



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ebba Herrlander

Låt den rätte komma in

En kritisk granskning av lagen om tillträdesförbud till butik utifrån kriterierna
för generell kriminalisering

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: period 1, VT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	7
1.3.1 Metod	7
1.3.2 Material	10
1.4 Om teoretiska utgångspunkter och perspektiv	13
1.5 Avgränsningar	14
1.6 Disposition	16
2 TILLTRÄDESFÖRBUDSLAGEN: OM LAGEN OCH	
TIDIGARE ÖVERVÄGANDEN	18
2.1 Inledning	18
2.2 Tillträdesförbudslagens utredning	19
2.2.1 Bakgrund	19
2.2.2 Lagens innehåll	20
2.2.3 Kritik från remissinstanserna	23
2.3 Tidigare utredningar och överväganden	26
2.3.1 Om olaga intrång och portförbud	26
2.3.1.1 Portförbudens användning	26
2.3.1.2 NJA 1995 s. 84 och portförbudens upphörande	26
2.3.1.3 En utvidgning av olaga intrång?	28
2.3.2 Ett första övervägande om tillträdesförbudslag till butik	30
2.3.3 Stärkt straffrättsligt skydd för egendom	32
2.4 Sammanfattning av tidigare utredningar	33
2.5 Om rörelsefrihet och proportionalitetskravet i RF	34
2.5.1 Inledning	34

2.5.2	Rätten att röra sig fritt i RF	35
2.5.3	Proportionalitetskravet i förhållande till tillträdesförbudslagen	36
3	ALLMÄNT OM KRIMINALISERING	39
3.1	Inledning	39
3.2	Kriminalisering – varför?	39
3.2.1	Om ultima ratio, legalitet och legitimitet	39
3.2.2	Syftet med kriminalisering	42
3.2.2.1	Kort om vedergällning och prevention	42
3.2.2.2	Om allmänprevention	43
3.3	Kriminalisering – hur och när?	45
3.3.1	Inledning	45
3.3.2	Grundläggande om godtagbara skyddsintressen	46
3.3.3	Risk för skada eller kränkning	48
3.3.4	Kort om förstadier	50
3.3.5	Om straffbuds effektivitet och precision	51
3.4	Om kriterier för kriminalisering i offentliga utredningar	53
4	OM STRAFFSANKTIONERADE INDIVIDUELLA FÖRBUD	56
4.1	Inledning	56
4.2	Huvudsakliga förutsättningar och närliggande lagstiftning	57
4.3	Gemensamma nämnare för straffsanktionerade individuella förbud	59
4.4	Simester & von Hirsch om straffsanktionerade individuella förbud	60
5	ANALYS	64
5.1	Kriminalisering i förhållande till straffsanktionerade individuella förbud	64
5.1.1	Inledning	64
5.1.2	Ett godtagbart skyddsintresse som riskerar skadas eller kränkas	65
5.1.3	Tillträdesförbudslagen i förhållande till Lernestedts resonemang om förstadier	68
5.1.4	Tillträdesförbudslagens precision och effekt	70
5.2	Tillträdesförbudslagen: En egen kriminaliseringsteknik	73
5.2.1	Det krävs ytterligare konsekvensanalys	73
5.2.2	En kriminaliseringsteknik riktad mot enskilda individer	74
5.3	Avslutande reflektioner	79
	LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	81

Summary

Crime and disorderly conduct, which are affecting Swedish retail trade, have been a problem in which several preventive measures have been taken. The store owners right to property is violated as a result of the problem with crime in the retail trade. On March 1, 2021, law (2021:34) about admissibility to stores (“tillträdesförbudslagen”) came into force. The law means that a restraining order combined with criminal liability can be issued against individuals who are deemed to be at risk of committing a crime inside a store.

The law about admissibility to stores is an individual, punishable prohibition that differs from regular penal law due to the nature of the prohibition as it is directed at individuals. This thesis therefore examines how law about admissibility to stores relates to the criteria applied within regular criminalization in penal law. This is done with the help of doctrinal legal methodology and a theoretical assumption that criminalization must take place on established grounds in order to be accepted within the principle of rule of law. Based on a critical evaluation of the criteria set out in penal law this thesis shows that the law about admissibility to stores does not achieve these criteria particularly well. The law about admissibility to stores, and other individual, punishable prohibitions, should be regarded as a separate criminalization technique. This technique should be used to deal with behaviors that are particularly intrusive and are difficult to access with a standard criminalization procedure or other sanctions.

