



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Christoffer Leth

Proportionalitet i straffsystemet Fokus på narkotikabrott

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Hanna Pettersson

Termin: VT 2013

Innehåll

Abstract & Sammanfattning	4
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod & Material	7
1.4 Avgränsning	7
1.5 Disposition	7
2 Straff	8
2.1 Brottsideologi	8
2.1.1 Den primitiva uppfattningen	8
2.1.2 Den kollektivistiska uppfattningen	9
2.1.3 Den radikala uppfattningen	9
2.2 Straffideologi	9
2.2.1 Proportionalitet	10
2.2.2 Allmänprevention	10
2.2.3 Individualprevention	10
2.2.4 Humanitet	11

3 Historik	12
3.1 De svenska strafflagarna	12
3.2 Narkotikastraffrättens framväxt	15
4 Domstolens arbete	17
4.1 Straffmätning och påföljdsbestämning	17
4.2 Val av påföljd	20
4.3 Straffmätning och påföljdsbestämning speciellt vid narkotikabrott	21
4.4 Kort om mefedrondomen.	23
5 Proportionalitet	25
5.1 Det abstrakta straffvärdet och proportionalitet.	25
5.2 Proportionalitetsprincipen inom straffvärdesbestämningen och avvikelser	26
5.3 Artbrottsinstitutet	28
6 Slutdiskussion	29
Käll- och litteraturförteckning	32

Abstract

This essay aims to examine the role of the principle of proportionality in the Swedish penal system, and especially in relation to drug offenses. The essay goes through the ideological grounds of the penalty, as well as criminal and narcotics criminal historical development to eventually land in today's penal system. An account of the meeting out of punishment and sanction options then takes place and the paper ends in a section specifically devoted to proportionality. The conclusion drawn is that by and large the Swedish criminal law has introduced merit as the main basis for punishment but that there are some areas that have been excluded on the basis of political considerations. Artbrott (roughly translated as "character crime", a type of crime where the perpetrator is sentenced to prison although the seriousness of the offense does not really justify it) as well as a general reluctance to take proportionality into consideration when designing the range of penalties for drug crimes has led to a lack of ideological coherence within the Swedish penal system.

Sammanfattning

Den här uppsatsen syftar till att undersöka vilken roll proportionalitetsprincipen har i det svenska straffsystemet och framförallt i förhållande till narkotikabrott. Uppsatsen går igenom straffets ideologiska grunder såväl som straffrätten och narkotikastraffrättens historiska utveckling för att till slut landa i dagens straffsystem. En redogörelse av straffmätning och påföljdsval tar därefter vid och uppsatsen avstannar sedan i ett avsnitt särskilt ägnat åt proportionalitet. Den slutsats som dras är att i stort så har svensk straffrätt infört förtjänst som huvudsaklig grund vid straffmätning men att det finns vissa områden som har undantagits utifrån politiska hänsynstagande. Artbrottsinstitutet såväl som en generell ovilja att ta proportionalitet i beaktande vid utformningen av straffskalan för narkotikabrott har lett till en bristande ideologisk koherens inom det svenska straffsystemet.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
FSK	Fängelsestraffkommittén
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NSL	Narkotikastrafflag (1986:64)
SL	Strafflag
SSK	Straffsystemkommittén
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Någon gång under termin 5 när jag läste straffrätt såg jag i förbigående en kommentar i en av läroböckerna om de oproportionerligt stränga straffen Sverige har för narkotikabrott. Det lät intressant och ovanligt provokativt för att stå i en lärobok men jag var fullt upptagen med att läsa inför tentamen och funderade inte vidare över det. Inte förrän en termin senare när det var dags att välja uppsatsämne kom jag ihåg kommentaren och bestämde mig för att leta upp den igen och ta en ny titt på den:

Av förarbetena framgår att två typer av överväganden, som inte har med brottets svårhet att göra, kan påverka straffet. Den ena gäller *vissa brott med internationell anknytning*: vid exempelvis narkotikabrott, kapning och andra terrordåd bör även straffnivån i andra länder betraktas, så att våra straffnivåer är likvärdiga med dem som förekommer utomlands. I allt väsentligt är fråga om (ett försökt till) legitimering av våra anmärkningsvärt höga straffsatser vid narkotikabrott; att de står utom all rimlig proportion till de enskilda gärningarnas skadlighet/farlighet kan inte betvivlas. (Det strider mot elementära straffrättsliga principer att lägga ansvaret för aggregerade skadeverkningar på den enskilde brottslingen.)¹

1.2 Syfte och frågeställningar

Inkörsporten till den här uppsatsen är således en kommentar om straff för narkotikabrott i en lärobok. Kvintessensen av ovanstående citat tycks mig dock inte enbart handla om narkotika utan rör sig även kring vilken förväntan vi har på proportionalitetsprincipen. Syftet med den här uppsatsen är således att undersöka den svenska straffrätten och utröna i vilken utsträckning proportionalitetsprincipen efterlevs vid straffmätning och påföljdsval och framförallt huruvida detta skiljer sig inom narkotikabrott från övriga brottstyper.

I ett försök att reda ut dessa saker, fördjupa min egen insikt i straffrättens grunder, och förhoppningsvis berika läsaren av denna artikel så skall denna uppsats besvara nedanstående frågeställningar. Tanken är att en redogörelse för fråga 1-4 skall leda fram till möjligheten att besvara fråga 5.

¹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106

1. Vilka är de ideologiska grunder som straffrätten står på?
2. Hur ser den historiska utvecklingen av svensk allmän straffrätt ut?
3. Hur ser den historiska utvecklingen av narkotikastraffrätten ut?
4. Vilka övervägande måste en domstol göra när den skall utdöma ett straff och hur tar detta sig uttryck vid narkotikabrott?
5. Vilken roll spelar proportionalitetsprincipen i dagens straffrättssystem, finns det några undantag, och vilken roll har den inom narkotikastraffrätt?

1.3 Metod & Material

Denna uppsats följer sedvanlig rättsdogmatisk metod i fråga om urvalet av material. Med det menas att uppsatsen utgår från vad som finns skrivet i lag, förarbete, praxis och doktrin.

Uppsatsens överhängande perspektiv bör närmast klassificeras som ett rättsutvecklingsperspektiv då den på ett kronologiskt sätt följer och redogör för straffsystemets utveckling.

Källorna till uppsatsen har hittats genom två olika tillvägagångssätt. Antingen genom slagning på relevanta sökord i rättsdatabasen Karnov, varpå hittade artiklar använts och vissa av deras fotnoter följts. Den andra varianten är att författaren via slagning av sökord i Google funnit relevanta uppsatser och följt fotnoterna i dem.

1.4 Avgränsning

Av utrymmesskäl är uppsatsen tämligen övergripande. Det finns enormt mycket att skriva i ämnet som skulle kunna tillföra uppsatsen ytterligare dimensioner. Detta har dock fått läggas åt sidan och detaljer och teknikaliteter såväl som motstridiga åsikter har enbart tagits med då det bedömts som absolut nödvändigt för uppsatsen som helhet.

1.5 Disposition

Uppsatsen är upplagd som följande. Först kommer jag att redogöra för den straffrättsliga teorin,

brottsideologi och straffideologi. Därefter kommer ett avsnitt som i korthet redogör för den svenska straffrättens historia och den ideologiska utvecklingen som legat bakom dagens brottsbalk varpå samma redogörelse görs för narkotikastraffrätten. Efter detta kommer ett avsnitt som beskriver hur den dömande verksamheten i praktiken går till, och de faktorer som domstolen måste ta hänsyn till för att komma fram till ett lämpligt straff. Sedan följer ett avsnitt där vi fördjupar oss i proportionalitetsprincipen och hur den uttrycks inom straffrätten vilket slutligen leder till ett betraktande av narkotikabrott sett utifrån ett proportionalitetsperspektiv. Uppsatsen avslutas med ett kapitel innehållande författarens reflektioner.

2 Straff

Grundorsaken till varför det finns något sådant som brott, och varför dessa bestraffas, kan besvaras utifrån olika perspektiv. Gemensamt är att en handling betraktas som förkastlig och att samhället, staten eller härskaren ser ett behov av en reaktion mot detta. Varför en handling ses som förkastlig är dock inget som det finns ett enhetligt svar på utan detta kan beskrivas utifrån olika brottsideologier. Dessa skall dock hållas åtskilt från de teoretiska perspektiv som försöker besvara vilka ideologiska grunder som ligger bakom straffet, dessa benämns straffideologier och kommer behandlas efter att vi haft en kort genomgång av brottsideologier.

