



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rasmus Johannesson

Gökungen i det straffrättsliga boet?

En granskning av artbrottskonstruktionen i det svenska påföljdssystemet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per-Ole Träskman

Termin för examen: VT 2013

Innehåll

GÖKUNGEN I DET STRAFFRÄTTSLIGA BOET?	1
SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Problembeskrivning	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Disposition	7
2 PÅFÖLJDSSYSTEMETS UTVECKLING	9
2.1 Allmänt om påföljdssystemet	9
2.2 Grundtankar bakom påföljdssystemet	10
2.2.1 Straffteorier	10
2.2.1.1 Inledning	10
2.2.1.2 Allmänprevention	10
2.2.1.3 Individualprevention	11
2.2.2 Principer för ett straffsystem	12
2.2.2.1 Inledning	12
2.2.2.2 Humanitet	13
2.2.2.3 Proportionalitet och ekvivalens	13
2.2.2.4 Legalitet och förutsägbarhet	14
2.3 Påföljdssystemets historiska utveckling	15
2.3.1 Påföljdsreformen 1989	16
2.3.2 Efter påföljdsreformen 1989	19
2.3.2.1 Straffsystemskommittén	19
2.3.2.2 Straffnivåutredningen	19
3 ARTBROTT	21
3.1 Inledning	21
3.2 Vad innebär artbrott för påföljdsbestämningen?	22

3.3	Vilka brott är "artbrott"?	24
3.3.1	Förarbetena	24
3.3.2	Praxis	26
3.3.3	Artbrottsstatistik från BRÅ	28
3.3.4	"Artvärde"	30
3.3.5	Artbrottsomständigheter	33
3.3.5.1	Brottsligheten har blivit mer utbredd	33
3.3.5.2	Brottsligheten har blivit mer elakartad	34
3.3.5.3	Brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka	34
3.3.5.4	Angrepp på den personliga integriteten	35
3.3.5.5	Åsidosättande av respekten för rättsväsendet	36
3.4	Vem är förbehållen rätten att utvidga artbrottsbegreppet?	36
3.5	Artbrott och samhällstjänst	38
4	KRITIKEN MOT ARTBROTTSKONSTRUKTIONEN	41
4.1	Inledning	41
4.2	Oklar grund	41
4.3	De allmänpreventiva övervägandena	43
4.4	Straffvärdeomständigheter blir artvärdeomständigheter	44
5	PÅFÖLJDSUTREDNINGEN 2012	46
5.1	Uppdraget	46
5.2	Huvuddragen i förslaget	46
5.3	Borttagande av artbrott	48
5.4	Konsekvenser av utredningen gällande artbrott	49
5.5	Utmönstring av artbrott enda alternativet?	51
6	ANALYS OCH EGNA KOMMENTARER	55
6.1	Inledning	55
6.2	Artbrottskonstruktionen	55
6.3	Påföljdsutredningens förslag	58
6.4	Påföljdsutredningens alternativa förslag	61
6.5	Slutkommentarer	64
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	69

Summary

The main rule in the Swedish sanction system is that the court must pay particular attention to circumstances that indicates a lighter sentence than imprisonment. Imprisonment is the sanction system's strictest penalty and shall be used only as a last resort. As reasons for imprisonment the court may only consider three factors: penal value, crimes with presumption for imprisonment (will be referred to by the Swedish term artbrott), and the defendant's criminal record.

The term artbrott was introduced into the Penal Code in the 1989 sanction reform. Artbrott was intended to replace the phrase "in the general respect for the law" in the existing chapter 1 § 7 of the Penal Code as grounds for imprisonment. Referring to artbrott courts may decide to imprison a defendant even though neither the gravity of the crime nor the defendant's previous criminal record dictates a jail sentence.

What is meant by artbrott is not defined in either text of law or in the preparatory work. Nor has the legislature listed in exhaustive manner criteria which can be the basis for determining whether a criminal offense shall be treated as an artbrott. The preparatory work stated that artbrott is a crime which, due to general preventive reasons, should result in a shorter prison sentence. Aggravated drunk driving, game laws offences, weapon offences, perjury, interference in a judicial matter, violence to public servant, and narcotic crimes are all examples of the types of crimes which the preparatory work has been considered to be artbrott. Through case law, even more types of crime have come to be classified as artbrott. In the current situation it is possible to argue that most types of crime in the Penal Code as well as in criminal legislation not included in the Penal Code can be treated as artbrott. The presumption of imprisonment differs depending on the crime committed.

The term artbrott has been criticized in the legal literature. The general crime prevention considerations method which the structure is built on has been questioned since it's effectiveness has not been proved. Artbrott has also been criticized because it is undefined and unclear. It has led to the courts use of artbrott at one's intuition. Critics argue therefore that offenders get sentenced to prison sometimes arbitrarily.

In May 2012 the Sanctions commission submitted a proposal where artbrott was discarded from the sanction system. The proposal highlighted that the choice of sanction should be based on the seriousness of the crime and the defendant's criminal record, and that the use of artbrott is not necessary in the sanction system proposed by the commission.

Sammanfattning

Huvudregeln för påföljdsvalet i det svenska påföljdssystemet är att rätten ska fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Fängelse är påföljdssystemet strängaste påföljd och skall väljas i sista hand. Som skäl för fängelse får domstolen enligt 30 kap. 4 § 2 st. beakta tre skäl: brottets straffvärde, brottets art och den tilltalades tidigare brottslighet.

Begreppet ”brottslighetens art” infördes i brottsbalken i och med 1989 års påföljdsreform och var tänkt att ersätta formuleringen ”med hänsyn till allmän laglydnad” i dåvarande 1 kap 7 § BrB som skäl för fängelse. Med hänvisning till brottets art kan således domstolar bestämma påföljden till fängelse trots att varken straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet talar för det. Artbrottskonstruktionen kan anses vara ett avsteg från den nyklassiska kriminalpolitik som påföljdssystemet i övrigt präglas av idag.

Vad som menas med artbrott finns inte definierat varken i lagtext eller i förarbeten. Inte heller har lagstiftaren angett på ett uttömmande sätt vilka kriterier som kan ligga till grund för bedömningen om ett brott skall särbehandlas p.g.a. dess art. I förarbetena har det angetts att det handlar om brott som främst av allmänpreventiva skäl bör medföra ett kortare fängelsestraff. Grovt rattfylleri, jaktbrott, vapenbrott, mened, övergrepp i rättssak, våld mot tjänsteman, narkotikabrott är exempel på brottstyper i förarbetena ansetts kunna vara artbrott. Genom rättspraxis har ännu fler brottstyper kommit att klassas som artbrott, och i dagsläget går det att argumentera för att de flesta brottstyper i brottsbalken och specialstraffrätten i det enskilda fallet kan särbehandlas p.g.a. dess art. Hur stark presumtionen är för fängelse p.g.a. är olika beroende på vilken brottstyp det handlar om.

Artbrottskonstruktionen har utsatts för kritik i den juridiska doktrinen. De allmänpreventiva övervägandena som konstruktionen vilar på har ifrågasatts då det inte anses finnas empiriska belegg för konstruktionens allmänpreventiva effekter. Artbrottskonstruktionen har också kommit att kritiserat för att den är odefinierad och oklar. Det har lett till att domstolarna särbehandlat brott p.g.a. dess art på ”känsla”, vilket av kritikerna innebär att brottslingar döms till fängelse på ibland godtyckliga grunder.

I maj 2012 lade Påföljdsutredningen fram ett förslag där artbrottskonstruktionen utmönstras ur påföljdsbestämningen. I förslaget lyfts fram att påföljdsvalet ska grundas på straffvärdet och den tilltalades tidigare brottslighet, och att en särbehandling p.g.a. art inte är nödvändig i det nya påföljdssystem som utredningen föreslår.

Förord

Nu sitter jag i källaren på juridikum och skriver de sista raderna på mitt examensarbete. Snart är min tid på juristprogrammet slut. Även om det känns lite vemodigt ser jag framemot vad framtiden kommer att erbjuda.

Jag vill tacka min familj och min flickvän. Ni har betytt mycket för mig under min studietid här i Lund.

Ett särskilt tack skall riktas till min handledare Per-Ole Träskman.

Lund, maj 2013.

Rasmus Johannesson

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
ff.	Följande sidor
HD	Högsta domstolen
kap.	Kapitel
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Problembeskrivning

I det svenska påföljdssystemet finns en presumtion mot fängelse. Fängelsestraff är enligt brottsbalken den strängaste påföljden och ska därför väljas i sista hand. För att kunna döma ut ett fängelsestraff krävs antingen att brottets straffvärde är tillräckligt högt, att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott eller att brottsligheten är av sådan art att presumtionen mot fängelse bryts.

Brottslighetens art innebär således en möjlighet för domstolen att döma ut fängelsestraff vid vissa brott trots att varken brottets straffvärde eller den dömdes tidigare brottslighet talar för det.

Den s.k. artbrottskonstruktionen har genom åren utsatts för massiv kritik. Begreppet brottets art har aldrig definierats och bygger på en, enligt många, mycket oklar grund. Det har lett till att begreppet har vidgats till att omfatta allt fler brottstyper, vilket har medfört att användandet av de korta fängelsestraffen i Sverige har ökat. Kritiska röster har höjts för att utmönstra artbrottskonstruktionen ur påföljdssystemet, eller att i alla fall begränsa dess betydelse.

I maj 2012 lade den s.k. Påföljdsutredningen fram sitt betänkande Nya Påföljder med förslag till en reformering av det svenska påföljdssystemet. I betänkande föreslås bl.a. att artbrottskonstruktionen skall plockas bort från påföljdssystemet. Därför är frågan om artbrottets vara eller icke vara ytterst aktuell. Kanske är det så att en utskälld påföljdskonstruktion sjunger på sista versen?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med det här examensarbetet är att undersöka och ge en redogörelse för varför vi har artbrottskonstruktionen i det svenska påföljdssystemet. Givna följdfrågor att besvara blir vilka brott som anses vara artbrott, och varför ett brott kan komma att klassas som artbrott. I uppsatsen kommer också den kritik som funnits mot artbrottskonstruktionen att lyftas fram.

Tanken är även att redogöra för Påföljdsutredningens tankar kring artbrottskonstruktionen, och även hur påföljdssystemet skulle förändras om deras förslag, där artbrottskonstruktionen utmönstras, går igenom. I analysen ska jag sedan själv försöka ta ställning till huruvida vi ska låta artbrottskonstruktionen få fortleva på så sätt som den ser ut idag eller om den bör utmönstras ur påföljdssystemet. Jag ska också i analysen lyfta fram

mina åsikter om påföljdsutredningens förslag gällande just artbrottskonstruktionen.

För att uppnå syftet med uppsatsen är min tanke att besvara följande frågeställningar:

- 1) Varför har vi artbrottskonstruktionen i det svenska påföljdssystemet? Vilka var motiven att bakom införandet?
- 2) Vilka brott är artbrott? Finns det någon "artbrottslista"?
- 3) Vad skulle påföljdsutredningens förslag ha för påverkan på artbrottskonstruktionen?
- 4) Bör vi ha artbrottskonstruktionen kvar i det svenska påföljdssystemet?

1.3 Metod och material

De deskriptiva delarna av uppsatsen utgår från det som brukar kallas rättsdogmatisk metod. Metoden innebär att gällande rätt undersöks utifrån de rättsliga källor som finns att tillgå. Rättskällorna i metoden är lag, lagförarbeten, praxis och doktrin.

Det sista deskriptiva kapitlet, som behandlar Påföljdsutredningens betänkande, baseras på den SOU som utredningen lade fram i maj 2012. Betänkandet har också varit till hjälp för andra delar av mitt arbete då det på en uttömmande och förtjänstfullt sett redogör för artbrottskonstruktionens plats i påföljdssystemet.

Den rättsdogmatiska undersökningen utmynnar sedan i en analys som kan betraktas som rättspolitisk kring artbrottskonstruktionens plats i påföljdssystemet.

Att tolka förarbetena brukar generellt sätt göra det lättare att förstå lagens avsedda syfte och funktion. Förarbeten anses i Sverige därför vara, vid sidan av lagen, den allra mest betydelsefulla rättskällan.¹ Den proposition som främst har varit till nytta för detta arbete är 1987/88:120 som låg till grund för 1989-års påföljdsreform där begreppet brottets art infördes i lagstiftningen. Propositionen i sig behandlar artbrottskonstruktionen endast kortfattat men utgör ändå en viktig del i förståelsen för hur artbrottskonstruktionen har kommit att tillämpas som den gjort.

Det kan tilläggas att mycket av den doktrin som jag tagit del av har haft en kritisk syn på artbrottskonstruktionen. Det var svårt hitta någon riktig anhängare av konstruktionen. Stor del av doktrinen är hämtad från den rättsvetenskapliga tidsskriften Svensk juristtidning där ett flertal artiklar gällande artbrottskonstruktionen har publicerats de senaste 15 åren. Justitierådet Martin Borgekes bok *Att bestämma påföljd för brott* har också varit till stor användning för skrivandet av detta arbete.

¹ Lehrberg (2010) s. 121.

Rörande praxis har avsikten varit att främst använda avgöranden från högsta instans. Några avgöranden från underrätterna omnämns dock för att på ett tydligare sätt visa på hur artbrottskonstruktionen har kommit att tillämpas i praktiken. Främst har praxis efter 1989-års reform använts för skrivandet av denna uppsats.

Jag har också tagit del av statistik som BRÅ har tagit fram särskilt för Påföljdsutredningen och som berör andelen brott som medfört en strängare påföljd än en ren villkorlig dom eller ren skyddstillsyn p.g.a. dess art.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer fokusera på begreppet brottslighetens art utifrån 30 kap. 4 § 2 st. BrB. Den kommer främst behandla påföljder för vuxna lagöverträdare. Påföljdsbestämmelserna för unga lagöverträdare, 30 kap. 5 § BrB och 32 kap. BrB, kommer inte redogöras särskilt. Inte heller påföljdsbestämmelserna för psykiskt störda lagöverträdare, i 30 kap. 6 § BrB och 31 kap. 3 § BrB, kommer att behandlas.

Påföljdsutredningens förslag till påföljdsreform är en omfattande utredning på över 750 sidor. En fullständig redogörelse av utredningen kan därför svårligen göras i detta examensarbete. Fokus kommer därför att läggas på de delar av utredningen som får betydelse för artbrottskonstruktionen.

1.5 Disposition

Kapitel två börjar med en redogörelse för påföljdssystemets utveckling från 1800-talet och framåt i stora drag. I det här avsnittet kommer en kort redogörelse göras för de straffteorier som präglat systemet. Även de principer som anses utgöra grunden för påföljdssystemet kommer att redogöras för.

I kapitel tre kommer sedan artbrottskonstruktionens plats i påföljdssystemet att beskrivas. Här kommer jag försöka redogöra för artbrottskonstruktionens betydelse för påföljdsbestämningen, och vilka brott som kan falla in under begreppet artbrott.

Kapitel fyra syftar till att lyfta fram en del av den kritik som riktats mot artbrottskonstruktionen. Detta i syfte att ge läsaren en förståelse för de problem som konstruktionen är förknippad med.

Påföljdsutredningens förslag kommer att behandlas i kapitel fem. Här kommer först huvuddragen i den påföljdsreform som utredningen föreslår att beskrivas. Därefter kommer en redogörelse för den del av utredningen som avser ett utmönstrande av artbrottskonstruktionen.

Uppsatsen avslutas sedan med en analys i kapitel sex. Här kommer materialet att analyseras och jag kommer att peka på några argument för och emot olika lösningar, inklusive vissa effekter av olika lösningar.

2 Påföljdssystemets utveckling

2.1 Allmänt om påföljdssystemet

I 29 och 30 kap. BrB finns de centrala reglerna för hur påföljdsbestämningen ska gå till i svensk rätt. 29 kap. BrB behandlar främst omständigheter som har betydelse för straffmätningen, medan 30 kap. BrB innehåller skäl och omständigheter som skall beaktas vid påföljdsvalet. Påföljdssystemets regler är på många punkter öppna och utgör oftast inte en uttömmande uppräkningslista av de olika skäl som är tillåtna att beakta för domstolen. Detta för att påföljdsbestämningssystemet skall passa för alla typer av situationer när en domstol skall bestämma påföljd för brott. I vissa fall finns dock regler som är absoluta, exempelvis bestämmelsen om straffmyndighetsåldern i 1 kap. 6§ BrB.²

Det svenska påföljdsbestämningssystemet genomsyras i stor grad av att det bygger på presumtioner av olika slag. Systemet anvisar primärt en lösning, men håller samtidigt dörren öppen för att skälen för en annan utgång i det enskilda fallet kan vara så starka att det går att avvika från presumtionen. Humanitetsprincipen får räknas till den viktigaste presumtionen i påföljdsbestämningen och innebär i stora drag att en så lindrig påföljd som möjligt skall väljas.³

De påföljder som i dagsläget kan följa på brott är böter, fängelse, villkorlig dom och skyddstillsyn. Domstolen kan också under vissa förutsättningar besluta att den dömda skall överlämnas till särskild vård om det handlar om unga lagöverträdare, missbrukare eller psykiskt störda lagöverträdare. Enligt 1 kap. 3§ BrB betecknas fängelse och böter som straff.⁴

I det här kapitlet kommer först några olika straffteorier och principer för straffsystemet att behandlas. Efter det ges en kort historisk återblick av påföljdssystemet framväxt i Sverige. Detta görs för att ge läsaren en bättre grund att förstå varför vårt påföljdssystem ser ut som det gör idag, och vilka teorier och principer som det grundas på.

² Borgeke (2012) s. 25.

³ Borgeke (2012) s. 26.

⁴ Borgeke (2012) s. 54.

2.2 Grundtankar bakom påföljdssystemet

2.2.1 Straffteorier

2.2.1.1 Inledning

För att förklara varför vi straffar dem som överträder samhällets normer har ett stort antal teorier lanserats genom åren. Enligt gammal indelning brukar man skilja mellan absoluta och relativa straffteorier.

De absoluta straffteorierna kan sägas bygga på tanken att samhället har tillfogats lidande och då måste en utjämning ske genom att gärningsmannen utsätts för jämförbart lidande. ”Öga för öga, tand för tand”, den så kallade talionsprincipen, är exempel på sådan vedergällning som brukar hänföras till de absoluta straffteorierna. I dagens samhälle har de absoluta straffteorierna ingen plats, även om principer som proportionalitetsprincipen och ekvivalensprincipen kan sägas ha sina rötter i de synsätt som de absolut straffteorierna bygger på.⁵

De relativa straffteorierna utgår istället från att straffet har ett syfte, nämligen att förebygga att brott begås. Straffet blir här således ett medel för att uppnå ett visst mål.⁶ Man brukar skilja mellan allmänpreventiva riktningar och sådana som istället framhåller straffsystemets individualpreventiva roll.

2.2.1.2 Allmänprevention

De allmänpreventiva teorierna har som utgångspunkt att straffsystemet och utkrävandet av straff i det enskilda fallet har till syfte att på ett mer allmänt plan inskräpa vikten av att lagar och regler efterlevs.

Enkelt uttryckt kan sägas att det innebär att genom hot om straff avhålla medborgarna från att begå brott. Denna allmänprevention kan dels handla om rena avskräckningseffekter. Man brukar då skilja mellan omedelbar avskräckning som genom åren har motiverat grymma offentligt verkställda straff, och medelbar avskräckning där inte själva straffverkställigheten påverkar människors beteende utan istället vetskapen att det finns ett hot om straff och att straff ådöms om ett brott begås. Det kan också handla om straffets moralbildande eller moralförstärkande effekter, s.k. indirekt allmänprevention. Tanken är då att genom att belägga en gärning med straff i lag eller genom dom visa att gärningen är förkastlig och normbildningen hos människor påverkas därmed.⁷

Omedelbar avskräckning genom offentlig straffverkställighet sker i huvudsak inte längre. Istället är det den medelbara avskräckningen som

⁵ Borgeke (2012) s. 27.

⁶ SOU 1995:91 s. 42.

⁷ Jareborg & Zila (2010) s. 75.

åsyftas när man numer pratar om allmänprevention genom avskräckning. Hotet om straff skall idealiskt vara sådant att brottslingen inte tycker att skälen för att begå brott väger tyngre än skälen mot att begå brott.⁸ Det här tankesättet bygger på att det brottsliga beteendet antas vara rationellt. Den potentiella brottslingen förväntas göra en bedömning där han väger fördelarna och nackdelarna med att begå den brottsliga gärningen. Avskräckningen fungerar därför endast under förutsättning att den som begår den kriminella gärningen handlar någorlunda rationellt och dessutom gör någon form av riskkalkyl över sitt handlande.⁹

Tankarna om straffsystemets betydelse som moralbildare och moralförstärkare har under senare tid i vårt samhälle lyfts fram i högre grad än tankarna om allmänprevention genom avskräckning. Det kan sägas att det handlar om positiv allmänprevention där man genom straffsystemet bygger upp och utökar den enskildes möjligheter att leva på ett från lagstiftarens utgångspunkt acceptabelt sätt. Lagstiftningen och dess tillämpning bidrar därmed till en socialiseringsprocess byggd på tanken att människor önskar ingå i en gemenskap med i grunden likadana värderingar.¹⁰ Det här synsättet har exempelvis spelat roll vid exempelvis när promillegränsen för rattfylleribrottet sänktes till 0,2 promille och när bruk av narkotika belades med straff. Föräldrabalkens förbud mot barnaga, som saknar straffbestämmelser, är ett tydligt exempel på när syftet med lagstiftning är normbildning.¹¹

2.2.1.3 Individualprevention

De individualpreventiva teorierna skiljer sig från tankarna om allmänprevention på så sätt att de tar sikte på den påverkan som straffet har på den individen som har begått brott. Syftet är att avhålla denne från att begå nya brott vilket kan ske antingen genom individuell avskräckning, inkapacitering eller behandling. Det handlar om att den preventiva funktionen antas verka på just den individ som blir utsatt för en åtgärd.¹²

Individuell avskräckning har till syfte att avskräcka den person som begått en gärning från att återfalla i brott. Studier, som främst inriktats på effekter av fängelsestraffet, har visat att cirka 55 % av de som döms till fängelse återfaller i brottslighet inom två år efter avtjänat fängelsestraff. Den individuella avskräckningen anses fungera bäst om den är en omedelbar reaktion på den straffbara gärningen och att obehaget tillfogas så fort som möjligt. Tanken är då att brottslingen skall förknippa obehaget med de fördelar som den brottsliga gärningen medfört.¹³

⁸ Jareborg & Zila (2010) s. 74.

⁹ Sarnecki (2003) s. 362-363.

¹⁰ Jareborg & Zila (2010) s. 75.

¹¹ Sarnecki (2003) s. 362.

¹² Grevholm & Andersson (2010) s. 466.

¹³ Sarnecki (2003) s. 367-369.