Due to the restrictive nature of the law about admissibility to stores, the constitutionally protected right to freedom of movement is restricted. This thesis therefore examines whether the law meets the principal of proportionality that is set in the Instrument of Government for such a restriction. Based on an assessment of the law, in light of the proportionality principle, it can be concluded that the law about admissibility to stores is not a disproportionate restriction of the right to freedom of movement.

Sammanfattning

Tillgreppsbrottslighet och ordningsstörningar som sker i svensk detaljhandel är en mångårig problematik som det vidtagits åtskilliga åtgärder gentemot. Butiksägares egendomsrätt kränks till följd av tillgreppsbrottslighet inom detaljhandeln. Den 1 mars 2021 trädde lag (2021:34) om tillträdesförbud till butik ("tillträdesförbudslagen") i kraft. Lagen innebär att tillträdesförbud förenat med straffansvar kan utfärdas mot enskilda individer som bedöms löpa risk att begå brott inne i en butik.

Tillträdesförbudslagen är ett exempel på ett straffsanktionerat individuellt förbud, vilket skiljer sig från generell kriminalisering genom förbudens karaktär som riktat mot enskilda individer. Uppsatsen undersöker därav hur tillträdesförbudslagen förhåller sig till de kriterier som tillämpas vid generell kriminalisering. Detta görs med hjälp av den rättsdogmatiska metoden och ett teoretiskt antagande att kriminalisering ska ske på etablerade grunder för att vara rättssäker. Utifrån en granskning av vilka kriterier som uppställs vid kriminalisering visar framställningen att tillträdesförbudslagen inte uppfyller dessa kriterier särskilt väl. Tillträdesförbudslagen, och andra straffsanktionerade individuella förbud, bör betraktas som en egen kriminaliseringsteknik. Denna kriminaliseringsteknik bör användas för att träffa beteenden som är särskilt integritetskränkande och svåråtkomliga med ett vanligt kriminaliseringsförfarande eller andra sanktioner.

Vidare är det ett betydelsefullt inslag i uppsatsen att uppmärksamma tillträdesförbudslagens inskränkande karaktär av den grundlagsskyddade rörelsefriheten. Till följd av detta görs en bedömning avseende proportionalitetskravet som uppställs för en godtagbar inskränkning av rätten att röra sig fritt i 2 kap. 21 § regeringsformen. Utifrån en bedömning av tillträdesförbudslagen, mot bakgrund av proportionalitetskravet, kan slutsatsen dras att tillträdesförbudslagen inte är en oproportionerlig inskränkning av den enskilda individens rätt att röra sig fritt.

Förord

Efter många om och men har det blivit dags att sätta punkt för min tid på juristprogrammet. Efter en hel termin med examensarbete har jag liksom de flesta läst en otalig mängd förord. Om det är en sak jag tror att jag och mina kursare har gemensamt så är det att vi alla dividerat om vad som ska skrivas i förordet, det sätter ju tonen för hela uppsatsen? Skämt åsido.

Det finns åtskilliga personer som jag vill säga ett stort tack till. Framst vill jag säga tack till Hanna och Wilma för att ni funnits där och tampats med uppsatsskrivandet och juristprogrammet tillsammans med mig. Tack Karolina och Ida för korrläsning och ett outtömmligt förråd med positiv energi. Tack Alexandra för att du har varit en ständig vapendragare under hela juristprogrammet. Tack Ville för ditt lugn och din trygghet, att skriva ett helt examensarbete hemifrån hade inte varit lika roligt utan dig. Tack mamma, pappa, Hjalmar och Hilding för att ni alltid finns där med stöttning och peppande ord när det behövs.