2.1 Brottsideologi

2.1.1 Den primitiva uppfattningen

Sett utifrån den primitiva brottsideologin bestraffas brott just för att det uppvisar en olydnad mot överheten. Fokus ligger inte på själva brottets natur utan det att ett påbud överträdes. Det är en gammal form av brottsideologi som utvecklades i små sociala kretsar såsom inom familjen eller stammen. När samhället under medeltiden förändrades och statsmakten, i betydelse furstar eller enväldiga kungar, växte sig starkare så övertogs detta synsätt och perspektivet försköts från olydnad mot familjeöverhuvudet eller klanledaren till olydnad mot staten såsom förkroppsligad av fursten. I samspel med att kyrkan under medeltiden också växte i inflytande inkluderades olydnad mot Gud då dåtidens härskare kom att betraktas som givna sin världsliga position av Gud. Samtidigt kom straffrätten att brutaliseras och straffen blev mycket grymma. Jareborg spekulerar i att det var för att brotten kom att

betraktas såsom dubbelt trots i betydelsen olydnad mot Gud och furste.²

2.1.2 Den kollektivistiska uppfattningen

Den kollektivistiska uppfattningen förskjuter perspektivet från härskaren eller Gud till lagen i sig i stället. Skyddsobjektet blir normordningen och istället för härskarens ord så är det rättsfriden som skall upprätthållas. Det förkastliga i ett brott blir ohörsamheten eller likgiltighet inför lagens auktoritet. Personen som inte hörsammar lagen visar sig fientlig inför det som möjliggör fredlig samlevnad inom staten. Detta var den typ av filosofi som framförallt representerade det juridiska tänkandet under 1800-talet³

2.1.3 Den radikala uppfattningen

Den radikala uppfattningen skiljer sig från båda ovanstående i att den förnekar att ett brott är ett uttryck för en särskild attityd. Det som gör ett brott förkastligt är att det skadar ett av normordningen utpekat skyddsobjekt och förkastligheten är således av samma ursprung som det är motiverat att straffbelägga gärningen i sig självt.⁴

Den radikala uppfattningen är en av grundstenarna i den nyklassiska teorin vilket dagens straffsystem bygger på och den påföljdsreform som genomgicks 1989 återspeglar i stora delar den radikala uppfattningen om vari en brottslig gärnings förkastlighet ligger.⁵

2.2 Straffideologi

Straffideologier delas traditionellt sätt upp i två kategorier, de absoluta och de relativa. Till de absoluta brukar räknas försoning och vedergällning, till de relativa, allmänprevention och individualprevention. Utifrån de absoluta teorierna genomförs straff utan något egentligt syfte medan de relativa har ett visst syfte med straffet⁶ Eftersom den absoluta kategorin knappast är tillämplig i något modern straffsystem

² Jareborg, Nils Straffrättens ansvarslära,, lustus förlag, 1994, s.313-314

³ Jareborg, Nils Straffrättens ansvarslära,, lustus förlag, 1994, s.314.315

⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 71

⁵ Asp, Petter; Herlitz, Carl Erik och Holmqvist, Lena (red.) m.fl., Flores juris et legum – Festskrift till Nils Jareborg, lustus, 2002, s.745

⁶ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 63

så kommer den att lämnas utanför i den fortsatta framställningen.

2.2.1 Proportionalitet

På straffnivå handlar proportionalitet om förtjänst. Att ha samma straff för alla brott är inte proportionerligt då olika brott betraktas som olika i skadlighetshänseende. Sålunda finns ett behov av att straffskalor kan graderas gentemot varandra och att gärningar med samma bestraffningsvärde också har likartade straffskalor. Rättvis bestraffning sker genom korrekt bedömning av gärningens förkastlighet och gärningsmannens skuld. Är gärningen inget den tilltalade kunde råda över så kan ingen skuld tillskrivas honom.⁷

Absolut proportionalitet innebär att ett visst brott förtjänar ett visst straff och något av det mest kända får sägas vara talionsprincipen som också kan beskrivas med devisen öga för öga, tand för tand. I dagsläget finns många brott av sådan typ att de inte kan mätas genom kroppsskada eller liknande kvantifiering och att ådöma någon kroppsskada som straff anses inte heller rätt. Relativ proportionalitet betyder att man kan säga att ett brott förtjänar ett strängare eller lindrigare straff än ett annat brott och att alla som begått samma brott förtjänar samma straff.⁸

2.2.2 Allmänprevention

Syftet med allmänprevention är kort och gott att avskräcka allmänheten från att begå brott.

Teorin delas upp i tre delar varav omedelbar avskräckning syftar till att väcka människors avsky för brottet och skräck för överheten eller staten genom bevittnande av straffutmätningen. Medelbar avskräckning är rädslan för straffet om man skulle begå ett brott och moralbildningen avser att påverka människors uppfattning genom att en gärning kriminaliseras och straffas. Moralbildning är en del av vårt straffsystem även idag emedan vi har lagt bakom oss tankarna på de avskräckande momenten.⁹

2.2.3 Individualprevention

Individualprevention syftar till att motverka att den enskilde brottslingen begår nya brott. Vad sådana

⁷ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 66-67

⁸ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 68-69

⁹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 74-75

åtgärder består i spelar ingen större roll, bara de fungerar. Jareborg och Zila menar att det i den allmänna debatten bara kopplas ihop med socialterapeutiska metoder men att konceptet är mycket vidare än så och påpekar att dödsstraff utan tvivel är den mest effektiva formen av individualprevention.¹⁰

2.2.4 Humanitet

Humanitet syftar till en respekt för människovärdet. Jareborg och Zila skriver att idén om att alla människor förtjänar lika respekt och att på grund av sin egenskap av att vara människor och oberoende av förstånd och andra egenskaper förtjänar att bli behandlade anständigt inte är en tanke som kan påvisas vara sann. Tvärtom så menar de att människor på många sätt skiljer sig åt utifrån moraliskt relevanta kriterier. Deras argument baserar sig i stället på hur rationellt de anser det vara att ta denna tanke som utgångspunkt. Att människor tar ut sin frustration på andra och bygger sin självrespekt på att dominera andra anser de hota både mänsklighetens välbefinnande och dess själva existens. De flesta människor begår någon form av brott under sin livstid och en tiondel av alla män har gjort sig skyldiga till något allvarligt brott. Humanitet innebär således en medvetenhet, respekt och tolerans för människans inneboende svaghet. Det går inte att motivera en hög repressionsnivå via varken allmän- eller individualprevention eftersom man kan nå dessa mål bättre och humanare genom med andra åtgärder. Önskar man övertyga en brottsling om att han har gjort fel och bör förbättra sig kan man inte räkna med att brutalitet skall fungera.¹¹

¹⁰ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 83

¹¹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 91-95

3 Historik

3.1 De svenska strafflagarna

Strafflagen (SL) var den lag som gällde innan brottsbalken trädde i kraft 1965.

SL antogs 1864 och var av naturliga skäl präglad av det samhällsklimat och de straffrättsliga perspektiv som var förhärskande under 1800-talets första del.

En av de stora teoribildningarna som man kan se återspeglas i SL var den som kallas för den klassiska straffrättsskolan som har sina rötter i upplysningstiden. De huvudprinciper som den vilade på var framförallt likhetsprincipen, att vem gärningsmannen var inte skulle spela någon roll i utdömandet av straff samt proportionalitetsprincipen, att ett brott skulle bestraffas utifrån dess svårhetsgrad.¹²

I sann avskräckande anda var straffen hårda och dåtidens straff utgjordes av dödsstraff, frihetsstraff och böter. Det förhärskande straffet var frihetsstraff vilket kunde innebära, fängelse, fängelse på vatten och bröd eller straffarbete. Fängelse på vatten och bröd togs dock bort 1884 och dödsstraff vid fredstid avskaffades i Sverige 1921¹³

Allteftersom tiden gick trädde andra ideologiska riktningar fram och med dem i åtanke låg nya idéer bakom mycket av straffrätten under 1900-talets två första tredjedelar.¹⁴

Den sociologiska straffrättsskolan med sina tankar om individualprevention och behandling som främsta medel spelade en stor roll. Straffen skulle utmätas enligt gärningsmannens personliga förhållande och med hans sociala omständigheter i beaktande¹⁵

Grundtanken i dess filosofi nedtecknades i Marburgprogrammet 1882 av Frank von Liszt.

