvådimensionell avseende nästan alla narkotikabrott. Detta är något också HD har uppmärksammat. I exempelvis NJA 2004 s. 235 och NJA 2008 s. 653 betonas vikten av att iaktta försiktighet vid fastställandet och tillämpningen av generella straffvärdesschabloner baserade på narkotikans art och mängd. Straffvärdesbedömningen har i stor utsträckning blivit mekanisk och låsts vid att beakta två parametrar, art och mängd.⁴²

3.2.1.1 Art

Narkotikans art är relevant eftersom olika preparat är olika farliga. Drogpraxisgruppens, ovan nämnda, riktlinjer och tabeller bygger inte på gruppens egna bedömning av preparatens farlighet utan grundar sig helt och hållet på rättspraxis.⁴³ HD har i ett antal fall uttalat sig om den relativa farligheten rörande olika narkotiska preparat. Det följande är bara några exempel. I NJA 1983 s. 754 I och II stadgas att kokain är något farligare än amfetamin. Att LSD och Ecstasy är farligare än amfetamin men inte lika farligt som heroin eller kokain framgår av NJA 1992 s. 235. Metadon är inte heller lika farligt som heroin men däremot något farligare än morfin enligt NJA 1996 s. 478 medan NJA 2002 s. 365 slår fast att GHB är lika farligt som Ecstasy men inte lika farligt som heroin.

En mycket intressant fråga är självfallet hur olika narkotiska preparats farlighet bestäms? Som nämnts är tabellerna i "Påföljdspraxis m.m." avseende narkotikans farlighet uteslutande baserade på rättspraxis. Sjöstrand angriper ämnet med utgångspunkt i distinktionen mellan bevisfrågor och rättsfrågor.⁴⁴ Av 35 kap. 2 § 1 st. rättegångsbalken (RB) följer att för omständighet som är allmänt veterlig, icke kräves bevis. Sådana omständigheter brukar benämnas notoriska och behöver inte bevisas.⁴⁵ Att narkotika är farligt likasom att i det närmaste all befattning med narkotika är kriminaliserat och kan föranleda långa straff kan tänkas vara allmänt känt enligt Sjöstrand. Hur farligt ett visst narkotiskt preparat är i förhållande till ett annat och exakt vilket straffvärde en viss mängd av ett visst preparat åtnjuter torde däremot inte vara allmänt veterligt. Vilket straffvärde en viss mängd av en viss art av narkotika åtnjuter är emellertid sådant domaren har fått kännedom om under sin tjänsteutövning, detta brukar kallas domstolsnotorietet. I Sjöstrands artikel beskrivs en rundgång av information gällande olika narkotiska preparats farlighet. Då en farlighetsbedömning blir en del av ett publicerat rättsfall synes det aktuella preparatets farlighet upphöra att vara en bevisfråga och istället bli notorisk fakta. Detta torde innebära att det är ganska utsiktslöst

⁴² Ulväng, 2006, s. 838-839.

⁴³ Borgeke & Sterzel, 2009, s. 616.

⁴⁴ Sjöstrand, 2011, s. 418.

⁴⁵ Jfr Lindell, 2007, s. 5.

för åklagare eller försvarare att argumentera angående farlighetsbedömningen av den i målet ifrågavarande narkotikan. Åtminstone om den ifrågavarande narkotikan är av etablerad art.⁴⁶

Sjöstrand har dock funnit ett hovrättsfall där man vid farlighetsbedömningen avseende Ecstasy frångått tidigare praxis (tabellerna i "Påföljdspraxis m.m."). Detta tyder enligt henne på att det trots allt kan finnas ett värde i att föra bevisning angående ett narkotiskt preparats farlighet. Åtminstone i sådana fall som gäller "nya" preparat och då ny forskning avseende etablerade preparat skulle kunna bidra till en mer nyanserad farlighetsbedömning. I brottmål har åklagaren bevisbördan. Är narkotikans farlighet att betrakta som notorisk fakta krävs emellertid ingen bevisning. Kriterierna för och betydelsen av ett preparats farlighet är rättsfrågor. Lyfts inte frågan om preparatets farlighet av någon part har domstolen att utgå ifrån notoriska fakta. Huruvida ny information om preparatet bör innebära en ändrad farlighetsbedömning och därigenom också ändrad rättstillämpning är däremot en bevisfråga.⁴⁷

Sjöstrand frågar sig vidare vilken kvalitet framlagd bevisning avseende narkotikapreparats farlighet ska hålla och hur den värderas? Hennes artikel är delvis baserad på ett antal domar avseende det relativt nyligen narkotikaklassade preparatet mefedron. I några av dessa domar tycks brukarrapporter från diverse internetforum och en artikel i läkartidningen utgöra underlaget för farlighetsbedömningen. Med tanke på vilka konsekvenser denna bedömning får för den tilltalade bör man enligt Sjöstrand inledningsvis vara ytterst försiktig. Preparatets farlighet bör inte erhålla notorietet förrän robust forskning i ämnet är på plats.⁴⁸

3.2.1.2 Mängd

Som nämnts flertalet gånger är det vanligt att man vid straffvärdesbedömningar utgår ifrån mängden hanterad narkotika. Borgeke anför i "Påföljdspraxis m.m." att om det inte föreligger några särskilda förhållanden kring brottet är det naturligt att låta mängd, liksom art, få avgörande betydelse.⁴⁹ HD uttalar i NJA 2008 s. 653 att detta särskilt gäller vid mindre mängder narkotika. I dessa fall är en schabloniserad straffvärdesbedömning mer naturlig. Rättsfallet gäller huruvida innehav av 0,73 gram kokain är att anse som narkotikabrott av normalgraden eller ringa narkotikabrott. Det synes som om distinktionen mellan ringa brott och brott normalgraden kan göras enligt tabellerna ("Påföljdspraxis m.m.") medan andra omständigheter ska beaktas i högre utsträckning då gärningen gränsar mot grovt brott.

En parameter som tangerar mängden narkotika är koncentrationen av ifrågavarande narkotika. Kokain och amfetamin förekommer exempelvis i diverse olika kvaliteter. Av "Påföljdspraxis m.m." framgår emellertid att fast praxis talar för att någon hänsyn till enskilda narkotikapreparats koncentra-

⁴⁶ Sjöstrand, 2011, s. 420-421.

⁴⁷ Ibid., s. 421-427.

⁴⁸ Ibid., s. 427.

⁴⁹ Borgeke & Sterzel, 2009, s. 638.

tion inte bör tas. Motiven för detta är att koncentrationen i allmänhet är oföretsebar och slumpmässig för missbrukaren. I de fall koncentrationen varit exceptionellt hög alternativt låg kan emellertid hänsyn tas. Då mängden verksamt substans framgår av förpackningen, vanligen avseende tabletter, tas större hänsyn till koncentrationen. Tabellerna i "Påföljdspraxis m.m." är t.ex. när det gäller Rohypnol framtagna för tabletter à 1 mg. Skulle någon tagit olovlig befattning med tabletter à 0,5 mg bör domstolen således vid straffvärdesbedömningen halvera mängden tabletter.⁵⁰

NJA 2003 s. 339 gäller just Rohypnol. Enligt HD framgår det av utredningen i detta rättsfall att en normal missbruksdos Rohypnol är ca. 5 tabletter à 1 mg. Härvid undrar vän av ordning vad en normal "missbruksdos" är? Ämnet behandlas i vad åklagarmyndigheten kallar för Rätts-PM, det allra senaste heter Rätts-PM 2011:10 och upprättades den 15 december 2011. Av detta PM framgår att:

"En rusframkallande dos ("missbruksdos") räknas såsom den dos som hos en naiv (icke tillvand) person framkallar ett märkbart rus i form av en tydlig förändring i sinnestillståndet."⁵¹

Det är vanligt förekommande i praxis att gränsdragningen mellan de olika rubriceringarna sker utifrån antalet missbruksdoser. En missbruksdos är och fungerar som en jämförelsenhet.⁵² I nyss nämnda NJA 2003 s. 339 anför HD t.ex. att riktlinjerna för var gränsen mot grovt brott ska gå bör ta sin utgångspunkt i antalet missbruksdoser.

3.3 Junidomen

Den s.k. junidomen, NJA 2011 s. 357, gällde primärt två personer som stod åtalade för bl.a. grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling. Dessa två tilltalade, M.K. och L.B., fälldes i HovR för att ha förvärvat, smugglat och innehaft två kg mefedron i överlåtelsesyfte. Mefedronet hade införskaffats i Tyskland och förts olagligt till Sverige. De tilltalade fälldes också i HovR för försök och stämpling till grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling avseende 0,5 respektive 9,5 kg mefedron. Enligt HovR åtnjöt det grova narkotikabrottet och den grova narkotikasmugglingen var för sig, utifrån ett rent mängdresonemang ett straffvärde på tio års fängelse. Med tillämpning av 26 kap. 2§ BrB bestämdes påföljden för M.K. och L.B. till 14 års fängelse vardera.

Angående HD:s domskäl ska inledningsvis mefedrons generella farlighet beröras. Härom konstateras att den i målet förebragta utredningen inte utgör skäl att frånga TR:s farlighetsbedömning vilken i straffvärdeshänseende likställer mefedron med amfetamin. HovR hade istället likställt mefedrons farlighet med ecstasy. HD påpekar att den gradering som lagts till grund för svenska rättspraxis (heroin är farligast osv.) inte helt stämmer överens med

⁵⁰ Ibid., s. 617-618, jfr NJA 1998 s. 512 och RH 2008:14.

⁵¹ Åklagarmyndighetens Rätts-PM 2011:10 s. 23.

⁵² Jfr NJA 2011 s. 357.

graderingar som gjorts i andra sammanhang (t.ex. inte med en artikel som publicerats i den brittiska medicinska tidskriften *The Lancet* under 2011). HD:s slutsats är följande:

”Undersökningen ger [...] stöd för en rättstillämpning som innebär att försiktighet iakttas med att utifrån farlighetsbedömningar lägga generella schabloner avseende art och mängd till grund för straffvärdesbedömningen i enskilda fall.”⁵³

Under rubriken ”Rubricering och straffvärdesbedömning i detta mål” konstaterar HD sedan lakoniskt att enbart mängden mefedron i sig, två kg, ger vid handen att innehavet syftat till handel. Därmed är de båda tilltalades innehav att bedöma som grova brott. Att brottsligheten får antas ha haft samband med deras eget missbruk avhjälper inte detta faktum. Försöks- och stämplingsbrotten talar enligt HD för att de tilltalade inte har stått främmande för en fortsatt utvidgad handel med narkotika. Dessa brott åtnjuter emellertid inte i sig ett högt straffvärde med tanke på avståndet till fullbordat brott. De tilltalades brottslighet är alltså sammantaget att betrakta som grov och åtnjuter ett högt straffvärde. Men i straffvärdeshänseende ligger brottsligheten förhållandevis långt ifrån delaktighet i den organiserade och ofta internationella narkotikahandel för vilken de övre delarna av straffskalan är avsedd. Brottsligheten har inte utgjort ett led i en vidare verksamhet utan omfattningen har varit sådan att den sköts i sin helhet av L.B. och M.K.

Asp anför att kontexten på ett sätt som får anses helt naturligt som en konsekvens av HD:s dom kommer att få en mer påtaglig betydelse i framtiden.⁵⁴ Detta kontextperspektiv är något som förespråkats sedan länge men av någon anledning har det inte anlagts utan straffvärdebedömningen har mekaniserats och kommit att handla om art och mängd. Då minimistraffet för grovt narkotikabrott höjdes i början av 1980-talet angav Departementschefen att de hårdare straffen var avsedda för de narkotikabrottslingar som kalkylerar med ett tänkbart straff närmast som en företagsmässig riskfaktor. Exempelvis internationella brottsyndikat inom narkotikahandeln. Denna grupp brottslingar är inte missbrukare själva utan utnyttjar hänsynslöst andras okunnighet eller beroende för egen vinning i en verksamhet som ofta sker yrkesmässigt.⁵⁵

Justitierådet (JustR) Martin Borgeke, anför i sitt tillägg till HD:s domskäl att sådan brottslighet som inte alls stämmer in på Departementschefens uttalande inte bör nå den övre hälften av den tillämpliga straffskalan. Narkotikabrott som inte kan kopplas till internationella narkotikasyndikat eller sker yrkesmässigt bör i princip aldrig åtnjuta ett högre straffvärde än fem års fängelse. Enligt Asp kan det lite tillspetsat sägas att befattning med en viss mängd narkotika av en viss art är värt hela eller halva ”tabellvärdet” beroende på kontexten. Något som borde innebära att andra omständigheter än art och mängd ägnas större intresse från både domstolar och parter. Härvid

⁵³ NJA 2011 s. 357 på s. 376.

⁵⁴ Asp, 2011, s. 666.

⁵⁵ Prop. 1980/81:76 s. 207.

påpekar han också att Borgekes yttrande inte bör tolkas som att det finns två olika ”spår” vad gäller straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott. Dessa spår skulle vara (1) de fall då kriterierna för grov narkotikabrottslighet enligt Departementschefens uttalande är uppfyllda och (2) de fall då de inte är det. Det krävs en ”brygga” mellan dessa två typfall.⁵⁶

Borgeke efterlyser i sitt tillägg (han uttrycker att det ”krävs”) en radikal omläggning av domstolspraxis avseende narkotikabrott. Särskilt när det gäller de allvarigare narkotikabrotten måste omständigheter vid sidan av art och mängd ges en dominerande betydelse vid påföljdsbestämningen. De tabeller bl.a. han själv utformat har getts en alltför betydande roll och ibland varit den enda utgångspunkten vid domstolarnas straffvärdesbedömning. Tabellbundenheten har medfört att straffvärdesbedömningen blivit schablonartad och onyanserad.

3.3.1 Efterlevnad

I detta avsnitt kommer lite praxis som följt i kölvattnet av NJA 2011 s. 357, dvs. domar som fallit under hösten 2011 eller tidigt under 2012, att presenteras. Presentationen av rättsfall har ingen som helst ambition att vara fullödlig utan utgör bara ett axplock. Efter (de mycket kortfattade) rättsfallsreferaten redogörs också för några generella slutsatser.

3.3.1.1 Praxis

Mål B 4570-11 som avgjordes i Svea HovR gällde ett flertal narkotikabrott som av TR (innan NJA 2011 s. 357) bedömts som grova. Den tilltalade dömdes till fem år och sex månaders fängelse. TR jämställde, med hänvisning till tidigare praxis den ifrågavarande narkotikan MDPV med ecstasy. HovR fann emellertid ingen anledning att skilja MDPV från mefedron varvid det är att likställa med amfetamin enligt NJA 2011 s. 357. HovR konstaterade att junidomen också i övrigt var att anse som vägledande för straffvärdesbedömningen. Mot bakgrund av HD:s bedömning och med beaktande av att den tilltalades befattning med narkotikan inte innefattat några försvårande omständigheter ansåg HovR att samtliga brott var att betrakta som av normalgraden. HovR dömde den tilltalade till ett års fängelse.

I **mål B 3718-11** som avgjordes i HovR för västra Sverige åtalades en person för överlåtelse av 2850 gram amfetamin och två andra personer för förvärv som syftade till vidare överlåtelse av ifrågavarande amfetamin. HovR hänvisar i påföljdsfrågan till junidomen och konstaterar att tabellerna i ”Påföljdspraxis m.m.” fyller en begränsad funktion när det gäller grova brott som befinner sig på den övre delen av straffskalan. Mängden narkotika talade enligt HovR i första hand för att hanteringen utgjort ett led i en verksamhet som bedrivits i större omfattning. En omständighet som enligt omläggningen av praxis stadgad i NJA 2011 s. 357 ska tillmätas större betydelse. HovR fann överlåtarens straffvärde vara något högre än förvärvarnas. Överlåtaren dömdes till sex års fängelse vilket även den förvärvare som fällades

⁵⁶ Asp, 2011, s. 667.

för grovt narkotikabrott erhöll sedan dennes samlade brottslighet (grovt narkotikabrott plus narkotikabrott av normalgraden) bedömts.