Syftet med individualprevention genom inkapacitering är att oskadliggöra individen och på så sätt göra det omöjligt för denna att begå nya brott. Det här sker främst genom att den dömda får sitta i fängelse, men kan också uppnås genom åtgärder som endast delvis begränsar individens frihet, exempelvis intensivövervakning.¹⁴

Behandling som reaktion på brott hade under 1900-talet stort inflytande på den svenska strafflagstiftningen. Behandlingstanken gick ut på att man skulle angripa orsakerna till varför gärningsmannen hade begått brott, och därför lades fokus på att ersätta straff med vård och behandling. Det här grundades på att man ansåg att brottslingen var avvikande och genom sociala eller medicinska insatser skulle denne kunna återföras till ett normalt liv i samhället. Det gav ett differentierat påföljdssystem där tillfällighetsbrottslingar ofta fick en villkorlig dom, kroniska förbrytare fick längre frihetsstraff exempelvis genom internering och mellangruppen fick behandling genom övervakning, missbruksvård, ungdomsfängelse, fängelse m.m.¹⁵

Bland de problem som fanns med 1900-talets behandlingstankar var dock att behandlingen i grund och botten var tvungen att utföras med tvång, och att tvångsvård sällan gav några positiva resultat på den som skulle behandlas. Ett annat problem var att de socialt mest handikappade fick utsättas för mer intensiv behandling än de vars förhållanden var bättre. Det begångna brottet hamnade därför i bakgrunden och brottslingens person och personliga förhållanden blev istället den viktigaste faktorn vid utformningen av påföljderna.¹⁶

Jag återkommer under avsnitt 2.3 till behandlingstanken och dess inverkan på det svenska påföljdssystemet.

2.2.2 Principer för ett straffsystem

2.2.2.1 Inledning

Att belägga en gärning med straff är dels ett sätt för samhället att visa sitt avståndstagande från brott och dels ett sätt att förhindra brott. I påföljdssystemet finns därför mer eller mindre kraftiga tvångsingripanden som med största sannolikhet innebär obehag för den som drabbas av dem. Samtidigt är det av yttersta vikt att behandla den som blivit dömd för ett brott med samma respekt för dennes person och människovärde som andra medborgare i samhället.¹⁷

Utformandet av ny lagstiftning kring brott och påföljder styrs därför idag av etablerade teorier om brottsprevention och bygger på principer om

¹⁴ Sarnecki (2003) s. 371.

¹⁵ SOU 1995:9 s. 43.

¹⁶ Borgeke (2012) s. 28.

¹⁷ SOU 1995:91 s. 52.

humanitet, proportionalitet, legalitet och en strävan efter rättsäkerhet. I det följande tänkte jag därför redogöra för några av de viktigaste principerna som finns i vårt straffsystem idag.

2.2.2.2 Humanitet

Ett straff är ett medvetet påförande av obehag eller lidande för en person och innebär att man använder sig av samhällets maktmedel mot den enskilde som en reaktion mot att denne har brutit mot våra gemensamma normer. I påföljdssystemet kan man därför säga att en humanitetsprincip skall iakttas. För personer, om ens några, önskar att bli föremål för en straffrättslig reaktion vilket bör leda till en försiktighet och återhållsamhet på alla nivåer inom det straffrättsliga systemet. Humanitetsprincipen genomsyras därför av att straffen skall vara humana och att domstolarna i sitt dömande bör vara återhållsamma vid påföljdsvalet och verkställigheten av påföljderna ska präglas av förståelse för den situation som den dömda befinner sig i.¹⁸

Rimlighet, måttlighet, tolerans och respekt kan sägas utgöra ledord för följande av humanitetsprincipen. I det svenska påföljdssystemet så tar sig humanitetsprincipen uttryck i att det finns stora möjligheter att undvika frihetsberövande påföljder, fängelse skall endast väljas i sista hand enligt 30 kap. 4 § BrB. Det finns även stor tolerans för att människor begår enstaka felsteg, vilket exempelvis visas i bestämmelserna om förmildrande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet i 29 kap. 3 § BrB. Även synen på att förstagångsförbrytare skall dömas till lindrigare påföljd än återfallsbrottslingar kan sägas ha sitt ursprung i humanitära tankar.¹⁹

Vad ett straff faktiskt innebär för den dömda är beroende av hur just han upplever straffet. Ett fängelsestraff innebär ju exempelvis att den dömda rycks bort från sin sociala miljö och istället får umgås med människor som visar avvikande, kriminellt beteende vilket kan medföra både stor psykiskt och fysiskt lidande. Även om det inte går att undvara fängelsestraffet i påföljdssystemet anses det vara av vikt att ur humanitetssynpunkt söka andra, alternativa former av straff.²⁰

2.2.2.3 Proportionalitet och ekvivalens

Proportionalitetsprincipen anses vara en av de grundläggande principerna i ett straffsystem. Den bygger på tanken att det skall finnas en rimlig proportion mellan brottet och straffet, vilket är av stor vikt för att straffsystemet skall uppfattas som rättvist.²¹ Straff efter förtjänst, d.v.s. ju allvarligare brott desto mer ingripande påföljd, förutsätter att förkastlighet och klandervärdhet värderas vilket vid kriminalisering sker genom att brottet tilldelas en viss straffskala. För att denna straffskala skall uppfattas som rättvis bör lagstiftaren därför sträva efter proportionalitet mellan

¹⁸ Borgeke (2012) s. 33.

¹⁹ Borgeke (2012) s. 34.

²⁰ SOU 1995:91 s. 58.

²¹ SOU 1995:91 s. 54.

brottets bestraffningsvärde och dess straffsats, och även efter ekvivalens, d.v.s. att brott med samma bestraffningsvärde ges liknande straffskalor.²²

Man brukar skilja mellan relativ och absolut proportionalitet. Den relativa proportionaliteten handlar om hur strängt ett brott skall bestraffas i jämförelse med andra brott. Den relativa proportionaliteten innebär därför att lika fall i så hög utsträckning som möjligt skall behandlas lika. Döms två personer för lika allvarliga brott är utgångspunkten därför att de bör tilldelas lika stränga straff, d.v.s. ett krav på ekvivalens.²³

Den absoluta proportionaliteten handlar istället om på vilken stränghetsnivå som straffsystemet skall fixeras. Proportionalitetsprincipen kan i dessa sammanhang ses som en begränsning som innebär att vi inte kan godta hur stränga straff som helst.²⁴ Att med säkerhet kunna argumentera för hur hårt en viss brottstyp skall bestraffas lär inte vara möjligt, den absoluta proportionaliteten handlar istället om att försöka finna en startpunkt för bedömningen.²⁵ Det medför att proportionalitetsprincipen lämnar utrymme för att i lagstiftningen genomföra straffskärpningar om dessa kan motiveras utifrån brottets förkastlighet, och att detta sker enligt ett synsätt som är gemensamt för samtliga brottstyper så att proportionaliteten i systemet upprätthålls.²⁶

Utgångspunkten för det straffrättsliga ingripandet skall därför vara brottets svårhet. Centralt för denna bedömning blir då brottets abstrakta straffvärde, d.v.s. den straffskala som finns i brottsbestämmelsen. Genom att fastställa en brottstyps straffvärde visar lagstiftaren hur klandervärd den anser att en viss typ av gärning är.²⁷ Ett strängare straff ger uttryck för starkare klander och därför bör brott med högre straffvärde tilldelas ett strängare straff än ett brott med lägre straffvärde.²⁸

2.2.2.4 Legalitet och förutsägbarhet

En av de centrala principerna inom den moderna straffrätten utgör legalitetsprincipen. Dess huvudsakliga innebörd är att straff inte ska utdömas utan stöd i lag. I svensk rätt anses legalitetsprincipen framgå av BrB 1 kap. 1 § där det stadgas att ”*brott är gärning som är beskriven i denna balk eller i annan lag eller i annan lag eller författning och för vilket straff som sägs nedan är föreskrivet*”. Legalitetsprincipen återfinns även i Europakonventionens artikel 7 som inkorporerades i den svenska rättsordningen 1994.²⁹

²² Jareborg & Zila (2010) s. 69.

²³ Von Hirsch (2001) s. 56-57.

²⁴ Borgeke (2012) s. 32.

²⁵ Von Hirsch (2001) s. 59.

²⁶ SOU 2007:90 s. 130.

²⁷ Träskman (2003) s. 174.

²⁸ SOU 2007:90 s. 129.

²⁹ Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Legalitetsprincipen kan därför sägas göra det förutsägbart för medborgarna att straff kan följa på visst handlande.³⁰ Straffet bör vara utformat på ett sådant sätt att man på förhand vet hur tvånget skall ske och hur länge det skall vara. Straffföreskrifterna måste därför vara utarbetade med en viss precision på så sätt att de inte framstår som så vaga eller på annat sätt obestämda att de i praktiken inte ger någon anvisning för medborgarna.³¹ Att upprätthålla ett totalt förutsägbart system är dock praktiskt taget omöjligt då det på förhand är svårt att veta vilken betydelse en domstol tillskriver olika förmildrande eller försvårande omständigheter. Fängelsestraffets längd skall vara bestämt i tiden för ett upprätthållande av principen av förutsägbarhet, den dömde skall alltså veta när han kommer att bli frigiven.

Konsekvens i straffsystemet är också av vikt för systemets trovärdighet. Medborgarna skall kunna lita på att de regler som finns i samhället och de beslut som fattas också följs. På så sätt är det nödvändigt att systemet inte ”ser mellan fingrarna” utan reagerar mot de överträdelser av regler som förekommer.³²

2.3 Påföljdssystemets historiska utveckling

Den s.k. sociologiska straffrättsskolan hade i slutet av 1800-talet fått fäste i Europa. Grundtankarna bakom den sociologiska straffrättsskolan var att gärningsmannens individuella förhållande skulle vara avgörande för vilken påföljd som skulle följa på brottet. Gärningsmannens tidigare kriminalitet, sociala situation, samhällsfarlighet och brottsbenägenhet skulle därför stå i centrum vid påföljdsvalet.³³ Att straffet skulle ha individualpreventiv verkan var därför av största vikt enligt den sociologiska straffrättsskolan.

Detta gick emot de tankar som vid den här tiden gällde inom den svenska straffrätten. 1864 års strafflag hade sin ideologiska grund i den klassiska straffrättsskolan som utmärktes av kraven på rättvisa och proportionalitet vid bestämmandet av straffsatser och straffmätning. Allmänpreventiva skäl motiverade straffet och allmänpreventionen skulle uppnås genom att straffa den dömde, inte för dennes egen skull utan för att avhålla andra från att begå brott.³⁴

Den sociologiska straffrättsskolan fick dock allt fler anhängare även i Sverige, och som ett resultat av det infördes den villkorliga domen i straffrätten 1906. Den dåvarande justitieministern Karl Schlyter var den som kom att påverka utvecklingen mer än någon annan. Han lade 1934, kraftigt influerad av den sociologiska straffrättsskolans tankar, fram ett grundligt reformprogram som i ökad omfattning skulle avskilja så många grupper av

³⁰ Asp (1999) s. 27.

³¹ Asp (1999) s. 28.

³² SOU 1995:91 s. 57.

³³ SOU 1986:14 s. 26.

³⁴ SOU 1986:14 s. 26.

lagöverträdare som möjligt från verkställighet av fängelse och istället fokusera på vård i frihet. För de som ändå var tvungna att dömas till fängelsestraff så skulle fokus av verkställigheten ligga på behandling och fostran i gemenskap.³⁵

För att realisera reformprogrammet tillsattes strafflagberedningen, där Schlyter själv utsågs till ordförande. Efter en rad delbetänkanden lade beredningen år 1956 fram betänkandet *Skyddslag med förslag på ett nytt påföljdssystem*. Enligt betänkandet skulle idéerna om vård och behandling präglade påföljdssystemet. De kroniskt oförbätterliga skulle dömas till tidsbestämda interneringsstraff, s.k. skyddsinternering (skyddsfostran för ungdomar), medan det för de kriminella som var påverkbara rekommenderades kriminalvård i frihet (skyddstillsyn).³⁶

Parallellt med Strafflagsberedningens arbete fick Straffrättskommittén i uppdrag att reformera strafflagens bestämmelser gällande brotten. I betänkandet *Förslag till brottsbalk* presenterade kommittén 1953 sitt arbete. Brottsbalken infördes i den svenska lagstiftningen 1965. Mycket av den klassiska straffrättskolans tankar om rättvisa och proportionalitet kvarstod, men den nya lagen var också influerad av den sociologiska straffrättsskolans idéer.³⁷

Av den orsaken blev regleringen av påföljdsvalet i den nya brottsbalken en kompromiss mellan allmänpreventiva och individualpreventiva resonemang. 1 kap. 7 § BrB blev den centrala påföljdsbestämningen och den föreskrev att med iakttagande av vad som krävs för att upprätthålla allmän laglydnad så skulle rätten vid val av påföljd fästa särskilt avseende vid att påföljden var särskilt ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället.³⁸

Behandlingsoptimismen som genomsyrade tiden närmast före och efter BrB:s genomförande kom dock ganska snart utsättas för kritik. Kriminologisk forskning rapporterade att de nya behandlingsformerna inte alls gav så goda resultat som man hade hoppats på. Dålig rehabilitering, hög återfallsfrekvens och nedbrytande inverkan på personligheten var några av de alarmerande slutsatser som forskarna kunde dra.³⁹ Behandlingstanken ansågs också av kritikerna leda till ojämn och orättvis praxis med i flera fall längre frihetsberövande än vad som motiverades av brottets svårhet.⁴⁰

2.3.1 Påföljdsreformen 1989

Kritiken mot behandlingstanken tog rejäl fart under slutet av 1970-talet. En bidragande orsak till det var rapporten *Nytt straffsystem* som

³⁵ SOU 1986:14 s. 27.

³⁶ SOU 1986:14 s. 27.

³⁷ SOU 2012:34 band 2 s. 21.

³⁸ SOU 2012:34 band 2 s. 22.

³⁹ SOU 2012:34 band 2 s. 23.

⁴⁰ SOU 1986:14 s. 32.

Brottsförebyggande rådet lämnade till justitiedepartementet 1977. Rapporten kom att spela stor roll i den framtida kriminalpolitiska debatten.

I rapporten riktades skarp kritik mot behandlingstanken. Istället menade BRÅ att principen om rättvisa och proportionalitet mellan brott och straff skulle gälla vid straffmätning och påföljdsval, och att sådana omständigheter som gärningsmannens sociala situation, tidigare kriminalitet, brottsbenägenhet och samhällsfarlighet skulle ha underordnad betydelse. Behandlingsideologin medförde enligt rapporten rättsosäkerhet då påföljderna blir oklara och diffusa och inte relateras till brotten. Det ansåg man medförde att besluten blev svåra att förutse och kontrollera. Proportionaliteten mellan brott och sanktion blev mindre viktig vilket enligt BRÅ överensstämmer dåligt med rättvise- och jämlikhetsideal.⁴¹ Därför ställdes krav på en tydlig, rättvis och konsekvent sanktionsordning. Motståndarna till de idéer som framlades i BRÅ-rapporten menade att dess tankar medförde att utvecklingen fördes tillbaka i tiden, till ett stelt och dogmatiskt strafftänkande. Begreppet ”Nyklassicism” myntades.⁴²

Ungdomsfängelset avskaffades som påföljd 1980 och året därpå togs internering bort ur påföljdssystemet. Därmed försvann två av strafflagsberedningens paradprodukter, vilket innebar att det istället nu bara fanns ett straff som var tidsobestämt, nämligen livstids fängelse.⁴³ Tankegångarna i BRÅ:s rapport från 1977 kom att utvecklas i och med att två olika straffrättsliga kommittéer tillsattes år 1979, Fängelsestraffkommittén och Frivårdskommittén. Av de två kommittéerna var det främst Fängelsestraffkommittén som kom att behandla frågor rörande det straffrättsliga påföljdssystemet.

Fängelsestraffkommittén lade fram sitt betänkande *Påföljd för brott* 1986. Enligt kommitténs uppfattning hade allmänpreventiva överväganden grundläggande betydelse när det kommer till kriminalisering av olika gärningar, men att varken allmänpreventiva eller individualpreventiva överväganden bör styra vilken straffskala som skall gälla för ett visst brott. Brotts svårhet och förkastlighet skulle istället vara avgörande. Gällande påföljdsbestämningen ansåg man att det inte var lämpligt att domstolarna tillmätte allmän- eller individualpreventiv hänsyn någon självständig betydelse vid påföljdsbestämningen i det enskilda fallet. Istället var det lagstiftarens ansvar att se till att straffsystemet var utformat på ett sådant sätt att den önskade effekten att motverka brott uppnåddes. Lagstiftaren skulle därför utforma straffsystemet så att preventionstankarna kunde tillgodoses samtidigt som kraven på legalitet och enhetlighet inte sattes åt sidan.⁴⁴

I betänkandet föreslog därför kommittén att 1 kap. 7 § BrB, som då var den enda bestämmelsen som fanns gällande påföljdsvalet, skulle avskaffas och att utgångspunkten för påföljdsvalet istället skulle vara brottets straffvärde

⁴¹ BRÅ 1977:7 s. 179.

⁴² SOU 1986:14 s. 32.

⁴³ SOU 2012:34 band 2 s. 23.

⁴⁴ SOU 1995:91 s. 48.

och eventuella förmildrande omständigheter. Det här skulle enligt kommittén innebära att domstolarna inte skulle behöva tänka på att behöva göra en avvägning mellan de på domstolsnivå teoretiskt ohållbara begreppen allmän- och individualprevention.⁴⁵ Kommitténs uppfattning var istället att allmänpreventionen verkar huvudsakligen genom lagens straffhot och en i anslutning därtill upprätthållen fast och konsekvent praxis som visar att straffhotet är verkligt.⁴⁶ Vissa omständigheter som kan hänföras till gärningsmannens person skulle även i fortsättningen kunna beaktas vid straffmätningen. Detta skulle dock inte ske utifrån ett individualpreventivt synsätt, utan för att det ansågs att något annat hade varit orimligt.⁴⁷ Förslagen som kommittén lade fram skulle medföra en större enhetlighet i påföljdsbestämningen. Genom en mer detaljerad lagreglering skulle domstolarna få bättre vägledning när det gällde vilka omständigheter som skall få påverka påföljdsbestämningen.⁴⁸

Samtidigt ansåg Fängelsestraffkommittén att det förelåg starka skäl för att ur humanitär synpunkt begränsa användandet av fängelsestraffet. Att avvara fängelse helt i påföljdssystemet ansågs inte var möjligt. Straffskalorna skulle dock utformas på ett sådant sätt att användningen av fängelsestraffet begränsades. Förslaget om en översyn av straffskalorna ledde dock aldrig till lagstiftning.

Fängelsestraffkommitténs förslag gällande straffmätning och påföljdsval låg till grund för den reform som skedde 1989, då nuvarande reglering i 29 och 30 kap. BrB infördes. Det här innebar att ett tydligare och mer konsekvent system infördes gällande straffmätning och påföljdsval, i alla fall i teorin. I förarbetena till reformen ansåg lagstiftaren att domstolarnas möjligheter att förutse och jämföra vilka effekter i preventivt hänseende som olika alternativa påföljder kan förväntas få i det enskilda fallet var ytterst begränsat. Gällande allmänpreventionen ansåg det att det knappast kan vara den enskilda domen som kan antas ha verkan för den allmänna laglydnaden utan snarare det förhållandet att en viss påföljd regelmässigt användas i fall av likartat slag. Att i det enskilda fallet göra avvikelser från sedvanlig påföljdsbestämning skulle också strida mot kravet på likhet inför lagen.⁴⁹

I förarbetena anfördes vidare att principerna om likhet inför lagen och proportionalitet har ett sådant gediget stöd hos människor att det är ägnat att vinna allmän förståelse att påföljdsbestämningen i första hand ska ske med utgångspunkt från hur allvarligt den brottsliga gärningen bör bedömas. Sammanfattande beteckning på resultatet av denna bedömning bör enligt lagstiftaren vara ordet straffvärde.⁵⁰ Enligt förarbetena till påföljdsreformen skulle därför straffvärdet sättas i centrum för påföljdsbestämningen. Detta skulle medföra att principer som proportionalitet, ekvivalens och rättslig

⁴⁵ SOU 1986:14 s. 426.

⁴⁶ SOU 1995:91 s. 48.

⁴⁷ SOU 2012:34 band 2 s. 29.

⁴⁸ SOU 1986:14 s. 427.

⁴⁹ Prop. 1987/88:120 s. 35.

⁵⁰ Prop. 1987/88:120 s. 36.

likabehandling accentueras. Samtidigt betonade man att detta inte utgjorde något hinder mot att man vid bedömning av den generella straffnivån eller det allmänna straffvärdet beaktar allmänpreventiva intressen. Om brottsligheten blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former kan det därför finnas anledning till en ändrad domstolspraxis av sådana skäl även om det i första hand borde ankomma på lagstiftaren vid bedömningen av straffskalorna.⁵¹ Den nyklassiska ideologin, där kravet på ett rättvist proportionellt straff var rättesnöret, fungerade därmed som grundbult i den nya påföljdsreformen.⁵²

2.3.2 Efter påföljdsreformen 1989

2.3.2.1 Straffsystemskommittén

Även efter 1989-års reform har vissa ändringar genomförts i det svenska påföljdssystemet. 1992 tillsattes Straffsystemkommittén, som hade till uppdrag att göra en övergripande översyn av påföljdssystemet. I uppdraget ingick att ta ställning till om det var lämpligt att införa villkorligt fängelse. Kommitténs ståndpunkt var dock att villkorligt fängelse var förenat med sådana stora nackdelar att det inte borde införas i påföljdssystemet. Istället föreslog man en utvidgning av påföljdssystemet som då skulle innehålla straffen böter, prøvotidsstraff, övervakningsstraff, samhällstjänst, fängelse genom elektronisk övervakning, fängelse och kontraktsvård. Brottets straffvärde och art skulle vara vägledande för valet av straff och utgångspunkten var att domstolen alltid skulle söka välja den lindrigaste påföljden som ansågs möjlig.

De flesta av kommitténs förslag förkastades av regeringen men betänkandet ledde bl.a. till att samhällstjänst infördes permanent i påföljdssystemet och att intensivövervakning med elektronisk kontroll infördes som verkställighetsform för fängelsestraff om högst tre månader.⁵³

2.3.2.2 Straffnivåutredningen

År 2008 tillsattes Straffnivåutredningen med huvuduppdrag att föreslå ändringar i strafflagstiftningen i syfte att åstadkomma en straffmätning som markerar en skärpt syn på allvarliga våldsbrott. I utredningens uppdrag ingick också att utreda möjligheter till större omfattning vid straffmätningen allmänt när det funnits försvårande eller förmildrande omständigheter.⁵⁴

I sitt slutbetänkande Straff i proportion till brottets allvar föreslog utredningen att det vid bedömningen av ett brotts straffvärde, enligt 29 kap. 1 § BrB, också skall läggas till att det särskilt ska beaktas om gärningen har inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv, hälsa eller trygghet till person.

⁵¹ Prop. 1987/88:120 s. 37.

⁵² Träskman (2000) s. 136.

⁵³ Prop. 1997/98:96 s. 109.

⁵⁴ SOU 2008:85 s. 35.

Utredningen föreslog även att vissa förstärkningsord i bestämmelserna om försvårande och förmildrande omständigheter i 29 kap. 2 och 3 §§ BrB skulle tas bort eller förändras för att bestämmelserna skulle bli tillämpliga i större utsträckning. Brott som föregicks av särskilt planering föreslogs också generellt sätt medföra ett högre straffvärde än enstaka, helt oplanerade brott. Det föreslogs också ändrade straffskalor för grov misshandel och utpressning, grovt brott.⁵⁵

Regeringen anslöt sig till delar av utredningens förslag vilket ledde till att vissa ändringar i brottsbalken trädde i kraft den 1 juli 2010. Syftet med lagändringarna var att åstadkomma en generell höjning av straffen för de allvarliga våldsbrotten. För att uppnå det syftet införde lagstiftaren en mening i slutet av 29 kap. 1 § BrB där det angavs att det vid straffvärdebedömningen särskilt ska beaktas om gärningen har inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person.⁵⁶ I propositionen valde lagstiftaren också att lämna mycket konkreta anvisningar till domstolarna hur de skulle införliva de straffskärpningarna som önskades. Tabellen här nedan visar de förändringar som önskades. Det gick ut på att straffvärdet för allvarliga våldsbrott generellt skulle höjas:

Straffvärde före 1 juli 2010	Straffvärde efter 1 juli 2010
- Sex månader	- Åtta månader
- Ett år	- Ett år och tre månader
- Två år	- Två år och fem månader
- Fem år	- Sex år
- Sex år	- Sju år och sex månader
- Åtta år	- Nio år och sex månader

Lagstiftaren har alltså tänkt sig en höjning av straffvärdena för de allvarliga våldsbrotten med uppemot 25 %.⁵⁷

⁵⁵ Prop. 2009/10:147 s. 1.