”avskräckning av den som inte behöver förbättras, förbättring av den som kan och behöver förbättras, oskadliggörandet av den som behöver men inte kan förbättras”¹⁶

Flera reformer av det svenska straffsystemet gjordes för att bättre stämma överens med behandlingstanken. 1906 infördes villkorlig straffdom, 1927 infördes förvaring och internering vilka var

¹² Häthén, Christian, Stat och straff, Studentlitteratur, 2004, s.183

¹³ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.21

¹⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 83

¹⁵ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.21

¹⁶ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 83

tidsbestämda påföljder och 1935 infördes även ungdomsfängelser.¹⁷

Karl Schlyter, justitieminister, introducerade 1934 ett reformprogram som syftade till att så få grupper av lagöverträdare som möjligt skulle dömas till fängelse. Däribland ungdomar, sinnessjuka och alkoholister. Istället skulle de ges vård i frihet och de som ändå behövde sättas i fängelse skulle få sin behandling där. 1938 tillsattes Strafflagsberedningen som i sitt huvudbetänkande kom fram med ett förslag till ett nytt påföljdssystem. Samtidigt som detta arbetade Straffrättskommittén med att reformera strafflagen. De presenterade sina slutledningar i Förslag till brottsbalk. På basis av dessa utredningar infördes 1965 brottsbalken som gav uttryck för ett amalgam av de två tidigare förhärskande teorierna, allmänprevention och individualprevention.¹⁸

Den klassiska skolans tankar om rättvisa och proportionalitet smältes samman med Strafflagsberedningens fokus på vård och rehabilitering som viktiga inslag. Detta framgick i den tidigare ”generalklausulen” för brottsbalken, BrB 1 kap. 7§ som föreskrev att:¹⁹

Vid val av påföljd skall rätten, med iakttagande av vad som krävs för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället

Behandlingstanken var dock inte helt problemfri och forskningen kring individualpreventiva medel fann inget stöd för att behandling hade någon effekt. Därtill uppfattades de tidsbestämda påföljderna som rättsosäkra.²⁰

”Individualiserad tvångsbehandling och rättssäkerhet hör inte ihop”²¹ som Jareborg och Zila uttrycker det.

1977 kom BRÅ ut med en rapport som starkt kritiserade hela behandlingstanken och önskade att det skulle råda proportionalitet mellan brott och straff. 1980 avskaffades ungdomsfängelse och 1981 plockades även internering bort och därmed fanns bara livstids fängelse kvar som påföljd på obestämd tid.²²

Som reaktion på kritiken framförd av BRÅ skapades Fängelsestraffkommittén (FSK) som fick i uppdrag att utreda tillämpningen av fängelsestraffet. 1986 överlämnades Påföljd för brott(SOU 1986:13–15) som

¹⁷ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.21-22

¹⁸ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.22

¹⁹ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.22

²⁰ Victor, Dag, Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem, SvJT 1999, s. 133-134

²¹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 88

²² SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.23

FSKs huvudbetänkande. Dess utgångspunkt var att allmänpreventiva skäl fortfarande borde vara anledningen till kriminalisering av en handling. Men att varken allmänpreventiva eller individualpreventiva tankar bör ligga bakom utformningen av brottens straffskalor eller vid påföljdsbestämning. Istället skall vid straffvärdesbedömning brottets svårhet och principerna om proportionalitet och ekvivalens vara utgångspunkten. Först vid verkställighet av utdömda brott ansåg FSK att individualpreventiva aspekter kunde tas i beaktande²³ Ekvivalens innebär att alla gärningstyper som har samma bestraffningsvärde ska ha liknande straffskalor.²⁴ Därtill föreslog FSK att BrB 1 kap. 7§ skulle plockas bort och ersättas med två nya kapitel för straffmätning och påföljdsbestämning. Detta skedde också genom lagstiftning och finns sedan 1989 såsom brottsbalkens kapitel 29 och 30.²⁵

1992 tillsattes Straffsystemkommittén(SSK) vars uppdrag gick ut på att göra en översyn av påföljdssystemet. Dess betänkande Ett reformerat straffsystem kom 1995 och rekommenderade att man skulle i högre grad följa de principer som låg bakom 1989 års reform. Bland annat önskade man ta bort prognosbetonade kriterier som förekommer i valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn och att alla påföljder i systemet skulle ha sin specifika plats utifrån dess svårhetsgrad.²⁶

Regeringen valde dock i sin proposition 1997/98:96 att inte tillfullo följa SSKs rekommendationer. Anledningen var att förslaget enligt regeringen inte skulle kunna tillgodose straffsystemets allmänpreventiva behov i tillräckligt mening och att mindre fokus på individen skulle kunna leda till minskad humanitet.²⁷

Martin Borgeke kommenterar regeringens slutsatser såhär:

I likhet med kommittén ansåg regeringen att det är viktigt att straffsystemet utformas så att krav på proportionalitet, rättvisa, klarhet och förutsebarhet tillgodoses. Enligt regeringen var förslaget också mycket genomarbetat, logiskt och konsekvent. Men regeringen höll med de remissinstanser som menade att dessa principer drivits för långt. Man kan, om man vill vara elak, naturligtvis undra hur man kan driva principer av detta slag "för långt". Var förslaget alltför proportionellt, allt för klart, alltför rättvist, alltför förutsebart, alltför genomarbetat, alltför logiskt eller alltför konsekvent?²⁸

2008 tillsattes Straffnivåutredningen vars förslag ledde fram till lagstiftning i juli 2010. Förändringarna

²³ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.24-25

²⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 67

²⁵ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.24-25

²⁶ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.33

²⁷ Prop .1997/98:96- Vissa reformer av påföljdssystemet, s.74-77

²⁸ Asp, Petter; Herlitz, Carl Erik och Holmqvist, Lena (red.) m. fl., Flores juris et legum – Festskrift till Nils Jareborg, Iustus, 2002, s.116

innebar en skärpt syn på allvarliga våldsbrott och en omformulering av vissa ord i BrB 29:2-3 vilket gett större utrymme i straffvärdemätningen för försvårande och förmildrande omständigheter.²⁹

3.2 Narkotikastraffrättens framväxt.

Enligt Träskman kan narkotikalagstiftningen kategoriseras i tre faser. 1600-talet fram till början av 1900-talet, perioden från narkotikakungörelsen 1923 fram till 1960-talet samt perioden som tog vid på 1960-talet och som vi fortfarande befinner oss i. Under den första fasen betraktades narkotika som ett bland andra gifter eller farliga ämnen, under den andra fasen uppmärksammades problemen som narkotika medförde men de betraktades som enskilda individers eller samhällsgruppers problem. Först i den tredje fasen började narkotika att betraktas som ett samhällsproblem och lagstiftaren började arbeta för att begränsa missbruk³⁰

Under 1864 års strafflag fanns ett fåtal bestämmelser rörande narkotika och då handlade om när någon brutit mot bestämmelserna om hantering av gifter och det orsakat kroppsskada eller dödsfall. Kriminaliseringen utvidgades något 1906 till att inte bara gälla försäljning som tidigare utan även införsel och tillverkning. Brotten bedömdes dock fortfarande som inte allt för allvarliga och straffet var enbart böter.³¹

1923 tillkom narkotikakungörelsen med anledning av Sveriges tillträde 1912 till opiumkonventionen. Kungörelsen avsåg opium och en del andra preparat och kriminaliserade bl.a. smuggling, tillverkning och innehav. Fortfarande var det dock bara böter som kom i åtanke för brott. 1930 kom en ny kungörelse som även kriminaliserade kokablad och cannabis. 1933 tillkom möjligheten att döma till fängelse vid försvårande omständigheter och 1944 kom även amfetaminpreparat att omfattas av kungörelsen.³²

1958 ökades möjligheten till fängelsestraff och nu kunde man döma upp till 6 månaders fängelse även om försvårande omständigheter inte förelåg. 1961 flyttades bestämmelserna om narkotikasmuggling till varusmugglingslagen vilken hade ett maxstraff om 1 års fängelse vid normalgraden och 2 år om det räknades som grovt. 1962 kom en ny narkotikaförordning som i princip gällde samma brott som tidigare

²⁹ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.37-40

³⁰Träskman, P O, Narkotikabrotten och kontrollen av bruket av narkotika genom straffrättsliga medel, (I) Olsson, Börje (red.) m.fl, Narkotika – om problem och politik, Nordstedts Juridik, 2011, s 52

³¹ Träskman, P O, 2011, s 53

³² Träskman, P O, 2011, s 53-54

kungörelser men vilken skärpte straffen överlag. Max straffet kunde bli 2 år men bötesstraff fanns kvar på lägre nivåer i straffskalan. Motiveringen till straffskärpningen var huvudsakligen att både missbruket och handeln hade ökat.³³