Tack till min svenskalärare Stefan Kronander för att du så tidigt lärde mig hur en akademisk uppsats ska skrivas. Det finns många aspekter i uppsatsskrivandet som hade varit oklara utan dig (inte minst den språkliga betydelsen av en horunge). Sist men inte minst vill jag säga tack till min handledare Karol, utan dig hade bristerna som onekligen finns i denna uppsats varit många fler.

Lund, maj 2021

Ebba Herrlander

Förkortningar

ASBO	Antisocial Behaviour Orders
BrB	Brottsbalken (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
Ds	Departementsserien
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
TSP	Two-step prohibition
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När ett visst beteende betraktas som negativt ämnar samhället stävja beteendet med hjälp av sanktioner eller andra medel. Avseende särskilt oönskade beteenden är kriminalisering en vedertagen metod.¹ Emellertid finns det beteenden som är svåråtkomliga med hjälp av kriminalisering eller med hjälp av administrativa sanktioner. Till följd av detta har det i vissa fall införts straffsanktionerade individuella förbud. Förbuden innebär en form av speciallagstiftning som aktualiserar straffansvar för den enskilde individ som omfattas av förbudet.²

Stölder och trakasserier som sker i svensk detaljhandel är en mångårig och svåråtkomlig problematik.³ Brott som kontinuerligt begås i butiker bringar inte sällan konsekvenser för den drabbade. Till följd av detta har det vid flertalet tillfällen framförts lagförslag om en tillträdesförbudslag till butiker i syfte att stärka det straffrättsliga egendomsskyddet. Emellertid har tidigare lagförslag åtföljts av kritik. Inte minst på grund av den inskränkning som en sådan lag skulle innebära för den enskilde individens grundlagsskyddade rätt att röra sig fritt.⁴

Den 1 mars 2021 trädde likväl en lag om tillträdesförbud till butik i kraft. Lag (2021:34) om tillträdesförbud till butik ("tillträdesförbudslagen") innebär en möjlighet att utfärda straffsanktionerade tillträdesförbud gentemot individer som bedöms löpa risk att begå brott eller allvarliga trakasserier inne i en butik. Ett av lagens primära syften är följaktligen att stärka det straffrättsliga skyddet mot brott som sker i butiker.⁵

¹ SOU 2013:85, s. 354.

² SOU 2013:38 del 2, s. 486.

³ SOU 2013:85, s. 335.

⁴ Se redogörelse avseende tidigare utredningar i uppsatsens andra kapitel.

⁵ Prop. 2020/21:52, s. 1.

Straffsanktionerade individuella förbud skiljer sig från generell kriminalisering på det sätt att de riktas mot enskilda individer.⁶ Kriminalisering i allmänhet karaktäriseras snarare av att ta sikte på generella brottstyper, inte enskilda personer eller föremål.⁷ Till följd av detta hamnar straffsanktionerade individuella förbud i en legal gråzon, varpå frågan uppkommer hur dessa förbud förhåller sig till generell kriminalisering.

1.2 Syfte och frågeställningar

Straffsanktionerade individuella förbud är mindre vanliga i det svenska rättssystemet. Uppsatsens huvudsakliga syfte är därför att granska hur straffsanktionerade individuella förbud i allmänhet och tillträdesförbudslagen i synnerhet förhåller sig till generell kriminalisering.

Tillträdesförbudslagen innefattar vidare en inskränkning av den enskildes rätt att röra sig fritt, vilken är grundlagsskyddad med stöd av 2 kap. 8 § regeringsformen ("RF"). Inskränkning av sådan rättighet påkallar med stöd av 2 kap. 21 § RF att inskränkningen tillgodoser syften som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle samt att inskränkningen är proportionerlig i förhållande till ändamålet. Till följd av detta syftar uppsatsen även till att undersöka huruvida tillträdesförbudslagen uppfyller proportionalitetskravet som regleras i 2 kap. 21 § RF.

För att uppfylla uppsatsens syfte besvaras följande två frågeställningar:

1. *Uppfyller tillträdesförbudslagen proportionalitetskravet avseende inskränkning av rätten att röra sig fritt i RF?*
2. *Hur förhåller sig tillträdesförbudslagen, som är ett straffsanktionerat individuellt förbud, till generell kriminalisering?*

⁶ SOU 2013:85, s. 355.