⁵⁶ Prop. 2009/10:147 s. 13.

⁵⁷ Borgeke (2011) s. 73.

3 Artbrott

3.1 Inledning

Som nämnts i föregående kapitel var anvisningarna för domstolarnas påföljdsbestämning före 1989-års reform knapphändiga. 1 kap. 7 § BrB var den grundläggande bestämmelsen, enligt vilken en avvägning av individualpreventiva och allmänpreventiva hänsyn skulle iakttas. Individualpreventionen synes främst givits en stor roll gällande brott som typiskt sett grundades på sociala problem, medan fängelsestraff med hänsyn till allmän laglydnad främst för sådana brott som ”vanliga” medborgare begick. Genom en sådan ordning kunde domstolens uppgift anses innebära att bedöma vilken betydelse den enskilda domen kunde förväntas få för allmänhetens intresse av att vara laglydiga. Domstolen ansågs därför ha möjligheten att sätta ner foten och ”statuera exempel”. Avskräckningsmomentet var den dominerande rättsideologiska grunden för särbehandling med hänsyn till allmän laglydnad.⁵⁸

När kritiken mot preventionsteorierna och påföljdssystemets ideologiska grund tilltog på 70- och 80-talet påbörjades arbetet med att reformera påföljdssystemet. Det var också i detta reformarbete som begreppet artbrott myntades genom Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott*. I betänkandet föreslog kommittén att fängelse bör dömas ut om gärningen har betydande straffvärde eller om det finns särskilda skäl för det med hänsyn till brottets art eller den tilltalades tidigare brottslighet.⁵⁹ Kommittén ansåg att den allmänpreventiva hänsynen gör sig gällande med större styrka vid vissa arter av brott än vid andra.⁶⁰ Med anknytning till gällande praxis skulle därför vissa brott kunna leda till fängelse trots att straffvärdet ej var betydande eller ens alltid särskilt högt. Som exempel nämndes rattfylleri och skattebrott. Enligt kommitténs förslag skulle lagstiftaren vara förbehållen rätten att peka ut nya brott som artbrott genom att låta detta komma till uttryck i lagförarbetena.⁶¹

Vid 1989 års påföljdsbestämningsreform infördes begreppet brottets art i lagstiftningen. De nyklassiska tankegångar som reformen byggde på innebar att brottets eller brottslighetens straffvärde skulle vara det viktigaste kriteriet för tillämpningen av fängelsestraffet. Villkorlig dom och skyddstillsyn skulle i många fall kunna ersätta fängelsestraffet men var straffvärdet tillräckligt högt var fängelse det enda alternativet. I förarbetena angavs som riktlinje att brott med straffvärden på ett år eller mer skulle medföra att fängelsestraff dömdes ut. Under denna gräns skulle domstolarna i första hand välja att döma till villkorlig dom eller skyddstillsyn.

⁵⁸ Wersäll i Anderson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 495.

⁵⁹ SOU 1986:13 s. 79.

⁶⁰ SOU 1986:14 s. 74.

⁶¹ SOU 1986:14 s. 457.

En sådan ordning skulle dock innebära att flertalet brott där det tidigare hade utdömts kortare fängelsestraff med hänsyn till den allmänna laglydnaden nu istället skulle medföra en icke frihetsberövande påföljd. En sådan omläggning av påföljdssystemet ansågs främst av politiska skäl inte möjligt att genomföra. Därför menade lagstiftare att det även i fortsättningen skulle vara möjligt att döma ut kortare fängelsestraff för vissa typer av brott.⁶²

För att lösa detta införde lagstiftaren begreppet brottets art i 30 kap. 4 § BrB som ett skäl för att bryta presumtionen mot fängelse. Enligt förarbetena till reformen var artbrott sådana brott som främst av allmänpreventiva skäl normalt anses medföra ett kort fängelsestraff. Domstolarna skulle därmed ha möjlighet att fortsätta på den praxis som medförde att vissa brott motiverade fängelse trots att varken straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet gav anledning till detta.⁶³

Att en sådan ordning valdes vid påföljdsreformen 1989 kan anses vara något märklig. Å ena sidan ansåg lagstiftaren att allmänpreventionen inte skulle vara en särskild grund för påföljdsvalet, i alla fall inte på domstolsnivå. Allmänpreventiva hänsyn skulle istället, åtminstone i teorin, beaktas på lagstiftningsnivån eller på ett mera övergripande plan och inte vid domstolens påföljdsbestämning i det enskilda fallet. Å andra sidan ansåg lagstiftaren att den praxis som utvecklats där vissa brottstyper särbehandlades av allmänpreventiva skäl skulle fortsätta att gälla.⁶⁴

3.2 Vad innebär artbrott för påföljdsbestämningen?

Huvudregeln för påföljdsvalet finns i 30 kap. 4 § BrB:

4§ 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.

Den här bestämmelsen är central vid påföljdsbestämningen. Om inte böter skall ådömas, eller att den tilltalade skall överlämnas till särskild vård enligt 31 kap. 2 eller 3 § BrB eller till särskild vård för unga enligt 32 kap. 1-3 §§ BrB, så ska rätten göra en prövning enligt 30 kap. 4 § BrB. Att bestämmelsen inte skall tillämpas om böter anses vara ett tillräckligt ingripande straff brukar kallas att domstolen i resonemanget kring vilken

⁶² Borgeke (2012) s. 255.

⁶³ Prop. 1987/88:120 s. 100.

⁶⁴ Wersäll i Anderson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 496.

påföljd som ska väljas har lämnat bötesnivån och befinner sig på fängelsenivå.⁶⁵

I paragrafen slås en viktig grundprincip för påföljdsbestämningen fast, nämligen humanitetsprincipen. Rätten skall, vid val av påföljd, fästa särskilt avseende vid sådana omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Fängelse är enligt 30 kap. 1 § BrB den strängaste påföljden och ska väljas i sista hand.⁶⁶

I 30 kap. 4 § 2 st. BrB anges de skäl som rätten får använda för att bestämma påföljden till fängelse. Dessa skäl är brottslighetens straffvärde, dess art och den tilltalades tidigare brottslighet. Uppräkningen är uttömmande vilket innebär att några andra skäl än dessa får domstolen inte använda sig av för att bestämma påföljden till fängelse. Skälen skall vägas samman av domstolen.⁶⁷

Gällande brottslighetens straffvärde som skäl för fängelse angavs det i förarbetena till påföljdsreformen 1989 att om straffvärdet motsvarar fängelse i ett år eller mer, så talar detta för att fängelse skall väljas som påföljd.⁶⁸ Denna riktlinje har i domstolarnas praxis tillämpats tämligen strikt.⁶⁹

Den tilltalades tidigare brottslighet som skäl för fängelse brukar förklaras med vad man kallar för en privilegieringsteori. Den första eller de första gångerna som den tilltalad döms för brott brukar denne privilegieras genom att påföljden bestäms till en icke frihetsberövande påföljd.⁷⁰ Ju snabbare återfall, ju större anledning finns att skärpa påföljden. Som grundregel brukar anges att brottslighet som ligger mer än fyra år tillbaka i tiden inte tillmäts någon betydelse vid påföljdsvalet. Även förhållandet mellan brotten är av betydelse. Tidigare liknande brottslighet talar starkare för att låta återfallsfaktorn påverka påföljdsvalet. Särskilt höga krav på likhet mellan brotten bör dock inte ställas. Olika typer av våldsbrott bedöms i allmänhet som likartad brottslighet, liksom olika typer av förmögenhetsbrott.⁷¹

Brottslighetens straffvärde och art och den tilltalades tidigare brottslighet skall alltså vägas samman vid bedömningen om presumptionen mot fängelse skall brytas. Utgångspunkten är brottets straffvärde. Motsvarar straffvärdet sex månaders fängelse och upp till ett år kan detta alltså tillsammans med brottslighetens art och tidigare brottslighet tala för fängelse. Motsvarar straffvärdet fängelse i nio-tio månader krävs det oftast inte så mycket i fråga om brottets art eller tidigare brottslighet för att det ska vara befogat att döma till fängelse.⁷² Om straffvärdet är lågt, exempelvis från 14 dagars fängelse

⁶⁵ Borgeke (2012) s. 245.

⁶⁶ Borgeke (2012) s. 230.

⁶⁷ Prop. 1987/88:120 s. 100.

⁶⁸ Prop. 1987/88:120 s. 100.

⁶⁹ Borgeke (2012) s. 250.

⁷⁰ SOU 2012:34 band 2 s. 90.

⁷¹ Borgeke (2012) s. 285.

⁷² Borgeke (2012) s. 286.

till sex månader, krävs det mer av brottets art eller av brottslingens tidigare brottslighet. Föreligger både tidigare brottslighet och att det handlar om ett artbrott så blir vägen till fängelse kortare.⁷³

3.3 Vilka brott är ”artbrott”?

Att på ett lättförståeligt och snabbt sätt förklara vilka brott som anses vara artbrott är i stor sett en omöjlighet. Det ges ingen definition i brottsbalken av vad ”brottslighetens art” innebär, och det ges inte heller några riktlinjer för hur domstolarna skall gå till väga för att fastställa att ett brott är av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger.

Ordalydelsen i sig ger inte heller någon vägledning vilka brott som åsyftas. I viss mån är ju alla brott av någon slags art. Då bestämmelsen i 30 kap. 4 § 2 st. BrB är ett undantag från presumtionen mot fängelse får det anses uppenbart att det endast handlar om vissa brott.⁷⁴

För att kunna besvara frågan om vilka brott som är s.k. artbrott måste vi därför titta på dels vad som skrivits i förarbetena till 1989-års påföljdsreform och senare förarbeten, dels på den praxis som utvecklats av HD. Även i doktrinen har åtskillig tankemöda lagts ner för att försöka bringa klarhet i artbrottsbegreppets innehåll.

3.3.1 Förarbetena

Brottslighetens art behandlas mycket knapphändigt i förarbetena till 1989 års påföljdsreform. Som tidigare nämnts angavs att det handlar om brott som i första hand av allmänpreventiva skäl normalt anses medföra ett kort fängelsestraff. I förarbetena utpekades rattfylleri, vissa brott mot vapen- och jaktlagstiftning och olovlig vistelse i riket enligt 97 § utlänningslagen som exempel på brottstyper som faller in under detta begrepp.

I Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott* anges även att skattebrott och vissa former av en brottstyp t.ex. provocerad gatumisshandel kan anses vara av sådan art att presumtionen för en icke frihetsberövande påföljd skall väljas.⁷⁵ I propositionen till 1989 års påföljdsreform angav lagstiftaren att domstolarna vid påföljdsvalet skulle ha möjlighet att av allmänpreventiva skäl beakta exempelvis att en brottslighet hade blivit mer utbredd eller antagit mer elaktartade former.⁷⁶ I propositionen valde lagstiftaren inte, till skillnad från Fängelsestraffkommittén, att förbehålla lagstiftaren möjligheten att utvidga vilka brott som skulle klassas som artbrott. Det här kan lämna dörren öppen

⁷³ Borgeke (2012) s. 287.

⁷⁴ SOU 2012:34 del 2 s. 682.

⁷⁵ SOU 1986:14 s. 457.

⁷⁶ Prop. 1987/88:120 s. 120.

för varje domstol att utvidga artbrottsbegreppet till att omfatta nya brottstyper.⁷⁷

Straffsystemkommittén försökte i sitt betänkande Ett reformerat straffsystem från 1995 bringa klarhet i vad som menades med termen artbrott. Här konstaterades att det inte är helt rätt att prata om att vissa brottstyper generellt sett är artbrott, exempelvis grovt rattfylleri. Enligt kommittén torde det inte finnas någon brottstyp där 100 procent av gärningsmännen redan vid första förbrytelsen döms till fängelse med hänsyn till brottets art.

Det är viktigt menade kommittén att komma ihåg att domstolen skall avgöra frågan i det enskilda fallet. Under straffstadgande om misshandel i 3 kap. 5 § BrB ryms både oprovocerad gatumisshandel och så kallat dansbaneslagsmål mellan två berusade personer, där det vid den tidigare finns en stark presumtion för fängelse på grund av brottets art, medan vid så kallade dansbaneslagsmål påföljden oftast blir villkorlig dom jämte böter.⁷⁸ Avgörande för om en gärning har egenskap av artbrott menar Straffsystemkommittén har att göra med allmänna lämplighetsbedömningar som ofta har ett starkt inslag av allmänpreventivt tänkande. Syftet med artbrott är därför att betona allvaret i dessa brott för allmänheten och på så sätt uppnå en på generell nivå moralbildande effekt och en avskräckningseffekt som motverkar den aktuella typen av brott.⁷⁹

Kommittén ansåg att det borde på ett tydligare sätt anges i lagstiftningen att frågan om brottets art inte skall bedömas isolerat för sig, eftersom en sammanvägning alltid skall göras av de olika skäl som talar för fängelse. Resultatet av den samlande bedömningen ansåg kommittén skulle ha benämningen brottets karaktär.⁸⁰ Kommitténs förslag avfärdades dock av lagstiftaren som inte ansåg att ett införande av begreppet brottets karaktär skulle innebära något förtydligande av de omständigheter som ligger till grund för att ett brott ska anses vara av sådan art att den skall särbehandlas vid påföljdsvalet.⁸¹

Förutom de knapphändiga uttalandena som gjordes i samband med 1989-års påföljdsreform har i förarbetena till vissa straffbestämmelser frågan om brottslighetens art som grund för påföljdsvalet tagits upp. Gällande grovt rattfylleri sänktes gränsvärdet 1994 till 1,0 promille samtidigt som maximistraffet för brottet höjdes till två års fängelse. I förarbetena angavs att grovt rattfylleribrott alltid innebär en sådan risk för fara att brottets art talar för att fängelse bör vara normalpåföljden. Lagstiftaren ansåg det kunde antas att en konsekvent upprätthållen sträng påföljdspraxis för det grova rattfylleribrottet kan ha positiva effekter för den allmänna laglydnaden.⁸²

⁷⁷ Von Hirsch & Påle (1999) s. 242.

⁷⁸ SOU 1995:91 s. 135.

⁷⁹ SOU 1995:91 s. 136.

⁸⁰ SOU 1995:91 s. 137.

⁸¹ Prop. 1997/98:96 s. 117.

⁸² Prop. 1993/94:44 s. 34-35.

Även gällande misshandel har det i samband med en lagändring som trädde i kraft 1993 angetts att misshandel av normalgraden är ett brott av sådan art att det borde leda till fängelse.⁸³ I och med att straffskalan för övergrepp i rättsak skärptes 2002 angavs det i förarbetena att brottet är av sådan art att starka skäl talar för att fängelse skall väljas som påföljd i normalfallet.⁸⁴

I förarbetena till införandet av 1999 års miljöbalk deklarerades det att vissa gärningar skall anses vara av så allvarlig art att ett fängelsestraff är motiverat trots att inte straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet talar för detta. Exempel på sådana gärningar var enligt lagstiftaren att plundra utrotningshotade fåglars bon, att uppsåtligen hålla ut farliga kemikalier och att uppsåtligen göra sig skyldig till betydande överutsläpp för ekonomisk vinnings skull.⁸⁵

Vid en lagändring år 2005 gällande bokföringsbrott angav lagstiftaren att de ändringar som föreslogs inte var avsedda att ändra gällande praxis. Enligt denna praxis är uppsåtliga bokföringsbrott av normalgraden, liksom grovt brott, av sådan art att påföljden normalt bör bestämmas till fängelse.⁸⁶

3.3.2 Praxis

Den kanske bästa vägledningen för att kunna besvara frågeställningen om vilka brott som anses vara artbrott finns att få i domstolarnas praxis. Sedan begreppet brottslighetens art infördes i påföljdslagstiftningen 1989 har andelen brott som ansetts kunna innebära ett brytande av presumtionen mot fängelse ökat och vidgats till fler brottstyper, både i BrB och i specialstraffrätten.

Att göra en fullständig uppräkningslista av de brott som i praxis har ansetts vara artbrott är dock svårt. Narkotikabrott, rån, misshandel, dopningsbrott, mened, förskingring, bokföringsbrott, grovt rattfylleri, olaga hot, våldsamt upplopp, grovt barnpornografibrott, skattebrott, sexuellt utnyttjande av barn, djurplågeri, jaktbrott och stöld är alla exempel brottstyper som i HD:s praxis ansetts vara artbrott.

Ur HD:s praxis kan man utläsa att brottstypen som sådan utgör en utgångspunkt för bedömningen av om arten av ett brott ska påverka påföljdsvalet. Gällande exempelvis grov kvinnofridskränkning uttalade domstolen att ”det är ett brott av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger”.⁸⁷ Vid brottet sexuellt utnyttjande av barn har HD uttalat att det ”måste” anses föreligga en presumtion för fängelse.⁸⁸ I NJA 1989 s.570 uttalades att brottet oredlighet mot borgenär är av sådan art att ”starka” skäl talar för en fängelsepåföljd. I andra fall har HD angett att en viss brottstyp

⁸³ Prop. 1992/93:141 s. 28.

⁸⁴ Prop. 2001/02:59 s. 61.

⁸⁵ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 528.

⁸⁶ Prop. 2004/05:69 s. 30.

⁸⁷ Se NJA 2004 s. 97.

⁸⁸ Se NJA 2006 s. 79.

innebär en ”måttligt stark” presumtion för fängelse eller att påföljden ”normalt” skall bestämmas till fängelse.⁸⁹

HD har dock också uttalat att brottsrubriceringen i sig inte alltid är avgörande för om ett brott skall anses vara av den arten att fängelse skall väljas som påföljd. Styrkan av presumptionen för fängelse kan därför enligt HD variera på grund av brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna kring brottet. Omständigheterna i det enskilda fallet kan vara sådana att det inte överhuvudtaget föreligger starka skäl att döma till fängelse på grund av brottets art trots att brott av den aktuella brottstypen i allmänhet brukar bestraffas med fängelse med hänvisning till dess art.⁹⁰

Förmögenhetsbrott brukar i regel inte anses vara en typ av brott vid vilken brottslighetens art talar för en fängelsestraff. I NJA 2009 s.559 ansåg dock domstolen att en fickstöld var att beteckna som brott av sådan art att en presumtion för fängelse ansågs föreligga. I domen konstaterar HD att stöld i normalfallet inte brukar räknas till artbrottskategorin, men att detta inte utesluter att vissa typer av stölder kan hänföras till denna kategori. I det aktuella fallet hade gärningsmannen försökt stjäla pengar eller bankomat kort ur en äldre mans ficka och även stulit en plånbok ur en 83-årig kvinnas handväska. HD ansåg att fickstölder ofta sker i organiserade former med flera gärningsmän eller medverkande och att denna brottslighet ofta har yrkesmässig karaktär. Det här, ansåg HD, talade för att förevarande typ av brottslighet ter sig särskilt angelägen att motverka och att det kan antas att ett fängelsestraff på detta område kan ha större preventiv betydelse än i andra sammanhang.⁹¹ Det kan alltså konstateras att HD anser sig kunna göra antaganden om fängelsestraffets preventiva effekter. Liknande antaganden har HD gjort i ett mål avseende miljöbrott. Här fastslog HD att vid bedömningen om ett brott skall anses vara av sådan art att presumtion för fängelse föreligger är det av avgörande betydelse om allmänpreventiva hänsyn kan anses göra gällande med särskild styrka.⁹²

I ett mål gällande hets mot folkgrupp har HD uttryckt sig på ett sätt som kan tolkas som att alla brottstyper kan särbehandlas på grund av art. HD konstaterade i fallet att det varken i förarbeten eller i praxis fanns grund för att generellt bedöma hets mot folkgrupp som ett artbrott. Inte heller förelåg det enligt HD några andra sådana omständigheter som brukar anses vara av betydelse för denna fråga. I det specifika fallet förelåg det inte heller några sådana speciella omständigheter kring gärningen som talar för ett fängelsestraff.⁹³ Vilka dessa speciella omständigheter skulle kunna vara preciserar inte HD, vilket bör lämna fältet öppet för att anse att en brottslighet utgör artbrott om speciella omständigheter föreligger i just det fallet.⁹⁴

⁸⁹ Se NJA 2001 s. 397 och NJA 2001 s. 570.

⁹⁰ Se NJA 1999 s. 561.

⁹¹ Se NJA 2009s. 559.

⁹² Se NJA 2005 s. 263.

⁹³ Se NJA 2006 s. 467.

⁹⁴ SOU 2012:34 band 2 s. 696.

I ett senare rättsfall kan dock sägas att HD återgått till en mer traditionell bedömning om påföljdsmissig särbehandling. I fallet som handlade av brukande av falsk urkund konstaterade domstolen att det fanns ett liknande HD-avgörande från 1983 där påföljden blev fängelse på grund av brottets art. Eftersom avgörandet var från tiden före påföljdsreformen ansåg HD att när domstolen i 1983 års fall använde begreppet "brottets art" kunde det inte ha samma innebör som i nuvarande 30 kap. 4 § BrB. Att HD dessutom i 1983 års fall avvisar tanken på att ställa upp en huvudregel om frihetsberövande påföljd vid brukande av falsk urkund innebar att fallet inte kunde tas för intäkt. Att hovrätter och tingsrätter genom åren dömt till fängelse för brukande av falsk urkund kan enligt HD inte heller innebära att det föreligger en fast praxis av innebörd att dessa brott är av sådan art att fängelse skall väljas som påföljd. Att riksåklagaren framhållit att det till förebyggande av illegal invandring är viktigt att inskräpa vikten av att inte bruka falska handlingar motiverade inte heller enligt HD till att en fängelsepresumtion skall föreligga. Det förelåg inte heller enligt HD några andra omständigheter som talade för en fängelsepresumtion. Med andra omständigheter torde här domstolen mena de omständigheter som normalt brukar anses vara av betydelsen för artbrottsbedömningen. Domstolen nämner här inte något om speciella omständigheter vilket torde innebära ett avståndstagande från det resonemang som de förde i målet rörande hets mot folkgrupp.⁹⁵

Som tidigare nämnts krävs det som regel mindre av art och återfall ju högre straffvärdet är. HD har i ett flertal rättsfall uttalat att det vid påföljdsvalet vid brottslighet, där det finns en presumtion för att välja fängelse som påföljd, krävs alldeles särskilda skäl för att bryta denna presumtion när straffvärdet börjar krypa upp mot ettårsgränsen. I NJA 2003 s.499 som gällde skattebrott konstaterade HD att brottsligheten är av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger. När straffvärdet dessutom är så högt som åtta månader krävs den alldeles särskilda skäl för att frångå fängelsepresumtionen. Ett likande resonemang för HD i NJA 2000 s.195 där det handlade om bokföringsbrott. Här lade dock HD ribban vid ett straffvärde på sex månaders fängelse, och ansåg att det då krävdes alldeles särskilda skäl för att frångå fängelsepresumtionen.