1968 kom narkotikastrafflagen (NSL) vilken sedan sin tillkomst modifierats ett flertal gånger i skärpande riktning. Maxstraffet vid lagens tillkomst var 4 års fängelse, 1969 höjdes det till 6 år och 1972 till 10 år. Träskman skriver att skärpningarna alltid har motiverats på grund av ett ökat narkotikaproblem, mer missbruk och brottslighet och på en internationalisering av brotten. Han ifrågasätter samtidigt om det verkligen funnits empiriska belägg för dessa skärpningar.³⁴

Något speciellt för straffskärpningen 1972 var vad Träskman kallar för en nordisk karusell. Mellan 1970-72 var det aktuellt med översyn i både Norge, Finland och Sverige. I Finland fastställdes straffet för grovt narkotikabrott till 10 år med motiveringen att det fanns planer för att göra detta i både Norge och Sverige. Strax därefter höjdes straffet till 10 år även i Norge och Sverige med motiveringen att man inte kunde ha ett lägre straff än Finland.³⁵

1981 var det återigen dags för en förändring i straffsatserna och minimistraffet för grovt narkotikabrott höjdes till fängelse två år samtidigt som maxstraffet för normalgraden höjdes till tre år.³⁶

När narkotikastrafflagen stiftades fanns det enligt Träskman en tydlig tanke bakom den att göra åtskillnad på de som sålde narkotika och de som själva brukade. Syftet med lagen var inte att straffa de som missbrukade utan att minska tillgången på narkotika på marknaden. Av den anledningen så var fortfarande eget bruk kriminaliserat och man ville inte försvåra för missbrukare att få vård för sitt beroende.³⁷ Tiderna förändrades dock och eget bruk kom att bli kriminaliserat 1988 med böter som påföljd. Man ansåg att en kriminalisering skulle kunna stävja bruket bland unga och att det skulle bli lättare att spåra tillverkare och leverantörer genom brukarna. I Norge och Finland var redan eget bruk kriminaliserat och som ytterligare argument betonades enhetlig nordisk lagstiftning.³⁸

1993 skärptes straffet för narkotikabruk till att inkludera fängelse 6 månader. Som syfte angavs bl.a. möjligheten att genom kroppsbesiktning ingripa tidigare samt genom att ha fängelse i straffskalan kunna utdöma påföljder innehållande vård. Samtidigt upphävdes också de regler från 1988 vilka gav vårdsökande missbrukare ansvarsfrihet. Kravet på ökade kontrollmöjligheter hade också förts fram från

³³ Träskman, P O, 2011, s 54-55

³⁴ Träskman, P O, 2011, s 57

³⁵ Träskman, P O, 2011, s 62

³⁶ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.5

³⁷ Träskman, P O, 2011, s 59

³⁸ Träskman, P O, 2011, s 59-60

polisen och i ett narkotikamifest från 1989 proklamerade polisen att ”det skall vara jobbigt att vara missbrukare” i vilket de syftade på användandet av kontrollåtgärder för att försvåra missbrukarnas vardag. De ökade kontrollmöjligheterna och satsningen på eget bruk fick också väntat resultat, en rapport från 2000 bekräftar att antalet lagförda fall av ringa narkotikabrott ökat markant medan insatser mot grova narkotikabrott tycks ha förlorat viss prioritet.³⁹

2006 förändrades NSL ytterligare en gång för att omfatta befattning med narkotikaprekursorer.⁴⁰ Straffet på ringa nivå är i paritet med ringa narkotikabrott, vid normalgraden är maxstraffet dock bara två år och vid grovt brott är straffskalan fängelse sex månader till sex år. Förändringarna gjordes för att vara i överensstämmelse med EU-reglering.⁴¹ Vid de narkotikabrott som endast rör till landet olaglig införsel tillämpas istället för NSL smugglingslagen. Den abstrakta straffnivån är dock identisk med NSL för alla svårhetsgrader.

Träskman summerar dagens straffrättsliga inställning med följande mening:

Den straffrättsliga kontrollen av narkotika i Sverige har blivit starkt präglad av vissa ideologiska ställningstaganden. Den kanske viktigaste av dessa är ställningstagandet om absolut nolltolerans mot narkotika och accepterandet av det kriminalpolitiska syftet att narkotikakontrollens mål är att uppnå ett narkotikafritt samhälle.⁴²

4 Domstolens arbete

4.1 Straffmätning och påföljdsbestämning

Straff för brott är i svensk rätt enligt BrB 1 kap 3 § böter eller fängelse. Annan påföljd för brott än straff är villkorlig dom (27 kap. BrB), skyddstillsyn (28 kap. BrB) eller särskild vård (31 kap. BrB).⁴³

Utgångspunkten för domstolens dömande funktion i brottsmål är begreppet straffvärde i BrB 29:1 och bestämmelserna i BrB 29:2-3 som används för att precisera detta.⁴⁴

³⁹ Träskman, P O, 2011, s 60-61

⁴⁰ Narkotikaprekursorer är ämnen som kan användas för tillverkning av droger och regleras i NSL 9 §

⁴¹ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.11

⁴² Träskman, P O, 2011, s 59

⁴³ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 14

⁴⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 108

Straffvärde delas upp i två underkategorier, det abstrakta och det konkreta straffvärdet.⁴⁵ Till att börja med måste domstolen utröna det abstrakta straffvärdet som är tillämpligt, dvs. den straffskala som den lagstiftande församlingen bedömt lämplig för den typen av brott..⁴⁶

Exakt hur detta bedöms varierar beroende på vilken typ av brott vi talar om. Vid stöld eller narkotikabrott handlar det ofta om kvantitet medan vid t.ex. misshandelsfall fästes vikt vid potentiell skada och om våldet kunde vara dödligt.

En straffskala innehåller alltid ett straffmaximum och även ibland ett minimum. Är inget specifikt minimum angivet så gäller 26 kap. 1§ BrB som anger att lägsta tid är 14 dagars fängelse.

BrB 29:1 2st säger att vid bedömning av straffvärdet skall domstolen beakta den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit samt vad den tilltalade insett, bort inse samt haft för avsikt till. Asp och Von Hirsch ser detta som att straffvärdet i princip är samma sak som brottets svårhet.⁴⁷

Jareborg och Zila menar däremot i deras lärobok att ett brotts straffvärde inte är exakt samma sak som dess svårhet. Detta eftersom svårhet har en dubbel betydelse och för att straffvärdet kan påverkas av variabler som inte har med svårheten att göra. Rent allmänt så håller de dock med om att svårhet betecknar en bedömning av gärningsmannens skuld och själva gärningens skadlighet. Men de påpekar också att svårheten är från en juridisk-teknisk synvinkel också den faktor som avgör i vilken svårhetsgrad av en brottstyp som en gärning kan hamna i.⁴⁸ Exempelvis huruvida en misshandel klassificeras som av normalgraden eller grov.

Sådana saker som gärningsmannens allmänna leverne och andra sociala omständigheter är inte längre något som skall vägas in av domstolen i och med avskaffandet av BrB 1:7. Inte heller skall betraktas preventionssyfte när det konkreta straffvärdet avgörs utan proportionalitet och ekvivalens är avgörande. Straffvärdet utgör också i de flesta fall den övre gräns inom vilken domstolen har frihet att döma. Domstolen får normalt ej gå över vad som är i straffvärdet för det aktuella brottet angivet men kan av billighetsskäl enligt BrB 29:5-7 utdöma lindrigare påföljd.⁴⁹

⁴⁵ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 103

⁴⁶ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 103-104

⁴⁷ Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 151

⁴⁸ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 105

⁴⁹ Dag Victor, "Artbrotten" och de korta fängelsestraffen – teoretiska frågor, SvJT, 2003, s 121

Brottsbalken innehåller dock också ett par regler som möjliggör överskridande av straffmaximum och dessa återfinns i kap 26, antingen som ett gemensamt straff för flera brott som 26 kap. 2§ eller vid återfall enligt 26 kap. 3§.