⁷ Se den andra principen i Jareborgs 10 rättsstatliga principer för godtagbar kriminalisering i Asp & Ulväng (2013), s. 53.

Den andra frågeställningen granskas med hjälp av följande underfrågor:

- Vilka huvudsakliga principer och kriterier kan identifieras vid användningen av kriminalisering?
- Vilka huvudsakliga principer och kriterier kan identifieras vid införandet av straffsanktionerade individuella förbud?
- Hur förhåller sig tillträdesförbudslagen till dessa principer och kriterier?

1.3 Metod och material

1.3.1 Metod

Metodens användning i en uppsats aktualiserar i huvudsak tre frågor. Vad det är som undersöks, hur materialet samlas in samt hur det valda materialet analyseras.⁸ Den metod som väljs ut vid författandet av en uppsats är således styrande för materialvalet och dess användning. Förevarande uppsats anlägger en rättsdogmatisk metod. Till följd av metodvalet bör det uppmärksammas att det råder delade meningar om rättsdogmatikens betraktelsesätt.⁹ Det är Jan Kleinemans¹⁰ och Claes Sandgrens¹¹ metodologiska anföranden som i det följande framställs avseende den rättsdogmatiska metoden.

Kleineman är av uppfattningen att den rättsdogmatiska metoden inte stannar vid att fastställa gällande rätt utan tillåter att rätten kritiserar och analyseras som ett led i metoden. Det analytiska momentet i rättsdogmatiken kan sedermera inta karaktären av *de lege lata* eller *de lege ferenda*. Den förstnämnda ämnar besvara en rättslig fråga med hjälp av gällande rätt, medan

⁸ Hjertstedt (2019), s. 167.

⁹ Ibid.

¹⁰ Jan Kleineman är bl.a. professor i civilrätt vid Stockholms universitet samt grundare av Juridisk Tidskrift.

¹¹ Claes Sandgren har bl.a. varit professor i civilrätt vid Umeå universitet och Stockholms universitet.

den sistnämnda snarare ämnar besvara en fråga om hur rätten ”kan” eller ”borde” se ut med stöd av gällande rätt.¹²

I kontrast till Kleineman förespråkar Sandgren att den rättsdogmatiska metoden förhåller sig inom ramarna att fastställa gällande rätt samt att rättsdogmatiken är bunden till de allmänt accepterade rättskällorna, i hänseende om material.¹³ Sandgren medger emellertid att vidden av rättsdogmatik kan tolkas på olika sätt. Enligt en traditionell bedömning tillåter rättsdogmatiken användning av vedertagna rättskällor. Sandgren anför att det däremot inte är felaktigt att inta ett bredare förhållningssätt som tillåter att till exempel myndighetspraxis och empiriskt material används. Det bör poängteras att även om användningen av empiriskt material tillåts, utgör sådant material inte en vedertagen rättskälla varpå dess ställning i en rättsdogmatisk studie inte betraktas som självklar.¹⁴

Avseende det analytiska momentet, som Kleineman anser tillåts inom ramen för rättsdogmatiken, menar Sandgren snarare att den rättsdogmatiska analytiska metoden kan benämnas som en fristående metod: *rättsanalytisk metod*. I den rättsanalytiska metoden nyttjas rättsdogmatiken som ett led i frågans besvarande. Till följd av detta får den rättsanalytiska metoden syftet att fastställa gällande rätt för att sedan kunna inta ett bredare, mer analytiskt perspektiv. Sandgren framhåller att den rättsanalytiska metoden har sitt ursprung i rättsrealismen som, till skillnad från rättsdogmatiken, anför att det finns flera legitima svar på en rättslig fråga.¹⁵

Kleineman menar sammanfattningsvis att den rättsanalytiska metoden kan inkluderas som ett led i den rättsdogmatiska. Sandgren är motsatsvis av uppfattningen att den rättsanalytiska metoden är en fristående metod som innehåller ett led av rättsdogmatik. Uppsatsen tar avstamp i Kleinemans metodologiska ställningstagande om hur rättsdogmatiken ska förstås.

¹² Kleineman (2018), s. 36.

¹³ Sandgren (2018), s. 45.

¹⁴ Ibid. s. 48–49.