3.3.3 Artbrottsstatistik från BRÅ

Kriminalstatistiken kan ge en indikation på vid vilka brottstyper som domstolarna har bedömt att skälen för fängelse anses vara starkare än vad gäller andra brottstyper.

I samband med 2012 års påföljdsutredning gjorde Brå en sammanställning av artbrottsstatistik. Påföljdsutredningen ville få en bild av hur stor andel av brotten på fängelsenivå som leder till en strängare påföljd än en ren villkorlig dom eller en ren skyddstillsyn på grund av brottets art.

⁹⁵ Se NJA 2010 s. 358.

För att kunna göra denna bedömning gallrades personer med tidigare belastning ut från grundvalet. Personer som inom fyra år före det aktuella domslutet hade dömts till eller meddelats strafföreläggande med någon annan påföljd än böter rensades därför ur undersökningen.⁹⁶

Statistiken över 2010 visar att vid vissa brottstyper förefaller skälen för fängelse vara starkare än vad gäller andra brottstyper. Menedsbrottet innebar ett fängelsestraff i 81 % av fallen. 8 % av de som dömdes för mened fick villkorlig dom med samhällstjänst som påföljd. Grov kvinnofridskränkning gav fängelse i 69 % av fallen, 27 % fick skyddstillsyn med antingen fängelse, kontraktsvård eller samhällstjänst som påföljd. Av de som dömdes för sexuellt övergrepp mot barn fick 64 % fängelse som påföljd, 14 % fick påföljden skyddstillsyn med kontraktsvård, 9 % fick villkorlig dom med samhällstjänst.

Grovt rattfylleri, som i förarbetena till 1989-års påföljdsreform nämns som ett typiskt artbrott, medförde fängelse i 45 % av fallen. 28 % av de som dömdes för grovt rattfylleri fick påföljden villkorlig dom med samhällstjänst, 8 % dömdes till skyddstillsyn med kontraktsvård. Narkotikabrott medförde fängelsestraff i 31 % av fallen, 17 % av narkotikabrotten ledde till villkorlig dom med samhällstjänst.

Bland övriga brott kan anmärkas att misshandel ledde till fängelse i 11 % av fallen och till villkorlig dom med samhällstjänst i 47 % av fallen. 9 % av de som dömdes för olaga hot fick fängelse som påföljd, 5 % av de som dömdes för stöld fick fängelse, 2 % av de som dömdes för bokföringsbrott fick fängelse, 2 % av de som dömdes till skattebrott fick fängelse, 37 % av de som dömdes för skattebrott fick villkorlig dom med samhällstjänst. 1 % av de som dömdes för bedrägeri fick fängelse som påföljd.

Vid en jämförelse mellan statistiken från 2010 och statistiken från 2001 kan det konstateras att siffrorna i stort är desamma, en viss procentuell nedgång gällande fängelse som påföljd kan dock skönjas gällande de flesta brottstyper. Exempelvis var fängelseprocenten för mened år 2001 86 % mot 81 % år 2010, gällande narkotikabrotten var fängelseprocenten år 2001 35 % mot 31 % år 2010. För grovt rattfylleri har dock fängelseprocenten ökat från 35 % år 2001 till 45 % år 2010. När det gäller stöld är summan 5 % fängelsepåföljder både för år 2001 och år 2010.⁹⁷

Av statistiken torde man kunna konstatera att det gällande vissa brottstyper föreligger som utgångspunkt en mycket stark presumtion för att välja fängelse p.g.a. art. Som exempel kan nämnas mened. För att domstolen i dessa fall ska avstå från att döma till ett fängelsestraff krävs troligtvis starkt förmildrande omständigheter.⁹⁸

⁹⁶ SOU 2012:34 band 4, bilaga 9 s. 277.

⁹⁷ SOU 2012:34 band 4, bilaga 9 s. 278- 279.

⁹⁸ SOU 2012:34 band 2 s. 694.

Vid misshandel och grovt rattfylleri, där antalet fängelsedomar ligger lägre procentuellt sett än exempelvis mened, torde bedömningen av om presumptionen kan brytas bli något friare. I dessa fall skulle det kunna anföras att utgångspunkten är förvisso är att fängelse skall väljas som påföljd men att presumption kan brytas redan av det skälet att det enskilda brottet inte hör till det mer allvarliga slaget av brottstypen.

De brott som har de lägsta procenttalen för fängelse som påföljd, som olaga hot, stöld och bokföringsbrott kan fängelse vara en tänkbar möjlighet, men det är förmodligen felaktigt att prata om vare sig presumption eller utgångspunkt. Fängelse skulle i dessa fallen vara en tänkbar möjlighet trots att varken straffvärdet eller återfallsituationen talar för det men blir oftast bara aktuellt när det enskilda brottet hör till de allvarligare inom brottstypen.⁹⁹

3.3.4 ”Artvärde”

Det kan alltså av det tidigare sagda konstateras att det finns skillnader mellan olika brott och olika brottstyper när det gäller i vilken grad brottslighetens art kan användas som argument för en fängelsepresumtion. Som praxis har visat kan styrkan av presumptionen variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna kring brottet. Det har därför ansetts vanskligt att använda begreppet artbrott, eftersom det kan ge intrycket av att vissa brottstyper alltid leder till fängelse om inte skäl hänförliga till den tilltalades person innebär att det finns en anledning att döma till annan påföljd.¹⁰⁰

Termen ”artvärde” har därför kommit att användas mer regelmässigt än artbrott. Begreppet artvärde introducerades av Martin Borgeke i en artikel i SvJT år 1999. Borgeke menar att artvärdet är den styrka med vilken brottslighetens art i ett visst särskilt fall talar för fängelse. Det innebär att man i varje enskild fall får fråga sig hur stark presumptionen för fängelse i ett särskilt fall, beroende på omständigheterna i det fallet, är med hänsyn till brottets art.¹⁰¹ Det här innebär, vilket har framkommit genom högsta domstolens praxis, att det numer inte är brottstypen i sig som i det särskilda fallet avgör om det föreligger en presumption för fängelse för ett visst brott. Styrkan av presumptionen kan variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och även omständigheterna i övrigt.¹⁰²

Borgeke placerar in olika brottstyper på en ”artvärdeskala”. Med hjälp av den årliga kriminalstatistiken från BRÅ har Borgeke rangordnat brotten. Borgeke rangordnar brotten efter att ha tittat på hur stor del av domsluten för en viss brottstyp som lett till en strängare påföljd än villkorlig dom eller skyddstillsyn. Enligt Borgeke finns en hel del reservationer med den använda statistiken, exempelvis att det endast redovisar huvudbrott och

⁹⁹ SOU 2012:34 band 2 s. 695.

¹⁰⁰ Borgeke (2012) s. 264.

¹⁰¹ SOU 2012:34 band 2 s. 693.

¹⁰² Se NJA 1990 s. 84 och NJA 1999 s. 561.

huvudpåföljd, och att den inte tar hänsyn till den dömdes tidigare brottslighet eller ålder (vilket ju kan spela in på påföljdsbestämningen). Men statistiken visar ändå på tydliga skillnader när det gäller de brottstyper som normalt sett brukar kallas för artbrott.

Mened, grovt rattfylleri, vapenbrott och narkotikabrott är brottstyper som enligt statistiken oftare leder till ett kortare fängelsestraff. Längst ner på skalan finns bl.a. olaga hot och grovt bokföringsbrott. Denna domstolspraxis kan enligt Borgeke ligga till grund för domstolarnas bedömning av om ett brott bör särbehandlas vid påföljdsbestämningen med hänsyn till dess art. Är artvärdet mycket högt krävs det som tidigare nämnts i stort sett bara att straffvärdet ligger på fängelsenivå för att fängelse skall utdömas. För brottstyper med medelhögt artvärde krävs det normalt sett att straffvärdenivån är något högre eller att återfallsfaktorn i någon mån talar för att fängelse skall utdömas. Brottstyper med medelhögt artvärde är exempelvis misshandel av normalgraden, olaga hot eller våld mot tjänsteman. De brottstyper där artvärde finns men det är relativt lågt krävs det generellt att det handlar om återfall relativt nära i tiden, eller att straffvärdet ligger klart över allmänna fängelseminimum.¹⁰³ Ju lägre artvärde, desto fler andra omständigheter måste beaktas för att kunna döma till fängelse.

Begreppet ”artvärde” har dock utsatts för viss kritik. Professorerna i straffrätt Josef Zila och Nils Jareborg anser att det främst finns två invändningar mot att lägga vikt vid en brottstyps artvärde. För det första så är de kritiska mot det faktum att statistiken som Borgeke bygger begreppet artvärde på är ett resultat av vad domstolarna gör. Enligt Zila och Jareborg behöver det dock inte nödvändigtvis vara så att domstolarna gör ”rätt” på så sätt att det finns en hållbar motivering till handlandet. Visserligen måste man med hänsyn till enhetlig rättstillämpning godta att åtskilligt beslutsfattande bygger på tradition och vana. Dock menar Zila och Jareborg att det under 1990-talet skett sådana förändringar av användandet av fängelsestraffet att den förklaringen inte är tillräckligt övertygande.

Zila och Jareborgs andra invändning handlar om att begreppet ”artvärde” inte ger någon information som annat än undantagsvis är av värde i det enskilda fallet. Begreppet hänför sig till underklasser av lagstiftningens brottstyper, oavsett vad brottets art är. För att identifiera ett artbrott förutsätts att man kan tillämpa vissa kriterier, som exempelvis att en misshandel är oprovocerad, sker utomhus och framkallar stark rädsla. Artbrottskaraktären hos en konkret gärning kan visserligen vara mer eller mindre framträdande, men brottstypens fängelsefrekvens är beroende av hur fördelningen blir mellan konkreta gärningar som uppfyller artbrottskriterier och sådana som inte gör det. Zila och Jareborg menar att endast när fängelsefrekvensen är så hög att man kan säga att alla standardfall av brottet föranleder fängelse är ”artvärdet” vägledande, vilket skulle kunna vara fallet gällande mened och brott mot utlänningslagen.¹⁰⁴

¹⁰³ Borgeke (1999) s. 229.

¹⁰⁴ Jareborg & Zila (2010) s. 140.

Även Andrew Von Hirsch, hedersdoktor vid Juridiska fakulteten i Uppsala, och juris doktor Karin Påle har riktat kritik mot begreppet artvärde. De anser att om man bara litar till rådande praxis så förses inte betraktaren med någon kritisk måttstock. Eftersom det inte finns några grundläggande principer bakom den rättspraxis som utvecklats gällande artbrotten så är det av vikt att rättspraxis inte bara behandlas som ett rättesnöre utan också granskas kritiskt.¹⁰⁵ Även om domaren vet att 60 % av föregående års praxis gällande en viss brottstyp ledde till fängelsestraff ger det domaren endast en obetydlig vägledning i det enskilda fallet eftersom statistiken inte kan berätta om den tilltalade skall höra till den grupp som erhåller fängelse eller inte.¹⁰⁶

Hovrättspresidenten Fredrik Wersäll anser att artvärderesonemanget har lett till en utveckling där artbestämningen utgår mer från det enskilda brottet än själva brottstypen i sig, vilket Wersäll anser vara positivt. Denna individualisering av tillämpningen försvåras dock av det inte finns några säkra kriterier för artbedömningen. Wersäll menar därför att artvärdebegreppet bidragit till inflationen av nya artbrott då möjligheter öppnas för att finna artvärde i brottstyper som tidigare inte alls ansågs vara artbrott.¹⁰⁷

Att prata om artvärde är enligt Petter Asp, professor i straffrätt, närmast att ses som en form av ordmagi för att motivera vissa resultat, men att det bakom orden mest är luft. Enligt Asp bör vi inte ägna oss att mäta och gradera något som vi inte vet vad det är. I kombination med att straffvärdebestämningen inte heller är någon fullständig exakt vetenskap leder detta till att möjligheterna att konstruera skäl för ett fängelsestraff ökar på ett sätt som är svårkontrollerat. Detta eftersom mycket små skillnader i straff- och artvärde kan komma att påverka utgången.¹⁰⁸

Asp har gjort en egen sammanställning av modeller för hur begreppet brottslighetens art bör förstås de lege lata (vad lagen är). Han utgår i sin klassificering ifrån ett antal olika kriterier huruvida (a) art skall ses som en icke-skalär (antingen/eller) eller skalär (ett värde) egenskap, (b) som är hänförlig till brottstyper, vissa klasser av brott inom brottstyper eller vissa konkreta brott. Syftet med uppräkningsen är att visa att det finns många olika sätt på vilket brottslighetens art kan förstås, och att man därför kan ställa sig frågan om det är realistiskt att tro att domstolarna i utgångsläget har någon enhetlig uppfattning om vad begreppet brottslighetens art refererar till. Vilken av modellerna som Asp själv förespråkar utvecklar han inte närmare, men hans uppfattning är att art bör hanteras på ett sätt som präglas av kantighet och enkelhet.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Von Hirsch & Påle (1999) s. 247.

¹⁰⁶ Von Hirsch & Påle (1999) s. 255.

¹⁰⁷ Wersäll i Andersson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 497-498.

¹⁰⁸ Asp (2003) s. 152.

¹⁰⁹ Asp (2003) s. 150-151.

3.3.5 Artbrottsomständigheter

Med artbrottsomständigheter menas sådana omständigheter som kan ligga till grund för bestämmandet av ett brotts arvärde. Genom åren har stor tankemöda lagts ner för att försöka definiera vilka omständigheter som påverkar denna bedömning. Att göra någon fullständig uppräknning av dessa omständigheter innebär dock svårigheter. HD har i sin praxis inte angett några generella riktlinjer som kan sägas gälla i varje enskilt fall.¹¹⁰

Vissa omständigheter har dock kunnat utkristalliseras. Här nedan kommer dessa utvecklas lite närmare för att ge en ökad förståelse av innebörden av artbrottsbegreppet.

3.3.5.1 Brottsligheten har blivit mer utbredd

Att brottsligheten blivit mer utbredd och därmed vanligare förekommande nämns i förarbetena till 1989-års påföljdsreform som en omständighet som talar för att domstolarna skall vara strängare vid påföljdsvalet. Tanken bakom detta synsätt torde vara att ett skärpt påföljdsval bör leda till att förekomsten av brottstypen i fråga skulle minska. Personer som tänkt begå ett brott av en viss typ skulle alltså avstå från den kriminella gärningen när de vet att domstolarnas påföljdsval skärpts.¹¹¹ HD har i ett mål gällande försök till grovt försäkringsbedrägeri ansett att hänsynstaganden att en brottstyp blivit mer utbredd i första hand är en fråga för lagstiftaren och som endast med försiktighet bör göras i domstolarnas praxis.¹¹² I ett senare avgörande, även det gällande försäkringsbedrägeri, har HD konstaterat att om det förfaringsätt som det handlade om i det aktuella målet hade varit mer utbredd hade det kunnat påverka bedömningen av om fängelse skulle väljas som påföljd.¹¹³

Det kan dock ifrågasättas om domstolarna har använt omständigheten att brottsligheten har blivit mer utbredd för att skärpa påföljdsvalet i någon större utsträckning. En viss sådan tendens kan finnas gällande trafiknykterhetsbrotten, skattebrotten och narkotikabrotten. Gällande stöldbrotten, som ökat lavinartat sen självbetjäningssystem i handeln infördes, har dock inte brottslighetens art ansetts utgöra ett argument för skärpt påföljdsval.¹¹⁴ Detsamma gäller checkbedrägerier som ökade kraftigt på slutet av 1960-talet. Inte heller här har det ansetts funnits skäl att ändra påföljdsvalspraxis. Istället lyckades man minska checkbedrägerierna radikalt genom att införa en obligatorisk legitimationskontroll samtidigt som bankgarantin slopades. För att motivera ett strängare påföljdsval med hänvisning till att brottsligheten blivit mer utbredd bör det kunna göras en bedömning att en sådan åtgärd är lämplig och kan ge goda resultat.¹¹⁵

¹¹⁰ Perklev (2003) s. 157.

¹¹¹ Borgeke (2012) s. 261.

¹¹² Se NJA 1992 s. 190.

¹¹³ Se NJA 1993 s. 746.

¹¹⁴ Borgeke (2012) s. 261.

¹¹⁵ SOU 1995:91 s. 139.

Viss försiktighet bör iaktas när man låter den officiella brottstatistiken ligga till grund för antaganden om en brottslighets utbredning. Statistiken är beroende av exempelvis allmänhetens benägenhet att anmäla ett brott. Denna benägenhet anses vara beroende av ett flertal faktorer, exempelvis plikt känslan att brottet bör anmälas, att möjligheten att få tillbaka något stulet genom en anmälan, att försäkringsbolaget kräver det eller att man helt enkelt vill att gärningsmannen ska åka fast och få ett straff. Brotten i hemmet och på arbetsplatser är brott som oftare inte anmäls, i hemmet ofta p.g.a. rädsla för repressalier, på arbetsplatsen av rädsla för att förlora jobbet eller för att ge företaget negativ publicitet. Det här innebär att brottstatistiken tenderar att spegla så kallade gatubrott eller brott på offentliga platser. Statistik visar att uppskattningsvis mellan 36 % och 49 % av de brott som begås dagligen anmäls till polisen.¹¹⁶

3.3.5.2 Brottsligheten har blivit mer elakartad

Även att brottsligheten har blivit mer elakartad nämndes förarbetena som en omständighet som skulle tala för strängare påföljd. Att tillmäta detta kriterium värde för att bestämma brottslighetens art har dock kritiserats. Straffsystemkommittén ansåg att denna omständighet istället bör hänföras till straffvärdet eftersom det handlar om hur allvarligt ett visst brott är.¹¹⁷ Det här anser även Borgeke, som menar, att det förhållandet att ett visst slags brott antagit mer elakartade former är ett fullgott skäl för att genomsnittligt tillmäta dessa brott ett högre straffvärde. Det torde således ankomma på lagstiftaren att se över straffskalan för den aktuella brottstypen.¹¹⁸

3.3.5.3 Brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka

Högsta domstolen har uttalat att det faktum att en brottstyp är svår att upptäcka och förebygga kan beaktas vid bedömningen av om en viss brottstyp skall anses vara av den arten att påföljden bör bestämmas till fängelse.¹¹⁹ Det här har motiveras med hänsyn till allmänpreventiva skäl. I NJA 1992 s.190 gällande försäkringsbedrägeri konstaterar HD att ”*det kan hävdas att allmänpreventiva hänsyn gör sig särskilt starkt gällande i sådana fall då den enskilde på grund av kontrollsvårigheter har särskilt stor möjlighet att göra ekonomisk vinning på annans bekostnad genom falska uppgifter och frestelsen till missbruk kan därför vara speciellt starkt*”. Enligt HD:s resonemang är detta en omständighet som således ska påverka artvärdet och inte straffvärdet.

Straffskyddskommittén ställde i sitt betänkande *Ett reformerat straffsystem* sig bakom HD:s resonemang, även om man ansåg att viss försiktighet var påkallad, och angav att skattebedrägeri, grovt rattfylleri och jaktbrott var

¹¹⁶ May (2001) s. 96-101.

¹¹⁷ SOU 1995:91, s. 119.

¹¹⁸ Borgeke (2012) s. 261.

¹¹⁹ Se NJA 1992 s. 190.

exempel på brottstyper där kontrollsvårigheter kunde motivera ett högre artvärde.¹²⁰

Att skärpa påföljdsvalet på grund av att brottsligheten är svår att förebygga och upptäcka har kritiserats i doktrinen, bl.a. av von Hirsch och Påle som menar att flertalet brott som i dagsläget inte klassas som artbrott är svårupptäckta, som exempelvis butiksstölder. Risker med att låta upptäcktsrisken vara en omständighet av vikt vid bedömandet av huruvida påföljden skall bestämmas till fängelse eller ej är att det enligt von Hirsch och Påle lätt kan leda till att undantaget blir huvudregel. De ifrågasätter också hur man genom allmänpreventiva strategier skulle kunna förhindra en brottstyp som är svårupptäckt. Den gärningsman som vet att hans handlande är svårt att upptäcka bör ju ha mindre anledning att oro sig över ett eventuellt straff än en gärningsman som begår ett brott som typiskt sätt har en större upptäcktsrisk.¹²¹

Borgeke anser att för att det ska vara försvarbart att använda denna omständighet för att höja artvärdet bör det krävas att det finns underlag för slutsatsen att ett skärpt påföljdsval verkligen har allmänpreventiva effekter, vilket starkt kan ifrågasättas.¹²²

Även gällande möjligheten att upptäcka brott bör man, precis som tidigare nämnts gällande brottslighetens utbredning, ha i åtanke att faktorer som allmänhetens anmälningsbenägenhet och hur stor mörkertalet är påverkar polisens möjlighet att upptäcka brott.¹²³

3.3.5.4 Angrepp på den personliga integriteten

Brott som innebär angrepp på den personliga integriteten har av domstolarna ofta bedömts som artbrott. Det gäller både brott som riktar sig direkt mot den drabbades kroppsliga hälsa och integritet, t.ex. misshandelsbrott, men även brott som riktar sig mot den drabbades psykiska hälsa, som exempelvis olaga hot. Även vissa typer av stöldbrott, exempelvis väskryckning från äldre personer, kan vara av sådan art att en strängare påföljd är motiverad. (Se exempelvis tidigare refererade väskrycksfallet från 2009).¹²⁴

Från och med juli 2010 skall vid straffvärdebedömningen särskilt beaktas om en gärning inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv, hälsa eller trygghet till person. Det innebär att den omständigheten att gärningen inneburit ett angrepp på någons hälsa torde kunna beaktas både vid bedömningen av straffvärdet och vid artbrottsbedömningen.¹²⁵

¹²⁰ SOU 1995:91 s. 139.

¹²¹ Von Hirsch & Påle (1999) s. 245.

¹²² Borgeke (1999) s. 228.

¹²³ May (2001) s. 97.

¹²⁴ SOU 1995:91 s. 140.

¹²⁵ SOU 2012:34 s. 722.

3.3.5.5 Åsidosättande av respekten för rättsväsendet

Brott som innefattar ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet och dess företrädare och som påverkar möjligheterna att upprätthålla straffsystemets effektivitet har ansetts vara brott av sådan typ som i praxis ofta behandlats som artbrott.¹²⁶

Straffskyddskommittén pekade ut mened, övergrepp i rättssak samt andra typer av angrepp mot poliser och andra funktionärer inom rättsväsendet som brott som kunde falla in under detta kriterium. Även brott som olovlig körning och olovligt återvändande till riket kunde enligt kommittén höra till denna grupp. De två sistnämnda är brottstyper där domstolarna i sina domskäl har konstaterat att den tilltalade gjort sig skyldig till lagtrots.¹²⁷

I ett fall gällande mened har HD konstaterat att det är av grundläggande betydelse för att rättskipningen skall kunna utföras på ett effektivt och ändamålsenligt sätt att de som hörs som vittnen inte medvetet lämnar osanna uppgifter. Skulle det bli vanligt förekommande att vittnet vittnar falsk ansåg HD att den dömande verksamheten undergrävs, vilket kan få långtgående konsekvenser.¹²⁸

3.4 Vem är förbehållen rätten att utvidga artbrottsbegreppet?

I propositionen till 1989-års reform kommenteras inte på något precist sätt hos vem ansvaret skall ligga för att bestämma vilka brott som är artbrott eller inte. Fängelsestraffkommitténs åsikt var att det borde vara upp till lagstiftaren att ange vilka brott som skall anses som artbrott och att domstolarna skulle vara mycket försiktiga med att själva utveckla en praxis på området. I propositionen valde man dock inte att lyfta fram dessa frågor närmare.