När en straffskala bara innehåller fängelse så är utgångspunkten att straffet skall sättas till minimilängden. Anledningen till detta är att domstolen måste motivera varför någon skall dömas till ett strängare straff än det för miniminivån. En annan anledning till att miniminivån används som utgångspunkt är att vissa brott är gradindelade och då används inte de nivåer som överlappar varandra.⁵⁰

Innan man tar i beaktande de brottsexterna regleringar som finns reglerade i BrB 29:2-3 skall domstolen först beakta de brottsinterna omständigheter som kan ha en förmildrande eller försvårande inverkan. Med brottsinterna omständigheter menas de faktorer som utifrån brottsbeskrivningen kräver viss skada och farlighet eller skuld. Jareborg och Zila ger som exempel att misshandel i regel förutsätter kroppsskada, sjukdom eller smärta. De brottsinterna omständigheterna är också aktuella vid bedömningen av vilken svårhetsgrad ett brott faller inom. Vid bedömning om det är en grov misshandel är exempelvis huruvida gärningen varit livsfarlig en viktig faktor som går att utläsa ur brottsbeskrivningen. Uppsåt och oaktsamhet räknas också till brottsinterna faktorer där normalt uppsåt bedöms svårare än oaktsamhet⁵¹

I BRB 29 kap. 2-3 nämns de externa omständigheter som vid bedömningen av gärningens straffvärde skall betraktas som försvårande respektive förmildrande omständigheter. Exempelvis om brottet föranletts av någon annans uppenbart kränkande beteende, om den tilltalade lidit av en allvarlig psykisk störning eller om brottet föranletts av stark mänsklig medkänsla kan detta betraktas som förmildrande omständigheter. I försvårande riktning räknas bl.a. om gärningsmannen visat stor hänsynslöshet eller utnyttjat någon annans skyddslösa ställning. Uppräkningen är inte uttömmande och för mer detaljer hänvisas till lagtexten.

I förarbetet till BrB 29:2-3 sägs att syftet med uppräkningsreglerna är att ange de vanligaste förekommande anledningarna till skärpningar såväl som lindring vid straffmätningen. Uppräkningen är således enbart exemplifierande och utesluter inte att andra faktorer som bedöms relevanta tas i beaktande.⁵²

Jareborg och Zila är noga med att poängtera att vid straffvärdebedömningen är det brottets konkreta skada som skall bedömas och inte den aggregerade skadan. Som exempel ger de att vore det tvärtom

⁵⁰ Borgeke, Att bestämma påföljder för brott, Nordstedts Juridik, 2008, s. 136-137

⁵¹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 110-111

⁵² Prop. 1987/88:120 – Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.), s.81-86

skulle ett butikssnatteri ha ett högre straffvärde än en stöld av normalgraden. På samma sätt påpekar det att faran som skall bedömas är vad som är relevant och inte vad som skulle kunna hända. Vid stöld av en cykelhjälm inkluderas inte faran att cyklisten sedermera avlider i en trafikolycka på grund av att denne är oskyddad.⁵³

Det är viktigt att påtala att när domstolen skall ta hänsyn till de faktorer som enligt BRB 29:2-3 § kan påverka placeringen av ett brotts svårhetsgrad så skall detta enbart tas hänsyn till en gång. Det vore exempelvis inte acceptabelt om en gärningsmans agerande först skärpte bedömningen från misshandel till grov misshandel som svårhetsgrad, för att därefter till fullo ligga honom till last ytterligare en gång vid bedömningen av det konkreta straffvärdet. Inte heller är det tänkt att förmildrande omständigheter skall kunna räknas dubbelt. Dock påpekar Jareborg & Zila att det i vissa fall kan finnas kvar en form av överskott som ändå tas i beaktande vid straffmätning. Exempel på detta är om kvantiteten narkotika överstiger gränsen för ett grovt brott med sådan råge att det överskjutande partiet bör betraktas vid straffmätningen. Eller i det fallet att en stöld på liknande vis på ett markant sätt överstiger gränsen för grovt brott.⁵⁴

4.2 Val av påföljd

De påföljder som kan följa på brott är böter, fängelse och villkorlig dom. Därtill kan domstolen döma tre personkategorier till skyddstillsyn, unga lagöverträdare, missbrukare och psykiskt störda lagöverträdare.⁵⁵

30 kap. BrB handlar om påföljdsval. 1§ stadgar att fängelse är att anse som en svårare påföljd än villkorlig dom och skyddstillsyn.

30 kap. 4§ är närmast att betrakta som en slags generalklausul och lyder:

Vid val av påföljd skall rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Därvid skall rätten beakta sådana omständigheter som anges i 29 kap. 5 §
Som skäl för fängelse får rätten, utöver brottslighetens straffvärde och art, beakta att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott. Lag (1988:942).

⁵³ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 110

⁵⁴ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 111-112

⁵⁵ SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder, s.41

Ribban för lindrigare påföljd än fängelse har satts vid ett straffvärde på 1 år där allting över i princip talar för en mycket stark presumtion för fängelse. Straffvärde under detta lutar istället mot alternativa straff istället för fängelse.⁵⁶

Om man ser till praxis så undermineras dock denna funktion i många fall av artbrottsinstitutet vilket kommer behandlas nedan i avsnittet om proportionalitetsprincipen.

4.3 Straffmätning och påföljdsbestämning speciellt vid narkotikabrott

Narkotika som begrepp definieras i Sverige enligt 8 § narkotikastrafflag (NSL) och omfattar läkemedel och hälsofarliga varor med beroendeframkallande eller euforiska egenskaper.

Vilken form av hantering som är kriminaliserad går att utläsa ur NSL 1 §. Gärningsbeskrivningarna är omfattande och syftet har varit att kriminalisera alla former av hantering som inte är uttryckligen tillåten genom lag.⁵⁷

Straffmätning när det gäller narkotikabrott skiljer sig något från andra brott i fråga om praxis. Straffvärdet skall naturligtvis utrönas från såväl de brottsinterna faktorerna såsom de externa i BrB 29:2-3 men just när det gäller narkotika har en speciell domstolspraxis på området utvecklats vilken i huvudsak sett till sort och mängd narkotika.

Denna praxis som utvecklats har sin början i den så kallade Chefsrådmännens lista vilken tillkom i slutet av 1980-talet på initiativ av flera chefsrådmän vid olika domstolar som såg ett behov av en gemensam praxis och farlighetsbedömning av narkotika. Särskilt hänseende gav de till gränsdragningsproblematiken kring narkotikabrott av ringa samt normalgraden då det förelåg olikheter där mellan de stora domstolarna. Exempelvis krävdes i Stockholm 40g heroin medan det i Malmö räckte med 20g för att ett brott skulle betraktas som grovt. Dessa listor uppdaterades sedermera allteftersom det behövdes.⁵⁸

Parallellt med detta arbetar också Georg Sterzel med sin sammanställning av domstolspraxis vilken även den innehöll statistik över narkotikabrott och det visade sig att denna redan under 1980-talet hade fått en stor spridning bland domare. Vid mitten av 1990-talet hade verket fått så stor spridning att det med

⁵⁶ Prop. 1987/88:120 – Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.), s. 100

⁵⁷ Träskman, P O, 2011, s 56-57

⁵⁸ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.12-13

Sterzels tillstånd började kopieras upp och spridas officiellt inom domstolarna. 1998 gav Sterzel även ut det för första gången i bokform under titeln Studier rörande Påföljdspraxis vilken sedermera kommit i flera upplagor och numera ges ut av Martin Borgeke.⁵⁹

Chefsrådmännens lista och Sterzels sammanställningar var dock inte de enda tabellerna som användes utan vid vissa domstolar som hade många narkotikamål förekom det också att de hade egna sammanställningar på de domar som de tidigare avgivit. Det fanns särskilda tabeller i bl.a. Ystad, Trelleborg och Helsingborg.⁶⁰

2002 skapades Drograxisgruppen bestående av domare, åklagare och försvarare för att samordna domstolarna så att praxis tolkades enhetligt. Gruppens arbete kom i mängdresonemangsfrågor att basera sig på en sammanställning av riktlinjer för mätning av straffvärdet gjord något tidigare vid Hovrätten över Skåne och Blekinge.⁶¹

Drograxisgruppen kom i sina riktlinjer fram till att HDs praxis skulle vara utgångspunkten och att de nya tabellerna som skulle sammanfogas inte allt för mycket fick avvika från tidigare för att säkra enhetligheten i praxis. Tabellerna upprättades i huvudsak med kurirverksamhet och andra former av hantering och transport i åtanke.⁶²

Ulväng förhåller sig i sin artikel i SvJT 2008 kritisk till hur tabellerna upprättats och inför dess användning. Han stöder förvisso tanken på att tabellernas existens bidragit till ökad likhet i rättstillämpningen, men han befarar också att de genom dess fokus på just kurir och smuglingsfall enkelriktat straffmätningen till att förhålla sig för mycket till farlighet och mängd. Därtill befarar han att tabellernas existens och sättet de tillämpats på bidragit till ökningen i repressionsnivå av denna typ av brott.⁶³