HD har efter junidomen meddelat ett antal prövningstillstånd för straffvärdesbedömningar i narkotikamål. **NJA 2011 s. 675 I och II** gällde brottsrubricering och straffvärdesbedömning i mål om narkotikabrott och narkotikasmuggling avseende syntetiska katinoner. Båda dessa fall gäller den syntetiska katinonen MDPV vilken i farlighets- och mängdhänseende är jämförbar med amfetamin. I det första fallet (I) konstaterar HD emellertid att ”amfetamintabellen” i ”Påföljdspraxis m.m.” vilken utgår från mängd leder till alltför höga straffvärden. I enlighet med junidomen bör större vikt läggas vid andra omständigheter än art och mängd, att sänka straffvärdena för narkotikabrott avseende amfetamin eller därmed jämförbara preparat följer som en naturlig konsekvens av praxisomläggningen. Detta möjliggör också en mer differentierad bedömning utan att brottet för den skull är att bedöma som grovt. Den tilltalade i det första målet har beställt och till sig och sin pojkvän fått levererat MDPV. Det synes ursprungligen röra sig om samköp och är snarast en tillfällighet att det är den tilltalade som stått för beställningarna. Gärningarna har inte utförts i vinstsyfte utan det har rört sig om utpräglad missbruksbrottslighet. Straffvärdet för att beställa 100 gram MDPV fastställdes till sex månaders fängelse. Den tilltalade som erhållit åtta leveranser avseende sammanlagt 350 gram dömdes för den samlade brottsligheten till ett års fängelse.

I **NJA 2011 s. 675 II** hade den tilltalade tagit befattning med sammanlagt 400 gram MDPV och metylon vid ett antal tillfällen. Den tilltalade har åtminstone delvis haft för avsikt att överlåta den narkotika som beställdes och det rör sig om relativt omfattande mängder. Å andra sidan har brottsligheten en tydlig koppling till den tilltalades eget missbruk och förvärven har till övervägande delen skett för att tillgodose det egna behovet. Något vinstintresse kan inte skönjas och den tilltalade har ingen anknytning till någon organiserad brottslighet. Vid ett tillfälle hade den tilltalade smugglat in 247 gram MDPV. Denna gärning ansågs av HD vara den allvarligaste. Den var emellertid inte så allvarlig att den var att bedöma som ett grovt brott utan bedömdes som narkotikasmuggling av normalgraden och ansågs åtnjuta ett straffvärde på ett år och tre månader. Den samlade brottsligheten åtnjöt enligt HD ett straffvärde på ett år och sex månader.

NJA 2011 s. 799 gäller organiserad narkotikahandel via internet. De aktuella preparaten är mefedron och MDPV. HD uttalar under rubriken ”Rubricering och straffvärde –allmänt” att vid sådan organiserad narkotikahandel som i målet är aktuell ska särskilt beaktas faktorer som hur välorganiserad och omfattande verksamheten varit, hur narkotikan har marknadsförts och distribuerats samt hur länge verksamheten pågått. Särskild tyngd bör läggas vis sådana moment som ger uttryck för hänsynslöshet. Ett sådant moment är om narkotikan gjorts tillgänglig för ungdomar. I förevarande fall rör det sig om en i företagsliknande former bedriven narkotikahandel med vinningssyfte. Narkotikan köptes från utlandet och såldes via internet under tre månader fram till att husrannsakan genomfördes hos en av de tilltalade.

Verksamheten gav höga vinster och eftersom försäljningen skedde medelst internet spreds narkotikan till en stor och okänd krets vari många ungdomar antas ingå. HD betecknar brottsligheten som mycket allvarlig men inte så allvarlig att den är att beteckna som organiserad narkotikahandel av det grövsta slaget.

Sammanlagt åtalades sju personer i målet. Straffvärdet för var och en av de inblandade ska grundas på omständigheterna i det enskilda fallet. Härvid är främst den ställning den tilltalade haft i organisationen samt omfattningen och varaktigheten av delaktigheten. Vidare är den tilltalades insikt i organisationens storlek och inriktning samt dennes syfte med delaktigheten intressanta faktorer vid fastställandet av straffvärde. Även fördelningen av brottslighetens ekonomiska utbyte ska tillmätas betydelse. Huvudmannen, A.M., dömdes för grovt narkotikabrott. HD skriver att A.M. enbart i avsikt att tjäna pengar organiserat en verksamhet som varit ägnad att leda till en omfattande spridning av narkotika. A.M. har vidare, i syfte att minska riskerna för sig själv, engagerat andra i narkotikahandeln. Övriga tilltalade har i högre utsträckning genomfört inköp, förvarat och distribuerat narkotikan. Vinsterna har emellertid A.M. i högst utsträckning tagit del av. Dessa omständigheter sammantagna gjorde att straffvärdet landade på sju års fängelse. Övriga sex åtalades straffvärden landade i spannet fyra till ett års fängelse beroende på vilken insikt och roll de haft i organisationen. Av dessa dömdes fyra för grovt brott och två för brott av normalgraden.

Avslutningsvis ska en ytterligare en HD-dom avhandlas. I **Mål B 3851-11** var den tilltalade, R.G., åtalad för grovt narkotikabrott bestående i befattning med 350 gram, motsvarande 3500 missbruksdoser, MDMA. Befattningen har skett i överlåtelsesyfte och inom ramen för organiserad narkotikahandel. R.G. ansågs spela en avgörande roll för att narkotikahandeln skulle fungera och då handeln skedde via internet ansågs brottsligheten ägnad att leda till stor spridning. Vidare deltog R.G. i syfte att tjäna pengar och denne skulle åtnjuta hälften av den vinst handeln genererade. Även om det inte rör sig om den grövsta formen av organiserad narkotikahandel ansåg HD att omständigheterna kring brottsligheten tillsammans med arten och mängden medförde att R.G. gjort sig skyldig till grovt narkotikabrott. Straffvärdet bestämdes till tre år.

3.3.1.2 Generella slutsatser

HD är mycket tydliga med att straffvärdesbedömningen av narkotikabrottslighet i fortsättningen inte enbart ska ske utifrån art och mängd hanterad narkotika. De tidigare flitigt använda tabellerna baserade på just art och mängd kan endast ge begränsad vägledning vid bedömning av straffvärdet. Detta gäller särskilt inom ramen för straffskalan för det grova brottet. Det tycks emellertid inte vara så att HD genom praxisomläggningen ämnar generellt sänka straffvärdet för narkotikabrott. En samlad bedömning av alla relevanta faktorer kan leda till straffvärdet blir såväl högre som lägre.

Riksåklagare (RÅ) Anders Perklev skriver i en artikel om straffvärdesbedömning i narkotikamål efter junidomen att art och mängd narkotika kan

anses representera den skada eller fara för skada som gärningen medför. Tidigare praxis har i hög grad fokuserat enbart på gärningens farlighet. Något förenklat skulle HD:s omläggning av praxis kunna sägas ha förskjutit fokus från gärningens farlighet eller skadlighet till graden av skuld hos gärningsmannen enligt RÅ.⁵⁷

Denna förskjutning innebär att straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott blir mer lik straffvärdesbedömningen vid övrig brottslighet. Samtidigt kompliceras bedömningen eftersom fler olika omständigheter ska vägas emot varandra. De övriga omständigheter utöver art och mängd som ska tillmätas betydelse vid straffvärdesbedömningen hänför RÅ i stor utsträckning till graden av hänsynslöshet manifesterad genom gärningen. Han sammanställer på ett förtjänstfullt sätt i sin artikel en lista med försvårande respektive för mildrande omständigheter. Följande omständigheter är att betrakta som försvårande:

- Att det varit fråga om organiserad narkotikahandel.
- Att narkotikahandeln varit omfattande och välorganiserad.
- Att gärningsmannen haft en framträdande roll i organisationen.
- Att gärningsmannen haft insikt i organisationens storlek och inriktning.
- Att gärningsmannen bestämt vinstfördelningen och själv tagit största vinsten.
- Att narkotikan har gjorts tillgänglig, t.ex. via internet, för okända eller unga personer.
- Att narkotikan har distribuerats till en stor krets av okända eller unga personer, t.ex. via internet.
- Att gärningsmannen haft vinning av sin brottslighet, oavsett om denna varit organiserad eller inte.⁵⁸

Medan följande omständigheter är att betrakta som för mildrande:

- Att befattningen till övervägande del skett för att tillgodose eget behov av narkotika.
- Att vinstintresse inte funnits.
- Att gärningsmannen endast haft en perifer roll i en organiserad verksamhet.⁵⁹

Det bör poängteras att Perklevs lista är baserad på fyra domar från HD varav den senaste är från den 23 mars 2012. Underlaget är alltså inte det största och det kan tänkas tillkomma omständigheter att beakta utifrån kommande HD-domar.

Avslutningsvis ska något sägas om mängdens fortsatta relevans vid straffvärdesbedömning av narkotikabrott. En stor mängd narkotika utgör en indikation på att brottet ingår som ett led i en brottslighet som är organiserad eller av större omfattning. Det är detta, inte mängden i sig, som gör att brottet i sådant fall är att bedöma som grovt. Om det framgår av utredningen i övrigt att det inte är fråga om en organiserad verksamhet och det saknas vinstsyfte, kan även brott som avser en betydande mängd narkotika hänföras till normalgraden.⁶⁰

⁵⁷ Perklev, 2012, s. 135-136.

⁵⁸ Ibid., s. 136.

⁵⁹ Ibid., s. 136.

⁶⁰ Jfr ibid., s. 138.

4 Att avgöra ett brotts svårhet

”Trivial offences causing little harm must not be punished as severely as offences causing great harm; causing harm intentionally must be punished more severely than causing the same harm unintentionally.”⁶¹

-H.L.A Hart

4.1 Ett brotts svårhet

I fängelsestraffkommitténs huvudbetänkande, vilket alltså är straffvärdesreformens ursprung (se avsnitt 3.1) anförs följande:

”Ett brotts straffvärde bör grundas på graden av förkastlighet hos brottet. Härvid blir det fråga om att göra en bedömning främst av brottets skadlighet och farlighet i vid bemärkelse mot bakgrunden av det värde eller det intresse som straffstadgandet avser att skydda.”⁶²

Om (konkret) straffvärde respektive ett brotts svårhet anför samma kommitté:

”Med ett brotts *konkreta straffvärde* [...] avser vi ett mått på *svårheten* [min kursivering] av en viss begången brottslig gärning.”⁶³

Kommittén och sedermera lagstiftaren tycks sätta ett likhetstecken mellan begreppen ”straffvärde” och ”svårhet”. Ett sådant likhetstecken vill, som tidigare nämnts (avsnitt 3.3), Jareborg inte sätta mellan de båda begreppen. Enligt honom utgör ett brotts svårhet inget annat än en funktion av gärningens skadlighet och gärningsmannens skuld sådan den kommit till uttryck i gärningen. Detta medan förarbetsuttalanden tyder på att ett brotts straffvärde (eventuellt) kan påverkas av allmänpreventiva hänsyn. Jareborgs tolkning av straffvärdereformen är att utgångspunkten är (eller åtminstone tycks vara) att straffvärdet ska återspegla brottets grad av klandervärdhet.⁶⁴ Härvid införs ytterligare en term att förhålla sig till, ”klandervärdhet”. Såvitt jag kan förstå avser emellertid vare sig Jareborg, eller någon annan heller för den delen, att skilja på ett brotts klandervärdhet och ett brotts svårhet. I den fortsatta framställningen används termen svårhet.

Vad som, utifrån det material jag har utgått ifrån, kan sägas om ett brotts svårhet är att det tycks vara främst tre parametrar som är av intresse. För det första (1) vilket intresse brottet riktar sig mot, för det andra (2) vilken skada brottet åsamkar detta intresse och för det tredje och sista (3) vilken grad av skuld som kan åläggas gärningsmannen.

⁶¹ Hart, Punishment 1968, s. 162.

⁶² SOU 1986:14 s. 147.

⁶³ Ibid., s. 131.

⁶⁴ Jareborg SvJT 1992, s. 259-261, jfr. prop. 1987/88:120 s. 37.

Vilket eller vilka intressen som drabbas av ett brott är framförallt intressant vid avgörandet huruvida en gärning ska kriminaliseras överhuvudtaget. Vidare är drabbade intressen intressanta vid utformningen av straffskalor, med andra ord när det abstrakta straffvärdet ska avgöras. Faktorer avseende gärningsmannens skuld (såsom de kommit till uttryck i den brottsliga gärningen) påverkar däremot den konkreta straffvärdesbedömningen. Ett antal skuldfaktorer finns, som tidigare nämnts (avsnitt 3.3.2), katalogiserade i 29 kap. 2-3 §§ BrB. Hur man bör gå tillväga vid uppsåts- respektive culpabedömningar är en invecklad fråga som inte faller inom ramen för den här framställningen (uppsåt vid narkotikabrott har emellertid diskuterats kortfattat ovan under 4.1.2). Detta avsnitt kommer istället primärt att behandla teorier som syftar till att mäta eller bedöma vilken ”skada” ett brott åsamkar. Det är framförallt den genom den brottsliga gärningen åsamkade skadan som utöver skuldfrågan är intressant när man ska avgöra det konkreta straffvärdet.

4.2 Intresse

Liv, frihet, ära, hälsa, rätt till egendom och rörelsefrihet är exempel på skyddsobjekt som nämns i straffvärdesreformen och som strafflagstiftningen är tänkt att värna. Strafflagstiftningens skyddsobjekt är snarare skyddsintressen, såsom objekt är de föga påtagliga och snarare att betrakta som abstrakta enheter. Skyddsobjekt eller skyddsintressen ska skiljas från angrepps- eller gärningsobjekt, vilka utgörs av mer konkreta objekt utpekade i den enskilda brottsbeskrivningen.⁶⁵ Angreppsobjektet är vad som angrips på *brottsbeskrivningsnivå* medan skyddsobjektet är vad som angrips på *intressenivå*. Dessa båda objekt är inte identiska och behöver inte heller stå i nära samband med varandra.⁶⁶

Läror om skyddsintressen menas ha begränsat värde för den svenska straffrätten och normativa möjligheter brukar i allmänhet inte diskuteras utifrån skyddsintressen. När Lernestedt behandlar riktlinjerna för kriminalisering gör han ett försök att konstruera vad han kallar en ”deskriptiv intressedimension”.⁶⁷ En dimension som struktureras efter de olika intressena och deras innehavare. FSK framhöll som nämnts avståndet mellan gärning och skyddsobjekt som en viktig parameter vid straffvärdesbedömning. En kränkning av ett högkvalitativt skyddsobjekt kan trots betydande avstånd till gärningen (gärningen kan endast under vissa omständigheter bidra till kränkning av skyddsobjektet) åtnjuta ett högt straffvärde.⁶⁸ Denna diskussion kring avståndet mellan gärning och skyddsobjekt och Lernestedts intressedimension tycks ha en hel del gemensamma beröringspunkter (mer om detta i avsnitt 5.2.2 som beskriver Lernestedts intressehierarki).

⁶⁵ Asp m.fl., 2010, s. 56.

⁶⁶ Lernestedt, 2003, s. 130-131.

⁶⁷ Ibid., s. 128, citat från s. 179.

⁶⁸ SOU 1986:14 s. 148.

4.2.1 Överindividuella respektive enskilda intressen

All kriminalisering bör ytterst kunna härledas från ett behov av skydd för individen. Individen ska i något avseende beröras negativt av en kränkning av ett intresse. Att ”inneha” ett intresse kan sägas innebära att påverkas negativt av att ett intresse påverkas negativt. Vidare kan innehav av ett intresse tänkas innebära att man (1) har möjlighet att avstå från det rättsliga skydd som erbjuds intresset alternativt (2) har möjlighet att använda skyddet i rättslig mening.⁶⁹

Vem som innehar ett intresse kan vara svårt att avgöra. Enligt det allra vidaste innehavarbegreppet är alla brott i slutändan riktade mot både den enskilde individen och samhället vars yttersta upprätthållare av ordningen brukar betecknas staten. Detta hänger samman med det begreppsliga förhållandet mellan individ, samhälle och stat. Samhället består av en grupp individer och staten är samhällets och därigenom också individernas verkställande organ. Till statens uppgifter på verkställighetsområdet hör bland annat straffrätten.⁷⁰

Innehavarbegreppet kan emellertid göras snävare. Som nämnts ovan (avsnitt 5.2) bör man skilja mellan *angreppsobjekt* och *skyddsobjekt* respektive *brottbeskrivningsnivå* och *intressenivå*. Intresseinnehavaren kan definieras som den grupp av individer, sammanslutningar eller institutioner som den på brottbeskrivningsnivå direkt drabbade tillhör. ”Brottsoffret”, den som drabbats i det enskilda fallet, tänks representera gruppen. De brott där ett sådant brottsoffer inte går att identifiera är att betrakta som brott mot allmänheten eller staten.⁷¹

I de fall då intresseinnehavaren i snäv bemärkelse inte är enskild, dvs. då intresset är att betrakta som ”överindividuell” kan man fundera över hur intresseinnehavet ska fördelas mellan individerna i samhället. Lernestedt frågar sig om en individ i egenskap av bosatt i Sverige är att betrakta som innehavare av en ideell niomiljontedel av intresset av att högförräderi eller förgargelseväckande beteende inte förekommer? Detta är en högst berättigad fråga om man betänker att straffrättsligt skydd alltid bör kunna härledas ur ett behov för den enskilde individen. Med detta betraktelsesätt är det självklart att den värdeminskning som en viss gärning orsakar ett överindividuell intresse bör mätas genom den värdeminskning som orsakas envar individs andel av detta gemensamma intresse.⁷² Intresset av att förgargelseväckande beteende inte förekommer eller intresset av att bruk av narkotika inte förekommer i samhället är något varje svensk medborgare äger en niomiljontedel av. Hur värdeminskningen som orsakas envar individ eller annorlunda uttryckt, hur mycket skada envar individ lider, kan mätas återkommer

⁶⁹ Lernestedt, 2003, s. 159.