Det konstateras i propositionen att det i första hand åligger lagstiftaren att vid bedömningen av vilka straffskalor som ska gälla väga in sådana omständigheter som att brottsligheten blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former.¹²⁹ Dock lämnade man dörren för domstolstolkning i frågan öppen genom att säga att det i vissa fall kan finnas anledning till ändrad domstolspraxis av sådana skäl.¹³⁰

Det här synsättet har också har anammats av HD. I NJA 1992 s.190, där det var fråga om försäkringsbedrägeri, konstaterar domstolen att riksåklagaren hävdade att försäkringsbedrägerier har ökat under de senaste åren och att

¹²⁶ SOU 1995:91 s. 140.

¹²⁷ Borgeke (2012) s. 263.

¹²⁸ Se NJA 1996 s. 757.

¹²⁹ Prop. 1987/88:120 s. 37.

¹³⁰ Prop. 1987/88:120 s. 37.

allmänpreventiva skäl gör sig i särskilt hög grad gällande i dessa fall. HD menar dock, med hänvisning till motiven till 1989-års reform, att sådana hänsynstaganden i första hand skall beaktas av lagstiftaren och endast med försiktighet bör göras i domstolarnas praxis. Detta ställningstagande vidhöll HD även i domen NJA 1995 s.80 där man åter konstaterade, med hänvisning till 1992-års fall, att det i första hand är en uppgift för lagstiftaren och som endast med stor försiktighet bör göras i domstolarnas praxis.

Genom senare praxis har HD valt att uttrycka sig lite annorlunda. I NJA 2002 s.265 sa domstolen att det visserligen i första hand ankommer på lagstiftaren att ange vilka brott som ska anses vara artbrott, men att det är ofrånkomligt att domstolarna tar ställning oberoende om lagstiftaren har uttalat sig i frågan. I domen, som handlade om grovt barnpornografibrott, konstaterade därför HD att lagstiftaren vid de omfattande lagförändringar som skett beträffande barnpornografibrott inte valt att behandla frågan huruvida brottet är ett artbrott eller ej. Domstolen anser dock att det utomordentliga allvar med vilket lagstiftaren i motiven har betraktat denna typ av brottslighet torde innebära att åtminstone grovt barnpornografibrott får anses vara av sådan art att en presumtion för fängelse föreligger. Detta i kombination med att barnpornografi blivit allt mer utbrett genom informationsteknikens utveckling leder till slutsatsen att påföljden för det grova barnpornografibrottet bör bestämmas till fängelse.¹³¹

Ett liknande resonemang för HD i NJA 2006 s.339 som handlade om djurplågeri. Efter att först ha konstaterat att varken straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet motiverade ett fängelsestraff går domstolen in på en bedömning huruvida djurplågeri kan anses vara ett artbrott eller inte. HD konstaterar här återigen att det måste anses vara ofrånkomligt att domstolarna i viss utsträckning tar ställning till frågan om brottslighetens art oberoende av om lagstiftaren uttalat sig i frågan. Vidare uttalas att det inte heller finns någon praxis som säger att djurplågeri är ett artbrott, utan att det tvärtom oftast vid påföljdsvalet är villkorlig dom eller skyddstillsyn som väljs. Inte heller finns några uttalanden från lagstiftaren som kan ge anledning att mer generellt bedöma djurplågeri som ett artbrott. HD för sedan ett resonemang där man konstaterar att djurplågeri inte är ett brott som ökat i omfattning att det av den anledningen är att bedöma som artbrott. Det här anser dock HD inte medför att djurplågeri ändå under vissa omständigheter ska kunna anses vara ett artbrott, exempelvis om det förelegat sådana särskilt försvårande omständigheter enligt 29 kap. 2§ BrB som exempelvis att den tilltalade visat särskild hänsynslöshet eller att han visat likgiltighet för djurens lidande för att tillvara ta sina egna intressen.

I det tidigare redovisade NJA 2009 s.559 konstaterar HD att en grov stöld i form av fickstöld får anses vara ett artbrott trots att stöd för detta saknas i både lagstiftning och praxis. HD konstaterar i domen att fickstölder ofta begås i organiserade former med flera gärningsmän eller medverkande och

¹³¹ Se NJA 2002 s. 265.

det därför är en typ av brottslighet som är särskilt angelägen att motverka. Därför anser HD att ett fängelsestraff på detta område kan ha större preventiv betydelse än i andra sammanhang.¹³²

Således kan konstateras att HD har tagit ställning för att viss brottslighet kan särbehandlas på grund av sin art, trots att det varken finns stöd för det i lag eller förarbetena. Det är inte förbehållet lagstiftaren ensam att ange vilka brottstyper som kan innebära en artpresumtion.

Om även underrätterna kan göra denna bedömning utan stöd i vare sig lag, förarbeten eller praxis är inte helt entydigt. I exempelvis två avgöranden gällande sexuellt ofredande har Hovrätten haft olika uppfattning i frågan. I det ena fallet blev påföljden för den åtalade fängelse med hänvisning till brottets art, medan Hovrätten i ett senare fall ansåg att det i avsaknad av praxis från HD inte förelåg tillräckligt underlag för att anse att brottslighetens art motiverade fängelse.¹³³

Samma diskrepans kan man också se i två fall gällande stöld genom väskryckning. I RH 1989:7 dömdes den tilltalade till sex månaders fängelse med hänvisning till brottets art. I RH 1993:28 bestämde dock Hovrätten påföljden till villkorlig dom med hänvisning till att det inte av varken praxis, prejudikat eller motivuttalande fanns något som talade för att det var fråga om artbrott.

3.5 Artbrott och samhällstjänst

Införandet av att kunna kombinera en villkorlig dom och skyddstillsyn med samhällstjänst har inneburit en möjlighet för domstolarna att undvika att döma ut ett fängelsestraff i många fall där man tidigare har gjort det med hänvisning till brottets art.¹³⁴ Systemet med samhällstjänst blev permanent i och med påföljdsreformen 1999 och är tänkt som ett alternativ till fängelsestraff. En föreskrift om samhällstjänst kan därför inte, i alla fall som huvudregel¹³⁵, beslutas om inte den inledande prövningen enligt 30 kap. 4 § BrB har lett till att det föreligger tillräckliga skäl för fängelse. Har domstolen konstaterat att tillräckliga skäl för fängelse föreligger kan den ändå om det finns ”särskilda skäl” enligt 30 kap. 7 § st. 2 BrB eller 30 kap. 9 § st. 2 BrB använda ett alternativ till fängelse. Samhällstjänst är ingen självständig påföljd utan kombineras med antingen villkorlig dom eller skyddstillsyn för att göra dessa påföljder mer kännbara.¹³⁶

I den proposition som låg till grund för införandet av samhällstjänst som en permanent del av påföljdssystemet år 1999 anförde lagstiftaren att ett viktigt syfte med införandet av samhällstjänst i påföljdssystemet var att minska

¹³² Se NJA 2009 s. 559.

¹³³ Se RH 1997:91 och RH 2008:40.

¹³⁴ SOU 2012:34 band 2 s. 700.

¹³⁵ Se dock NJA 2005 s. 690 där HD bestämt påföljden till villkorlig dom med samhällstjänst trots att det inte förelåg skäl för fängelse.

¹³⁶ Träskman (2001) s. 174.

antalet fängelsestraff och på så sätt också minska den skadliga verkan som ett straff i anstalt kan ha. Vidare anfördes, att kravet på att längden av det alternativa fängelsestraffet skall anges i domslutet, markerar att det endast är i situationer där rätten annars skulle ha dömt till fängelse som en frivårdspåföljd i kombination med samhällstjänst kan bli aktuell.¹³⁷ I propositionen anfördes att samhällstjänst kan användas vid artbrottslighet exempelvis vid misshandel av inte allt för allvarlig art och även vid vissa fall av narkotikabrott och grovt rattfylleri.¹³⁸

HD konstaterar i tre domar från juni 2000 att villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst inte generellt ska ersätta fängelse i de fall då förutsättningarna för villkorlig dom i övrigt föreligger. En bedömning måste istället göras i det enskilda fallet.¹³⁹ Av de tre fallen gällde två av dem grovt rattfylleri och en misshandel. I det första rattfyllerifallet hade en man stoppats på vid utfarten av en parkeringsplats. Hans syfte var att köra bilen en kort sträcka hem till sin bostad. Mannen som hade 1,24 promille alkohol i blodet dömdes av domstolen till villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst. I det andra grova rattfyllerifallet blev däremot utgången en annan. En man hade framfört en bil i hög hastighet i centrala delarna av en tätort och därefter kört ifrån polisen när de försökte stoppa mannens framfart. Mannen som hade 2,1 promille alkohol i blodet dömdes av domstolen till fängelse i en månad.

I båda dessa fall började HD med att konstatera att grovt rattfylleri var ett artbrott och att fängelse därför skall väljas som påföljd. Sedan fastslås att brottets art inte utesluter att styrkan av presumtionen kan variera beroende på brottslighetens karaktär i det särskilda fallet och omständigheterna i övrigt. Domstolen fortsätter genom att titta på de omständigheter som styrker eller försvagar fängelsepresumtionen, exempelvis om körningen inneburit trafikfara och hur hög alkoholhalten i blodet var. Sedan görs en helhetsbedömning. I det första fallet konstateras att omständigheterna i fallet är sådana att förutsättningar för utdömmande av villkorlig dom med samhällstjänst visserligen föreligger. I det andra fallet ansåg däremot HD det motsatta med hänvisning till den höga promillehalten och att körningen inneburit påtagliga risker för trafiksäkerheten.¹⁴⁰

I det tredje fallet i NJA 2000 s.17 I-III hade en man våldfört sig på sin flickvän i deras gemensamma bostad. Våldet hade inte medfört några större fysiska skador på flickvännen. Även här följer HD en liknande resonemang som i de grova rattfyllerifallen. Först konstaterar man att misshandel som inte är ringa är ett artbrott och att utgångspunkten är att brottet ska medföra ett fängelsestraff. Sedan gäller det att avgöra hur stark presumtionen är och vilka omständigheter som vid misshandelsbrott försvagar eller förstärker presumtionen. Efter det görs en helhetsbedömning. I detta fall blev HD:s

¹³⁷ Prop. 1997/98:96 s. 88.

¹³⁸ Prop. 1997/98:96 s. 96.

¹³⁹ Se NJA 2000 s. 17 I-III.

¹⁴⁰ Se NJA 2000 s. 17 I-III.

slutsats att presumptionen bröts, vilket medförde att den tilltalade blev dömd till villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst.

Gällande vissa typer av brott har HD valt att inte göra någon individuell bedömning som förutsattes i fallen gällande rattfylleri och misshandel.¹⁴¹ I två avgöranden från 2001 gällande bokföringsbrott anförde HD att den måttligt starka presumptionen för fängelse kan frångås vid så låga straffvärden som en respektive två månaders fängelse.¹⁴² I ett senare fall gällande bokföring med ett straffvärde om fyra månader bestämde HD påföljden till villkorlig dom med föreskrift om 120 timmars samhällstjänst utan någon individuell bedömning. I ett rättsfall gällande skattebrott motiverade HD den villkorliga domen med föreskrift om 100 timmars samhällstjänst med att det inte krävdes alldeles särskilda skäl för att frångå fängelsepresumptionen när straffvärdet bara var tre månaders fängelse och att övriga förutsättningar var uppfyllda.¹⁴³

Vid brott som mened och rattfylleri där det föreligger en stark presumption för fängelse görs en differentiering av i vilka fall som en föreskrift om fängelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Presumptionen för fängelse gällande bokföringsbrott och skattebrott torde däremot vara så svag att det inte behövs göras någon individuell bedömning och att en föreskrift om samhällstjänst därför alltid är tillräckligt ingripande upp till ett straffvärde på fyra månaders fängelse.¹⁴⁴ När straffvärdet går över sex månaders fängelse har dock HD uppställt ett krav på att alldeles särskilda skäl skall föreligga för att bestämma påföljden till villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst och därigenom frångå presumptionen för fängelse.¹⁴⁵

Det kan argumenteras för att det har skett en betydande s.k. net- widening gällande domstolarnas användande av samhällstjänst. Med det menas att domstolarna i flertalet fall har beslutat om samhällstjänst trots att det inte hade dömts till fängelse om samhällstjänst inte hade varit en möjlig påföljd. Det har inneburit, precis tvärt emot vad lagstiftaren åsyftade med införandet av samhällstjänst, att samhällstjänst har kommit att användas för att i vissa situationer kunna skärpa en icke-frihetsberövande påföljd.¹⁴⁶

¹⁴¹ Se även NJA 1999 s. 561 gällande mened. Här gjorde HD en individuell bedömning.

¹⁴² Se NJA 2001 s. 397 och NJA 2001 s. 618.

¹⁴³ NJA 2000 s. 190.

¹⁴⁴ SOU 2012:34 band 2 s. 701.

¹⁴⁵ Se NJA 1999 s. 769 och NJA 2000 s. 195.

¹⁴⁶ Borgeke (2012) s. 281.

4 Kritiken mot artbrottskonstruktionen

4.1 Inledning

Artbrottskonstruktionen har från dess tillkomst i och med 1989-års påföljdsreform debatterats och utsatts för massiv kritik. Kritiken har främst gått ut på att konstruktionen saknar teoretisk underbyggnad, är odefinierad och i avsaknad av tydliga bedömningsgrunder.

Det har ansetts vara till stor nackdel att påföljdssystemet innehåller en bestämmelse som dels uppfattas som svår att hantera för domstolarna, dels svårligen kan förtydligas på ett uttömmande sätt.¹⁴⁷ Många har tagit sig an uppgiften att försöka lösa artbrottslighetens gåta, men ingen kan sägas ha lyckats fullt ut. Uppfattningen i doktrinen verkar vara att artbrottskonstruktionen bör utmönstras ur påföljdssystemet, eller att lagstiftaren förser konstruktionen med tillräckligt tydliga kriterier för hur artbrottsbedömningen bör ske.

I det följande kommer huvuddragen i den kritik som har riktats mot artbrottskonstruktionen att gås igenom.

4.2 Oklar grund

Den största delen av kritiken mot artbrottskonstruktionen går ut på att den saknar teoretisk och empirisk grund. Begreppet är ett svårgripbart fenomen som inte kan underordnas definitioner eller principer för vägledning. Därför har begreppet fått i det närmaste intuitiv karaktär, d.v.s. att domaren ”känner” när det är lämpligt att använda sig av artbrottet.¹⁴⁸ Det medför att det är möjligt att särbehandla brott p.g.a. dess art på flertalet olika grunder. Grunder som ibland kan uppfattas som godtyckliga.¹⁴⁹ Att det varken finns en begriplig definition av artbegreppets tolkning och tillämpning, eller en uttömmande uppräkningslista av i vilka fall och på vilket sätt brottets art skall tillmätas betydelse för påföljdsvalet, medför att det kan vålla svårigheter att förstå påföljdssystemets uppbyggnad och tillämpning.

Artbrottskonstruktionen främjar därför inte förutsägbarheten och enhetligheten i rättstillämpningen, vilket t.ex. kan visas genom att andelen fängelsedomar för bl.a. grovt rattfylleri varierar geografiskt.¹⁵⁰

Asp menar att vi i vissa fall kan peka ut omständigheter som är relevanta för bedömningen av om ett brott ska klassas som artbrott, men att föga hjälp

¹⁴⁷ Stenborre (1998) s. 760.

¹⁴⁸ Von Hirsch & Påle (1999) s. 246.

¹⁴⁹ Wersäll i Andersson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 495.

¹⁵⁰ Perklev (2003) s. 156.

finns att få av praxis när vi ställs inför frågan om en ny typ av omständighet är artrelevant. Asp anser att vi faktiskt inte vet vad art är, och att det inte heller är förklarat varför det är nödvändigt att döma ut fängelsestraff när det handlar om artbrott. Det här anser han är klart problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt då vi, när det gäller den för den enskilde nog så centrala frågan om valet mellan fängelse eller icke fängelse, är hänvisade till ett begrepp som är oförklarat och som vilar på en oklar straffpolitisk grund.¹⁵¹

På grund av att artbrottskonstruktionen inte getts tillräckligt tydliga och restriktiva kriterier lämnas stora möjligheter öppna för att ge allt fler brott artbrottsstämpel. Nya artbrott har tillkommit under årens gång och risk finns för att det som en gång var tänkt som ett undantag i påföljdssystemet istället blir systemets huvudregel.¹⁵² I stort sett alla brottstyper kan i dag, i alla fall under viss förhållanden, tillmätas artvärde. Egentligen är det bara endast bedrägeri och förskingring som av de mer vanligt förekommande brottstyperna sannolikt bör kunna uteslutas.¹⁵³

Denna inflation av artbrott går emot vad som från början var tanken med konstruktionens införande i påföljdssystemet. I förarbetena till 1989-års påföljdsreform uttalas det att fängelsestraffet skall användas med restriktivitet på grund av dess skadliga effekter som påföljden har för de intagna. Även HD har i ett avgörande från 1992 uttalat att det i huvudsak är lagstiftarens uppgift att i samband med ny lagstiftning bedöma om ett brott är av sådan art som utgör skäl för fängelse och att en sådan bedömning endast med försiktighet bör göras i domstolarnas praxis.¹⁵⁴

Avsaknaden av restriktiva kriterier för användandet av artbrottskonstruktionen har av kritikerna varit orsaken till att fångpopulationen i Sverige har ökat de senaste årtiondena. Mellan åren 1998 till 2005 ökade fångtalen i Sverige från 58 till 78 intagna per 100 000 invånare, och sedan 2005 har trenden varit fortsatt stigande. År 2010 var fångtalet 82. Mellan åren 2008-2010 dömdes i genomsnitt drygt 13000 personer per år till fängelse, varav drygt 10000 av dessa dömdes till ett fängelsestraff som var kortare än ett år. Hälften av de som dömdes till ett kortare fängelsestraff än ett år hade inte dömds till någon annan påföljd än böter under en fyraårsperiod för den aktuella domen.¹⁵⁵ De flesta av de som dömts till korta fängelsestraff i anstalt avtjänar tiden i en öppen kriminalvårdsanstalt där kostnaderna för en plats är cirka 1900 kronor per dygn.

¹⁵¹ Asp (2003) s. 151.

¹⁵² Von Hirsch & Påle (1999) s. 247.

¹⁵³ SOU 2012:34 band 2 s. 699.

¹⁵⁴ Se NJA 1992 s. 190.

¹⁵⁵ SOU 2012:34 band 4 s. 23.

4.3 De allmänpreventiva övervägandena

Särbehandlingen av artbrotten har motiverats av främst allmänpreventiva skäl. I förarbetena till 1989-års påföljdsreform anfördes det att den allmänpreventiva hänsynen gjorde sig gällande med större styrka vid vissa arter av brott än vid andra. Det här skulle då knyta an till den praxis som fanns enligt vilka vissa brott särbehandlades med hänsyn till allmän laglydnad.

Kritik har dels riktas mot att konstruktionen gör det möjligt för domstolarna att beakta allmänpreventiva överväganden vid påföljdsbestämningen vilket av kritikerna istället bör höra hemma på lagstiftningsnivå. Dels har kritiken gått ut på att det inte anses finnas några empiriska belägg för att en strängare påföljd skulle ha någon betydande allmänpreventiv effekt. I doktrinen har lyfts fram att allmänpreventiva effekten torde vara som störst vid s.k. ”Svenssonbrott”, d.v.s. brott som begås av en ordinär medborgare som i övrigt inte lever ett kriminellt liv där ett fängelsestraff innebär en kännbar förändring av livssituationen.¹⁵⁶ Vissa av de brott som tillmäts ett högt artvärde har ansetts kunna utgöra ”Svenssonbrott”, exempelvis grovt rattfylleri, vissa typer av misshandel och vissa former ekonomisk brottslighet. På det stora flertalet av de brott som i klassats som artbrott kan dock ”Svenssonkriteriet” svårligen appliceras.¹⁵⁷

De forskningsresultat som finns belägger inte att användningen av fängelsestraff har någon påtagliga allmänpreventiv betydelse. Ett känt exempel som ofta lyfts fram för att visa på detta är den mycket kraftiga minskningen av fångtalen i Finland under efterkrigstiden. Trots att fångtalen halverades flera gånger om ledde det inte till att brottsligheten i Finland ökade i någon större omfattning i jämförelse med andra länder.¹⁵⁸

Eftersom domstolarna önskar uppnå en allmänpreventiv effekt genom att ådöma fängelsestraff, trots att det saknas empirisk grund för att sådan effekt kan uppnås, kan det enligt Zila och Jareborg hävdas att det rör sig om s.k. expressiv allmänprevention, d.v.s. att rättstillämpningen blir mer emotionell än rationell.¹⁵⁹ Enligt Zila och Jareborg handlar expressiv allmänprevention om en önskan att påverka allmänheten genom att understryka den aktuella förhållningsregelns betydelse, vilket de anser är en form av känslomässigt behov av ”normbekräftelse”. Det här en vanlig straffpolitiskt förekommande önskan som kan bero på politikernas behov av att tillfredsställa sina väljares önskningsar, eller att de själva tror på det ”sunda förnuftet” mer än samhällsvetenskaplig forskning. Dessa typer av tankegångar är enligt Zila och Jareborg immuna mot kritik och ett behov av att ”göra en markering” kan finnas så fort en ökning sker av en viss brottstyp.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Von Hirsch & Påle (1999) s. 249.

¹⁵⁷ Thunberg (1999) s. 261.

¹⁵⁸ Grevholm & Andersson (2010) s. 467.

¹⁵⁹ Jareborg & Zila (2010) s. 141.

¹⁶⁰ Jareborg & Zila (2010) s. 80.

Kritiken mot den allmänpreventiva grunden har också gått ut på att den leder till orättvisa bedömningar på domstolsnivå. Domstolen kan i syfte att nå allmänpreventiva effekter döma till ett strängare straff än vad brottsligheten förtjänar. Det här leder till att vissa lagöverträdare tillfogas ett större lidande i form av en strängare påföljd än andra lagöverträdare. Påföljden bestäms på så sätt med beaktande av omständigheter som ligger utanför gärningsmannens kontroll, och denne straffas hårdare för att gemene man ska avhålla sig från att begå brott. På grund av det kan artbrottskonstruktionen leda till ett avsteg från en rättvis behandling av gärningsmannen.¹⁶¹ Artbrottskonstruktionen kan alltså medföra den något märkliga följden att den som begår ett brott som anses ha en svårighet motsvarande en månads fängelse hamnar i fängelse p.g.a. brottslighetens art, medan den som begått ett brott som har ett straffvärde på exempelvis tio månader, som borde anses vara ett tio gånger allvarligare brott, kan få en ren villkorlig dom.¹⁶² Det här gör att påföljdssystemet får svårartade proportionalitetsproblem vilket kan leda till ”negativa” allmänpreventiva effekter, exempelvis att allmänheten tappar förtroendet för ett påföljdssystem där exempelvis värnpliktsvägrare och narkotikamissbrukare sätts i fängelse medan personer som begått grova förmögenhetsbrott ådöms en villkorlig dom.¹⁶³

Hovrättspresident Fredrik Wersäll anser att det fanns en ambivalens hos lagstiftaren när 1989-års påföljdsreform genomfördes. Å ena sidan sades det att allmänpreventiva skäl inte på domstolsnivå skulle vara en särskild grund för påföljdsvalet, samtidigt som man ansåg att den praxis som innebar att vissa brottstyper särbehandlades av allmänpreventiva skäl fortsatt skulle gälla. Denna ”frysning” av praxis var enligt Wersäll en svår form av lagstiftning. Dels bleknar med åren minnena av vad som var grunden för den tidigare lagstiftningen, dels utvecklas både samhället och lagstiftningen och därmed även de förhållanden under vilka lagstiftningen skall tillämpas.¹⁶⁴

4.4 Straffvärdeomständigheter blir artvärdeomständigheter

Utgångspunkten är att straff skall mätas ut efter brottet/brottslighetens straffvärde. Straffvärdet skall spegla brottets svårhet och bestäms utifrån straffskalan och med beaktande av förmildrande och försvårande omständigheter. Avvikelser från straffvärdet kan ske i mildrande riktning bl.a. när det föreligger billighetsskäl, exempelvis när den tilltalade är ung.¹⁶⁵ Att straffvärdet ska vara avgörande för straffmätningen är ett uttryck för den

¹⁶¹ Von Hirsch & Påle (1999) s. 245.