¹⁵ Ibid. s. 51.

Metodvalet grundar sig i att jag personligen är av Kleinemans uppfattning om den rättsdogmatiska metodens användning. Att fastställa gällande rätt, även i sin enklaste form, innefattar oundvikligen ett analyserande moment.

I uppsatsens fjärde kapitel, som redogör för straffsanktionerade individuella förbud i allmänhet, görs en kortare utländsk utblick över forskning om gjorts angående likartade förbud i England och Wales.¹⁶ Utblicken görs med syftet att berika förståelsen för vad straffsanktionerade individuella förbud innebär och vilka konsekvenser denna typ av förbud kan medföra. Kleineman framhåller att komparativa undersökningar rymmer inom den rättsdogmatiska metoden. I anslutning till detta poängteras även att den komparativa metoden inte avser en enda utstakad metod utan snarare flera metoder. Däribland kan en komparativ undersökning innefatta att kort tillåta material utanför den svenska rättsordningen, i syfte att besvara frågor som annars inte kan besvaras.¹⁷

Den rättsdogmatiska metoden används således för att uppnå uppsatsens syfte samt besvara dess frågeställningar. Uppsatsens syfte uppnås genom att upprätta en jämförelse mellan straffsanktionerade individuella förbud och generella kriterier för kriminalisering. Jämförelsen görs genom en redogörelse för vilka kriterier som tillämpas vid generell kriminalisering kontra vilka kriterier som i huvudsak föreligger vid kriminaliserandet av straffsanktionerade individuella förbud. Jämförelsen kompletteras vidare av en redogörelse för tidigare utredningar om tillträdesförbud till butik.

Till följd av att tillträdesförbudslagen är relativt ny lagstiftning föreföll vid första anblick en diskussion utifrån de lege ferenda som lämplig. Emellertid är uppsatsens huvudsakliga syfte att analysera förhållandet mellan tillträdesförbudslagen och generell kriminalisering, inte hur förhållandet *borde* se ut, varpå argumentationen sker utifrån de lege lata.

¹⁶ Se avsnitt 4.4 i uppsatsen.

¹⁷ Kleineman (2018), s. 41.

Mot bakgrund av att kriminalisering är ägnat att skydda ett visst intresse är det lämpligt att föra en diskussion huruvida avvägningen av godtagbara skyddsintressen, som är aktuell vid en kritisk granskning av lagen, har förändrats till följd av tillträdesförbudslagens ikraftträdande. De intressen som behandlas är skyddet för egendom kontra rätten att röra sig fritt. Nämnade intressen har valts ut till följd av att de återkommande aktualiserats i den mångåriga diskussionen om en tillträdesförbudslag till butik.

1.3.2 Material

Inom den rättsdogmatiska metoden ryms en förhållandevis bred materialinsamling vid besvarandet av uppsatsens syfte och frågeställningar. Uppsatsens utarbetande utgår i materialhänseende från rättskällevärdens hierarkiska ordning om hur rättskällorna *skall*, *bör* och *kan* användas.¹⁸ Lagtexten i tillträdesförbudslagen används för att redogöra för lagens avdelningar och dess innebörd.

Det material som i övrigt används består av ett urval av offentligt tryck¹⁹ samt rättsvetenskaplig litteratur. Offentligt tryck avser i huvudsak lagförarbeten som propositioner, utredningar och övriga yttranden. Den rättsvetenskapliga doktrinen hänförs till doktrin och artiklar. Rättsdogmatiken används för att granska hur det nämnda materialet beskriver generell kriminalisering och kriminalisering av straffsanktionerade individuella förbud i syfte att göra en jämförelse. Utöver de allmänt accepterade rättskällorna används även annat material, som exempelvis myndighetspublikationer.

Det offentliga trycket nyttjas i huvudsak i uppsatsens andra och fjärde kapitel men även till viss del i kapitel tre om kriminalisering. Avseende urvalet av offentligt tryck gällande en lag om tillträdesförbud till butik har samtliga offentliga utredningar på ämnet gått igenom sedan SOU 1995:146, *Trygghet mot brott: Rollfördelning och samverkan* ("Trygghetsutredningen"). I huvud-

¹⁸ Bernitz m.fl. (2020), s. 30–31.