⁷⁰ Ibid., s. 159-160.

⁷¹ Ibid., s. 160.

⁷² Ibid., s. 161.

jag till nedan (skada behandlas i avsnitt 4.3 och skademätning vid skada på gemensamma eller överindividuella intressen i analysen i avsnitt 5.3).

De överindividuella intressena kan också delas in i grupper. Feinberg skiljer på två olika typer av ”public interests”. Sådana där (1) alla och envar har ett eget personligt intresse i det överindividuella intresset. Detta intresse är emellertid allmänt eftersom alla skulle kunna ha en del i det gemensamma överindividuella intresset. Det är inte nödvändigt att alla har en del i intresset men vem som helst skulle i en viss situation kunna ha detta intresse. Ett angrepp på ett sådant intresse brukar i svensk rätt betecknas som brott mot allmänheten. Feinbergs exempel på ett angrepp mot denna typ av gemensamt intresse är att någon håller gift i en stads vattenreservoar (jfr spridande av gift eller smitta enl. 13 kap. 7 § BrB). I den andra (2) typen av gemensamma intressen är intresset är odelbart. Detta är intressen som samhällets medborgare samsas om och närmast äger en ideell andel i. Intressen som att det allmänna har god ekonomi, god miljö, god tillgång på mat och en fungerande elförsörjning. Som synes torde dessa ha olika vikt. Det finns enligt Feinberg intressen som tillhör båda typerna av de nyss beskrivna gemensamma intressena. Intensitetsgraden av angreppet på intresset är också intressant som indelningsgrund. De intressen som endast i mycket liten grad påverkar individen bör snarare tillskrivas staten än allmänheten.⁷³

Intresseinnehavet kan också vara enskilt. Några exempel på hur enskilda innehavarbegrepp har skapats är målsägandeställning, verkan av samtycke och åtalsrättens utformning. Det bör påpekas att även om man medelst någon av dessa konstruktioner kan identifiera en enskild individ som drabbad i snäv bemärkelse så kan också allmänhet eller stat vara drabbad av brottet. Att enskild drabbas utesluter alltså inte att också överindividuella intressen kränks. För denna framställning, vars huvudsakliga syfte är att försöka utreda hur man bör avgöra ett narkotikabrotts svårhet och därmed i förlängningen bestämma dess straffvärde, är det verkan av samtycke som är intressant. Åtminstone själva bruket av narkotika är ju något som, mer eller mindre i alla fall, kan antas ske frivilligt.

Vilken verkan samtycke från ”brottsoffret” får kan sägas utgöra en indikation i frågan om ett straffbud enbart skyddar enskilda eller både enskilda och överindividuella intressen. Möjligheten till ansvarsbefriande samtycke fungerar främst som en negativ indikator då det gäller klara överindividuella intressen. Större blir problemen vid straffbud som tycks skydda enbart individintressen. Det faktum att straffbudet bara skyddar ett individintresse innebär inte per automatik att individen har förfoganderätt över intresset. En första invändning man kan ha mot att brottsoffrets samtycke skulle göra en annars brottslig gärning lagenlig är att individens intresse även ska skyddas mot individens egen vilja. Vidare kan man tänka sig att det enskilda intresset i själva verket inte är enskilt eller att det bara utgör ett så kallat genomgångsled. Med detta avses straffbud där det intresse som avses skyddas i själva verket bara utgör ett genomgångsled eller förstadium till det intresse

⁷³ Lernestedt, 2003, s. 161-162, jfr Feinberg, 1984, s. 222-225.

högre upp i hierarkin som slutligen skyddas. Så är fallet vid vissa av brotten mot allmänheten. Straffbudet skyddar ett individintresse men träder in på en punkt som ligger tidigare än en kränkning av ett identifierat individuellt intresse. Se exempelvis straffbudet för sabotage i 13 kap. 4 § BrB. Individintresset har ”allmäniserats” och döpts om. För sabotage kan den som exempelvis skadar eller förstör egendom som har avsevärd betydelse för rikets försvar, folkförsörjning, förvaltning eller upprätthållande av allmän ordning. Avslutningsvis kan det, vilket också nämnts tidigare, tänkas att två intresseinnehavare, både individ och samhälle eller stat anses angripna av brottet. Härvid spelar inte eventuellt samtycke från individens sida någon roll ty denne innehar inte hela förfoganderätten över intresset.⁷⁴

4.2.2 Straffrättslig intressehierarki

FSK anger att liv bör ges ett högre värde än frihet, frihet ett högre värde än egendom och hälsa ett högre värde än ära vid straffvärdesbedömningar.⁷⁵ Detta är alltså värden som åtnjuter straffrättsligt skydd. De intressen som anges i den svenska straffrättens digra och vitt skilda utbud av straffbud kan vara mer eller mindre lätta att relatera till. Medan ”den sexuella självbestämmanderätten” är relativt gripbar, även om den inte rent fysiskt går att mäta, så är det svårare att sätta fingret på vad som menas med ”den personliga integriteten” respektive ”äran”. När lagstiftaren talar om intresset av att skydda ”den allmänna tilltron till handlingars äkthet” kan nog ingen på ett tillfredsställande definiera exakt vad detta intresse består i.⁷⁶

När Lernestedt diskuterar kriminalisering ur ett intresseperspektiv kommer han fram till två saker. Dels att det finns två krav som måste uppfyllas för att kriminalisering ska vara godtagbart och dels att det finns en hierarki bland befintliga straffrättsliga skyddsintressen. De två kraven som måste uppfyllas är (1) det måste anges vilket intresse straffbudet är avsett att skydda och (2) det måste motiveras varför detta intresse är skyddsvärt.⁷⁷ Varför är det till exempel motiverat att kriminalisera narkotikabruk trots att brukaren är medveten om de hälsorisker han eller hon utsätter sig för och samtycker till dem? Detta kan diskuteras i det oändliga men just här ställdes frågan endast för att belysa vikten av att alltid fråga sig varför?

Då frågan ”varför?” ställs synliggörs inte bara att skyddet för vissa intressen i betydligt högre grad måste motiveras än andra, utan det blir också tydligt att de olika intressena är hierarkiskt ordnade. De straffrättsligt skyddade intressena är ordnade i en pyramidformad hierarki där ”liv” är placerat högst upp. Ju högre upp i hierarkin ett intresse befinner sig desto mindre är behovet av motivering. Enligt Lernestedt är ”[a]ngivandet av intressen (och den emellanåt nödvändiga frågan varför?) [...] ett slags språkligt spel.” Kravet att ett straffbuds skyddsintresse ska framgå tydligt liksom framhävandet av

⁷⁴ Jfr Lernestedt, 2003, s. 163-164 och 171.

⁷⁵ SOU 1986:14 s. 148.

⁷⁶ Lernestedt, 2003, s. 167.

⁷⁷ Ibid., s. 167-168.

hierarkin mellan de olika skyddsintressena är tänkt att blotta vad lagtexten ofta (medvetet eller omedvetet från lagstiftarens sida?) döljer.

4.3 Skada

En av straffvärdets två huvudingredienser är skada (den andra är skuld), men vad innebär egentligen ”skada”? Den normalspråkliga betydelsen kan sägas vara att något blir sämre.⁷⁸ Detta är långt ifrån en tillräckligt precis definition.

Utifrån den straffrättsliga eller kanske snarare rättsfilosofiska doktrinen kan följande tre gemensamma villkor sägas ha identifierats när det gäller en definition av vad som avses med ”skada”: (1) Skadan måste ha drabbat ett intresse (se ovan avsnitt 5.2), det vill säga något skyddsvärt, (2) något annat måste uppfattas som påverkande detta intresse och (3) denna påverkan måste värderas som negativ.⁷⁹

4.3.1 Offerskada och gemenskapsskada

Redan då intressen behandlades frågade vi oss vem straffrätten ska skydda, samhälle eller individ? Med den allra bredaste innehavardefinitionen blev svaret både samhälle och individ, alla och envar. Definitionen kan också snävas in och enbart anses omfatta den grupp som menas vara primärt angripen av brottstypen, enskild, allmänhet eller stat. Men var någonstans ska då ”skada” egentligen uppkomma för att vara straffrättsligt relevant?

Härvid kan två olika positioner identifieras. Antingen förespråkas att offerskadan är den skada som ska mätas för att avgöra ett brotts svårhet eller också förespråkas att gemenskapsskadan är den relevanta skadan för en sådan bedömning. Utgångspunkten och målet för dessa olika synsätt är emellertid detsamma. Straffrätten bör i första hand fungera preventivt (vilket går tvärtemot den svenska utgångspunkten beskriven i avsnitt 2). De två synsättens utgångspunkt och mål är att skador inte ska inträffa överhuvudtaget. Enligt den första positionen med fokus på offerskadan är det den skada som orsakas ”offret” i det konkreta fallet, dvs. enskild, allmänhet eller stat som är straffrättsligt relevant. Ur kriminaliseringssynpunkt är detta synsätt synnerligen praktiskt, det innebär att den skada ett straffbud införs för att förhindra är identiskt med den skada som uppkommer om straffbudet överträds. Position två, vilken tar avstamp i gemenskapsskadan, kan sägas utgöras av två olika inriktningar vilka har det gemensamt att de tar avstånd från ”brottsoffret” och istället betonar en form av ”typisk skada”. Denna typiska skada drabbar antingen (1) de materiella intressen normordningen tänks skydda eller också (2) normordningen som sådan. Skadebedömningen fokuseras alltså på gruppen (samhället) eller normen.⁸⁰

⁷⁸Jfr t.ex. Malmström m.fl., 1998, s. 515.

⁷⁹Lernestedt, 2003, s. 189.

⁸⁰Jfr ibid., s. 190-193.

Enligt den första linjen uppstår skada hos den grupp, i allmänhet samhället, för vilken brottsoffret är en representant. Skadan brukar beskrivas som, antingen verklig eller av gruppmedlemmarna upplevd, osäkerhet huruvida viktiga intressen säkras på ett tillfredsställande sätt. Andra ord som kan användas för att beskriva denna typ av skada är instabilitet, oro, brist på säkerhet i förfogande över partikulärintressena, brist på tilltro eller kort och gott rädsla. Åsikterna går isär bland de olika teoretiker om denna typ av gemenskapsskador är den *enda* typen av skador som är straffrättsligt relevanta eller om *både* den här typen gemenskaps- eller samhällsskador och de mer ”klassiska” brottsofferskadorna har relevans. Kleinig är exempelvis av åsikten att både vad han kallar ”social harm” och mer direkta skador på det i straffbudet utpekade intresset utgör ”criminal harm”, dvs har straffrättslig relevans. Samhället är beroende av en viss nivå av tilltro mellan samhällets medlemmar:

”Individuals are in important respects *social* beings. For one thing they are materially dependent on the the existence and perseverance of certain social relations. Unlike most other animals, human beings are for a fairly long period dependent on other for the supply of their welfare interests.”⁸¹

Bristande tilltro leder till att samhällsresurser som hade kunnat användas till nyttigare saker istället måste användas till brottsbekämpning samt till att en känsla av otrygghet genomsyrar samhället. Denna kombination, slöseriet med samhällets resurser och känslan av otrygghet är vad som enligt Kleinig konstituerar den sociala dimensionen av den straffrättsligt relevanta skadan.⁸²

Den andra (teoretiska) konstruktionen av en gemenskapsskada förhåller sig istället neutral gentemot alla typer av intressen. Det är så att säga normordningen som utgör intresset. Då ett straffbud träder i kraft blir det en del av normordningen. Det är sedan normordningen som skyddar intressena genom att proklamera och försvara sin egen okränkbarhet. Härvid är det alltså normordningen i sig och inte de intressen den skyddar som inte får kränkas. Det omedelbara angrepp som orsakas av en brottslig gärning drabbar normordningen. Det intresse normordningen skyddar drabbas enbart medelbart. ”Brottsoffret” drabbas alltså enbart indirekt medan normordningen, i vilken vi alla och envar tänks vara intresseinnehavare, utgör det direkt drabbade intresset. Gemenskapsskada enligt denna modell, där normordningens okränkbarhet är det primära intresset, förutsätter för att skada överhuvudtaget ska kunna uppkomma att den företagna gärningen är kriminaliserad. Härvid torde, precis som Lernestedt påpekar, enbart sådana straffbud där utsikterna att upptäcka och lagföra överträdelser vara rimliga att införa.⁸³

⁸¹ Kleinig, 1978, s. 35.

⁸² Lernestedt, 2003, s. 193-194, jfr Kleinig, 1978, s. 34-36.

⁸³ Lernestedt, 2003, s. 195-196.

4.3.2 Mill och Feinberg

John Stuart Mill, liberalismens kanske största förgrundsfigur proklamerar att:

”[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.”⁸⁴

Denna princip, ”the harm principle”, har utgjort utgångspunkt för majoriteten av det straffrättsfilosofiska tänkande som ägnats en straffrättslig definition av skada. Detta tänkande har primärt presenterats i anglosaxisk doktrin i vilken man talar om ”harm”, ett begrepp som tycks innefatta både skyddsintressen och skada.⁸⁵

Mills princip är svår att invända emot. Vem kan hävda att man inte bör avstå från att skada andra? Jareborg konstaterar att den regel som säger just att man bör avstå från att skada andra är den enda regel som är ”så grundläggande och konstitutiv för själva idén om moral att den måste ingå i en definition av moral”⁸⁶. ”Harm to others”-principen innefattar två led, det första (1) ”harm” avser det som inte får orsakas medan det andra leDET ”others” avser vem som inte får drabbas. Mills utgångspunkt är att individen regerar sig själv. ReGERandet får dock inte ske helt oinskränkt och enväldigt. De skyldigheter individen har gentemot samhället är enligt Mill dels att skydda samhället mot skadligt och ofredande beteende och dels att underlåta att skada andra individers intressen i den mån dessa kan anses utgöra rättigheter.⁸⁷

Låt oss inleda med att dissekera led två, ”to others”. Enligt Mill är det som enbart rör individen själv, tankar likväl som handlande, dennes ensak. Härvid har individerna också rätt att samverka och hjälpa varandra på olika sätt. Detta tycks emellertid inte gälla alltid, Mill anger exempelvis att spelhusägare och bordellägare eventuellt kan hållas ansvariga för sitt ”främjande” av hasardspel och prostitution. Han tycks alltså mena att övriga individers rätt att samverka med dessa kan inskränkas. Detta eftersom vi har att göra med ett beteende som är klandervärt i samhällets ögon men tillåtet eftersom vare sig spelaren, den prostituerade eller torsken skadar andra genom sitt beteende. Om hjälparen, här spelhusägaren och bordellägaren, agerar utifrån själviska (ekonomiska) grunder har samhället eventuellt rätt att ingripa mot denne.⁸⁸

Utöver denna inkonsekvens är det också ett problem att ”others” närmast tycks bestå av endast andra individer. Enskilda individer eller möjligtvis små grupper av individer. Något intresse likt ”allmänhet” eller ”stat” tycks

⁸⁴ Mill, 1989, s. 13.

⁸⁵ Jfr Lernestedt, 2003, s. 181-182.

⁸⁶ Jareborg, 1992, s. 195.