Borgeke beskriver påföljdssituationen fram till våren 2011 såsom ett mönster av enhetlighet med en betydande grad av förutsebarhet. Anledningen till detta var just att påföljdsbedömningen i mycket hög grad enbart styrdes av den faktor som särskilt skall beaktas vid bedömning om brottet är grovt eller ej, dvs. mängdkriteriet. Borgeke skriver att även om det flera gånger uttalats att alla relevanta faktorer måste tas med vid straffmätningen så fick förhållanden bortom mängd och sort ändå relativt liten

⁵⁹ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.13

⁶⁰ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.26

⁶¹ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.27-29

⁶² Borgeke & Sterzel, Studier rörande påföljdspraxis, Jure förlag, 2009, s. 615-616

⁶³ Ulväng, Magnus, Suum cuique – om påföljdsbestämning och behovet av påföljdspraxis, SvJT 2008, s. 838-839

inverkan. Denna situation ändrades dock avsevärt den 16:e juni 2011 då HD avkunnade dom i den s.k. mefedron domen (NJA 2011 s. 357)⁶⁴

4.4 Kort om mefedron domen.

Mefedron är en syntetisk katinon och narkotikaklassad sedan maj 2009. 9 personer var åtalade i det ursprungliga målet medan 3 fullföljde ända upp till HD. En av de tre (N) var mindre delaktig och dömdes för att i samråd med fyra andra ha beställt 100g mefedron via internet till ett pris av 10000. Narkotikan levererades dock aldrig.⁶⁵

Huvudpersonerna M och L dömdes för två fall av narkotikabrott och narkotikasmuggling för två incidenter då de köpt 1kg mefedron i Tyskland och fört in i Sverige i överlåtelsesyfte, samt för att de lyckats sälja delar av partierna. De dömdes även för försök och stämpling till narkotikabrott och narkotikasmuggling för två partier a´ 0,5kg och 9,5kg vilka dock ej levererades⁶⁶

På grund av mefedrons relativt korta existens på marknaden fanns en osäkerhet kring hur farligt preparatet var. Vissa domstolar hade jämfört det med ecstasy medan andra ansåg att det ej var farligare än amfetamin. Tingsrätten som dömde gick på den senare linjen. Domen blev fängelse sex år för de båda huvudmännen samt villkorlig dom med samhällstjänst och ett alternativt fängelsestraff på 6 månader för N.⁶⁷

Tingsrättens dom överklagades av M, L, N och åklagaren. Åklagaren yrkade på skärpning och de tilltalade på lindring i påföljdsdelen. Hovrätten hänvisade till flera tidigare avgöranden från Svea hovrätt där mefedron i farlighetsgrad likställdes med ecstasy, varpå hovrätten ansåg att mängdgränsen för grovt brott borde ligga redan vid 15g. Därtill kunde hänvisas till sakkunniga vilka delade hovrättens bedömning i farlighetshänseende. Med tillämpning av 26 kap 2§ BrB vilken tillåter högre fängelsestraff än den abstrakta straffskalan vid flerfaldig brottslighet så dömdes M och L till fjorton års fängelse och N till ett år.⁶⁸

De tilltalade överklagade till HD och begärde återigen lindring i påföljdsdelen. N ville dessutom att hans brott skulle betraktas som försök till brott av normalgraden och inte grovt brott såsom hovrätten bedömt

⁶⁴ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.30-31

⁶⁵ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.31

⁶⁶ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.31

⁶⁷ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.32

⁶⁸ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.32

det. HD gjorde först en farlighetsbedömning av mefedron där preparatet bedömdes ligga i nivå med amfetamin. HD gick sedan igenom den praxis som utvecklats kring rubricering och straffmätning av narkotikabrott och informerade om att grovt brott huvudsakligen är avsett för sådana gärningar som är del av en organiserad brottslighet inriktad på vinning. HD konstaterade också att brott i direkt samband med eget missbruk är normalt inte avsett att betraktas som grova brott och har ett lägre straffvärde.⁶⁹

I fråga om påföljdsbestämningen menade HD att sort och mängd av narkotika förvisso hade en stor betydelse, speciellt i när det gäller brott som ej är grovt. HD menade dock att det föreligger vissa svårigheter i bedömningar baserade på tabeller och möjligheten att bedöma preparats farlighet. Därtill är det inte lätt att bedöma vilken mängd som utgör en missbruksdos. HD ansåg att det fattades ett övertygande vetenskapligt underlag för sådana bedömningar. Sålunda blev HDs slutsats att bedömningar med grund i tabeller måste användas med försiktighet och speciellt när det gäller stora volymer. Risken är annars för stor att man i många fall enkelt når maximum av straffskalan. HD dömde M och L till fängelse i fyra år och N dömdes till villkorlig dom med 100 timmar samhällstjänst och ett alternativstraff på fängelse tre månader.⁷⁰

Den förändring som mefedrondomen framkallade är markant. HD har enligt Borgeke gjort klart att tidigare sätt att bestämma påföljd för narkotikabrott inte längre skall användas utan straffvärdet vid narkotikabrott och narkotikasmuggling numera skall sättas på samma vis som andra brott. Med det menas att de omständigheter som nämns i NSL 3 § och smugglingslagen 6 § verkligen skall fästas hänseende till vid bedömningen av ett brotts grad av svårhet och straffvärdet. Sålunda skall domstolarna ta i beaktande den tilltalades roll och grad av delaktighet i hanteringen. Samtidigt skall också bedömas vilket insikt den tilltalade haft i den eventuella organisationen samt dennes avsikt.⁷¹

Borgeke drar efter analys av mefedrondomen och efterföljande domar dock slutsatsen att när det gäller bedömningen om ett brott skall räknas som ringa eller av normalgraden så har inte någon större förändring skett. Däremot konstaterar han att HD har angett att de brott som bara ligger precis över gränsen för ringa brott enbart korresponderar till fängelsestraffets generella minimum, 14 dagar.⁷²

HD har i frågan kring gränsen för grovt brott framfört att mängd och sort fortfarande kan få spela en initial roll vid straffvärdebedömningen men att detta resonemang till slut kommer till en punkt där ytterligare mängd har spelat ut sitt värde och inte föranleder en skärpning. Gränsen i straffvärde har HD

⁶⁹ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.33

⁷⁰ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.33-34

⁷¹ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.51-52

⁷² Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.52

satt till strax under fem år för cannabis, fem år för amfetamin, mefedron och ecstasy samt fem år och sex månader för kokain. För heroin föreligger fortfarande viss oklarhet.⁷³

När man talar om påföljdsvalet så konstaterar Borgeke att narkotikabrott och narkotikasmuggling av normalgraden förhållandevis ofta leder till strängare påföljd än villkorlig dom eller skyddstillsyn och detta med hänvisning till brottets art. Han påtalar dock att narkotikabrott ej nämndes i påföljdsbestämmningspropositionen (se prop. 1987/88:120 s.100) som ett av de brott av sådan art där skärpt påföljdsval var lämpligt. I stället konstaterar han att en sådan tolkning är något som växt fram i praxis.⁷⁴

Även i fråga om ringa brott och dess artvärde har HDs nya praxis inneburit förändringar.

Borgeke skrev i sin artikel i SvJT 1999 följande om frågan:

Med ett mycket högt ”artvärde”, såsom regelmässigt vid mened, narkotikabrott, jaktbrott, vapenbrott och grövre trafikbrottslighet (se tabellen ovan), krävs i fråga om straffvärdet normalt inte mera än att detta ligger på fängelsenivån för att fängelse skall ådömas om inte billighetsskäl eller skäl enligt 30 kap. 9§ andra stycket BrB föreligger⁷⁵

Efter analys av den andra mefedrondomen (NJA 2012 s. 000) drar Borgeke en ny slutsats vad gäller praxis. När straffvärdet motsvarar fängelse en månad eller kortare tid och speciellt om brottet rör innehav för eget bruk är artvärdet inte längre sådant att det motiverar fängelse. Först om straffvärdet når upp till två månader är det så att en prövning enligt 30 kap. 4 § BrB motiverar en fängelsedom, men även då finns möjlighet till villkorlig dom med samhällstjänst eller skyddstillsyn om inte straffmättningsvärdet går över tre månader.⁷⁶

5 Proportionalitet

5.1 Det abstrakta straffvärdet och proportionalitet.

Ulväng skriver att man på ett rent teoretiskt plan kan säga att det helt ankommer på lagstiftaren att avgöra straffskalan men framhåller att när denne skall bedöma ett brotts relativa straffvärde i förhållande till andra brott så måste det även ses till hur bedömningar av straffvärdet görs i praxis. På så vis formas