¹⁶² Asp (2003) s. 147.

¹⁶³ Asp (2003) s. 148.

¹⁶⁴ Wersäll i Andersson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 496.

¹⁶⁵ Perklev (2010) s. 495.

vikt som bör läggas på principerna om ekvivalens och proportionalitet.¹⁶⁶ Straffvärdet sätter ramen för påföljdsbestämningen på det sättet att en strängare påföljd än vad som är påkallat av brottslighetens straffvärde ej tillåts.¹⁶⁷

Trots att grunden för begreppet brottslighetens art har att göra med allmänpreventiva skäl har ett flertal av de omständigheter som i praxis varit vägledande för artbrottsbedömningen varit av sådana slag att det framstår mer naturligt att beakta dessa vid straffvärdebedömningen.¹⁶⁸ I praxis har bl.a. uttalat att den tilltalades avsikt med handlingen och huruvida den tilltalades agerande präglats av planmässighet och planering är omständigheter som kan få betydelse vid artbrottsbedömningen. De här är omständigheter som normalt skall, enligt 29 kap. 1 § 2 st. BrB och 29 kap. 2 § 6 p., ska beaktas vid bedömningen av straffvärdet.

Gällande grovt rattfylleri har ofta typiska straffvärdeomständigheter påverkat påföljdsbestämningen. Brottets straffvärde anses ofta uppgå till en månads fängelse, men för mer trafikfarliga brott har oftare påföljden bestämts till fängelse medan villkorlig dom med samhällstjänst ofta valts som påföljd för de fall där trafikfaran varit begränsad. I dessa fall har således påföljdsvalet istället för straffvärdet använts för att markera brottets allvar.¹⁶⁹ Enligt straffrättsprofessor Magnus Ulväng är det här inte tillfredsställande. Att konvertera typiska straffvärdeomständigheter som ”fara” och ”risk” får avsevärda konsekvenser vid påföljdsvalet. Ulväng menar att det som vid straffmätningen endast nådde upp till en månads fängelse, ges vid valet av påföljd en betydelse som motsvarar de elva resterande månaderna som behövs för där straffvärdet talar för att presumtionen mot fängelse slår över i presumtion för fängelse. Naturligare vore det enligt Ulväng om risken och faran i en kriminell gärning avspeglar sig i brottets konkreta straffvärde.¹⁷⁰

Som tidigare nämnts i avsnitt 3.3.5 har flertalet av de mer ”klassiska” artbrottsomständigheterna också kritiserats för att vara omständigheter som egentligen borde medföra ett högre straffvärde. Framförallt gäller detta omständigheterna att en brottstyp blivit mer elakartad och att en brottstyp innebär en kränkning av den personliga integriteten. De här omständigheterna skall enligt 29 kap. 1 § BrB beaktas vid bedömningen av straffvärdet. Ett dubbelbeaktande av dessa omständigheter skulle kunna innebära en repressionsökning. Det troliga är dock att dess omständigheter får sitt genomslag genom påföljdsvalet, och att straffvärdet istället sätts lägre.¹⁷¹

¹⁶⁶ Berggren, Bäcklund, Munck, Victor & Wersäll (2012) kommentar till 29 kap. 1 § BrB s. 2.

¹⁶⁷ Victor (2003) s. 124.

¹⁶⁸ Reimer (2010) s. 510-511.

¹⁶⁹ Wersäll i Andersson, Wong & Örnemark Hansen (red.) (2011) s. 499.

¹⁷⁰ Ulväng (2003) s. 927.

¹⁷¹ SOU 2012:34 band 2 s. 719.

5 Påföljdsutredningen 2012

5.1 Uppdraget

Sommaren 2009 tillsatte regeringen en utredning med uppdrag att göra en total översyn av påföljdssystemet för såväl vuxna som unga lagöverträdare. Som särskild utredare utseddes hovrättspresident Fredrik Wersäll.¹⁷²

Enligt direktiven till utredningen skulle de bl.a. överväga om det gick att minska de kortare fängelsestraffen och ersätta dessa med andra trovärdiga påföljder. Vidare skulle utredningen försöka utveckla de påföljder som används som alternativ till fängelse, och även överväga om villkorligt fängelse bör införas i det svenska påföljdssystemet.

Enligt direktiven skulle utredningen också analysera och föreslå hur det kan undvikas att små skillnader i straffvärde leder till stora skillnader i påföljdsvalet och också försöka utreda hur betydelsen av brottslighetens art skulle kunna begränsas.¹⁷³

5.2 Huvuddragen i förslaget

Påföljdsutredningen lade i maj 2012 fram sitt huvudbetänkande, *Nya påföljder*. I utredningen utpekades och identifierades en rad brister och fel i det svenska påföljdssystemet. Den största delen av kritiken bestod i att man ansåg att det svenska påföljdssystemet är alltför komplext och svåröverskådligt. Systemet med villkorlig dom och skyddstillsyn som alternativ till fängelse har lett till att påföljden huvudsakligen grundas på en prognos kopplad till den tilltalades person och risken för att denne skall återfalla i brott, och inte på hur allvarligt brottet är. Det här har enligt utredningen medfört att det är svårt att rangordna de olika påföljderna efter hur allvarliga de är, vilket också lett till bristande förutsägbarhet gällande påföljdsvalet.

Enligt utredningen är påföljderna villkorlig dom och skyddstillsyn tillräckligt tydliga alternativ till fängelsestraffet eftersom det oftast inte anges hur långt straff som hade dömts ut om fängelse istället hade valts som påföljd. Det här leder till att det inte med tillräcklig tydlighet framgår hur allvarligt domstolarna ser på brottet.¹⁷⁴

För att råda bot på det brister och fel med dagens påföljdssystem anser utredningen att villkorligt fängelse bör införas i påföljdssystemet och ersätta påföljderna villkorlig dom och skyddstillsyn. Det skulle innebära att det bara skulle finnas två påföljder, böter eller fängelse, där fängelsestraffet

¹⁷² SOU 2012:34 band 1 s. 3.

¹⁷³ SOU 2012:34 band 1 s. 455.

¹⁷⁴ SOU 2012:34 band 1 s. 18-19.

under vissa förutsättningar skulle kunna vara villkorligt, d.v.s. att den dömda inte skulle behövt avtjänat straffet i en kriminalvårdsanstalt. Vid alla fall där påföljden inte kan stanna vid böter skall det mätas ut ett fängelsestraff av viss längd. För fängelsestraff som är kortare än ett år skall det finnas en presumtion för att straffet skall dömas ut villkorligt. Även fängelsestraff på över ett år skall i fortsättningen kunna dömas ut villkorligt om de kan förenas med en tillräckligt ingripande tilläggssanktion.¹⁷⁵

Under den villkorliga tiden måste den dömda under en prøvotid av två år avhålla sig från att begå nya brott och dessutom fullgöra den tilläggssanktion som rätten dömt ut och som det villkorliga fängelsestraffet skall förenas med. Bland de tänkta tilläggssanktionerna finns bl.a. böter, samhällstjänst, hemarrest, övervakning, vård och kontraktsvård. Ju allvarigare brottet är, med utgångspunkt i fängelsestraffets längd, desto mer ingripande tilläggssanktion skall väljas.¹⁷⁶

För en ökad tydlighet i påföljdssystemet kommer tilläggssanktionerna att rangordnas i stränghet. Dagsböter kommer att förenas med kortare villkorliga fängelsestraff, upp till tre månader. Om böter med hänsyn till fängelsestraffets längd eller den tilltalades tidigare brottslighet inte kan anses vara en tillräckligt ingripande tilläggssanktion skall utgångspunkten vara att det villkorliga straffet skall förenas med samhällstjänst. Om samhällstjänst inte bedöms vara en lämplig sanktion för den tilltalade, exempelvis på grund av missbruk, kroppsskada eller sjukdom, skall istället tilläggssanktionen kunna bestå av en övervaknings- och kontrollsanktion. Den s.k. elektroniska fotbojan kommer att utmönstras, och istället ska det finnas möjlighet att förena det villkorliga fängelsestraffet med s.k. hemarrest. Hemarrest som tilläggssanktion blir aktuell i de fall då den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott och kan sägas vara det sista steget på trappan innan ett fängelsestraff döms ut. Med hemarrest menas att brottslingen förbjuds att vistas utanför sin bostad annat än under särskilt angivna tider och för särskilt angivna ändamål.

Vård- eller påverkanssanktioner skall användas i de fall då den tilltalade är i behov av vård eller behandling, framförallt vid missbruksproblem. En förutsättning för att kunna döma ut vård- eller påverkanssanktioner är att sanktionen är tillräckligt ingripande med hänsyn till längden på fängelsestraffet och den eventuella tidigare brottsligheten som den tilltalade gjort sig skyldig till. Uppgår fängelsestraffets längd till över ett år skall kontraktsvård kunna användas som tilläggssanktion. Kontraktsvårdens innehåll skall vara av så pass ingripande att det i stort sett motsvarar ett ovillkorligt fängelsestraff i ingripandegrad.¹⁷⁷

¹⁷⁵ SOU 2012:34 band 2 s. 165.

¹⁷⁶ SOU 2012:34 band 1 s. 18-19.

¹⁷⁷ SOU 2012:34 band 1 s. 221-238.

5.3 Borttagande av artbrott

I det nya påföljdssystemet med villkorligt fängelse som föreslås i utredningen anser man inte att det finns något behov av att särbehandla något brott eller någon brottstyp till följd av brottslighetens art. Valet mellan en frihetsberövande eller icke frihetsberövande påföljd ska istället baseras på brottets straffvärde, den tilltalades tidigare brottshistorik och humanitetsaspekter hänförliga till den tilltalades person.¹⁷⁸

I utredningen riktas kraftig kritik mot artbrottskonstruktionen och det inflytande som den har fått i den svenska påföljdsrätten. Särbehandling p.g.a. brottslighetens art har enligt utredningen medfört att påföljdssystemet har blivit komplext och svårt att överblicka, och artbrottskonstruktionen inneburit ett avsteg från den humanitära tanken att man ska ha tolerans mot förstagångsförbrytare.

Kritik riktas också mot den allmänpreventiva grund som artbrottskonstruktionen bygger på. Utredningen menar att det inte finns några belägg för att fängelsestraffet skulle ha någon mätbar betydelse gällande avskräckning eller normbildning. Den offentliga processen som sådan och risken för att bli upptäckt torde istället i första hand vara sådana faktorer som kan ha avskräckande eller normbildande verkan på allmänheten.¹⁷⁹

Användningen av artbrottskonstruktionen har enligt utredningen eskalerat på ett sätt som inte var tänkt vid dess tillkomst 1989. Idag kan man enligt utredningen argumentera för att en påföljdsmissig särbehandling på grund av art kan ske av majoriteten av brottstyperna i brottsbalken, och även gällande brotten inom specialstraffrätten. Den här utvecklingen har varit möjlig på grund av bristen på tydliga principer och riktlinjer för när ett brott skall anses vara artbrott eller ej. Utredningen anser att det har medfört att användningen av fängelsestraff har eskalerat, även för förstagångsförbrytare. En vilja har funnits att få ner antalet korta fängelsestraff, dels genom införandet av samhällstjänst som föreskrift till villkorlig dom och skyddstillsyn, dels genom införandet av s.k. fotboja som verkställighetsform. Det här har dock enligt utredningen lett till att påföljdssystemet har blivit för komplext och svårt att överblicka för allmänheten då lagändringarna har konstruerats som ett undantag från en i sig svårfångad huvudregel.

Utredningens ambition har på grund av det anförda varit att utveckla påföljdssystemet på sådant sätt att ett behov av särbehandling på grund av art inte föreligger. Det kommer möjliggöras genom att det alltid kommer att dömas till fängelse eller böter, och att dagens frivårdspåföljder utmönstras ur påföljdssystemet. Brottslighetens straffvärde och den dömdes tidigare kriminalitet kommer vara de faktorer som står i centrum, där även vissa

¹⁷⁸ SOU 2012:34 band 2 s. 703.

¹⁷⁹ SOU 2012:34 band 2 s. 711.

humanitetsaspekter i det enskilda fallet kan vägas in vid påföljdsbestämningen. En ytterligare parameter i form av särbehandling på grund av art anser dock utredningen skulle innebära att systemet blir för svårbegripligt och komplext.¹⁸⁰

Ett borttagande av artbrottskonstruktionen kan dock enligt utredningen knappast göras om man inte försöker förstå bakgrunden till varför denna särbehandling fått sådan stor utbredning i påföljdssystemet. Den troliga förklaringen är enligt utredningen att domstolarna, och i vissa fall lagstiftaren, ansett att det för vissa brott finns ett behov av en strängare påföljd än som motiveras av straffvärdet och den tilltalades eventuella återfallsituation. De icke frihetsberövande påföljderna har således inte uppfattats som tillräckligt ingripande för att uppnå de allmänpreventiva och normbildande effekterna som önskas menar utredningen. För att exemplifiera detta resonerar utredningen kring ett tankeexperiment där de frågar sig om en domare, som idag bestämmer påföljd för brott, i realiteten anser att grovt bedrägeri och grov kvinnofridskränkning, brott som båda har sex månader som minimistraff, är att anses som lika allvarliga brott? Enligt statistiken dömer domstolarna till villkorlig dom förenat med böter för grovt bedrägeri, och till sex månaders fängelse för grov kvinnofridskränkning. Att det är på det här sättet torde enligt utredningen bero på att domstolarna helt enkelt anser att brottet grov kvinnofridskränkning är mer förkastligt än grovt bedrägeri, och att påföljden därför blir ett sätt för domstolen att, vid sidan av straffvärdet, visa hur allvarligt de ser på brottet. Förmodligen är det enligt utredningen en konsekvens av att domstolarna inte anser att de icke-frihetsberövande påföljderna som finns i dagens system är tillräckligt ingripande vid viss allvarlig och förkastlig brottslighet.¹⁸¹

Dagens påföljdssystem förmedlar enligt utredningen en bild av att villkorlig dom och skyddstillsyn alltid återspeglar att brottsligheten var mindre allvarlig än om ett fängelsestraff dömts ut, även om brottet har samma straffvärde. Dessa trovärdighetsproblem kommer enligt utredningen att försvinna om det alltid döms ut ett fängelsestraff.

5.4 Konsekvenser av utredningen gällande artbrott

Ett påföljdssystem utan särbehandling på grund av brottets art kommer enligt utredningen leda till att omständigheter som tidigare påverkat artbedömningen istället kommer att påverka straffvärdet i skärpande riktning. De nuvarande straffskalorna, d.v.s. den brottsliga gärningens abstrakta straffvärde, är enligt utredningen utformade i ett sammanhang där det funnits en särbehandling av vissa brottstyper på grund av art. Men

¹⁸⁰ SOU 2012:34 band 2 s. 714 ff.

¹⁸¹ SOU 2012:34 band 2 s. 712-713.

utredningen håller det dock inte för sannolikt att lagstiftaren skulle infört högre straffskalor om särbehandlingen på grund av art inte funnits.¹⁸²

Gällande det konkreta straffvärdet anser utredningen dock att bilden är mer komplicerad. Utredningen anser att brottets karaktär som artbrott kan ha inverkan på bedömningen av straffvärdet på så sätt att vetskapen att brottet kommer medföra fängelse på grund av art verkar i mildare riktning vid bedömningen av straffvärdet.¹⁸³

Enligt utredningen har omständigheter, som enligt 29 kap. 1 och 2 §§ BrB, är tänkta att exklusivt användas för att bedöma straffvärdet också bestämmande inflytande över påföljdsvalet. Utredningen exemplifierar detta genom att visa på att rattfylleri, där körningens farlighet är en omständighet som borde ha omedelbar betydelse för straffvärde, istället i praxis har kommit att bli en avgörande omständighet för artpresumtionens styrka. Likadant förhåller det sig med brott som anses vara av sådan art att fängelse skall väljas på grund av att brottet har inneburit ett angrepp på någons personliga integritet. Enligt utredningen låter domstolarna brottets svårhet, straffvärdhet och förkastlighet komma till uttryck genom påföljdsvalet och inte genom åsättandet av ett högre straffvärde.¹⁸⁴

Utredningen menar att det därför kan konstateras att det i artpresumtionen ligger ett ”dolt straffvärde”. Det ”dolda straffvärdet” kommer vid en utmönstring av artbrottet ur påföljdsbestämningen istället få genomslag vid straffmätningen vilket kommer att leda till att straffvärdet blir det verktyg som domstolarna kommer att använda sig av för att visa hur allvarligt den ser på brottet. Enligt utredningen är detta en utveckling som man anser vara rätt och rimlig.

Anser domstolen att en brottstyp, t.ex. grov kvinnofridskränkning, är allvarligare än en annan brottstyp, t.ex. grovt bedrägeri, skall därför det återspeglas i straffvärdet, d.v.s. att brottet åsätts olika straffvärden. Det kommer enligt utredningen påverka påföljdens utformning eftersom det får genomslag vid straffmätningen. Ju högre straffmättningsvärde ett brott har, ju längre fängelsestraff kommer att dömas ut. I det nya påföljdssystemet med villkorligt fängelse som utredningen föreslår kommer det leda till mer ingripande tilläggsanktioner för den som ådömts ett villkorligt fängelsestraff.¹⁸⁵

I utredningen diskuteras huruvida överflyttningen av försvårande omständigheter från art till straffvärde bör garanteras genom en särskild lagreglering. En fördel med en sådan reglering skulle vara att det skulle säkerställas att de omständigheter som idag anses innebära att ett brott har ett artvärde faktiskt omvandlas till omständigheter som påverkar straffvärdet i skärpande riktning. Enligt utredningen är det främst i fall där brottet

¹⁸² SOU 2012:34 band 2 s. 717.

¹⁸³ SOU 2012:34 band 2 s. 718.

¹⁸⁴ SOU 2012:34 band 2 s. 719.

¹⁸⁵ SOU 2012:34 band 2 s. 721.

inneburit ett angrepp på målsägandens personliga integritet som domstolen låter brottets allvar, straffvärdhet och förkastlighet komma till uttryck genom påföljdsvalet istället för åsättande av ett visst straffvärde. Det skulle därför kunna övervägas om en eventuell ändring av 29 kap. 1 § andra stycket BrB skulle säkerställa en transformering av artvärdesomständigheter till straffvärdesomständigheter. I 29 kap. 1 § 2 st. BrB anges att det vid bedömningen av straffvärdet ”ska särskilt beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person”. Ett alternativ enligt utredningen skulle vara att stryka ordet ”allvarligt” ur bestämmelsen. Risken finns annars att omständigheter som inte anses vara tillräckligt allvarliga inte får något genomslag vid bedömningen av straffvärdet. Ett strykande av ordet allvarligt skulle därför säkerställa att sådana omständigheter beaktas fullt ut enligt utredningen.

Problematiskt är dock att den nämnda bestämmelsen i 29 kap. 1 § 2 st. BrB nyss ändrats, år 2010, vilket enligt utredningen kan medföra att bestämmelsen blir svårhanterlig om den ändras på nytt. Dessutom anser man att det skulle kunna leda till en mer betydande straffnivåhöjning än som var tänkt vid 2010 års ändring. Sammantaget anser därför utredningen att det inte behövs någon särskild reglering för att uppnå effekten att en slopad påföljdsmissig särbehandling leder till en i högre grad allsidig och differentierad bedömning av straffvärdet.¹⁸⁶

5.5 Utmönstring av artbrott enda alternativet?

Utredningens huvudförslag är att det inte i det system som de föreslår finns några sakliga skäl att ha en fortsatt särbehandling för vissa brott på grund av art. För att belysa frågan utifrån alla synvinklar väljer dock utredningen att även analysera om det finns andra möjligheter att begränsa brottslighetens art utan att för det skulle helt ta bort begreppet ur påföljdsbedömningen.

Sju olika alternativa vägar analyserar utredningen och jag tänker i det följande gå igenom dessa kortfattat.

1) Begränsa artbrottsbegreppet utifrån brottstyp

Utredningen konstaterar att en sådan begränsning faktiskt skulle vara möjlig. Exempelvis skulle det kunna lösas lagtekniskt genom att det föreskrivs att rätten som skäl för att besluta om ovillkorligt fängelsestraff skall beakta att det är fråga om mened enligt 15 kap. 1 § BrB. Det här skulle likna den ordning vi har idag, där artvärdet i det enskilda fallet skulle vägas samman med straffets längd och den tilltalades tidigare brottslighet.

En annan möjlighet som diskuteras är att det för vissa brottstyper finns skäl för att döma ut ovillkorligt fängelse i fall där kriminaliseringens

¹⁸⁶ SOU 2012:34 band 2 s. 723.

skyddsintresse kränkts särskilt mycket vid det specifika brottstillfället. Exempelvis vid särskilt trafikfarliga rattfylleribrott. På så sätt skall man genom lagstiftning kunna kodifiera de fall då artvärdet anses särskilt högt.

Att begränsa artbrottsbegreppet utifrån brottstyp skulle dock medföra en risk att det skapas en allt längre ”artbrottslista”. Att bestämma vilka brottstyper som skulle vara med på listan skulle medföra betydande svårigheter, framförallt med hänsyn till dagens praxis där i stort sett alla vanligt förekommande brottstyper kan tillmätas artvärde.

- 2) Avgränsa artbrottsbegreppet utifrån särskilda kriterier eller omständigheter

Enligt utredningen skulle det här vara en svårframkomlig väg för att avgränsa artbrottsbegreppet. Redan i dagsläget är det svårt att göra en uttömmande redovisning av de omständigheter som kan ligga till grund för att ett brott klassas som artbrott. Att anknyta till de kriterier som utmejslats i praxis skulle i inte leda till att artbrottsbegreppet avgränsas.