⁸⁷ Mill, 1989, s.13

⁸⁸ Lernestedt, 2003, s. 204-205 och Mill, 1989, s. 99-100.

inte existera. Lernestedt skriver att "harm to others"-principen sådan den utvecklats av Mill har som huvudambition att "freda individens område kring sig själv, *inte* att utforska vad 'andra' betyder mera än i bemärkelsen 'icke individen'".⁸⁹

Problemet med Mills "harm-principle" finns enligt Lernestedt i led ett, Mill ger i det närmaste ingen ledning i frågan vad som egentligen skadar eller rör andra. Vilka av de övriga samhällsmedlemmarnas intressen som utgör rättigheter och därmed inte får kränkas av individen specificeras inte närmare. Kort sagt är det svårt att utifrån Mills tankar säga någonting om vilken sorts påverkan på andra individer som egentligen rättfärdigar ingripande från samhällets sida.⁹⁰ "On liberty" är närmast att betrakta som ett samhällspolitisk debattinlägg. Det är därför förståeligt att han inte ägnade frågor som vilken typ av "skada" eller vilken storlek på denna "skada" som krävs för att något, först och främst ska kriminaliseras, och sedermera vara en viktig komponent när brottets svårhet ska avgöras.

En senare tänkare, Joel Feinberg, har ägnat större intresse åt frågan hur straffrättslig skada egentligen tar sig uttryck. Enligt Feinberg finns det tre olika perceptioner av vad "skada" egentligen är i cirkulation i samhället. Den första av dessa perceptioner är en missuppfattning som belyses med ett antal exempel varvid ett handlar om ett krossat fönster. Poängen med exemplet är att ett *krossat* fönster *inte* alltid innebär att fönstret är *skadat*. Ett krossat fönster innebär skada först om fönstret är en del av en annan individs intresse, t.ex. om det gäller vindrutan på någons bil. De två övriga perceptionerna är starkt sammanflätade. Dels att skada innebär "setback" på någon annans "interests" och dels att den drabbades "setbacks" beror på någon annans "wronging".⁹¹ Kontentan är att:

"only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense."⁹²

Detta citat kan åtminstone sägas likna en definition av straffrättslig skada.

Det är viktigt att hålla i minnet att all skada inte kan träffas av rättsligt tvång. Det finns en "tröskel" som måste passeras för att agerandet ska kriminaliseras. Var denna tröskel är placerad eller hur man ska gå till väga för att hitta den anges inte. På frågan var gränsen egentligen går, eller med Feinbergs terminologi, var tröskelvärdet är placerat? Blir svaret att skador som placerar sig strax över tröskelvärdet inte kräver rättslig reglering. Strax innan konstateras att "[i]t goes without saying, of course, that the proscribed actions must tend to cause genuine harm and not mere annoyance, inconvenience, hurt, or offense."⁹³ Det tycks alltså krävas en "genuin skada" för straffrättslig relevans. I det nyss citerade stycket nämns "offense" som

⁸⁹ Lernestedt, 2003, s. 205.

⁹⁰ Jfr Ibid., s. 203-204 och Mill, 1989, kapitel 4 (som behandlar gränserna för samhällets rätt att inskränka individens frihet).

⁹¹ Feinberg, 1984, s. 33-35.

⁹² Ibid., s. 36.

⁹³ Ibid., s. 188.

något som inte bör föranleda rättsligt tvång. Härvid kan det tyckas paradoxalt att samma författare tidigare skiljt ut just "offense" som en egen kriminaliseringsgrund helt fristående från "harm". Men... så är det.

Skillnaden mellan "harm" och "offense" är enligt Feinberg att "harm" förutsätter negativ påverkan på någon annan individs intresse, "setback to interest". "Offense" tarvar inte någon sådan påverkan utan kan sägas avse vad vi som samhällsmedlemmar ska behöva tåla i det offentliga rum vi delar med övriga samhällsmedlemmar.⁹⁴ Utöver "harms" som självfallet är "harmful" finns i kategorin "disliked but not harmful" underkategorierna "hurts", "offenses" och "others".⁹⁵ Gemensamt för dessa underkategorier är alltså att de trots att de inte orsakar "setback to interest" ändå orsakar någonting negativt.

För att avgöra svårheten av ett "offense" bör man enligt Feinberg göra dels en olägenhetsbedömning och dels en rimlighetsbedömning. Vid olägenhetsbedömningen ska man se till (1) med vilken intensitet och hur långvarigt det motbjudande eller anstötliga beteendet pågått samt huruvida anstöt kan sägas vara en väntad reaktion på beteendet. Vidare ska (2) med vilken grad av lätthet eller svårighet de som utsatts för beteendet kunnat undvika det tas med i bedömningen. Avslutningsvis ska (3) hänsyn till huruvida vittnena förutsett eller borde kunnat förutse att de skulle utsättas för det anstötliga beteendet tas. Dessa tre faktorer utgör tillsammans Feinbergs olägenhetsbedömning. Rimlighetsbedömningen består likaledes av tre faktorer:

- Hur värdefullt det är för den agerande, "gärningsmannen", att få ägna sig åt det ifrågavarande beteendet.
- Hur stora möjligheter "gärningsmannen" har att ägna sig åt detta beteende på en annan plats eller vid en annan tidpunkt då det inte skulle väcka anstöt alternativt mindre anstöt (vara stötande för färre) hos andra individer.
- Eventuell njutning eller skadeglädje hos "gärningsmannen" kan vägas in i rimlighetsbedömningen.⁹⁶

Feinbergs modell för att avgöra svårheten av ett "offense" lägger tyngdpunkten vid vilken känsla som framkallas av beteendet. Skälen för denna känsla tar han inte mycket hänsyn till. Som Lernestedt konstaterar tycks "straffvärdhet hos kategorin 'offense' i hög grad konstitueras utifrån mottagarens reaktion."⁹⁷ Härvid ställer sig von Hirsch kritisk. Feinbergs modell är sårbar eftersom den avvägning som görs mellan faktorerna blir så avgörande. Det fattas normativa skäl, utöver de drabbades reaktion, för att motivera att den agerandes agerande bör förbjudas.⁹⁸ Von Hirsch anger också exempel på sådana normativa skäl, vilka dessa är ämnar jag inte besvara läsaren

⁹⁴ Jfr Lernestedt, *Kriminalisering*, s. 212.

⁹⁵ Feinberg, 1984, s. 46.

⁹⁶ Feinberg, 1986, s. xii, jfr gärna med de mer utvecklade resonemangen i Feinberg, 1985, kap. 8.

⁹⁷ Lernestedt, 2003, s. 209.

⁹⁸ Jfr von Hirsch, 1986, s. 708-714.

med. Detta eftersom von Hirsch de facto, trots tillskapandet av dessa normativa kriterier, inte kan bortse från upplevelsesidan. Hur något upplevs av samhällets medlemmar är i sin tur alltid beroende av de i samhället rådande konventionerna. Det finns ingenting som per automatik säger att ett beteende som önskas motarbetat på allmän plats inte får motarbetas, t.ex. genom ett förbud. Lernestedt sammanfattar det hela väl, "[e]n bedömning av vad som är offensivt är inte, inte ens utanför den privata sfären, bara beroende av beteendet i sig: även bland beteenden som sker offentligt görs skillnader, bl.a. utifrån person, tid och plats."⁹⁹

Det måste medges att "offense"-konstruktionen har stora likheter med vad som brukar kallas moralism. Om ett visst beteende, företaget offentligt, (1) utgör ett "offense" och (2) beteendet utgör ett "offense" på grund av att det strider mot en rådande moralföreställning, vad kan ett straffbud som förbjuder beteendet sägas skydda förutom ifrågavarande moralföreställning?¹⁰⁰

4.3.3 Moralism

De i föregående avsnitt av framförallt Feinberg förfäktade och förfinade kriminaliseringskonstruktionerna "harm to others" respektive "offense" anses gement vara godtagbara. Så är inte fallet vid moralistisk eller paternalistisk lagstiftning. Huruvida sådana straffbud kan legitimeras är en omtvistad fråga. Som nyss nämnts kan det vara svårt att bortse från de moralistiska aspekterna av "offense"-konstruktionen. Låt oss därför börja med moralism, vad kännetecknar ett moralistiskt straffbud och hur inverkar moralen på brottets svårhet?

Juridik kan, precis som politiska program, sägas till väsentlig del utgöras av moral. Ofta framställs juridiken som en mycket teknisk disciplin. Men, hävdar Jareborg, "all juridik är också mer eller mindre öppet moralinriktad. Straffrätten är det område där bedömningar och besluts moraliska karaktär är allra tydligast"¹⁰¹ En straffrätt som är moraliskt neutral är en utopi. I svensk straffrätt är en samhällsmoralisk bedömning inbakad i det abstrakta straffvärdet (straffskalan).¹⁰² Det kan knappast förnekas att vissa idag, i svensk straffrätt, existerande straffbud bygger på enbart moraliska föreställningar. Till dessa hör exempelvis tvegitte, 7 kap. 1 § BrB och incest, 6 kap. 7 § BrB.

Vad som är omoraliskt beror helt och hållet på vad som av samhällspopulationen uppfattas som omoraliskt. Moralistisk lagstiftning kan sägas kännetecknad av frånvaro av både skada och den Feinbergska underkategorin "offense" (vilken som nämnts, skulle kunna ses som en Feinbergska omskrivning av moralism).¹⁰³

⁹⁹ Lernestedt, 2003, s. 211.

¹⁰⁰ Jfr *ibid.*, s. 251.

¹⁰¹ Jareborg, 1992, s. 62.

¹⁰² Jfr Jareborg, 1992, s. 59-60 och Lernestedt, 2003, s. 227.

¹⁰³ Lernestedt, 2003, s. 231.

Moralism har förespråkats på lite olika grunder. Det finns de som hävdar att moralen per se är värd straffrättsligt skydd. Denna åsikt kräver att ett fastställt och orubbligt värdesystem kan sägas existera. Som exempel på en förespråkare av denna lära, att moralen i sig själv tarvar straffrättsligt skydd kan nämnas Stephen. Han synes också ha en mycket bestämd uppfattning gällande vad moralen består i. Angående homosexualitet anför Stephen "there are acts of wickedness so gross and outrageous that they must be prevented at any cost to the offender"¹⁰⁴. Härvid torde alltså förespråkas att samhällets uppfattning av vad som är moraliskt riktigt respektive oriktigt i sig är skyddsvärt.¹⁰⁵ Hart går i clinch med just Stephen i "Law, liberty and morality". Hans kärnfulla budskap är att all kriminalisering kräver "harm to others". Den samhälleliga moralen får aldrig utgöra kriminaliseringsgrund på egen hand. Moralens är intressant först då brottets svårhet (vilket ju är denna framställnings huvudsakliga intresse) ska avgöras vilket i sin tur bestämmer hur straffvärt brottet är. Hart poängterar att det inte finns någon motsägelse i att kräva "skada" för kriminalisering samtidigt som man låter moraliska aspekter påverka straffvärdet. I "Punishment and responsibility" utvecklas dessa tankegångar. Att tro att det skulle finnas en allenarådande moral i England är enligt Hart mycket naivt ur sociologisk synpunkt. Det engelska samhället är, oavsett vad vi tycker om det, moralistiskt pluralistiskt. Då domaren bestämmer ett brotts straffvärde sker det utifrån den enskilde domarens, inte samhällets gemensamma, moral.¹⁰⁶

Många är också de som medelst diverse "ordlekar" försökt förespråka och försvara moralistisk lagstiftning. En av dessa är Patrick Devlin. Han tar avstamp i att straffrättens funktion är att skydda samhället och anför att "society means a community of ideas; without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist."¹⁰⁷ Moralens, eller värdegemenskapens, är en förutsättning för samhällets existens. Skyddas inte den rådande moralen kommer samhället att upplösas. Genom att skydda moralen försvarar samhället sin existens. Huruvida moralen, enligt någon form av måttstock (vilken nu det skulle vara?)¹⁰⁸ är bra eller dålig är irrelevant. Devlin är, som han uttrycker det, villig att tro att:

"[A] society based on free love and a community of children could be just as strong (though according to our ideas it could not be as good) as one based on the family. What is important is not the quality of the creed but the strength of the belief in it."¹⁰⁹

Implicit hävdar Devlin att det är upp till majoriteten i samhället att avgöra vad som är moraliskt riktigt. Finner majoriteten ett beteende vara omoraliskt är det upp till lagstiftaren att agera på denna konsensus. Han poängterar

¹⁰⁴ Stephen & Warner, 1993, s. 163.

¹⁰⁵ Lernestedt, 2003, s. 232.

¹⁰⁶ Jfr Hart, 1968 Law, s. 37-38 och Hart, 1968 Punishment s. 171.

¹⁰⁷ Devlin, 1968, s. 10.

¹⁰⁸ Devlin själv förfäktar kristendomen, *ibid.*, s. 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*, s. 114.

dock att beteendet måste ha negativ påverkan på samhället för att vara straffvärt, det räcker inte att majoriteten finner beteendet icke önskvärt.¹¹⁰

Om den rådande moralen inte skyddas kommer samhället alltså att upplösas enligt Devlin. Samhällets upplösning kvalificerar som skada men knappast som "harm to others". Det hela är ett cirkelresonemang, ett likhetstecken kan placeras mellan samhället och den rådande moralen, "skadan" drabbar således moralen (per se).¹¹¹

Det finns emellertid poänger med Devlins tankegångar, dessa knyter an till den tidigare gjorda distinktionen mellan, offerskada och gemenskapsskada (jämför avsnitt 5.3.1). Där Mill och Feinberg förespråkar att sådana beteenden som bara rör individen själv aldrig är straffvärda är Devlin av motsatt åsikt. Argumentationen bygger på en anteciperad samhällelig skada (gemenskapsskada) vilken består i att de för samhället gemensamma målen inte nås. Individer som trotsar den rådande moraluppfattningen, dvs. samhället, är obrukbara i den strävan samhället i övrigt har att uppnå gemensamma mål. Även om beteendet inte skadar samhället då endast någon eller ett fåtal individer ägnar sig åt det bör det vara straffvärt och möjligt att kriminalisera. Detta eftersom om ett större antal individer skulle ägna sig åt samma beteende skulle det skada samhället. Det finns en gräns för hur mycket (hur många individer som betar sig omoraliskt) av beteendet samhället klarar av, passeras gränsen orsakas samhället vad Devlin kallar "tangible harm". Han anför att "[i]f the proportion grows sufficiently large, society will succumb either to its own disease or to external pressure."¹¹²

Devlin är i sin syn deterministisk. Det är inte bara så att, i sig "oskadliga" beteenden, vilka först om de utförs av ett (för) stort antal av samhällets medlemmar medför samhällsskada, *kan* straffas, de *bör* straffas. Härvid förutsätter han att det omoraliska beteendet kommer att "sprida sig" om det tillåts. Det är därför även i sig oskadliga beteenden bör anses straffvärda. I detta antagande får han medhåll av Feinberg som anför att alla måste dra sitt strå till stacken vid alla större gemensamma företag.¹¹³ En individ som inte gör det är en "freeloader" och utnyttjar otillbörligt de övriga. Feinberg tar emellertid avstånd från moralistisk lagstiftning, enligt honom utgör, i princip bara sådant som orsakar "harm to others" och "offense" straffvärda beteenden.¹¹⁴ För dessa "freeloaders" känner han sig dock tvungen att lägga till en kategori till vad han kallar "legally recognizable evils". Eftersom ett samhälle där "freeloading" praktiseras i alltför stor utsträckning skulle vara skadligt anför Feinberg att:

"[T]here is no reason to exempt free-riders from the general duties of participants in the cooperative scheme, the harm principle will justify prohibitions of actions that can produce this third kind of evil."¹¹⁵

¹¹⁰ Jfr *ibid.*, s. 8.

¹¹¹ Jfr Lernestedt, 2003, s. 234.

¹¹² Devlin, 1968, s. 111.

¹¹³ Feinberg, 1988, s. 13.

¹¹⁴ Jfr Feinberg, 1985, kap.8.

¹¹⁵ Feinberg, 1988, s. 14.