⁷³ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.54

⁷⁴ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.57-58

⁷⁵ Borgeke, Martin, Brottsens art – några tankar kring en svårgripbar företeelse, SvJT 1999, s.230

⁷⁶ Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013, s.59-60

en växelverkan mellan lagstiftaren och domstolarna. Hur straffvärd en viss gärning är skriver Ulväng är en rent normativ fråga och den påverkas av vilken typ av ideologi som ligger bakom systemet. Vid en stark betoning på individualprevention finns ett behov av vida straffskalor för att kunna anpassa straffet till den dömdes förhållande, däribland möjligtvis ej tidsbegränsade straff för att få maximal effekt. Om fokus istället ligger på allmänprevention kan det finnas behov av stränga straff för att få så stor avskräckande effekt som möjligt. I ett system som baseras på proportionalitet och humanitet anser Ulväng att det också finns ett behov av en stor skala mellan straffminimum och maximum. Anledningen till detta är att rangordningen mellan brottstyper och dess straffvärde inte får sättas ur spel och att man måste kunna utläsa från straffskalorna vilken nivå brottens svårhet ligger på. Han menar att ju fler situationer som ryms inom brottsbeskrivningen desto större behov av att kunna differentiera i straffmätningen men att straffskalan inte får bli så omfattande att den inte stämmer överens med rangordningen i förhållande till andra brott. Detta problem anser han kan i huvudsak avhjälpas genom argumentation kring de för brottet givna kriterierna vid straffvärdebedömningen.⁷⁷

I fråga om våra straffskalors relativa svårhet säger Ulväng:

Av det förhållande att de nu gällande straffskalorna inte har skapats vid samma tid följer, som en oundviklig konsekvens, att man inte kan utgå från att respektive brottstyps straffskala återspeglar dagens uppfattning av en gärningstyps förkastlighet eller klandervärdhet.⁷⁸

5.2 Proportionalitetsprincipen inom straffvärdesbestämningen och avvikelser

Som nämnts ovan var brottsbalken vid sin tillkomst 1965 fokuserad på att hålla en balans mellan allmänprevention och individualprevention. Brottsbalken såsom vi kan känna igen den idag kan däremot sägas ha fått sin tillkomst vid straffreformen 1989 då 1 kap 7§ plockades bort ur brottsbalken och ersattes med 29 och 30 kapitlet. Kraven på proportionalitet kom dock tidigare än så i och med BRÅs rapport från 1977.

⁷⁷ Ulväng, Magnus, Påföljds konkurrens – problem och principer, Lustus, 2005, s. 158-159

⁷⁸ Ulväng, Magnus, Påföljds konkurrens – problem och principer, Lustus, 2005, s. 160

Så här skrivs i propositionen till 1989 års lagändring:

Föreskriften att straffvärdet skall vara avgörande för straffmätningen är ett uttryck för den vikt som bör läggas på principerna om ekvivalens och proportionalitet eller med andra ord att lika svåra brott skall ges lika stränga straff och att svårare brott skall straffas strängare än lindrigare brott.⁷⁹

Ovanstående är således utgångspunkten för all straffvärdebedömning inom dagens straffrättssystem.

FSK gick i sin utredning igenom tio olika argument som använts för att motivera straffskärpningar och kom fram till att de faktorer som inte hade något att göra med brottets svårhet ej heller var relevanta, undantaget brott med internationell anknytning. Exempel på detta som angavs var narkotikabrott, flygplanskapning och andra former av terroråd⁸⁰

Asp och Von Hirsch påpekar här klart och tydligt att

för att straffnivån i andra länder överhuvudtaget skall behöva åberopas fordras att man vill avvika från den straffvärdebedömning som sker med beaktande av ett brotts svårhet. Uttalandet i FSK:s betänkande är såtillvida mycket intressant som det innefattar ett officiellt erkännande av att straffnivån vad gäller bl. A. Grovt narkotikabrott står utom proportion till faktorer som skada, fara, kränkning osv.⁸¹

Asp och Von Hirsch ser det som en självklarhet varför FSK skulle vilja ta hänsyn till straffnivåerna i andra länder. Argumentationen bygger på preventiva åtgärder och de ser det som lika självklart att den bara kan komma att föras i en riktning, nämligen i en straffskärpande sådan. Sålunda betraktas bara straffnivåerna i länder med strängare straff en vårt eget och andra länder såsom Nederländerna, känt för en mycket mer liberal narkotikapolitik, ignoreras. Anledningen tycks vara en fruktan för att Sverige skulle kunna bli ett ”straffparadis” när det gäller narkotikabrott.⁸²

Asp och Von Hirsch uttalar sig kritiskt mot den här typen av undantag från proportionalitetsprincipen och konstaterar att ett första argument mot detta synsätt är att det helt enkelt innehåller orättvisa. En person som döms kommer inte få ett straff som reflekterar deras gärning eller avsikter utan ett som är strängare än de gjort sig förtjänta av eftersom Sverige har satt sin straffskala högre på grund av internationella faktorer. En annan argumentationslinje som framförs är gentemot vad Asp och Von Hirsch kallar ”systemets interna koherens”⁸³. Det finns inga empiriska data som stöder tanken på att

⁷⁹ Prop. 1987/88:120 – Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.), s. 77-78

⁸⁰ Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 152-153

⁸¹ Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 153

⁸² Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 153

⁸³ Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 153

längre straff skulle minska brottsligheten och de ställer sig frågande till om det är straffsatserna som styr narkotikahandeln och inte efterfrågan såsom vid alla andra produkter.⁸⁴

En andra intressant meningsyttring framkom också under FSKs arbete. Farhågor yttrades om att reformen inte i tillräcklig mån skulle tillåta allmänpreventiva beaktande. Departementschefens svar var blev att hon såg inget hinder mot att man beaktar allmänpreventiva intressen vid bedömningen av den generella straffnivån eller det allmänna straffvärdet.⁸⁵

I första hand ankommer det på lagstiftaren att vid bedömning av vilka straffskalor som skall gälla väga in sådana omständigheter som att brottsligheten blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former.

I vissa fall kan det emellertid också finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl.⁸⁶

Om detta skriver Jareborg & Zila att ”Detta förarbetsuttalande innebär alltså att det konkreta straffvärdet ibland (kanske) kan påverkas av (det föreställda) behovet av allmänprevention”⁸⁷ De säger dock också att uttalandet inte innebär något stöd för att mer allmänt låta ett behov av allmänprevention ligga till stöd för högre straffnivåer, det skulle inte vara förenligt med lagtext. Samtidigt citerar de ett majoritetsuttalande i HD(NJA 1989 s 870) där det skrivs att ”i förarbetena betonas att endast de viktigaste inslagen har angetts och nämns särskilt att vid sidan av dessa bl.a allmänpreventiva hänsyn kan påverka utfallet av en straffvärdebedömning”⁸⁸ I detta menar de att HD har förvanskat förarbetenas innehåll då departementschefens reservationer ej återgetts. I fotnoten på sida 107 nämner de att även i ett par andra fall så har HD resonerat utifrån allmänprevention, men att praxis i det stora hela lyckligtvis inte tagit något intryck av dessa domar⁸⁹ Von Hirsch, som också uppmärksammat NJA 1989 s. 870, nämner att orsaken till HDs allmänpreventiva resonemang var att andelen unga som utförde rån hade ökat.

5.3 Artbrottsinstitutet

Enligt andra stycket 30 kap 4 § får domstolen döma till fängelse utifrån brottets art fastän straffvärdet ej uppgår till 1 år eller att det påkallas utifrån ett återfallsperspektiv.⁹⁰

⁸⁴ Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999, s. 153-154

⁸⁵ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106

⁸⁶ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106

⁸⁷ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106

⁸⁸ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106

⁸⁹ Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010, s. 106-107

⁹⁰ Von Hirsch och Påle, Artbrott, SvJT 1999, s241

Begreppet artbrott skapades i samband med påföljdsbestämmningsreformen 1988 men har enligt Von Hirsch och Påle sitt ursprung i tidigare domstolspraxis. Innan reformen, då BrB 1 kap. 7§ fortfarande var i kraft så användes de korta fängelsestraffen huvudsakligen i allmänpreventivt syfte.⁹¹

I sitt förslag önskade FSK att lagstiftaren skulle avgöra när nya artbrott skulle tillkomma och gamla utrangeras. Detta förslag blev dock inte verklighet och som resultat är det upp till domstolarna i praxis att förhålla sig till artbrott och deras modifikation. Von Hirsch och Påle påpekar att frågan om vilken typ av brott som skall betraktas som artbrott är sparsamt behandlat i förarbete, doktrin och praxis.⁹²

6 Slutdiskussion

Så vilka slutsatser kan man då dra från ovanstående framställning?