¹⁹ Jämför Sandgren (2018), s. 44. Förarbeten tillmäts stor vikt på straffrättens område. Till följd av detta används offentligt tryck i stor utsträckning genomgående i uppsatsen.

sak används den utredning som gjorts kring tillträdesförbudslagen, härutöver används tidigare utredningar med syftet att granska varför tidigare lagförslag inte resulterat i lagstiftning. På ett mer övergripande plan kan det således sägas att det offentliga trycket används i syfte att utreda tillträdesförbudslagens innehåll, bakgrund och bakomliggande syften. Det offentliga trycket fyller även ett syfte i uppsatsen för att klargöra hur diskussionen om dels straffsanktionerade individuella förbud, dels den normativa diskussionen om kriminalisering förändrats över tid.

Det offentliga trycket som redogörs för i kapitel tre om kriminalisering består av två SOU:er: SOU 1992:61, *Åklagarutredningen, Del A* ("Åklagarutredningen") och SOU 2013:38, del 2, *Vad bör straffas?* ("Straffanvändningsutredningen"). Urvalet har skett till följd av att dessa SOU:er på ett tydligt sätt illustrerar och sammanfattar vilka kriterier som uppställs för godtagbar kriminalisering.

Praxis används i begränsad utsträckning. Den begränsade användningen föranleds av uppsatsens huvudsakliga syfte att undersöka förhållandet mellan tillträdesförbudslagen och generell kriminalisering. För ändamålet att undersöka förhållandet mellan tillträdesförbudslagen och generell kriminalisering har det varken funnits praxis på området eller varit påkallat att använda sådant material.²⁰

Den rättsvetenskapliga doktrinen aktualiseras huvudsakligen i kapitel tre om kriterier för kriminalisering. Det finns ett antal svenska rättsvetare i doktrinen som låter göra sig hörda. Nils Jareborg används i stor utsträckning men även Claes Lernestedt och Dan Frände.

²⁰ Praxis har i princip enbart använts avseende 1980-talets portförbud och dess koppling till olaga intrång för att initiera redogörelsen om tillträdesförbudslagens tillkomst.

Nämnda författare m.fl. uttalar sig kring de grundläggande förutsättningarna för kriminalisering och är således av relevans för uppsatsen. Likt urvalet av offentligt tryck för kapitel tre har urvalet av doktrin skett utifrån rättsvetare som tydligt illustrerar kriterier för hur godtagbar kriminalisering sker.

I sin avhandling *Kriminalisering – problem och principer* ställer Lernestedt upp fyra presumtiva filter som bör kunna passeras för att kriminalisering ska betraktas som godtagbar: intresse, risk för skada eller kränkning, förstadier samt effektivitet. Begreppet förstadier lyfts inte nämnvärt i övrig doktrin på området varpå det främst är Lernestedts tankar som anförs angående begreppet i avsnitt 3.3.4.

Uppsatsen gör, som nämnt, en kortare utländsk utblick i uppsatsens fjärde kapitel. I en av de tidigare utredningarna om en tillträdesförbudslag till butik, SOU 2013:85, har det betonats att det saknas en utförlig diskussion och analys av konsekvenserna av att införa straffsanktionerade individuella förbud. Avsaknaden av sådan analys uppmärksammas även i denna uppsats med hjälp av en utblick över den engelska rättsvetenskapen. Rättsvetarna Andrew P. Simester och Andreas von Hirsch²¹ anför i den straffrättslitterära boken *Incivilities* hur straffsanktionerade individuella förbud ska betraktas i anslutning till generell kriminalisering. SOU 2013:85, s. 356 hänvisar särskilt till Andrew P. Simester och Andreas von Hirsch arbete varpå jag valt att uppmärksamma deras framställning i förevarande uppsats.

²¹ Andrew P. Simester är bl.a. professor i straffrätt på King's College London. Andreas von Hirsch är bl.a. emeritus hedersprofessor i straffrätt vid Cambridge University.