4.3.4 Paternalism

I den svenska straffrättsdiskursen, inom doktrinen likväl som hos lagstiftaren är ”paternalism” ett negativt laddat begrepp. Dworkin har i en inflytelserik artikel beskrivit paternalism som:

”[T]he interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced.”¹¹⁶

Kleinig är emellertid av åsikten att paternalism varken måste inskränka individens handlingsfrihet eller vara tvingande.¹¹⁷ Feinberg påpekar härvid att man måste skilja på paternalism, såsom paternalistiskt beteende, och paternalistisk tvingande lagstiftning.¹¹⁸ Enligt Jareborg bör man i princip inte genom kriminalisering (1) söka hindra att någon tillfogar enbart sig själv skada (paternalism) eller (2) framtvunga förbättring för sig själv hos någon (extrem paternalism).¹¹⁹

Lernestedt hävdar att paternalistisk lagstiftning skyddar individen från något individen samtycker till att utsättas för. En definition som täcker dels att individen orsakar sig själv skada, ”självskada” och dels att någon annan individ orsakar ”offret” skada med ”offrets” samtycke, ”annanskada”. Feinberg gör också denna distinktion, ”självskada” är enligt hans terminologi ”direkt” medan ”annanskada” är ”indirekt”. Denna hållning, att även kriminalisering av ”annanskada” är ett uttryck för paternalistisk lagstiftning medför naturligtvis att väsentligt fler straffbud kan ”anklagas” för att ge uttryck för paternalism. Det finns ytterligare två parametrar som är viktiga vid klassificeringen av vad som utgör paternalistisk lagstiftning. För det första om det krävs att straffbudets *enda* syfte ska vara att förhindra skada på sig själv alternativt på ett samtyckande ”offer?” Den andra parametern, eller frågan man bör ställa sig, är om det bara är straffbudets uttryckliga syfte enligt lagstiftaren (dess skyddsintresse) som är relevant eller om även dess reella konsekvenser bör ges relevans? Fler straffbud torde vara paternalistiska om även sådana som *bland annat* har som intresse att skydda gärningsmannen själv förs till kategorin. Likväl som hänsyn till konsekvenser gör fler straffbud paternalistiska. Varje gång straffbudet hindrar mig själv från att göra som jag vill, dvs. ”skada” mig själv kan jag sägas ha blivit drabbad.¹²⁰

Den svenska lagstiftarens hållning är att paternalistisk lagstiftning är sådan som *enbart* skyddar gärningsmannen från sig själv.¹²¹ En relevant fråga att ställa sig med anledning av detta är hur man avgör om en gärning enbart drabbar gärningsmannen själv? Finns sådana gärningar? Härvid synes inget riktigt svar kunna ges, Feinbergs makabra självmordsexempel är ett tydligt ställningstagande emot att sådana gärningar existerar. Han menar att sam-

¹¹⁶ Dworkin, 1978, s. 20.

¹¹⁷ Kleinig, 1983, s. 5.

¹¹⁸ Feinberg, 1986, s. 7.

¹¹⁹ Asp m.fl., 2010, s. 57-58.

¹²⁰ Lernestedt, 2003, s. 213-215, jfr Feinberg, 1986, s. 8-23.

¹²¹ SOU 1988:7 s. 125.

hälleliga eller gemensamma intressen alltid lider någon typ av skada då individen skadar sig själv. Så också vid, vad som kan tyckas vara paradex-
emplet på självskada, självmord.

”If fifty thousand persons kill themselves every year [...], then millions of dol-
lars of tax money are not paid to the treasury, millions of dollars are paid out
on police teams, ambulances and hospitals. Even the sanitation workers who
sweep the debris and wash the blood off the roads are paid from public funds.
Self-caused deaths and injuries, in the aggregate, are a considerable public in-
convenience, at the very least.”¹²²

Ett relativt vanligt argument mot paternalistisk lagstiftning är annars att vare
sig självskada eller annanskada med samtycke orsakar någon ”skada”. Här-
vid måste antas att vad som avses med ”skada” är straffrättsligt relevant
skada (se avsnitt 5.3). Feinbergs definition av skada, ”setback to interests”,
måste sägas vara uppfyllt också vid självskada och annanskada med sam-
tycke i precis lika hög grad som det är vid ”harm to others”. Men, självska-
da kan näppeligen sägas drabba ”others” säger då de som argumenterar mot
paternalistisk lagstiftning (detta är alltså inte Feinbergs åsikt, se citat stycket
ovan). Vid annanskada med samtycke drabbas förvisso ”others” men här
medför samtycket att kravet på, vad Feinberg kallar, ”wronging” inte upp-
fylls. Individens rätt till självbestämmande i sådant som *bara* rör individen
själv bör principiellt sett alltid väga tyngre än det intresse ett specifikt
straffbud vill skydda.¹²³

Frånvaro av skada är alltså ett olämpligt argument att rikta mot paternalis-
tisk lagstiftning. Det tycks snarare vara ”frihet” och inte ”skada” som är
nyckelbegreppet vid en diskussion om tillåtligheten av paternalistisk lag-
stiftning. Precis som Lernestedt påpekar prioriterar de riktningar som beto-
nar kollektiva, samhällliga värden individens väl framför individens rätt till
självbestämmande. Här kan exempelvis anföras att individen inte bara ska
skyddas såsom den är idag utan också såsom den kan bli imorgon. Detta
medan mer hårdnackat liberala riktningar håller självbestämmandet väldigt
högt, i synnerhet i sådana spörsmål som bara rör individen själv (det tycks
emellertid vara oerhört svårt att sätta fingret på exakt vilka spörsmål dessa
egentligen är).¹²⁴

När Mill diskuterar ämnet tar han upp exemplet frivilligt slaveri. Samhället
bör förbjuda individen att sälja sig själv som slav eftersom den enda god-
tagbara anledningen för samhället att ingripa mot något individen gör frivil-
ligt, förutom om det skadar andra, är om det inskränker individens frihet.
Genom att sälja sig själv som slav avsäger sig individen sin frihet från och
med den stunden avtalet med den andra parten (slavägaren) är undertecknat.
Enligt Mill är det inte frihet att tillåtas avsäga sig sin frihet:

”The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free.

¹²² Feinberg, 1986, s. 22.

¹²³ Feinberg, 1986, s. 35-36.

¹²⁴ Jfr Lernestedt, 2003, s. 221.

It is not freedom to be allowed to alienate his freedom”¹²⁵

Vore så fallet borde, precis som Feinberg påtalar, också självmord förbjudas. Det är svårt att hävda att individen genom att begå självmord inte också avsäger sig sin frihet.¹²⁶ Lernestedt skriver att det snarare tycks vara så att Mill vill förhindra att innehavaren av slavkontraktet drar otillbörlig nytta av slaven. Ett argument som snarare är moralistiskt än paternalistiskt.¹²⁷

Utöver friheten lägger Feinberg mycket möda på samtyckets betydelse vid själv- och annanskada. ”Hård” paternalism motsvarar vad som i detta avsnitt hittills kännetecknat paternalism, dvs att straffbudets syfte enbart är att skydda individer som, vid sina sinnens fulla bruk och utifrån korrekt information, samtycker till utsättas för något, av sig själv eller av annan. ”Mjuk” paternalism förespråkar också en rätt för samhället att ingripa mot själv- eller annanskadligt beteende men bara om samtycke saknas eller om ett temporärt förbud anses nödgat för att utröna om samtycke verkligen finns. Ett korrekt samtycke övertrumfar alla andra värden. I syfte att inskränka samtyckets ansvarsbefriande verkan bör det emellertid ställas höga krav på att både samtycket och den information det har sin grund i är korrekt.¹²⁸

Avslutningsvis kan om paternalism sägas att det framförallt är kring begrepp som ”frihet” eller ”självbestämmanderätt” och ”samtycke” eller ”frivillighet” som de livligaste diskussionerna förs. Att argumentera emot paternalistisk lagstiftning med hänvisning till att vare sig självskada eller annanskada med samtycke orsakar någon ”skada” synes däremot om inte felaktigt så åtminstone tvivelaktigt.

4.3.5 von Hirsch och Jareborgs skademättningsmodell

Andrew von Hirsch och Nils Jareborg har konstruerat en modell för att mäta den straffrättsligt relevanta skadan. Utgångspunkten är att skada tillsammans med skuld utgör ett brotts svårhet. Utöver sådan skada som ett brott de facto har orsakat ska också den *risk* för skada brottet inneburit vara att anse som straffrättsligt relevant. Deras modell avgränsar sig till att mäta ”offer-skador” dvs. skador som drabbar individen direkt.¹²⁹

Modellen är tänkt att fastställa den ”standardskada” en viss brottstyp åsamkar offret. Med detta menas bl.a. att någon hänsyn till offrets situation, ekonomisk eller annan, inte tas. Standardskadan av en brottstyp är i allmänhet förutsebar och strafflagen kan inte förväntas fastställa *exakt* hur stor skada offret har lidit i det enskilda fallet. Vad den däremot kan göra är att fastställa svårheten av en brottstyp generellt och sedan tillåta variation med hänsyn till det enskilda fallet. Modellen är normativ och visar på hur författarna

¹²⁵ Mill, 1989, s. 103.

¹²⁶ Feinberg, 1986, s. 77.

¹²⁷ Lernestedt, 2003, s. 221, jfr Feinberg, 1986, s. 81.

¹²⁸ Lernestedt, 2003, s. 222, jfr Feinberg, 1984, kap. 20.

¹²⁹ von Hirsch & Jareborg, 2005, s. 187.

tycker att skada *bör* mätas. Proportionalitetsprincipen, att brottets klander-
värdhet ska återspeglas i påföljden är utgångspunkten. Hur stor skada brottet
åsamkar offret och i förlängningen vilken grad av klander gärningsmannen
förtjänar kan vara olika beroende på var brottet sker. Ett inbrott torde t.ex.
åsamka större skada i Sverige än någonstans där befolkningen sover i tält
och utför de flesta av vardagens aktiviteter på och i gemensamma utrym-
men. I en sådan kultur åtnjuter kanske inte heller den privata sfären samma
höga status som skyddsintresse som den gör i Sverige. Tanken är, enligt
författarna att modellen ska kunna anpassas efter den här typen av variatio-
ner, gällande konsekvenser av brottstypen, i olika typer av samhällen.¹³⁰

För att kunna jämföra olika brottstyper krävs att det finns en gemensam
måttstock. Jareborg och von Hirsch förfäktar att denna ska utgöras av vad de
kallar "the living standard", levnadsstandard. Levnadsstandard ska bi-
dra med riktlinjer avseende hur man bör bedöma, eller rangordna, de olika
intressen som påverkas vid straffrättslig skada. Det enligt författarna mest
naturliga är att värdera sådana intressen som har med individens välmående
att göra högst. De brott som mest drastiskt minskar offrets välmående är att
anse som de grövsta.¹³¹

Jareborg och von Hirsch introduktion av levnadsstandard som den ade-
kvata måttstocken för skademätning medför att de hamnar i polemik med
Feinberg. Individens välmående är inte detsamma som de "welfare inte-
rests" som Feinberg anser bör värderas högst. "Welfare interests" definierar
Feinberg som de intressen individen måste tillfredsställa för att kunna sägas
inneha ett fritt val, eller med andra ord, möjlighet till självbestämmande
avseende sin livssituation. Negativ påverkan på ett av dessa intressen, som
exempel kan anges hälsa, innebär att dennes valfrihet beskärs i väldigt
många avseenden.¹³²

Att hålla individens valfrihet som det högsta intresset är i Jareborg och von
Hirsch tycke olämpligt. En person som blivit misshandlad med förlamning
som följd åsamkas självfallet mycket stor skada men inte i första hand för
att dennes valfrihet inskränks. Det faktum att misshandeln medfört att offret
inte längre kan njuta av de mest grundläggande mänskliga tillfredställelser-
na är istället vad som, enligt författarna, utgör skadan. Att härifrån, så att
säga, gå vidare och spekulera i hur mycket offrets valfrihet inskränks av
brottet är onödigt och olämpligt. Liberalismen förespråkar individens valfri-
het avseende sådant som rör individen själv inte avseende "harm to others",
för att använda Feinbergs eget mycket populära begrepp. "Others" eller off-
ren kan ha en mängd vitala intressen i sina liv utöver möjligheten till ett fritt
val. Härvid bör skadebegreppet definieras så brett att det inte bara passar det
"konventionella offret" utan alla potentiella offer. Skadebegreppet bör ta
hänsyn till de olika intressen och livsmål potentiella offer kan ha. Dessa är
betydligt fler än bara frihet att välja. Levnadsstandard-kriteriet tar dessa
hänsyn. Många välfärdsstatliga påfund, såsom socialförsäkringssystem och

¹³⁰ Ibid., s. 188-190.

¹³¹ Ibid., s. 190-191.

¹³² Ibid., s. 191-194, jfr Feinberg, 1984, s. 37-64.

hälso- och skyddslagstiftning, syftar till att befolkningen ska åtnjuta en godtagbar levnadsstandard. Jareborg och von Hirsch menar att straffrätten har en liknande roll att fylla.¹³³

Jareborg och von Hirsch vill, trots att de tar avstånd från liberalt tankegods, inte heller kalla sin modell utilitaristisk. En utilitaristisk straffteori är aggregerande och konsekvensorienterad, den försöker avgöra hur mycket den framtida totala skadan motverkas med den ena eller andra typen av bestraffning. Författarna tar sin utgångspunkt i det ”förtjänsttänk” som präglar också den svenska straffrätten. Levnadsstandarden ska hjälpa till att bestämma skadan av ett ”standardbrott”, denna skada ska sedan tas in i bedömningen av brottets svårhet (skada+skuld).¹³⁴ Dahlman använder kriminaliseringen av eget bruk av narkotika enligt 1§ NSL för att exemplifiera distinktionen mellan utilitarismens strävan efter nyttomaximering och liberalismens ”harm principle”. Enligt det utilitaristiska synsättet är regleringen önskvärd eftersom narkotika typiskt sett leder till olycka. En reglering som leder till att färre hamnar i narkotikamissbruk är bra för samhällsnyttan. Utifrån liberalismens ”harm principle” är kriminaliseringen av eget bruk emellertid förkastlig. Så länge individen inte skadar någon annan bör denne få välja själv om han eller hon vill använda droger. Innehav och bruk av narkotika bör legaliseras eftersom ”[v]arje person har en rättighet att leva sitt liv som hon vill, och det gäller också för knarkare.”¹³⁵

Levnadsstandarden fokuserar på de medel och möjligheter individen har för att uppnå en viss nivå av livskvalitet. Den är standardiserad såtillvida att det är de medel och möjligheter som vanligtvis hjälper till som avses. En person som har god hälsa, god ekonomi och ett rikt socialt nätverk kan sägas ha en god levnadsstandard. Detta trots att personen ifråga har som högsta önskan att skriva 80-talisternas stora generationsroman men saknar den fallenhet som krävs. Frustrationen över den saknade talangen innebär inte att han eller hon inte ändå åtnjuter en god levnadsstandard. Hälsa, ekonomi och sociala kontakter är exempel på sådana medel och möjligheter som vanligtvis hjälper till att uppnå livskvalitet. Det är genom att se till hur dessa standardmedel för livskvalitet påverkas man kan bedöma standardskadan av ett brott.¹³⁶

Levnadsstandard-modellens enkelhet är en av dess stora fördelar jämfört med andra teorier som försöker identifiera de viktigaste intressena, såsom särskilda livsmål eller vissa särskilt viktiga sociala roller, i människors liv. Med levnadsstandarden som måttstock har offrets livsmål ingen betydelse. Ett hem är exempelvis ett lika värdefullt intresse för den som ämnar ägna sig åt barnuppfostran (innehåller rollen som förälder således) som för den som enbart tänkte ägna livet åt att fundera över dess (livets) mening. Hemmet har *potential* att vara ett lika viktigt *medel* för alla individers levnadsstandard och det är utifrån denna potential skadan ska mätas. Vidare möjliggör den ”typiska individens” levnadsstandard jämförelser av skador orsakade på

¹³³ von Hirsch & Jareborg, 2005, s. 191-196.

¹³⁴ Ibid., s. 200-201.

¹³⁵ Dahlman, 2010, s. 90.

¹³⁶ von Hirsch & Jareborg, 2005, s. 194.

generella intressen. Om man jämför den fysiska skadan av en misshandel och en olycka kan dessa anses vara lika stora. Vid misshandeln tillkommer emellertid den aspekten att misshandeln är förödmjukande, något olyckan inte är. Modellen gör det möjligt att separera (1) de faktiska konsekvenserna av den typiska skadan från (2) den värdeberoende bedömning som måste göras när effekten på offrets levnadsstandard ska avgöras.¹³⁷

För att modellen ska kunna tillämpas måste måttstocken, levnadsstandarden, graderas. Graderingar innebär per definition ett visst godtycke men är nödvändigt för att praktiskt bruk ska vara möjligt. ”Skadan”, ett brott åsamkar offrets levnadsstandard delas in i sådant som negativt påverkar:

- ”subsistence”, överlevnad
- ”minimal wellbeing”, minimalt välmående
- ”adequate wellbeing”, adekvat välmående
- ”standard wellbeing”, normalt välmående

De gärningar som skadar den första nivån, de intressen som krävs för överlevnad, definierat av författarna som ”maintenance of no more than elementary human capacities”¹³⁸, är självfallet att anse som de grövsta. Gärningar som kvalificerar sig för denna nivå är mord och misshandel där offret lider grava fysiska skador (författarna nämner lemlästning som exempel). Den andra nivån, minimalt välmående, innefattar förutom vad som krävs för att överleva också de mest elementära bekvämligheterna såsom tak över huvudet, näring och ett visst mått av privatliv. Gravyt nedsättande och förolämpande behandling faller under denna kategori. Nivå tre, adekvat välmående, innefattar visst materiellt välmående och intresset av privatliv samt att slippa förödmjukande behandling. Den sista nivån av straffrättsligt relevant skada är normalt välmående, i detta innefattas sådant som krävs för att leva ett fullvärdigt liv. Med vilket avses ting som gör livet lättare (”modest luxuries”) och att bli behandlad något snär hövligt av andra.¹³⁹

Dessa ”skador” kan rikta sig mot i huvudsak tre olika intressedimensioner hos offret. Dessa är:

- fysisk integritet
- materiellt välbefinnande
- privatliv/frihet från förödmjukelse.