Det straffrättsliga tänkandet har på kort tid sett ur ett historiskt perspektiv, bara ett par århundrade, genomgått omfattande förändringar. Från att se straffet ur en allmänpreventiv synvinkel till en period då behandling och individualprevention var förhärskande och slutligen till våra dagar då alla de stora teorierna smälter samman. Utgångspunkten för kriminalisering är fortfarande allmänpreventiv men utmätningen av straffet skall i huvudsak göras utifrån förtjänst. Påföljdsvalet har fortfarande vissa inslag av individualprevention, främst vid skyddstillsyn och särskild vård. Humanitetskonceptet, om än något svårdefinierat, kan sägas genomsyra rättssystemet med sin grundläggande värdering om mänsklig värdighet och avståndstagande från grymma straff.

Det som står ut mest när man betraktar nutidens straffrättssystem är att vi fortfarande i viss mån saknar en fullständig ideologisk koherens, framförallt inom påföljdsbestämningen. Sedan straffrättsreformen 1989 skall fängelse i allmänhet undvikas om straffvärdet hamnar under 1 år. Samtidigt har vi bibehållit användandet av artvärde när vi väljer påföljd. Ett sådant förfarande kan inte betraktas som annat än inkonsekvent och ett förkastande av proportionalitetsprincipen till förmån för allmänpreventiva hänsynstaganden. Detta anser jag inte är något som bör ske utifrån den tyngd vi lagt på proportionalitetsprincipen i förarbeten och lagtext. Ett steg i rätt riktning vore om artbrotten kom att helt definieras av lagstiftaren så att dess omfattning klart och tydligt anges i lagtext, legalitetsprincipen kräver detta. Det vore dock fortfarande att hänge sig åt en form av allmänprevention som fortfarande

⁹¹ Von Hirsch och Påle, Artbrott, SvJT 1999, s241

⁹² Von Hirsch och Påle, Artbrott, SvJT 1999, s241-242

åsidosätter den relativa svårheten mellan artbrott och icke-artbrott. Det går inte att komma ifrån att allmänprevention har mycket att göra med ren maktutövning och mycket lite att göra med rättvisa. Ett bättre alternativ vore att avskaffa artbrottsinstitutet helt.

När det gäller narkotikabrott så är denna inkonsekvens särskilt påfallande.

Det nyttjande av tabeller som utvecklats som hjälpmedel för domstolar kan sägas ha bidragit till en enhetlig påföljdspraxis inom narkotikabrott, måhända ännu mer enhetlig än vid andra brottstyper. Sålunda kan man förvisso säga att det föreligger proportionalitet inom brottstypen narkotikabrott och mellan sådana domar då man åtminstone under senare tid tillämpat samma tabeller. Samtidigt har tabellerna medfört att man många gånger i för hög grad sett till mängd och sort vilket med åsidosättande av övriga kriterier troligtvis åstadkommit ett högre straffvärde än vad brottets egentliga svårhet påkallade. Förändringen i praxis som åstadkommit i och med mefedrondomen tycks ha lindrat något av problemet och är högst välkommen. Man kan bara önska att den kom tidigare.

Det faktum att ringa narkotikabrott dessutom betraktas som ett av artbrotten har gjort att fängelsestraff tillämpas i situationer då andra brott med samma straffvärde enbart leder till villkorlig dom och böter. Måhända är detta ett effektivt sätt att stävja brott, en sådan frågeställning ligger utanför denna uppsats omfång, men det är svårt att se hur det skulle kunna betraktas som rättvist. Narkotikabrott är tyvärr inte ensamt i den sitsen.

Om man skall jämföra narkotikabrott med andra brott i fråga om proportionalitet, eller om vi skall tala om huruvida narkotikabrott överlag bestraffas proportionerligt med dess svårhet, så hittar vi ytterligare diskrepanser men den här gången på den abstrakta straffskalans nivå.

När det gäller brott med internationell anknytning, däribland narkotikabrott, uttalade sig FSK i sitt betänkande och sade att straffnivåerna i andra länder kunde vara relevanta att se till. Detta gjordes också och har lett till mycket stränga straff för grova narkotikabrott. Således kan det ifrågasättas om det överhuvudtaget förelegat någon ambition hos lagstiftaren att ta proportionalitet i beaktande. De åtskilliga förändringarna av NSL i skärpande riktning samt kriminaliseringen av eget bruk, något som inte stämmer överens med tanken kring att ej kriminalisera självskadebeteende, kan av den här artikelns författare ej ses som ett uttryck för proportionalitetsprincipen.

Finns det något sådant som ett rätt straff?

Det bör påpekas att det inte finns något säger att proportionalitet nödvändigtvis måste vara den grundläggande idén bakom straffets utmätande. Inget mer än att lagstiftaren har ansett det rimligt såsom en huvudregel och att det svenska folket genom demokratins institut bekräftat detta.

Inte heller är det så att vi tillämpar strikt proportionalitet bakom varje straff och troligtvis vore något sådant ej heller önskvärt. Draget till sin spets skulle ett sådant tänkande inom exempelvis våldsbrott inte kunna leda till annat än ett återinförande av talionsprincipen.

Utan att inta en rättspositivistisk utgångspunkt där lagen är rätt för att det är lag, eller en naturrättslig där lagen åtminstone har en möjlighet att uppnå ett korrekt stadie i enlighet med objektivt sanna principer, så finns det inget givet svar på vad ett rätt straff är. Vad man anser om detta destilleras i slutändan ner till högst personliga värderingar och tyckande. I ett rent normativt system såsom straffrätt kan man egentligen inte förvänta sig något annat.

Som en sista reflektion kan författaren till artikeln ej hålla sig borta från en kommentar kring kriminaliseringen av eget bruk av narkotika. Stora polisiära resurser läggs ned på att lagföra missbrukare, resurser som potentiellt kunde läggas någon annanstans. Mycket av polemiken rör sig kring begreppet missbrukare, en term som tycks användas urskillningslöst så fort det handlar om bruket av en förbjuden substans. När det gäller de människor som nyttjar förbjudna substanser någon gång då och då i rekreationssyfte och utan något fysiskt eller psykiskt beroende kan möjligen omdömet kritiseras då de de facto stöder kriminella organisationer i sin egenskap av konsumenter. Måhända rättfärdigar ett sådant beteende den starka reaktion som det får från ordningsmakten, måhända ligger problemet på en helt annan nivå. När det däremot gäller de som i ordets rätta bemärkelse är missbrukare av narkotika, viljelösa slavar under sitt behov, så utgör en kriminalisering knappast något mer än ytterligare en plåga för dessa människor vilka egentligen borde bemötas med empati och med respekt för deras människovärde.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1987/88:120 – Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m. m.)

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

Statens offentliga utredningar

SOU 2012:34 del2 – Nya Påföljder

Artiklar

Asp och Von Hirsch, Straffvärde, SvJT 1999

Borgeke, Martin, Brottets art – några tankar kring en svårgripbar företeelse, SvJT 1999

Borgeke, Martin, Påföljdsbestämning i narkotikamål, SvJT 2013

Ulväng, Magnus, Suum cuique – om påföljdsbestämning och behovet av påföljdspraxis, SvJT 2008

Victor, Dag, ”Artbrotten” och de korta fängelsestraffen – teoretiska frågor, SvJT, 2003

Victor, Dag, Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem, SvJT 1999

Von Hirsch och Påle, Artbrott, SvJT 1999

Litteratur

- Asp, Petter; Herlitz, Carl Erik och Holmqvist, Lena (red.) m.fl., Flores juris et legum – Festskrift till Nils Jareborg, Iustus, 2002
- Borgeke, Att bestämma påföljder för brott, Nordstedts Juridik, 2008
- Borgeke & Sterzel, Studier rörande påföljdspraxis, Jure förlag, 2009
- Häthén, Christian, Stat och straff, Studentlitteratur, 2004
- Jareborg, Nils, Straffrättens ansvarslära, Iustus förlag, 1994
- Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Nordstedts juridik, 2010
- Träskman, P O, Narkotikabrotten och kontrollen av bruket av narkotika genom straffrättsliga medel, (I) Olsson, Börje (red.) m.fl, Narkotika – om problem och politik, Nordstedts Juridik, 2011
- Ulväng, Magnus, Påföljdskonkurrens – problem och principer, Iustus, 2005