- 3) Begränsning av betydelsen av art genom att särbehandlingen består i ett val av en mer ingripande tilläggsanktion

Det här alternativet skulle innebära att visa brott särbehandlas p.g.a. dess art genom att det väljs en mer ingripande sanktion än vad som annars hade varit fallet, dock utan att det innebär ett ovillkorligt fängelsestraff. Det skulle alltså innebära att för förstagångsförbrytare skulle väljas en tilläggsanktion som är mer ingripande än annars om brottet som den tilltalade har begått är ett artbrott. Problemet med ett sådant system skulle dock främst vara att lika allvarliga brott skulle behandlas olika vid påföljdsvalet. Hur allvarligt ett brott är ska enligt utredningen komma till uttryck vid straffvärdebedömningen. De flesta av de problem som finns med artbrottsinstitutet idag skulle bestå och därför anser utredningen att det här alternativets nackdelar väger upp fördelarna.¹⁸⁷

- 4) Fortsätta särbehandla brott av integritetskränkande natur

Brott av integritetskränkande natur är enligt utredningen de brott i samhället som det finns lägst tolerans emot. Det avspeglar sig dels på praxis, där grov kvinnofridskränkning och sexualbrott ofta leder till ett fängelsestraff, och även genom den ändring av straffvärdebedömningen som genomfördes 2010 där just att brottet varit av integritetskränkande natur skall beaktas särskilt vid straffmätningen. Det är även vid dessa brott som brottsofferperspektivet framträder som tydligast. Frågan är därför om ett system utan brottslighetens art kommer att vinna tolerans för denna typ av brott. En möjlighet skulle därför kunna vara att det föreligger en presumtion för ovillkorligt fängelse för ett brott av integritetskränkande natur som motiverar ett fängelsestraff minst sex månader. Ett sådant undantag för brott av integritetskränkande natur skulle dock medföra vissa problem. Dels

¹⁸⁷ SOU 2012:34 band 2 s. 734.

skulle straffvärdet i dessa fall hamna i skymundan, dels skulle rangordningen av tilläggsanktionerna bli otydliga och upptrappningen vid återfall kan komma att sakna konsekvens.¹⁸⁸

- 5) Vård eller behandling som tilläggsanktion vid allvarliga brott av integritetskränkande natur

En möjlig förutsättning för att besluta att fängelsestraffet ska vara villkorligt skulle kunna vara att den dömda underkastar sig behandling eller andra åtgärder för att inte återfalla i liknande brottslighet. Det här skulle då främst enligt utredningen bli aktuellt för de brott där toleransen är som lägst, d.v.s. vid allvarliga brott av integritetskränkande natur där fängelsestraffet uppgår till sex månader eller mer. Vid dessa typer av brott framträder enligt utredningen brottsofferperspektivet som tydligast, och det är av viss vikt att påföljderna för dessa typer av brott får acceptans hos brottsoffret.¹⁸⁹ Det här skulle enligt utredningen kunna mötas genom särskilt anpassade sanktioner, då främst genom olika former av behandlingsprogram för den tilltalade i syfte att minska återfallsrisken i liknande brottslighet. En trygghet för brottsoffret skulle kunna infinna sig om denne vet att den dömda genomgår ett behandlingsprogram där just fokus läggs på att ta bort återfallsrisken.¹⁹⁰

Problemet som utredningen ser med en sådan lösning är dock att det är vedertaget att vissa behandlingsinsatser i vissa fall inte är verkningsfulla, utan kan istället vara kontraproduktiva. Utredningen ser också problem i att det inte är säkert att det finns tillgängliga behandlingsinsatser över hela landet. Istället anser utredningen att det är av stor vikt att Kriminalvården utvecklar program och behandlingsmetoder gällande de som dömts för allvarliga integritetskränkande brott och motiverar de dömda att genomgå behandling eller programmen.¹⁹¹

- 6) Fortsätta särbehandla brott som hotar grundläggande samhällsfunktioner

Brott som mened, övergrepp i rättsak och falsk tillvitelse är brott som har ansetts hota grundläggande samhällsfunktioner. Enligt gällande praxis anses det vid dessa brott föreligga en mycket stark presumtion för fängelse p.g.a. dess art. Hotet om fängelsestraff för exempelvis menedsbrottet syftar till en mycket specifik prestation, att vittna och att dessutom inte vittna falskt. Enligt utredningen finns det dock ingen forskning som talar för att ett fängelsestraff skulle ha särskilt stor allmänpreventiv verkan vid just dessa brottstyper. Utredningen menar att det förslag med villkorligt fängelse som förslås bör kunna ha en allmänpreventiv och normbildande verkan även för dessa brottstyper. Om brott av den här typen anses vara så allvarliga att de motiverar ett strängare straff bör detta i stället avspeglade sig i ett högre straffvärde.¹⁹²

¹⁸⁸ SOU 2012:34 band 2 s. 738.

¹⁸⁹ SOU 2012:34 band 2 s. 739.

¹⁹⁰ SOU 2012:34 band 2 s. 740.

¹⁹¹ SOU 2012:34 band 2 s. 742.

¹⁹² SOU 2012:34 band 2 s. 744.

7) Fortsatt särbehandling av grova rattfylleribrott

Gällande brottet grovt rattfylleri har det i praxis inte ansetts vara tillräckligt med en vanlig villkorlig dom. Synsättet att grovt rattfylleri normalt bör innebära ett fängelsestraff tordes dels kunna motiveras av det abstrakta faromoment som dessa brott utgör, men även att den allmänpreventiva verkan kan antas vara särskilt stor vid denna typ av brottslighet då det anses vara ett brott som vanliga ”Svenssons” kan tänkas begå. Enligt utredningen uppfylls dock behovet av en tillräckligt ingripande påföljd utifrån allmänprevention och normbildning även om fängelsestraffet döms ut villkorligt. Att inte ta hänsyn till brottets art bör också leda till en mer differentierad bedömning av straffvärdet där omständigheter som att körningen har varit särskilt farlig kommer att på ett tydligare sätt än i dagsläget påverka straffvärdet i skärpande riktning. Ett allvarigare rattfylleribrott kommer därför att leda till en mer ingripande tilläggsanktion.

Sammanfattningsvis gör utredningen den bedömningen att det är förenat med betydande svårigheter att behålla brottets art vid påföljdsbedömningen även om dess betydelse begränsas och innebörden avgränsas. Den tydlighet och konsekvens som utredningen hoppas att det lagda förslaget ska få, riskeras att väsentligen förringas om artbrottskonstruktionen bibehålls. Utredningen är av den åsikten att påföljdssystemet skall grundas på brottet straffvärde och den tilltalades tidigare brottslighet, och därför skulle artbrottskonstruktionen vara ett betydande avsteg från de grundläggande utgångspunkterna i förslaget.

Skulle en särbehandling på grund av art trots allt anses vara nödvändig anser utredningen att det då skall gälla främst allvarliga brott för vilka toleransen är som lägst, allvarliga brott av integritetskränkande natur och brott av allvarligt slag som innebär hot mot grundläggande samhällsfunktioner som rättsväsendet och där straffvärdet uppgår till sex månader eller mer. En fortsatt särbehandling bör enligt utredning inte leda till att fängelsestraffet alltid döms ut ovillkorligt, utan främst leda till en mer ingripande tilläggsanktion.

Utredningens grundbedömning är dock att någon särbehandling p.g.a. art inte är nödvändig eller lämplig. Risken är enligt utredningen att de problem som finns i dagsläget gällande särbehandlingen på grund av art kommer att finnas även i ett framtida, mer avgränsat system. Det finns också risk för att särbehandlingen successivt kommer att utvecklas och innefatta fler brottstyper när det politiska trycket blir för stort. Att bekämpa viss brottslighet borde istället enligt utredningen åstadkommas genom kriminaliseringens utformning och genom straffskalorna.¹⁹³

¹⁹³ SOU 2012:34 band 2 s. 751.

6 Analys och egna kommentarer

6.1 Inledning

Huvudregeln i det svenska påföljdssystemet är att fängelsestraffet skall väljas som påföljd i sista hand. Det finns därför en presumtion mot fängelsestraff, vilket visar på den humanitetsprincip som genomsyrar påföljdssystemet. Artbrottskonstruktionen utgör således ett undantag från huvudregeln, och tillsammans med brottets straffvärde och den dömdes tidigare brottslighet utgör de en uttömmande uppräknings av skäl som domstolen får använda för att bestämma påföljden till fängelse.

Begreppet brottets art infördes i påföljdssystemet genom 1989-års påföljdsreform och gav domstolarna en möjlighet att döma ut kortare fängelsestraff för vissa brottstyper trots att varken straffvärdet eller den dömdes tidigare brottslighet talade för det. Enligt förarbetena handlade det om brott som av främst allmänpreventiva skäl torde medföra ett kortare fängelsestraff. Det här återknöt till den praxis som fanns enligt vilken domstolen kunde döma ut kortare fängelsestraff med hänsyn till den ”allmänna laglydnaden”. I teorin var tanken att hänsyn till de allmänpreventiva intressena inte skulle ske på domstolsnivå utan i första hand på lagstiftningsnivå. Å andra sidan skulle den praxis, som innebar att vissa brottstyper särbehandlades vid påföljdsvalet med hänsyn till allmänpreventiva skäl, även fortsättningsvis gälla. I en reform som i övrigt satte straffvärdet i centrum för påföljdsbestämningen kan därför artbrottskonstruktionen anses utgöra ett avsteg från tankarna om proportionalitet och ekvivalens vid påföljdsbestämningen.

6.2 Artbrottskonstruktionen

Införandet av artbrottskonstruktionen får, enligt min mening, ses som ett misslyckande och dess existens har medfört ett svårgripbart och svårtillämpat påföljdssystem. Avsaknaden av teoretisk grund och det faktum att konstruktionen fortfarande, trots att den snart har 25 år på nacken, är odefinierad har lett till en praxis som är otydlig och inkonsekvent där antalet brottstyper som klassats som artbrott har eskalerat. Idag kan sägas att i stort sett alla brott i brottsbalken och specialstraffrätten kan tillmätas ett visst mått av artvärde, och det går därför att argumentera för att det som en gång var tänkt att fungera som systemets undantag istället har blivit dess huvudregel. Att sätta upp en ”artbrottslista” är i dagsläget inte möjligt. Även om kriminalstatistiken i viss mån kan ge antydningar om vilka brott som klassas som artbrott kan den knappast sägas ge vägledning åt domstolarna i det enskilda fallet. Som nämnts tidigare i den här uppsatsen har HD konstaterat att det inte är brottstypen som är avgörande för

artbrottsbedömningen, utan omständigheterna i det enskilda fallet. Eftersom det inte på ett uttömmande sätt går att redogöra för vilka dessa omständigheter är har domstolarna fått tillämpa artbrottskonstruktionen på ”känsla”. Det innebär att vi i det svenska påföljdssystemet skickar brottslingar till att avtjäna sitt straff i anstalt, ibland efter vad som kan uppfattas som i det närmaste godtyckliga bedömningar. Otydligheten har också lett till en diskrepans mellan domstolarnas bedömningar i likartade fall, vilket inte kan anses vara förenligt med tankarna om likabehandling vid påföljdsvalet.

Artbrottskonstruktionen är således odefinierad och det är förenat med stora svårigheter att på ett uttömmande sätt redogöra för de omständigheter som kan beaktas vid bedömningen. Vissa omständigheter har dock, som redovisats i avsnitt 3.3.5, kunnat utkristalliseras som omständigheter som är av betydelse för att en viss brottslighet skall anses vara av sådan art att presumptionen mot fängelse kan brytas. Dessa omständigheter går dock inte heller fria från kritik. Viss del av denna kritik har tidigare redovisats för i denna uppsats. Jag tänkte här redogöra för några av mina egna tankar gällande några av dessa artbrottsomständigheter.

Att en viss brottstyp har blivit mer utbredd är ett vanskligt argument som kan bero på vad som kan konstateras genom kriminalstatistiken. Kriminalstatistiken kan inte alltid ge en fullständigt klar bild av utbredning av en brottstyp. Det ska hållas i åtanke att stor del av de brott som begås är dold, d.v.s. att de aldrig kommer till polisens kännedom och därför inte hamnar i den officiella kriminalstatistiken. Anmälningbenägenheten torde också vara lägre gällande vissa typer av brott, främst brott där offret och förövaren känner varandra. Dessutom framstår det som ganska godtyckligt hur domstolarna har använt sig av denna artbrottsomständighet. Som tidigare påpekats har exempelvis stöldbrottet, som ökade markant under en tidsperiod, aldrig generellt klassats som ett artbrott. Angående omständigheten att brottsligheten är svår att upptäcka eller förebygga torde det kunna påverkas av exempelvis vilka prioriteringar polisen har gällande olika brottstyper. Om polisen t.ex. väljer att avstå från att utföra alkoholkontroller i trafiken borde det, enligt min mening, rimligtvis leda till att rattfylleribrott blir svåra att upptäcka. Det skulle kunna innebära polisen skulle kunna påverka användandet av fängelsestraff för brott som de anser är förkastliga genom att ha låg prioritet på att upptäcka sådana brott.

Ett kort kommentar skall också sägas om artbrottsomständigheten att brottet utgör ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet. Den här omständigheten är enligt mig ytterst otydlig. Alla brottsliga gärningar torde ju utgöra ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet. I förarbeten och praxis har det framkommit att brott som olovlig körning och olovlig vistelse i riket har kunnat falla in under detta kriterium. Domstolarna har ansett att dessa brott utgör ”lagtrots”. Enligt min mening skulle, med så vaga formuleringar, artbrottskonstruktionen kunna vidgas ytterligare och ännu fler brott falla in under begreppet.

Även om lagstiftaren inte åsyftade att användningen av artbrottskonstruktionen skulle expandera så kraftigt som den gjort, så borde, lagstiftaren kunnat ana att detta kunde bli följden av de vaga och otydliga förarbetena till reformen. Att det dessutom inte förbehölls lagstiftaren att peka ut nya artbrott har medverkat till den utveckling som skett i Sverige eftersom HD, och i viss mån även underrätterna, tagit på sig rollen som spridare av artbrottskonstruktionen.

Artbrottskonstruktionen har inneburit att domstolarna har kunnat uttrycka ett brotts klandervärdhet genom påföljdsbestämningen och inte genom att åsätta brottet ett högre straffvärde. Det här har medfört att ett brott med ett straffvärde på en månad har kunnat orsaka ett fängelsestraff med hänsyn till brottets art medan ett brott med ett straffvärde på 11 månader, som således bör anses vara ett 11 gånger allvarigare brott, har kunnat innebära en icke frihetsberövande påföljd. Artbrottskonstruktionen kan därför anses strida dels mot kravet på proportionalitet mellan brott och straff, dels mot att det ska finnas ekvivalens mellan brotten. Det här riskerar att leda till att påföljdssystemet inte uppfattas som rättvist.

Fängelsestraffet är den strängaste påföljden som tillämpas i Sverige och utgör det yttersta formen av myndighetsutövning som samhället kan praktisera mot den enskilde medborgaren. Att dömas till ett fängelsestraff istället för en icke frihetsberövande påföljd anses vara mycket kännbart, även om det givetvis är en subjektiv uppfattning, för den dömda och det torde därför kunna räknas med att artbrottskonstruktionen vilar på en tydlig grund. Den allmänpreventiva grunden som i 1989-års påföljdsreform var det främsta skälet till artbrottskonstruktionens införande kan dock starkt ifrågasättas. Enligt forskningen finns det inga empiriska belegg för att fängelsestraffet skulle ge några större allmänpreventiva effekter.

Allmänpreventiva överväganden torde istället ha sin största verkan genom kriminalisering av gärningar och inte själv repressionsnivån. Det är därför anmärkningsvärt att HD i flertalet rättsfall har anfört att den allmänpreventiva effekten av att döma ut ett fängelsestraff kan vara större vid vissa brottstyper än vid andra. HD kommer därmed fram till en annan slutsats än vad forskarna gör. Det framstår snarare som att HD har en *förhoppning* om att allmänpreventiva effekter kan uppnås för vissa brottstyper om fängelsestraff väljs som påföljd. Det här kan snarare, precis som Zila och Jareborg anförde, ses som en form av expressiv allmänprevention där artbrottskonstruktionen används för att domstolarna skall kunna göra markeringar och ge uttryck för vilka värderingar som är acceptabla i samhället. Det framstår som en enkel lösning för domstolarna att motivera en höjd repressionsnivå med hänsyn till allmänpreventiva effekter för att i det enskilda fallet kunna döma en tilltalad till fängelse. Det skulle kunna anföras att syftet med påföljden egentligen är att tillfoga den tilltalade skada eller obehag för att denne begått brott.

Artbrottskonstruktionen medför således att vissa tilltalade blir ådömda en mer ingripande påföljd för att gemene man ska avhålla sig från att begå

brott, trots att det inte finns belägg för att denna effekt skulle kunna uppnås på detta sätt. Domstolens spekulationer kring fängelsestraffets allmänpreventiva effekter blir således av avgörande betydelse för om en tilltalad får sitta i fängelse i exempelvis sex månader eller blir ådömd en icke frihetsberövande påföljd. Med tanke på de stigmatiserande effekter som ett fängelsestraff kan antas få för den enskilde måste detta anses vara mycket olyckligt.

6.3 Påföljdsutredningens förslag

På grund av det anförda under 6.2 anser jag att det är önskvärt att försöka utmönstra artbrottskonstruktionen ur det svenska påföljdssystemet eller åtminstone begränsa dess inverkan på påföljdsbestämningen i högsta möjliga mån. Påföljdsutredningens förslag till påföljdsreform, där artbrottskonstruktionen inte längre har någon plats i påföljdsbestämningen, får anses som ett välkommet och välbehövligt inslag i debatten. Utredningens huvudförslag är att villkorligt fängelse skall införas som ny komponent i påföljdssystemet. Ett villkorligt fängelsestraff skall kombineras med en tilläggsanktion och ju högre straffvärde som en brottslig gärning anses ha desto mer ingripande blir tilläggsanktionen. I Påföljdsutredningens förslag anser man att straffvärdet och den tilltalades tidigare brottslighet skall vara de faktorer som i huvudsak ska beaktas vid påföljdsbestämningen. Artbrottskonstruktionen ska därför utmönstras ur påföljdsbestämningen för att förenkla och förtydliga systemet.

Jag personligen ställer mig positiv till utredningens förslag till reform i stort. Utredningen känns väl genomarbetad och ett införande av villkorligt fängelsestraff kommer förmodligen göra påföljdssystemet lättare att förstå och mer konsekvent. Trots detta skulle jag vilja uttrycka några synpunkter gällande borttagande av artbrottskonstruktionen. Även om jag tycker att det är klart önskvärt att utmönstra dess existens ut påföljdssystemet kan jag ändå se vissa potentiella problem med detta. I det följande tänker jag därför ta upp och kommentera detta.

I utredningens uppdrag ingick att föreslå hur användningen av fängelsestraffen, särskilt då de korta straffen, kan minska utan att trovärdigheten för systemet försvinner. Ett borttagande av artbrottskonstruktionen kommer högst sannolikt att leda till en minskad användning av fängelsestraff i Sverige totalt sett. Enligt statistiken är brottslighetens art motiveringen till nästan hälften av de fängelsedomar som är kortare än ett år. Dessutom ligger fångtalen i Sverige på en förhållandevis hög nivå.

Konsekvensen av att ta bort artbrottskonstruktionen kommer troligtvis att innebära, precis som utredningen framhåller, att omständigheter som tidigare legat till grund för artbrottsbedömningen istället kommer att beaktas vid bestämmandet av straffvärdet. Det här anser jag vara rimligt då straffvärdet bör vara det verktyg som domstolen skall använda för att visa hur klandervärdt den anser att en brottslig gärning är. Anses exempelvis en

misshandel vara särskilt elakartad bör detta avspeglas genom att straffvärdet blir högre och inte genom påföljdsbestämningen. En viss risk finns dock för att en generell straffvärdesskärpning kommer att ske för de brott som tidigare lett till kortare fängelsestraff. De artbrott som idag ger fängelse i en månad kommer enligt förslaget leda till ett villkorligt fängelsestraff med en tilläggsanktion, troligtvis dagsböter. De troliga för merparten av dessa brott är att straffvärdet kommer höjas någon månad, vilket inte kommer att få någon större påverkan på vilken tilläggsanktion som kommer att dömas ut. Gällande de artbrott som i dagsläget ger fängelse mellan 6-11 månader finns dock en risk för att domstolarna inte anser att en villkorlig dom med tilläggsanktion är en tillräckligt ingripande påföljd. Det troliga är att dessa brott, om inte en missbrukarsituation föreligger, kommer innebära att samhällstjänst döms ut som tilläggsanktion. Om inte domstolarna anser att detta är en tillräckligt ingripande sanktion skulle det kunna föreligga en risk att man kommer höja straffvärdena för dessa brott och på så sätt ”putta” dem över ettårsgränsen. Det skulle kunna leda till att ett borttagande av artbrottskonstruktionen visserligen kommer medföra att färre fängelsestraff döms ut totalt sett, men antalet medellånga fängelsestraff kommer att öka.

Påföljdsutredningen menar att de omständigheter som kommer att flyttas över är sådana omständigheter som typiskt sett egentligen är att tänka att beaktas vid straffvärdesbedömningen. En farhåga är att domstolarna även kan komma att flytta över de artbrottsomständigheter som inte anses utgöra straffvärdesomständigheter. Ett exempel är omständigheterna att en brottslighet har blivit mer utbredd eller är svår att förebygga och upptäcka. Som redovisats tidigare i den här uppsatsen kan det riktas kritik mot att dessa omständigheter har kommit att beaktas vid påföljdsbestämningen. Om dessa omständigheter även i fortsättningen kommer att beaktas, om än vid straffvärdesbedömningen, skulle det innebära att den tilltalade blir ådömd en strängare påföljd på samma sätt som tidigare gjordes genom artbrottskonstruktionen. Det skulle därför kunna anföras att artbrottskonstruktionen visserligen kommer att tas bort officiellt, men att den i praktiken fortsatt kommer att ha betydelse för hur sträng påföljden blir för den tilltalade.

En stor anledning till att artbrottskonstruktionen har använts så flitigt av domstolarna torde vara att de icke frihetsberövande påföljderna inte ansetts duga varken till att verka avskräckande, eller för att markera den låga tolerans som finns för vissa brott och brottstyper. Därför är det en viktig förutsättning för att ett borttagande av artbrottskonstruktionen skall vara möjligt, att de sanktioner som kommer att dömas ut i tillägg till ett villkorligt fängelsestraff betraktas som tillräckligt ingripande. Annars finns troligen en risk för att domstolarna kommer att höja straffvärdet för de brott där toleransen som lägst, exempelvis sexualbrott och fridskränkingsbrott, så att straffvärdet landar på över ett år vilket då öppnar möjligheten för att döma ut ett ovillkorligt fängelsestraff. Här tror jag också att den allmänna opinionen kommer att riskera att påverka domstolarna. Om det nya påföljdssystemet inte vinner förtroende hos allmänheten kommer röster att

höjas för att skärpa straffen. Särskilt låg tolerans lär allmänheten ha gällande de integritetskränkande brotten och jag ställer mig tveksam till att villkorliga fängelsestraff för dessa brott kommer vinna acceptans hos gemene man. Det politiska trycket för en generell straffvärdeshöjning för dessa brott riskerar att bli stort, vilket i slutändan kan leda till att dessa brott alltid kommer leda till ett fängelsestraff på minst ett år. En sådan förändrad syn på de allvarliga våldsbrotten kan redan skönjas i de straffnivåskärpningar som skedde 2010. Lagstiftaren ansåg här att dessa brott numer utgör ett större hot mot enskilda än vad de gjorde tidigare.