Författarna påtalar härvid att de inte menar denna uppräkningslista vara fullständig. De förlitar sig på sin intuition avseende vilka intressen som borde vara relevanta vid brott riktade mot individuella offer. Fysisk integritet innefattar hälsa, säkerhet och undvikande av fysisk smärta. Angrepp på den fysiska integriteten kan påverka alla nivåerna av skada på levnadsstandarden. Materiellt välbefinnande är som nämnt de mest basala behoven, såsom mat och

¹³⁷ Ibid., s. 196-197.

¹³⁸ Ibid., s. 203.

¹³⁹ Ibid., s. 204-205.

vatten t.ex. Mycket allvarliga angrepp på det materiella välbefinnandet kan kvalificera den åsamkade skadan till nivå ett, alla andra nivåer kan också bli aktuella. Det tredje och sista intresset privatliv/frihet från förödmjukelse kan sägas innehålla två intressen som tangerar varandra, två olika element av samma intresse. Privatlivet kränks vid exempelvis inbrott och olaglig avlyssning. Som exempel på gärningar som orsakar förödmjukelse nämner författarna psykiska övergrepp samtidigt som de påpekar att ett lägenhetsinbrott är ett angrepp både mot privatlivet samtidigt som det också är förödmjukande. Som nämnts tidigare är privatlivet ett kultur-specifikt intresse, hur högt privatlivet värderas varierar i olika kulturer. Friheten från förödmjukelse kan enligt von Hirsch och Jareborg sägas utgöra en brygga ("an overlap") mellan skada och skuld. Angrepp mot privatlivet och förödmjukelse kan inte orsaka skada på nivå ett, sådant angrepp riskerar aldrig överlevnaden. Det kan emellertid orsaka skador av övriga grader på levnadsstandard, ett angrepp mot privatlivet kan skada offrets levnadsstandard såtillvida att offret inte kan sägas nå upp till nivå två, minimalt välmående.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Ibid., s. 206-207.

5 Analys

*”Moralen är en dygd och allt är förbjudet! Slå dig ner framför teven, du sitter väl bra? Du har det väl skönt? Bara, bara, bara ta emot!
Lär dig leva som det passar, lär av dem som redan sitter!
Du klarar inte av nå'n frihet, för att andra vill lära dig. Du behöver inte ha nån frihet, för dom som alltid vet bäst!”*

-Tyst för fan!, Ebba Grön

”Vi förtjänar nog ändå, och få köpa lite koks oså, för det var så väldigt länge-sen vi svek oss själva och dig igen...”

-Caligula, Hästpojken

Så är det då dags för analys, platsen där mina egna tankar, lite mer ingående, kan presenteras och platsen där de inledande frågeställningarna ska besvaras. Denna framställnings syfte är som bekant att försöka bena ut vad, dvs. vilka faktorer, som borde avgöra ett narkotikabrotts svårhet. Jag börjar ovan genom att, precis som i inledningen, citera några rader populärmusik. Ebba Grön och Hästpojken sätter nämligen fingret på ett flertal relevanta frågor i sökandet efter svårhetsfaktorer: Är moralen en dygd och vilken inverkan har den på straffvärdet i narkotikamål? Bör den ha någon inverkan? Är individens frihet, såsom liberalerna hävdar, det yttersta värdet eller är det kanske så att individen inte klarar av för stor frihet? Vem (eller kanske snarare vad) sviker egentligen Hästpojken, utöver sig själv, då han köper lite koks? An-norlunda uttryckt, vilka intressen vill vi skydda med narkotikalagstiftning-en?

Vidare undrar jag, och denna fråga kommer att få mycket plats eftersom den är intimt förknippad med de nyss nämnda, vilken skada är det de skyddsvärda intressena ska skyddas mot? Vilken skada är så att säga straffrättsligt relevant? En fråga som har mindre att göra med narkotikabrottslighetens svårhet men som är så intressant att jag inte kan avhålla mig från att diskutera den är: Vilken roll spelar egentligen HD, med tanke på domskälens utformning i den s.k. junidomen (NJA 2011 s. 357), i den svenska straffrätten?

Alla dessa frågor ämnar jag diskutera i denna analys. Inledningsvis tänker jag emellertid ge min egen syn på den praxisomläggning avseende straffvärdesbedömning vid narkotikabrottslighet som junidomen inneburit.

5.1 Praxisomläggningen

Den i mitt tycke allra största fördelen med den nya mer differentierade och nyanserade straffvärdesbedömningen av narkotikabrott är att bedömningen härigenom mer kommit att likna straffvärdesbedömningen av övrig brottslighet. I ett straffsystem som det svenska som är förtjänstorienterat och hävdar att proportionalitet och ekvivalens utgör dess grundvalar har den tidigare

praxisen vid narkotikabrott, precis som Ulväng skriver, utgjort en anomali.¹⁴¹

Vid sidan av det mycket positiva i en större likhet med straffvärdebedömningen vid andra brottstyper ser jag, likt RÅ, positivt på förskjutningen från gärningens farlighet mot faktorer mer avhängiga av skuld. Detta eftersom den farlighetsbedömning som genomförts på olika narkotiska preparat kan ifrågasättas på många plan. Dels av den mycket enkla anledningen att den forskning som bedrivs kring olika narkotiska preparats farlighet tycks omgärdad av mycket stor osäkerhet, det (primärt medicinska) forskarsamhället tycks helt enkelt inte komma överens.¹⁴² Dels också för att det är just forskning som det hänvisas till i dessa farlighetsbedömningar, forskning är som bekant inte detsamma som vetenskap och har en tendens att förändras över tid. Avslutningsvis tycks det kunna ifrågasättas huruvida underlaget för farlighetsbedömningarna utgjorts av något så robust som forskning. Sjöstrands artikel tar upp ett fall från HovR där bedömningsunderlaget delvis utgjorts av brukarrapporter från chatsidor på internet. Artikeln beskriver också en rundgång som skett i praxis avseende farlighetsbedömningar av narkotika. Ett preparats farlighet har i vissa fall sedan det blivit en del av ett publicerat rättsfall närmast blivit hugget i sten. Farligheten blir en ren kunskapsfråga, s.k. notorisk fakta, i vissa (värsta) fall baserad på vad en HovR beslutade för flera år sedan.¹⁴³

För att avsluta uppräknningen av fördelar med praxisomläggningen ska sägas att den mer differentierade och nyanserade straffvärdesbedömningen torde innebära att det blir betydligt svårare att ”slå i taket”. Tidigare har straffskalan, till följd av de väldigt höga straffvärdena, helt enkelt tagit slut alltför tidigt. Det har härvid inte varit möjligt att beakta de skillnader som onekligen fanns även bland de allra grövsta narkotikabrotten. Eventuellt kan, precis som RÅ påtalar, farhågor resas för att det mer begränsade användandet av straffskalans övre delar leder till att fler i vinstsyfte tar befattning med större mängder narkotika. Mot detta vill jag för det första invända att straffrätten, som nämns i inledningen av detta avsnitt, ska präglas av proportionalitet och ekvivalens. Preventionsteorierna ska enligt straffvärdereformen tillmätas mindre betydelse, straffrätten är inte tänkt att verka brottsförebyggande. Vidare har jag mycket svårt att tro att längre straff i någon större utsträckning skulle fungera brottsförebyggande. Det torde snarare vara risken för upptäckt än längden av ett eventuellt fängelsestraff som avskräcker en potentiell narkotikakurir.¹⁴⁴

Angående RÅ:s spekulationer kring hur praxisomläggningen kommer att påverka polis och åklagares sätt att bedriva förundersökning är jag av åsikten att denna antagligen kommer att må bättre om RÅ:s profetior slår in. Att förundersökningen tillåts ta längre tid och att mer resurser, såsom hemliga tvångsmedel, avsätts för att kartlägga andra omständigheter än art och

¹⁴¹ Jfr Ulväng, 2006, s. 838.

¹⁴² Jfr NJA 2011 s. 357, p.32 på s. 375.

¹⁴³ Jfr Sjöstrand, 2011, s. 422 & 426.

¹⁴⁴ Jfr Perklev, 2012, s. 142 och Prop. 1987/88:120 s. 36-38.

mängd torde, som RÅ antyder, leda till rättvisare straffvärdesbedömningar. Rättvisa straffvärdesbedömningar har jag självfallet inget emot. Vad gäller hemliga tvångsmedel nöjer jag mig med att påpeka att det avseende dessa alltid finns ett mycket viktigt motstående intresse, nämligen den personliga integriteten.

Asp påtalar slutligen att praxisomläggningen innebär utmaningar för rättstillämpningen såtillvida att det tar nya riktlinjer för straffvärdesbedömningen. Härom kan de av RÅ uppstaplade kriterierna (se avsnitt 3.3.1.2) redan sägas utgöra någon form av svar.¹⁴⁵ Samtidigt vill jag påpeka att den främsta anledningen till att praxis har ändrats är att tidigare praxis har präglats av just riktlinjer i alltför hög utsträckning. Något som ledde till schablonartade, onyanserade och närmast mekaniska domar. Jag är självfallet medveten om att redan det faktum att de av RÅ uppräknade omständigheterna är betydligt fler än två, vilket var fallet tidigare (art och mängd), torde utesluta nya schablonomar. Min avsikt är bara att poängtera att det genast börjar skrikas efter nya riktlinjer så snart de tidigare skrotats. Riktlinjer behövs emellertid självfallet för den alltid önskvärda förutsebarhetens skull.

5.2 Högsta domstolens roll

Detta medger jag är lite av ett sidospår. Ett mycket intressant sådant dock. Då min handledare Sverker Jönsson lyfte ämnet satt han länge och sökte ett ord för att beskriva HD:s domskäl inklusive referenten JustR Borgekes tillägg, valet föll till slut på ”progressivt”. Denna uppsats inleddes med ett citat från en text av Nationalteatern, vilka är att betrakta som verkliga galjonsfigurer för den svenska progressiva rocken (”proggen”) som växte fram under slutet på 1960- och början på 1970-talet. Jag finner det både intressant och överraskande att en parallell mellan justitieråden som dömde i juni domen och proggen i Nationalteatern kan dras, må så vara att den grundar sig enbart i ett ordval.

En (av alla) viktiga skillnader mellan Nationalteatern och HD är emellertid att HD i *straffrättsliga sammanhang*, utöver att vara progressiva, också är *normativa*. Detta är i sig inte något konstigt, HD är primärt en prejudikatinstans. I 54 kap. 10 § RB 1 st. 1p. stadgas att:

Prövningstillstånd [till HD] får meddelas endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen

Denna s.k. prejudikatdispens är en av endast två vägar till prövning i HD (den andra är s.k. extraordinär dispens stadgad i punkt två i samma paragraf).

HD:s uppgift är alltså att leda rättstillämpningen. Det intressanta med juni domen är på vilket *sätt* HD väljer att leda rättstillämpningen. När jag för

¹⁴⁵ Jfr Asp, 2011, s. 668 & Perklev, 2012, s. 136.

snart fem år sedan började på juristprogrammet i Lund var ett av de första momenten i den inledande grundkursen att ”lära sig läsa rättsfall”. Den student från högre terminer som höll i undervisningen (en utmärkt ung man vid namn Amir Tabrisi) förklarade då för oss nyanlända ”novischer” att HD aldrig säger mer än vad som är absolut nödvändigt i sina prejudikat. Med andra ord, HD är oerhört försiktig i sina uttalanden.

Försiktighet kan näppeligen sägas karaktärisera junidomen. Domskälen och Borgekes tillägg kan istället sägas utgöra en tämligen bestämd ”manual” avseende hur straffvärdesbedömning i narkotikamål i framtiden ska gå till. Som exempel kan anges punkt 32 i domskälen, där anförs att ”tabellerna måste användas med försiktighet och med insikt om att det kan finnas behov av att ompröva de utgångspunkter på vilka de vilar.” Samt att tabellerna ger ”ett intryck av exakthet och objektivitet som kan vara bedrägligt”. Referent Borgeke skriver i sitt tillägg att det krävs ”en radikal omläggning av domstolspraxis i mål avseende olaglig hantering av narkotika.”¹⁴⁶

Att Borgeke kräver en omläggning av praxis är mycket intressant, i synnerhet som vi har att göra med något som närmast får betecknas som en kriminalpolitisk position. Den mer differentierade och nyanserade praxis som efterlyses, där större vikt läggs vid andra omständigheter än art och mängd, kommer att innebära att de övre delarna av straffskalan vid grova narkotikabrott används i betydligt mindre utsträckning. Att sänka straffvärdet för grova narkotikabrott är de facto en kriminalpolitisk position. Det kan ifrågasättas om HD ska positionera i en fråga av denna typ.

Junidomen blir ur detta perspektiv än mer intressant om den läses ihop med ett annat rättsfall som kom en tid senare, NJA 2011 s. 563. Detta rättsfall gäller uppsåtsbedömning vid självförvållat rus, något som regleras enligt 1 kap. 2 § 2 st. BrB. Hur denna regel rent materiellt ska tolkas är inte relevant för denna framställning. Vad som däremot är intressant är (1) att tre av justitieråden som dömde i junidomen dömde också i detta mål (Borgeke, Lambert och Victor) och (2) att argumentationen även i denna dom präglas av kriminalpolitiska ställningstaganden. I domskälen anförs i punkterna 20-26 att det undantag från skuldprincipen som 1 kap. 2 § 2 st. BrB tillsammans med ett tidigare prejudikat (NJA 1973 s. 590) stadgar härstammar från en tid då den kriminalpolitiska ideologin i Sverige såg annorlunda ut. Under 1970-talet var den s.k. ”behandlingstanken” fortfarande förhärskande, härvid var både allmän- och individualpreventiva tankegångar fortfarande populära.¹⁴⁷ HD tar efter detta konstaterande bl.a. Straffvärdereformen till intäkt för att tidigare praxis bör ändras med hänvisning till dagens kriminalpolitiska utgångspunkter där proportionalitet, ekvivalens och legalitet står i centrum.

Man kan i mitt tycke med rätta fråga sig om HD:s roll i och med dessa rättsfall kommit att förändras? Är HD numer att betrakta som vägledande, inte bara för rättstillämpningen, utan också för kriminalpolitiken? Personligen är

¹⁴⁶ Det citerade återfinns i NJA 2011 s. 357 på s. 378.

¹⁴⁷ Den som vill förkovra sig lite i ämnet rekommenderas att ta del av Andersson & Nilsson, 2009.

jag av åsikten kriminalpolitiken, liksom övrig politik, bör bedrivas av folkvalda politiker. Domstolarna brukar för övrigt inte vara så glada över att politiker lägger sig i rättstillämpningen, härvid kan man tycka att HD ska hålla sig borta från politiken. Att skilja på den lagstiftande och den dömande makten är en god ordning. För HD för stort inflytande över kriminalpolitiken kan den i förlängningen sägas lida ett demokratiskt underskott.

Å andra sidan har jag precis nyss (avsnitt 5.1) utan större invändningar mottagit den av HD initierade praxisomläggningen med öppna armar. Slutresultatet är i mitt tycke gott. Det kan också poängteras att lagstiftaren redan i början av 1980-talet uttalade riktlinjer för straffvärdesbedömningen vid narkotikabrott.¹⁴⁸ Riktlinjer som HD i mångt och mycket tagit fasta på då den utformat sin manual. Frågan är varför inte domstolarna gjort det tidigare?

5.3 Skadan vid narkotikabrott?

Den första slutsats som kan dras utifrån det material som presenterats under rubriken ”Skada” (avsnitt 4.3) är att det tycks vara synnerligen komplicerat att utröna vad som i straffrättslig mening utgör skada. Jag tänkte emellertid använda detta utrymme till att presentera min egen syn på saken. Om man tänker sig att det tankegod som presenterats angående den straffrättsliga skadan hittills utgör en kaka så är min ambition att plocka russin ur den. Härmed inte sagt att jag kommer att presentera någon slutgiltig modell, det följande utgör snarast en ansats.

En modell är däremot vad Jareborg och von Hirsch presenterade för snart tjugo år sedan. Den omedelbara invändning som uppenbarar sig mot deras modell i detta sammanhang är att den endast är utformad för brottslighet som direkt skadar en annan individ än gärningsmannen. Om vi nu förutsätter att narkotikabrott orsakar skada, vilket jag, liksom den svenska strafflagstiftningen gör, så drabbar den inte ett offer på det sätt som Jareborg och von Hirsch tar som utgångspunkt. Vi har istället att göra med självskada och någon form av skada på gemenskapen eller kollektivet, vilket oftast brukar beskrivas som skada på samhället eller staten. Paternalism är enligt den svenska lagstiftaren bestraffning av gärningar som *enbart* skadar gärningsmannen själv. Sådan bestraffning tar även jag avstånd ifrån. Härom ska poängteras att det sannerligen inte är lätt att säga huruvida gärningar där gärningsmannen samtidigt är den enda skadelidande överhuvudtaget existerar, men förutsatt att de gör det ska de inte kriminaliseras. Feinberg tog upp självmordets alla samhällsliga konsekvenser (se avsnitt 4.3.4) och de därav följande kostnaderna som exempel på hur alla skador i praktiken åsamkas andra utöver gärningsmannen. Samhällsskada tycks följa även av de allra klockrenaste exemplen på självskada. Den enda ”lösning” jag kan se är att istället för att försöka identifiera vilka skador som bara drabbar gärningsmannen identifiera vilka samhällsskador som kan sägas vara straffrättsligt relevanta. Annorlunda uttryckt, innebär den skada en gärning eller ett bete-

¹⁴⁸ Jfr avsnitt 3.3 och prop. 1980/81:76 s. 207.

ende åsamkar samhället att gärningen eller beteendet är klandervärt och i förlängningen därmed straffvärt?

Ännu återstår emellertid den mycket kniviga frågan hur samhällsskada förhåller sig till offerskada? Hur ska man mäta skadan på ett gemensamt eller överindividuellt intresse? Feinberg skiljer som nämnts (se avsnitt 4.2.1 och där anförda hänvisningar) mellan delbara och odelbara gemensamma intressen. De delbara gemensamma intressena är sådana som alla och envar *skulle kunna ha*. Att droppa gift i en stads vattenreservoar och att placera en bomb på en tågstation är Feinbergs exempel på angrepp mot denna intressekategori. De exemplifierade illgärningarna riktar sig inte mot någon specifik person eller grupp av personer utan skulle kunna drabba vilken samhällsmedborgare som helst. I svensk straffrätt betecknas angrepp mot sådana intressen som allmänfarliga brott, dessa återfinns i 13 kap. BrB. I ett odelbart intresse kan vi alla som samhällsmedborgare sägas inneha varsin ideell andel. Exempelen som angavs på sådana intressen var bl.a. god samhällsekonomi och god miljö. Gemensamt för båda dessa kategorier av gemensamma intressen är den liberala utgångspunkten. Angrepp mot de gemensamma intressena är förkastliga för att de indirekt är brott mot enskilda.

Min utgångspunkt är, som nämndes inledningsvis, den svenska kriminalpolitiska positionen med nolltolerans mot narkotika. Härvid utgörs skyddsintresset av det gemensamma intresset att hålla det svenska samhället narkotikafritt. Detta är enligt mig ett intresse som, om det ska hänföras till Feinbergs kategorier, hamnar i den odelbara kategorin. Det går enligt min mening inte att hävda att någon typ av narkotikabrottslighet skulle kunna skada alla och envar på det sätt som de allmänfarliga brotten flygplatssabotage eller spridande av gift eller smitta enligt 13 kap. 5 b § respektive 7 § BrB har potential att göra det. Vi är enligt detta synsätt, att narkotikabrott drabbar ett odelbart gemensamt intresse, alla ideella andelsägare i intresset av ett narkotikafritt samhälle. Intresset torde härvid bli tämligen utspädd och skadan som åsamkas av narkotikabrottslighet tämligen liten. Detta stämmer överens med vad Jareborg kallar den radikala brottsideologin. En brottsideologi som förutsätter att staten finns till för medborgarnas skull och inte vice versa. Att befatta sig med narkotika är brottsligt primärt på grund av beteendets skadlighet eller farlighet. Angrepp mot samhället eller staten är, enligt Jareborgs radikala brottsideologi, skadliga endast av den anledningen att de indirekt skadar individen. Härav är dessa brott sekundära i förhållande till brott som direkt skadar individen. Sekundära ”utspädda” brott är mindre straffvärda än brott som är direkt riktade mot individen.¹⁴⁹

Låt oss nu i syfte att försöka mäta skadan av narkotikabrottslighet återgå till Jareborg och von Hirsch modell. Där är den straffrättsligt relevanta skadan avhängig av hur stor negativ påverkan den brottsliga gärningen orsakar offrets levnadsstandard. Enligt ovan skisserat angreppssätt ska den åsamkade samhällsskadan som en kränkning av intresset av ett narkotikafritt Sverige (brott mot NSL) innebära kunna härledas från individens intresse. Frågan är

¹⁴⁹ Jfr Jareborg, 1992, s. 107 och SOU 1986:14, s. 148.

hur denna skadas storlek ska fastslås? Enligt Feinbergs modell är varje svensk medborgare innehavare av en ideell andel av intresset, dvs ungefär en niomiljontedel. Härvid torde nästa steg i skademätningen vara att bedöma hur hårt den aktuella narkotikabrottsligheten drabbat varje enskild samhällsmedborgare och bedöma hur stor skada var och en har lidit. För denna individuella skademätning hos varje "offer" skulle kanske Jareborg och von Hirsch levnadsstandard kunna fungera som måttstock. Då skadorna på varje ideell andelsinnehavare fastställts återstår enkom att addera dem för att kunna fastställa den totala skadan.

Jag tror de flesta inser hur svårtillämpad ovan beskrivna skademätningssmetod är. Att fastslå hur stor negativ påverkan ett narkotikabrott orsakar varje samhällsmedborgares levnadsstandard är ingen lätt uppgift. Detta torde kräva att de mer direkta "offren" för det aktuella narkotikabrottet identifieras. Med offren avses de som brukat den narkotika gärningsmannen distribuerat (det följer av modellen och ståndpunkten att självskada inte ska kriminaliseras att de som enbart är (miss)brukare inte är gärningsmän). Det kan tänkas att också anhängiga till missbrukare är att anse som offer i högre utsträckning än gemene samhällsmedborgare. Operationen att identifiera missbrukare och deras anhängiga och göra en individuell skademätning avseende var och en är något som kommer att kräva enorma resurser.

Kontentan är att Jareborgs och von Hirsch modell med påverkan på offrets levnadsstandard som måttstock inte passar då vi, såsom vid narkotikabrott, har att göra med gemenskaps- eller samhällsskador. Konstateras kan vidare att en skademätning som genomförs (som nämnt är jag mycket skeptisk till att det ens är möjligt) enligt ovan innebär att den skada som åsamkas av narkotikabrottslighet, i de flesta fall, torde bedömas som mycket liten. Intresset av ett narkotikafritt samhälle är nämligen, som nämnts, tämligen "utspätt" eftersom det drabbar det stora flertalet individer enbart indirekt. Med Lernestedts terminologi kan sägas att intensiteten av den skada som drabbar den enskilde inte är särdeles hög. Skadan på den genomsnittlige samhällsmedborgaren ökas inte markant av ytterligare ett narkotikabrott, nästan oavsett hur grovt detta är.¹⁵⁰

Härvid ska inflikas att Feinberg själv rättfärdigar bestraffning av vissa typer av beteenden med hänvisning till att en spridning av beteendet kommer att orsaka "harm to others" (se avsnitt 4.3.3 och där anförda hänvisningar). Han förfäktar en form av farebrottstänkande och anför angående narkotikamissbruk att:

"A nonproductive life devoted to lotus-eating, opium-smoking, or heroin-shooting, in which all of one's waking moments are spent cultivating or enjoying dreamy euphoric states, may be 'no one else's business' when one, or a hundred, or then thousand self-supporting persons do it of their own free choice. But when ten percent of the whole population choose to live that way, they become parasitical, and the situation approaches the threshold of serious

¹⁵⁰ Jfr Lernestedt, 2003, s. 161-162 och 197-198.

public harm. When fifty percent choose to live that way it may become impossible for the remainder to maintain a community at all.”¹⁵¹

Feinberg har utan tvekan en poäng i att ett samhälle till hälften bestående av heroinister skulle medföra en hel del bekymmer. Att detta skulle åsamka den återstående hälften av samhället skada har jag ingen svårighet att se. Vad jag däremot har svårt att se är den enorma spridningsrisk Feinberg tillskriver narkotikamissbruket. Synsättet förutsätter att drogmissbruket om det inte kriminaliserades och bestraffades skulle expandera hejdlöst. Till detta antagande ställer jag mig skeptisk. Det torde enligt min mening finnas en mängd andra orsaker som, i högre grad än kriminaliseringen, gör att de allra flesta avhåller sig från att bruka narkotika. Att bestraffa någon för en anteciperad skada, bestående i att det vore skadligt om andra gjorde likadant, stämmer inte heller överens med den svenska ståndpunkten där straff delas ut efter förtjänst. Utgångspunkten är att strafflagstiftningen inte ska ta allmänpreventiva hänsyn. Härom kan å andra sidan ifrågasättas hur ideologiskt stringent det svenska straffrättsystemet egentligen är. Artbrottsinstitutet är ett tydligt exempel på att de allmänpreventiva tankarna inte helt har övergetts.¹⁵²

Poängen med Feinbergs tankegångar är i mina ögon alltså inte farebrotts-tänket. Jag tilltalas istället av tanken om ett solidariskt ansvar för det samhälle vi lever i. Härvid är det, som Lernestedt påpekar, snarare skadan samhället lider av det illojala handlandet än risken för framtida skador som bestraffas. För att få en något mer rättvisande bild av vad skadan av narkotikabrottslighet består i tror jag att det krävs en gemenskapsskada som snarare ser till påverkan på samhället än den enskilde individen. En ”riktig” gemenskapsskada, som bortser från den liberala ståndpunkten att all skada ska härledas från individen, med andra ord. Kleinigs konstruktion där den straffrättsligt relevanta skadan, utöver brottsofferskada, också består i vad han kallar ”social harm” är intressant i detta sammanhang. Den sociala skadan består enligt Kleinig av bristande tilltro mellan samhällsmedborgarna. Ett samhälle bygger på att dess medlemmar i alla sina ageranden respekterar varandras intressen och välfärd. Brister tilltron måste samhällsresurser som hade kunnat användas till något bättre avsättas för brottsbekämpning. Dessutom orsakar bristande tilltro sinsemellan samhällsmedborgarna rädsla och otrygghet.¹⁵³

Det senast anförda, om narkotikabrottslighetens sociala skadlighet, är sådant jag själv upplever att gemene man och massmedier gärna tar fasta på. Det är inte ovanligt att det då narkotikabrottslighetens (samhälls)skadlighet diskuteras anför hur mycket negativa följdverkningar narkotika orsakar samhället. Det som sägs leda till rädsla och känsla av otrygghet i samhället är t.ex. att den totala brottsligheten ökar till följd av förekomst av narkotika. Detta eftersom missbrukare måste begå andra typer av brott, främst tillgreppsbrott, för att finansiera sitt missbruk. Vidare använder sig narkotikasyndikaten av

¹⁵¹ Feinberg, 1986, s. 23.

¹⁵² Jfr prop. 1987/88:120.

¹⁵³ Jfr Kleinig, 1978, s. 34-36.

våld för att skrämmas och driva in skulder samtidigt som de gör sig skyldiga till grov ekonomisk brottslighet då intäkterna från narkotikahandeln ska ”tvättas”. Ofta brukar narkotika också kopplas samman med prostitution och trafficking, det används för att få unga flickor medgörliga och beroende och därmed lätthanterliga. En proposition från tidigt 1980-tal sammanfattar kon- cist den svenska hållningen avseende narkotika och dess skadeverkningar. Där konstateras att:

”[N]arkotikamissbruket [...] är ett av våra stora sociala problem. Missbruket leder till många mänskliga tragedier och ligger till grund för en vitt förgrenad brottslighet. Skadeverkningarna för missbrukarna själva, deras anhöriga och samhället är utomordentligt omfattande.”¹⁵⁴

Är det så att narkotika orsakar all den olycka som nyss beskrivit bör natur- ligtvis narkotikabrott anses orsaka en enorm skada. Det är emellertid intres- sant att fråga sig hur stor del av de ovan nämnda följdproblemen som är en följd av narkotikan i sig och hur stor del som är en följd av att olovlig han- tering av narkotika är kriminaliserad. Det är svårt att bortse ifrån det faktum att kriminaliseringen av all befattning med narkotika driver upp priserna samtidigt som all handel med narkotika genererar ”svarta” intäkter. Med lägre priser skulle antagligen färre missbrukare tvingas begå brott för att finansiera sitt missbruk samtidigt som en legal marknad skulle möjliggöra bokföring och beskattning också av intäkterna vid narkotikahandel. Träsk- man skriver, i en artikel som starkt ifrågasätter kriminaliseringen av eget bruk av narkotika, att den oerhörda skadlighet som tillskrivs de narkotikare- laterade gärningarna bygger på ett cirkelresonemang. Narkotikabrott är skadligt eftersom det är förkastligt och det är förkastligt eftersom det är kri- minaliserat och straffbart.¹⁵⁵

Härom inbegrips moralen, eller kanske mer korrekt, samhälleliga moralföre- ställningar i diskussionen. Moralistisk lagstiftning eller vad Feinberg kallar ”offense” (se avsnitt 4.3.2 samt 4.3.3), dvs. lagstiftning som enbart syftar till att upprätthålla samhälleliga moralföreställningar bör alltid undvikas. Ett beteende som inte orsakar skada är inte straffvärd. Samhälleliga föreställ- ningar om vad som är moraliskt riktigt är inte per se skyddsvärda. Det ska härvid klargöras att jag är av åsikten att narkotikabrott åsamkar skada, i vis- sa fall straffrättsligt relevant sådan. Samtidigt ska också erinras om, vilket påpekas av Jareborg, att det bakom varje kriminalisering ligger moraliska bedömningar. Avseende denna moraliska bedömning är frågan om inte den svenska kampen för ett narkotikafritt samhälle, med nolltolerans som hon- nørsord, inneburit att narkotikabrottslighetens skadlighet överdrivits. Ge- nom lagstiftarens försorg har bilden av narkotikamissbruket som ett av våra allra största samhällsproblem projicerats ut till och materialiserats av övriga samhället. Träskman beskriver den skadlighetsbedömning som gjorts avse- ende narkotikabrottslighet liksom den utvärdering av effekterna av utvidgad kriminalisering och straffskärpningar som gjorts som irrationell.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Prop. 1980/81:76, s. 198.

¹⁵⁵ Jfr Träskman, 1995, s. 153.

¹⁵⁶ Jfr *ibid.*, s. 159 och Jareborg, 1992, s. 62.

Med detta sagt hävdar jag ändå att den sociala skadan är relevant. Narkotikabrottslighet är skadlig, missbruk åsamkar samhället stora kostnader, i form av vård och rehabilitering (i stor utsträckning dessvärre bara försök till rehabilitering), samtidigt som det hos många samhällsmedborgare föder rädsla och en känsla av otrygghet. Dessa känslor må vara överdrivna och i viss mån orsakade av kriminaliseringen i sig snarare än narkotikamissbruk, de existerar emellertid och man kan, som jag ser det, inte helt bortse från deras negativa effekter på samhället. Det är ofrånkomligt att jag härmed avviker från den förtjänstetiska hållning som sedan straffvärdesreformens ikraftträdande ska präglade svensk straffrätt. Då den sociala skadan av bristande tilltro mellan samhällets medlemmar och bristande lojalitet mot gemensamt uppsatta mål betonas är det snarare, än straff efter förtjänst, utilitarism och nyttomaximering som förespråkas.