Min åsikt är att Påföljdsutredningen kanske är väl optimistisk i tron på att det föreslagna systemet kommer att uppfattas som tillräckligt trovärdigt. Deras huvudargument för att påföljdssystemet kommer uppfattas som trovärdigt är att det alltid kommer mätas ut ett fängelsestraff för alla brott som inte är så ringa att det räcker med ett bötesstraff. Ingripandenivån i tilläggsanktionen är avhängig brottets straffvärde. Dessutom kommer det villkorliga fängelsestraffet knytas till ett krav på laglydighet från den tilltalade. Det här medför, enligt utredningen, att en särbehandling av vissa brottstyper inte är nödvändig. Så som jag uppfattar Påföljdsutredningens förslag kommer flertalet av de brott som tidigare innebar fängelse p.g.a. dess art istället medföra ett villkorligt fängelsestraff med tilläggsanktionen samhällstjänst. Samhällstjänst i förening med antingen villkorlig dom eller skyddstillsyn används i många fall i dagsläget för brott där fängelse annars hade valts som påföljd p.g.a. dess art. Införandet av samhällstjänst har också lett till en betydande s.k. net-widening, vilket innebär att samhällstjänst även använts i stor utsträckning i fall där man inte tidigare dömde till fängelse. Detta för att förstärka en ”vanlig” villkorlig dom och skyddstillsyn. Enligt min uppfattning kommer Påföljdsutredningens förslag i realiteten inte innebära någon större förändring för ett flertal av artbrotten. Påföljden kommer att bli ett villkorligt fängelsestraff med samhällstjänst istället för en villkorlig dom förenad med samhällstjänst.

Jag delar därför inte fullt ut Påföljdsutredningens optimism om att trovärdigheten med påföljdssystemet kommer att öka om längden på fängelsestraffet alltid kommer att mätas ut. Om domstolen i dagsläget bestämmer påföljden till villkorlig dom eller skyddstillsyn förenat med samhällstjänst, så finns det redan ett krav på att längden på det fängelsestraff som annars hade valts ska anges i domen. Det skulle också kunna argumenteras för att om domstolarna ansett att samhällstjänst utgör en tillräckligt ingripande åtgärd så skulle de aldrig, p.g.a. den s.k. net-widening som skett gällande utdömandet av samhällstjänst, behöva spekulera i om ett brott är artbrott eller ej. Detta eftersom det i dagsläget framstår som fullt möjligt att förstärka en ”vanlig” villkorlig dom eller skyddstillsyn med samhällstjänst, alltså utan att domstolarna först behöver konstatera att ett fängelsestraff bör dömas ut. Som jag tycker att statistiken över användandet av artbrottskonstruktionen visar anser domstolarna i många fall, främst gällande vissa typer av brott som mened och grov kvinnofridskränkning, att villkorlig dom eller skyddstillsyn i förening med samhällstjänst inte är en tillräckligt trovärdig påföljd.

Viktigt är också att påföljdssystemet vinner trovärdighet hos allmänheten. Jag tror att många i vårt samhälle idag, som inte är juridiskt skolade, redan är av den uppfattningen att vi har ett påföljdssystem med villkorligt fängelse. I så fall skulle ett införande av villkorligt fängelse och ett borttagande av artbrottskonstruktionen för gemene man framstå snarare som en sänkning av repressionsnivån då brott som tidigare ledde till fängelsestraff istället kommer medföra en icke frihetsberövande påföljd. Det kan leda till att påföljdssystemet tappar i trovärdighet hos allmänheten.

6.4 Påföljdsutredningens alternativa förslag

Påföljdsutredningens ståndpunkt är att artbrottskonstruktionen inte bör behållas i det nya påföljdssystem som man föreslår. Om det skulle anses vara en omöjlighet att helt utmönstra artbrottskonstruktionen ur påföljdssystemet lyfter utredningen fram, som redovisats tidigare i kapitel 5, några alternativa vägar att gå.

Gemensamt för alla dessa alternativa vägar som utredningen lyfter fram är att ett stort grundläggande problem med artbrottskonstruktionen kommer att finnas kvar, nämligen att straffvärdet inte kommer att sättas i centrum för dessa brott. Det innebär att påföljdsvalet bli det verktyg som domstolarna kommer att använda sig av för att visa allvaret och klandervärdet i brottsligheten. De proportionalitets- och ekvivalensproblem som finns i dagens system kommer således att finnas kvar. Bortsett från detta finns det även vissa andra potentiella problem med de alternativa vägar som utredningen lyfter fram.

Ett alternativ som utredningen diskuterar är att avgränsa artbrottsbegreppet utifrån brottstyp. Att i lagtext tydligt skriva ut vilka brott som skall anses vara artbrott skulle kunna öka förutsägbarheten i påföljdssystemet. Den som begår en kriminell handling skulle (om denne hade bemödat sig med att läsa i brottsbalken innan brottet begicks) på så sätt kunna veta att påföljden troligtvis skulle bli fängelse. Det skulle exempelvis kunna tänkas att det i 15 kap. 1 § BrB gällande menedsbrottet uttalas tydligt att mened är ett artbrott, och att det därför finns en presumtion för fängelse. Det skulle kunna argumenteras för att en sådan lösning faktiskt är ganska bra. Förutsägbarheten skulle öka, och det skulle underlätta för domstolarna vid påföljdsbestämningen, eftersom de inte längre skulle behöva gå på ”känsla” vid artbrottsbedömningen. Risk finns dock, precis som också utredningen lyfter fram, att röster kommer att höjas för att få in allt fler brott på ”artbrottslistan”. Artbrottskonstruktionen kan i så fall, återigen, komma att expandera på ett sätt som inte var önskvärt från början. Att från början bestämma vilka brott som skulle anses vara artbrott lär inte bli lätt. I dagsläget kan ju i stort sett alla brottstyper tillmätas någon form av artvärde.

Ett annat alternativ som utredningen lyfter fram är att istället särbehandla brott av integritetskränkande natur på så sätt som Påföljdsutredningen har lyft fram. Särbehandlingen skulle då främst gälla sexualbrott, våldsbrott och andra brott mot en persons frid och frihet. Ur ett brottsofferperspektiv skulle detta kunna vara en lösning att föredra. De integritetskränkande brotten, som exempelvis sexualbrott och kvinnofridskränkning, riskerar att ge allvarliga och långvariga effekter på den som drabbas och det kan därför anföras att det finns ett stort intresse av att se till så att den dömda brottslingen inte begår fler liknande brott. Ett fängelsestraff skulle därför kunna vara påkallat så att inte ytterligare personer riskerar att utsättas för skada. Vid exempelvis grova kvinnofridsbrott skulle ett fängelsestraff för den dömda kunna ge ett skydd för brottsoffret. Under tiden som den dömda sitter på anstalt, kan brottsoffret ges möjligheten till att få nödvändiga stödåtgärder. Om syftet är att uppnå effekten att den tilltalade inte ska begå brott igen så är det helt klart så att en inkapacitering av denne skulle ge önskad effekt. Under tiden som den dömda sitter i fängelse kan denne omöjligen begå nya brott. Resonemangen går dock i så fall ut på att man förutsätter att den tilltalade kommer att begå liknande brott igen. Om den dömda skulle få ett villkorligt fängelsestraff och inte återfaller i brottslighet kan det ju svårligen motiveras varför ett utdömande av ett fängelsestraff skulle vara en bättre påföljd. Det skulle i så fall kunna anföras att påföljden får karaktären av vedergällning, där straffet som den dömda får i viss mån ska motsvara det lidande som brottet orsakade målsägande. Som utredningen också lyfter fram har ändringen i 29 kap. 1 § BrB inneburit en höjning av straffvärdet för brott av integritetskränkande natur. Om dessa omständigheter också skulle ligga till grund för en skärpning av påföljdsvalet finns en risk att den ökade tydlighet, som utredningen hoppas att den föreslagna påföljdsreformen ska få, kommer att förringas.

Även här kan det finnas en risk att fler brottstyper med tiden kan komma att klassas som integritetskränkande brott vilket skulle kunna leda till att särbehandlingen kommer att omfatta allt fler brott, på liknande sätt som har skett i med dagens artbrottskonstruktion.

Vid brott som hotar grundläggande samhällsfunktioner, som exempelvis mened, övergrepp i rättssal och hot mot tjänsteman, föreligger i dagsläget en mycket stark presumtion för fängelse på grund av brottets art. Påföljdsutredningen reformförslag skulle få intressanta följder för brottet mened. Menedsbrottet, där uppemot 90 % av fallen i dagsläget leder till ett fängelsestraff, anses vara ett angrepp på förutsättningarna för en fungerande rättsordning. Att vittnen inte vittnar sanningsenligt i domstol kan leda till att åtal inte kan styrkas. Den påföljdsreform som föreslås är inriktad på att tolerans bör finnas för förstagångsförbrytare men att vid återfall i brottslighet blir påföljden allt strängare, för att tillslut leda till ett ovillkorligt fängelsestraff. Menedsbrottet kan dock med största sannolikhet klassas som ett engångsbrott, det vill säga ett brott som en gärningsman inte begår mer än en gång. Chanserna att överhuvudtaget få vittna i en rättegång vid ett flertal tillfällen lär för de flesta vara relativt små. Det skulle troligtvis leda till att påföljden för menedsbrottet i de flesta fall skulle stanna på villkorligt

fängelse med antingen böter eller samhällstjänst som tilläggsanktion. Att ett brott, som i stort sett alltid leder till fängelse, i framtiden troligtvis mycket sällan kommer att leda till fängelse, kan tänkas vara svårt att acceptera för en del, framförallt domstolarna. Det skulle därför kunna argumenteras för att en särbehandling av just de brott som hotar grundläggande samhällsfunktioner, och då främst kanske menedsbrottet, bör fortsätta. På grund av att det inte finns några belägg för att allmänpreventiva effekter uppnås genom att korta fängelsestraff utdöms kan det dock ifrågasättas varför en sådan särbehandling skall finnas kvar. Om syftet med en straffbestämmelse, det vill säga att folk avhåller sig från att begå just den gärningen, kan uppnås genom en lindrigare påföljd än ett fängelsestraff, så bör den lindrigare påföljden väljas. Anser lagstiftaren att brottet är så allvarligt, att ett fängelsestraff bör väljas som påföljd, så borde det åstadkommas genom att straffvärdet sätts högre. Det genomsnittliga fängelsestraffet för mened är cirka fyra månader, och sällan bestäms påföljden till längre än sex månaders fängelse. Det kan därför anses som osannolikt att domstolarna kommer att höja straffvärdet för menedsbrottet så att det regelmässigt landar på över ett år. Domstolarna kanske helt enkelt får svälja det faktum att menedsbrottet i fortsättningen kommer att generera ett villkorligt fängelsestraff i de allra flesta fallen.

I Påföljdsutredningen diskuteras också om ett alternativ till utmönstrande av artbrottskonstruktionen kunde vara att fortsätta särbehandlingen av grova rattfylleribrott. Grova rattfylleribrott har ansetts vara ett så kallade Svenssonbrott, det vill säga ett brott som kan begås av gemene man och där den allmänpreventiva verkan därför kan antas vara något större än vid andra brott. Både i förarbetena till 1989-års påföljdsreform, och i förarbetena till den reform som gjorde gällande trafiknykterhetsbrotten år 1994 anger lagstiftaren att det grova rattfylleribrottet är en brottstyp av sådan art att ett fängelsestraff är motiverat. I praxis har, som nämnts tidigare i den här uppsatsen, det grova rattfylleribrottet utgjort ett tydligt exempel på när domstolarna låtit straffvärdesomständigheter ligga till grund för artpresumtionens styrka. HD har i två uppmärksammade fall ansett att straffvärdet för grovt rattfylleri legat på en månads fängelse, för att sedan välja mellan att bestämma påföljden till fängelse eller villkorlig dom med samhällstjänst genom att beakta omständigheter rörande körningens farlighet. Domstolarna har alltså här valt att differentiera de två grova rattfylleribrotten genom påföljdsvalet. Om Påföljdsutredningens förslag blir verklighet kommer de två nämnda exemplen med största sannolikhet istället differentieras genom att det rattfylleribrott som inneburit den största konkreta faran kommer att få ett högre straffvärde, vilket kommer medföra en mer ingripande tilläggsanktion. Det genomsnittliga fängelsestraffet för grovt rattfylleri är två månader, och många ådöms ett fängelsestraff på endast en månad. I det nya system som påföljdsutredningen föreslår kommer det att medföra att det villkorliga fängelset kommer att kombineras med dagsböter som tilläggsanktion. För de som har ett alkoholmissbruk skall en vård- eller påverkanssanktion kunna väljas även i de fall då det villkorliga fängelsestraffet är lågt. Det här får anses rimligt. Även i allmänhetens ögon torde en sådan ordning kunna vinna acceptans.

Toleransen för grovt rattfylleribrott bör visserligen vara ganska låg med tanke på vilka potentiella risker som den som kör ett fordon berusat kan utsätta andra för. Samtidigt lär toleransen inte vara lika låg som gällande de integritetskränkande brotten. Det nya Påföljdsförslaget kommer troligtvis innebära att i stort sett ingen förstagångsförbrytare som begår grovt rattfylleribrott kommer att ådömas ett ovillkorligt fängelsestraff. Min uppfattning är dock att detta kommer att vinna acceptans. Flertalet av de som begår ett grovt rattfylleribrott torde ha någon form av alkoholproblematik. Att då, istället för fängelsestraff, kunna döma ut en vård- eller påverkanssanktion är enligt min uppfattning en rimlig lösning.

Påföljdsutredningen lyfter också fram att om en fortsatt särbehandling på grund av art anses nödvändig bör det gälla allvarliga brott för vilka toleransen är som lägst, det vill säga allvarliga integritetskränkande brott och allvarliga brott som innebär hot mot grundläggande samhällsfunktioner som rättsväsendet. Utredningen menar att särbehandlingen ska gälla brott där straffvärdet uppgår till sex månader eller mer. Enligt utredningen bör inte denna särbehandling nödvändigt leda till ett ovillkorligt fängelsestraff, utan istället en mer ingripande tilläggsanktion än vad som annars hade varit fallet. Ett problem med en sådan lösning, vilket även utredningen lyfter fram, är att antalet brottstyper som kan fall in under kriterierna kan komma att utvidgas allt eftersom tiden går, precis på samma sätt som skett i dagens system. Trycket på domstolarna, både från politiker och från allmänheten kan bli stort, vilket kan leda till att domstolarna försöker särbehandla fler brott än som vad som var åsyftat.

6.5 Slutkommentarer

Sammanfattningsvis anser jag att artbrottskonstruktionen utgör ett olyckligt inslag i ett påföljdssystem som annars genomsyras av tankar om proportionalitet, ekvivalens och legalitet. Dess tillkomst får ses som en politisk kompromiss där lagstiftaren inte vågade släppa på tankarna om fängelsestraffets allmänpreventiva effekt. Det här har lett till ett påföljdssystem som är otydligt och inkonsekvent.

Artbrottskonstruktionens stora problem är dels att de allmänpreventiva antagandena som görs i domstolen saknar vetenskapligt stöd, dels att begreppet är odefinierat och dessutom att det är förenat med stora svårigheter att försöka lista ut alla de omständigheter som kan ligga till grund för bedömningen om ett brott skall klassas som artbrott eller ej. Det här leder till att särbehandling på grund av art kan framstå som godtyckliga där domarens ”känsla” blir avgörande för huruvida den dömda får sitta av sitt straff i anstalt eller ej. Sådan godtycklighet vid påföljdsbestämningen kan knappas anses vara acceptabel i en rättstat som Sverige. Att straffa en person är det kraftigaste maktmedlet som staten har att tillgå och då krävs givetvis att straffen bestäms utifrån tydliga, förutsägbara och rättvisa kriterier.

Det hade minst sagt varit önskvärt om lagstiftaren vid 1989-års påföljdsreform hade valt att på ett tydligare och konkretare sätt utveckla vad som menas med begreppet brottslighetens art. De vaga förarbetena och att det inte uttryckligen förebehölls lagstiftaren rätten att peka ut nya brottstyper som artbrott har fått konsekvensen att en konstruktion som från början var tänkt att vara ett undantag från huvudregeln om presumtion mot fängelse i det närmaste istället kan ses som en huvudregel i dagsläget. En stor andel av de brott som har ett straffvärde på fängelsenivå, dock under ett år, har i praxis mer eller mindre bedömts som artbrott. På så sätt har artbrottskonstruktionen blivit en "ventil" för domstolarna genom vilken de kan döma ut fängelsestraff för brott som anses vara för förkastliga eller allvarliga för en icke frihetsberövande påföljd trots att inte straffvärdet eller brottslingens tidigare brottslighet talar för detta. Som nämnts tidigare borde anledningen till det frekventa användandet av "artbrottsventilen" ha att göra med att domstolarna inte ansett att de icke frihetsberövande påföljderna varit tillräckligt ingripande. Så torde vara fallet vid exempelvis sexualbrott och våld mot kvinnor och barn. Här har domstolarna, oavsett allmänpreventiva effekter, i regel inte ansett att en icke frihetsberövande påföljd är acceptabel.

Påföljdsutredningens förslag att utmönstra artbrottskonstruktionen ur systemet är därför intressant. Som anförts ovan anser jag dock att det finns vissa potentiella problem också med en sådan lösning. Frågan är om det ens är möjligt att plocka bort en påföljdskonstruktion som funnits i svensk lagstiftning i nästan 25 år och som även tillämpats innan dess. Konstruktionen är väl inarbetad i påföljdssystemet och ett avskaffande skulle troligtvis vara svårt att acceptera för en del, framförallt när det gäller brott där toleransen är som lägst. Påföljdssystemet måste också vara trovärdigt i allmänhetens ögon. Vad som utgör en trovärdig påföljd är i mångt och mycket en subjektiv uppfattning, men gällande allvarliga brott som kränker mer skyddsvärda intressen torde inte annat än en sanktion som innebär en reell uppoffring för gärningsmannen vara acceptabla. Risken med att utmönstra artbrottskonstruktionen, på det sätt som Påföljdsutredningen föreslår, är att det i allmänhetens ögon i själva verket framstår som att påföljdssystemet blir mildare än förut. Det kan medföra att röster höjs i den allmänna debatten för hårdare straff, vilket skulle kunna ha till följd att politikerna plockar billiga poäng genom att generellt höja straffskalorna. I slutändan kan det medföra att ett system som var tänkt att minska användandet av de korta fängelsestraffen istället kommer att medföra ett ökat utdömande av medellånga fängelsestraff.

Efter att jag har fördjupat mig i det här ämnet har jag blivit säker på en sak: Så länge artbrottskonstruktionen finns kvar i det svenska påföljdssystemet kommer den att medföra problem för verksamma jurister och svenska domstolar, vilket i sin tur kommer leda till att gärningsmän även i framtiden döms till fängelsestraff på oklara grunder.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1987/88:120, *Påföljd för brott*.

Prop. 1992/93:141, *Ändring i brottsbalken m.m.*

Prop. 1993/94:44, *Grovt rattfylleri, m.m.*

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

Prop. 2001/02:59, *Hets mot folkgrupp, m.m.*

Prop. 2004/05:69, *Bokföringsbrott och andra brott mot borgenärer*.

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

SOU 1986:13-15, *Påföljd för brott*.

SOU 1995:91, *Ett reformerat påföljdssystem*.

SOU 2007:90, *Straffskalan för mord*.

SOU 2008:85, *Straff i proportion till brottets allvar*.

SOU 2012:34, *Nya påföljder*.

Litteratur

Andersson, Ulrika, Wong, Christoffer, Örnemark Hansen, Helén (Red), *Festskrift till Per-Ole Träskman*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.
[Cit. Anderson, Wong & Örnemark Hansen (Red) (2011)]

Berggren, Nils-Olof, Bäcklund, Agneta, Munck, Johan, Victor, Dag, Wersäll, Fredrik, *Brottsbalken – en kommentar*, kap 25-38 supplement 1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
[Cit. Berggren, Bäcklund, Munck, Victor & Wersäll (2012)]

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, Upplaga 2:1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
[Cit. Borgeke (2012)]

Jareborg, Nils, Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Upplaga 3, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.
[Cit. Jareborg & Zila (2010)]

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Upplaga 6, Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010.

[Cit: Lehrberg (2010)]

May, Tim, *Samhällsvetenskaplig forskning*, Upplaga 1:8, Studentlitteratur, Lund, 2001.

[Cit. May (2001)]

Sarnecki, Jerzy, *Introduktion till kriminologi*, Studentlitteratur, Lund, 2003.

[Cit. Sarnecki (2003)]

Von Hirsch, Andrew, *Proportionalitet och straffbestämning*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001.

[Cit. Von Hirsch (2001)]

Artiklar

Asp, Petter, *Bokföringsbrott och legalitet*, SvJT 1999 s. 16-47.

[Cit. Asp (1999)]

Asp, Petter, ”*Brottslighetens art*”- kommentar till Dag Victors och Andrew von Hirschs uppsatser, SvJT 2003 s. 136-153.

[Cit. Asp (2003)]

Borgeke, Martin, *Brottets art- några tankar kring en svårgripbar företeelse*, SvJT 1999 s. 218-240.

[Cit. Borgeke (1999)]

Borgeke, Martin, *Straffvärdebedömningen av allvarliga våldsbrott*, SvJT 2011 s. 71-81.

[Cit. Borgeke (2011)]

Greveholm, Erik, Andersson, Jan, *Vilka preventiva vinster kan förändringar av straffrätten och påföljdssystemet ge? Vilka besked ger forskningen*, SvJT 2010 s. 463-473.

[Cit. Greveholm & Andersson (2010)]

Perklev, Anders, *Artbrotten från praktisk synpunkt*, SvJT 2003 s. 154-172.

[Cit. Perklev (2003)]

Perklev, Anders, *Några idéer kring utformningen av ett nytt påföljdssystem*, SvJT 2010 s. 491-505.

[Cit. Perklev (2010)]

Stenborre, Eva, *Artbrott*, SvJT 1998 s. 742-761.

[Cit. Stenborre (1998)]

Thunberg, Malin, *På vilka grunder särbehandlas artbrott i rättspraxis*, SvJT 1999 s. 259-263.

[Cit. Thunberg (1999)]

Träskman, Per-Ole, *Tio år med straffvärdet*, Nordisk tidskrift för kriminalvidenskab 2000 s. 136-137.

[Cit. Träskman (2000)]

Träskman, Per-Ole, *Artbrott och samhällstjänst*, Juridisk Tidskrift 2000-01 s. 173-178.

[Cit. Träskman (2001)]

Träskman, Per-Ole, *Påföljd, proportionalitet och prioritering av samhällsstraff*, SvJT 2003 s. 173-194.

[Cit. Träskman (2003)]

Ulväng, Magnus, *Villkorlig dom med samhällstjänst vid grovt rattfylleri*, Juridisk Tidskrift 2002-03 s. 918-929.

[Cit. Ulväng (2003)]

Victor, Dag, *"Artbrotten" och de korta fängelsestraffen- teoretiska frågor*, SvJT 2003 s. 121-135.

[Cit. Victor (2003)]

Von Hirsch, Andrew, Påle, Karin, *Artbrott*, SvJT 1999 s.241-258.

[Cit. Von Hirsch & Påle (1999)]

Övrigt

Brottsförebyggande rådet, rapport 1977:7, *Nytt straffsystem – Idéer och förslag*,

[Cit. BRÅ (1977)]

Rättsfallsförteckning

NJA 1989 s.570

NJA 1992 s.190

NJA 1993 s.746

NJA 1995 s.80

NJA 1996 s.757

NJA 1999 s.591

NJA 1999 s.769

NJA 2000 s.17 I-III

NJA 2000 s.190

NJA 2000 s.195

NJA 2000 s.314

NJA 2001 s.397

NJA 2001 s.570

NJA 2001 s.618

NJA 2002 s.265

NJA 2003 s.499

NJA 2004 s.97

NJA 2005 s.263

NJA 2006 s.79

NJA 2006 s.339

NJA 2006 s.467

NJA 2009 s.559

NJA 2010 s.358

RH 1989:7

RH 1993:28

RH 1997:91

RH 2008:40