Utilitarism brukar beskrivas som konsekvensetik, förtjänstetikens diametrala motsats. Vid narkotikabrottslighet är min slutsats att skadan bör definieras med konsekvensetiska glasögon på. Skadan består i de samhällskostnader narkotikamissbruk orsakar och i den rädsla och otrygghet som stora delar av samhällsmedborgarna upplever. Dahlman beskriver dikotomin mellan förtjänst- och konsekvensetiken som ett ”moraliskt spänningsfält under ytskiktet av lagparagrafer, domslut och andra rättskältexter”¹⁵⁷. För att identifiera en lämplig skadedefinition vid narkotikabrottslighet finner jag konsekvensetiken vara bäst lämpad. Härvid tas då skadan av narkotikabrottslighet fastställs i viss mån hänsyn till aggregerade skadeverkningar på samhället. Jag vill betona att det snarare är kostnader för sjukvård och rehabilitering än kostnader för de brottsbekämpande insatser narkotikabrottsligheten orsakar som är intressanta.

Jag vill alltså mena att skadan vid narkotikabrott är en social skada, något som drabbar gemenskapen, samhället. Att likt liberalerna kräva att all straffrättsligt relevant skada ska kunna härledas till skada på den enskilde individen medför enligt min mening att skadebegreppet i straffrättslig mening blir för snävt. Den liberala utgångspunkten bortser helt från de värden en fungerande gemenskap har att erbjuda. Att medlemmarna i ett samhälle inte litar på varandra och känner otrygghet är de facto en skada som är straffrättsligt relevant. När det gäller att fastställa storleken av den sociala skadan inser jag att denna skadekonstruktion i kanske ännu större grad än den i detta avsnitts inledning, med hjälp av Feinberg, konstruerade är behäftad med svårigheter. Det torde inte vara omöjligt att uppskatta vad narkotikamissbruk orsakar samhället i sjukvårds- och rehabiliteringskostnader. Vad som däremot är svårt att svara på är hur mycket ett narkotikabrott skadar tilltron mellan individer eller skapar otrygghet i samhället? Hur ska denna skada mätas tillförlitligt? Jag vet inte. Jareborg anför att läror om social skadlighet inte verkar vara en framkomlig väg.¹⁵⁸ Kanske är det så.

¹⁵⁷ Dahlman, 2010, s. 91.

¹⁵⁸ Jareborg, 1992, s. 101.

Innan vi övergår till vad som ska avgöra ett narkotikabrotts svårhet, vilket utöver skada är skuld, vill jag återigen poängtera moralens betydelse, varje kriminalisering är en följd av ett moraliskt ställningstagande. Enligt Lernestedt är ”en form av samhällsmoralisk bedömning inbakad i det abstrakta straffvärdet för brottstypen.”¹⁵⁹ Det är mot denna bedömning, dvs. hur skadligheten bedömts vid straffskalans utformning vid de olika narkotikabrotten som invändningar kan riktas snarare än mot skadedefinitionen. För mig framstår denna samhällsmoraliska bedömning vara den möjlighet till skademätning som står till vårt förfogande.

5.4 Narkotikabrottslighetens svårhet

Generellt kan sägas att ett brotts svårhet består av två saker, skada och skuld. Denna framställnings huvudsakliga syfte är att utröna dels (1) vad som utgör ett narkotikabrotts svårhet och dels (2) vad som borde utgöra ett narkotikabrotts svårhet.

Den första frågan, vilka faktorer som avgör ett narkotikabrotts svårhet, dvs gärningens skadlighet och vilken grad av skuld som kan åläggas gärningsmannen, besvaras i avsnitt tre. Där identifieras de faktorer som domstolarna fäster störst avseende vid då de bedömer svårheten av olika typer av narkotikabrott eller, för att använda den term som 29 kap. 1 § BrB stadgar, *straffvärdet* för de olika narkotikabrotten. I avsnitt tre genomlysas också de förändringar den s.k. junidomen inneburit för straffvärdesbedömningen av narkotikabrott. Denna förändring behandlas vidare också tidigare i denna analys under rubriken ”Praxisomläggningen” (avsnitt 5.1). Där betonades att den förändring som skett i praxis innebär att fokus i straffvärdesbedömningen förskjutits från omständigheter hänförliga till gärningens skadlighet till omständigheter hänförliga till gärningsmannens skuld. Det avsnitt (5.3) som föregår detta visar hur komplicerat det är att, vid narkotikabrottslighet, fastställa både vad som utgör den straffrättsligt relevanta skadan och framförallt hur denna ska graderas eller mätas.

Departementschefen anger vid införandet av straffvärdesreformen att de objektiva omständigheterna, dvs. den av gärningen åsamkade skadan, bildar en naturlig utgångspunkt för straffvärdesbedömningen. Ofta är emellertid, enligt samme departementschef, de subjektiva omständigheterna, dvs. graden av skuld som kan åläggas gärningsmannen, av större betydelse i detta hänseende. Angående gärningsmannens skuld ska först sägas att de gärningar som återfinns i NSL liksom alla andra brottstyper förutsätter uppsåt eller oaktsamhet. Täckningsprincipen, dvs att hänsyn ska tas enbart till sådana omständigheter som täcks av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet gäller också vid straffvärdesbedömning. Bakgrunden till gärningsmannens handlande är av väsentlig betydelse. Två likartade gärningar kan vara att bedöma helt olika med hänsyn till att de bakomliggande motiven varit olika. En impulshandling har normalt sett inte samma straffvärde som ett handlande som är övervägt. Det är också viktigt att understryka att det är blott den

¹⁵⁹ Lernestedt, 2003, s. 227.

skuld som ådagaläggs genom gärningen, vad Jareborg kallar episodisk skuld, som är relevant för straffvärdesbedömningen.¹⁶⁰

Uppsåtliga gärningar anses i allmänhet som allvarligare än oaktsamma gärningar. Den mycket råddiga frågan varför det är så ämnar jag inte beröra närmare.¹⁶¹ Hur vanligt det är att någon fälls för de oaktsamhetsbrott som finns i NSL vet jag inte men jag inbillar mig att det inte händer särdeles ofta. Zila har hittat ett publicerat rättsfall avseende vårdslöshet med narkotika (RH 139:85).¹⁶² Istället tar jag fasta på vad Departementschefen säger om bakomliggande motiv. Sedan junidomen föll ska omständigheter kopplade till just motiven för den begångna brottsliga gärningen ges en större påverkan på straffvärdesbedömningen i narkotikamål. Det är framförallt narkotikahandel, dvs överlåtelse av narkotika enligt 1§ 1 st. 1p. NSL, som är i blickfånget för praxisomläggningen. Narkotikahandel som sker i organiserad form, som riktar sig till en stor krets köpare och har ett tydligt vinstsyfte är att betrakta som svåra narkotikabrott vilka åtnjuter ett högt straffvärde. Vidare betonas att en gärningsman med stor insikt i organisationen är mer straffvärd än en gärningsman som endast spelar en perifer roll. Sådan befattning med narkotika som däremot sker för eget bruk (och därmed utan vinstintresse) är att betrakta som mindre svåra narkotikabrott.

Slutsatsen, eller snarare ansatsen slutsats, är att ett narkotikabrotts svårhet bör avgöras av faktorer hänförliga till gärningsmannens skuld snarare än den genom gärningen åsamkade skadan. Min utredning av begreppet skada och försöket att identifiera en straffrättsligt relevant skada ledde nämligen enligt mig snarare till fler frågetecken än utropstecken. Konstateras kan att det är besvärligt att identifiera och framförallt att mäta skada då det inte finns ett tydligt (fysiskt) brottsoffer som det exempelvis går att räkna antalet stygn den brottsliga våldshandlingen resulterat i. Mina funderingar kring den straffrättsligt relevanta skadan vid narkotikabrottslighet landade i att den utgörs av en social skada som åsamkas samhället. Narkotikamissbruk medför merkostnader för samhället i form av sjukvård och rehabilitering för de som missbrukar. Det sprider en, förvisso överdriven men ändå, rädsla och känsla av otrygghet i samhället och minskar tilltron mellan samhällsmedborgarna. Detta utgör de facto straffrättsligt relevanta skador enligt mig. Skador som inte erkänns enligt det liberala synsättet att all skada ska kunna härledas ur en skada på den enskilde individen.

När det kommer till att mäta och gradera denna sociala skada blev det emellertid mycket komplicerat. Härvid ska sägas att den metod som erbjöds utifrån offerskadeperspektivet, inkluderande ideella andelar, inte heller känns särskilt realistisk eller praktiskt genomförbar. Jag kan inte se någon annan lösning än att skadan bedöms vid fastställandet av det abstrakta straffvärdet. Straffskalan bör då indikera hur (socialt) skadligt olika typer av narkotikabrott är gentemot samhället. Detta är inget annat än en moralisk bedömning. En moralisk bedömning som skulle se annorlunda ut om Sverige övergav

¹⁶⁰ Prop. 1987/88:120, s. 80-81 och Jareborg, 1992, s. 184.

¹⁶¹ Ämnet har behandlats av bl.a. Jareborg, 1992, s. 173-205.

¹⁶² Jfr Zila, 2009, s. 66.

nollvisionen och istället antog en mer skademinimerande hållning. En sådan *kriminalpolitisk* kursändring vore för övrigt, enligt mig, önskvärd.

Hursomhelst är de faktorer som sedan praxisomläggningen lyfts fram som relevanta vid narkotikabrottslighet, hänförliga primärt till gärningsmannens skuld, en väsentlig förbättring jämfört med tidigare schabloner.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1986:14, Fängelsestraffkommittén, *Påföljd för brott: om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m.* Del 2, Motiv.

SOU 1988:7, *Frihet från ansvar. Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet.*

Proposition 1980/81:76, *Om interneringspåföljdens avskaffande och straffet för grovt narkotikabrott m.m.*

Proposition 1987/88:120, *Om ändring i brottsbalken (straffmätning och påföljdsval).*

Proposition 1999/00:124, *En ny smugglingslag m.m.*

Proposition 2009/10:147, *Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.*

Övriga källor

Åklagarmyndighetens Rätts-PM 2011:10, *Narkotika –Preparatbeskrivning*, Utvecklingscentrum, Stockholm.

Litteratur

Artiklar i tidskrifter

Asp, Petter *Högsta domstolen revolutionerar narkotikabrotten*, SvJT 2011, s. 659-668. [cit. Asp, 2011]

Asp, Petter & von Hirsch, Andrew, *Straffvärde*, SvJT 1999, s. 151-176. [cit. Asp & von Hirsch, 1999]

Jareborg, Nils, *Påföljdsbestämningens struktur*, SvJT 1992, s. 257-275. [cit. Jareborg, SvJT 1992]

Kleinig, John, *Crime and the concept of harm*, American philosophical quarterly, vol. 15, nr. 1, 1978, s. 27-36.

Perklev, Anders, *Straffmätning i narkotikamål - fyra domar från Högsta domstolen*, SvJT 2012, s. 131-143. [cit. Perklev, 2012]

- Träskman, Per-Ole, *Påföljd, proportionalitet och prioritering av samhällsstraff*, SvJT 2003 s. 173-194. [cit. Träskman, 2003]
- Ulväng, Magnus, *Suum cuique - om påföljdsbestämning och behovet av påföljdspraxis*, SvJT 2006, s. 828-841. [cit. Ulväng, 2006]
- von Hirsch, Andrew, *Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others*, Michigan law review 1986, vol. 84, nr. 4/5, s. 700-714. [cit. von Hirsch, 1986]
- Zila, Josef, *Kan ett brotts straffvärde som domstolen fastställer skilja sig från brottets "verkliga" straffvärde?*, SvJT 1999 s. 177-182. [cit. Zila, 1999]

Böcker

- Andersson, Robert & Nilsson, Roddy *Svensk kriminalpolitik*, Liber, Malmö, 2009. [cit. Andersson & Nilsson, 2009]
- Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils *Kriminalrättens grunder*, Iustus, Uppsala, 2010. [cit. Asp m.fl., 2010]
- Borgeke, Martin & Sterzel, Georg, *Studier rörande påföljdspraxis m.m.*, 4. uppl., Jure, Stockholm, 2009. [cit. Borgeke & Sterzel, 2009]
- Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010. [cit. Dahlman, 2010]
- Devlin, Patrick, *The enforcement of morals*, Univ. Press, Oxford, 1968. [cit. Devlin, 1968]
- Dworkin, Gerald *Paternalism*, I: Sartorius, Rolf (red.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, s. 19-34. [Cit. Dworkin, 1983]
- Feinberg, Joel, *The moral limits of the criminal law. Vol. 1, Harm to others*, Oxford U.P., New York, 1984. [cit. Feinberg, 1984]

- The moral limits of the criminal law. Vol. 2, Offense to others*, Oxford U.P., New York, 1985. [cit. Feinberg, 1985]
- The moral limits of the criminal law. Vol. 3, Harm to self*, Oxford U.P., New York, 1986. [cit. Feinberg, 1986]
- The moral limits of the criminal law. Vol. 4, Harmless wrongdoing*, Oxford U.P., New York, 1988. [cit. Feinberg, 1988]
- Hart, H. L. A. *Law, liberty and morality*, Oxford U.P., London, 1968. [cit. Hart, Law, 1968]
- Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, Oxford U.P., London, 1968. [cit. Hart, Punishment, 1968]
- Jareborg, Nils *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus, Uppsala, 1992. [cit. Jareborg, 1992]
- Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik, I: Victor, Dag & Ashworth, Andrew (red.), *Varning för straff: om vådan av den nyttiga straffrätten*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 19-35. [cit. Jareborg, 1995]
- Jareborg, Nils & Zila, Josef *Straffrättens påföljdslära*, 3., bearb. och uppdaterade uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010. [cit. Jareborg & Zila, 2010]
- Kleinig, John *Paternalism*, Manchester University Press, Manchester, 1983. [cit. Kleinig, 1983]
- Lernestedt, Claes *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus, Diss. Stockholm : Univ., Uppsala, 2003. [cit. Lernestedt, 2003]
- Lindell, Bengt *Notorietet och kontradiktion*, Iustus, Uppsala, 2007. [Cit. Lindell, 2007]
- Malmström, Sten, Györki, Iréne & Sjögren, Peter A. *Bonniers svenska ordbok*, 7., [fullständigt rev.] uppl., Bonnier, Stockholm, 1998. [Cit. Malmström m.fl., 1998]

- Mill, John Stuart *On liberty: with The subjection of women. and Chapters on socialism*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1989. [Cit. Mill, 1989]
- Olsson, Börje Narkotikaproblemet i Sverige: framväxt och utveckling, I: Blomqvist, Jan & Olsson, Börje, *Narkotika: om problem och politik*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 23-42. [cit. Olsson, 2011]
- Sjöstrand, Malin Straffvärde och farlighet i mål med nya narkotikor: Notoritet och bevisning vid farlighets- och straffvärdesbedömning av nya narkotiska preparat, I: Andersson, Ulrika, Wong, Christoffer & Örnemark Hansen, Helén (red.), *Festskrift till Per Ole Träskman*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 418-427. [cit. Sjöstrand, 2011]
- Stephen, James Fitzjames & Warner, Stuart D. *Liberty, equality, fraternity*, Liberty Fund, Indianapolis, 1993. [cit. Stephen & Warner, 1993]
- Träskman, Per-Ole Drakens ägg –den narkotikarelaterade brottskontrollen, I: Victor, Dag & Ashworth, Andrew (red.), *Varning för straff: om vådan av den nyttiga straffrätten*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 137-162. [cit. Träskman, 1995]
- Narkotikabrottsligheten och kontrollen av bruket av narkotika genom straffrättsliga medel, I: Blomqvist, Jan & Olsson, Börje, *Narkotika: om problem och politik*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 43-72. [cit. Träskman, 2011]
- von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of criminal harm, I: von Hirsch, Andrew & Ashworth, Andrew, *Proportionate sentencing: exploring the principles*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 186-219. [cit. Von Hirsch & Jareborg, 2005]
- Zila, Josef *Specialstraffrätten: en introduktion*, 6., uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009. [cit. Zila, 2009]

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från HD

NJA 1971 s. 396
NJA 1973 s. 590
NJA 1983 s. 754 I & II
NJA 1992 s. 235
NJA 1995 s. 661
NJA 1998 s. 512
NJA 2002 s. 365
NJA 2003 s. 339
NJA 2004 s. 235
NJA 2004 s. 786
NJA 2008 s. 653
NJA 2011 s. 357
NJA 2011 s. 563
NJA 2011 s. 675 I & II
NJA 2011 s. 799

Högsta domstolens dom den 23 mars
2012 i mål B 3851-11

Rättsfall från HovR

RH 2008:14

Svea Hovrätts dom den 30 juni i
mål B 4570-11

Hovrätten för västra Sveriges dom
den 10 oktober i mål B 3718-11