1.4 Om teoretiska utgångspunkter och perspektiv

Uppsatsens teoretiska utgångspunkter samt perspektiv är, likt metodvalet, av signifikant betydelse för urvalet av material. Ett perspektiv tillämpas som ett lager ovanpå rättsdogmatiken och medför att det primära syftet att fastställa gällande rätt i vissa avseenden frångås. Valet av perspektiv medför emellertid inte att författaren är låst till detta utan rättsdogmatikens syfte att fastställa gällande rätt återfinns som ett led i analysen.²²

Perspektivet betraktas således som en underbyggd ståndpunkt som frågan betraktas utifrån och som även avgränsar det som undersöks.²³ Uppsatsen tar sin utgångspunkt i begreppet kriminalisering och dess teoretiska utgångspunkt i rättsskydd för den enskilde individen. Straffrätten är i grunden repressiv och till följd av dess inskränkande karaktär bör det ställas krav på rättssäkerhet. Kravet på rättssäkerhet handlar primärt om att skydda individen från alltför ingripande åtgärder av staten med hjälp av rättsliga principer om exempelvis förutsebarhet och likabehandling. Statens ansvar att tillgodose rättssäker kriminalisering ska inte förvirras med statens ansvar att skydda den enskilde individen från att utsättas för brott.²⁴ Uppsatsen utgår således från ett teoretiskt antagande att kriminalisering ska ske på etablerade grunder i syfte att uppnå rättssäkerhet för den enskilde individen.

Dan Frände och Karol Nowak anför att straffprocessens principer på en högre, abstrakt nivå har två grundläggande principer som förkroppsligar det bakomliggande ”målet” med straffrätten. Den första principen är *förverkligandeprincipen* som utgår från att straffrättens yttersta mål är att beivra brott på ett så optimalt och effektivt sätt som möjligt, med beaktande av rättsliga begränsningar, i syfte att öka enskildas laglydnad.²⁵ Den andra

²² Sandgren, JT 1995/96, s. 739.

²³ Olsen, SvJT 2004, s. 108–109.

²⁴ Leijonhufvud, Wennberg och Ågren (2018), s. 27.

²⁵ Frände (1999), s. 8; Nowak (2003), s. 61.

principen är *skyddsprincipen* som eftersträvar att den enskilde individen ska ha vissa processuella rättigheter som ställer krav på rättssäkerhet och rätten till en rättvis rättegång. Skyddsprincipens uppgift är inte att tillvarata den enskilde individens grundläggande rättigheter utan snarare att respektera dessa. Respekten för grundläggande rättigheter kommer till uttryck genom exempelvis regler om bevisbörda eller rätten till tystnad.²⁶

Till följd av förverkligandepincipen och skyddsprincipens delvis motstridiga innebörd måste det alltid ske en avvägning mellan principerna inom det straffrättsliga förfarandet.²⁷ Denna uppsats ämnar inte söka svaret på vilken av nämnda principer som ska eller bör vara mest framträdande. Förverkligandepincipen och skyddsprincipen används enbart i syfte att diskutera hur straffsanktionerade individuella förbud förhåller sig till generell kriminalisering.

1.5 Avgränsningar

Vad som inledningsvis bör konstateras är att uppsatsens syfte omfattar en mängd aspekter som kan tas i beaktande och till följd av detta måste vissa avgränsningar göras. I förevarande avsnitt följer ett antal avgränsningar som läsaren bör vara uppmärksam på.

De motstående intressen som aktualiseras till följd av tillträdesförbudslagens utredning och införande är, som nämnt, den enskildes rörelsefrihet kontra butiksägarnas egendomsskydd. Uppsatsen kommer uteslutande att belysa dessa aspekter. Avgränsningen motiveras till följd av att dessa aspekter är de som främst varit föremål för diskussion i lagens förarbeten samt i tidigare överväganden för en tillträdesförbudslag till butik. Andra aspekter, exempelvis risken för att lagens tillämpas på ett diskriminerande sätt, behandlas inte i uppsatsen.²⁸

²⁶ Frände (1999), s. 8–9; Nowak (2003), s. 61.

²⁷ Nowak (2003), s. 62.

²⁸ För vidare läsning om diskriminering avseende tillträde till butiker se exempelvis NJA 1999 s. 556.

I kapitel tre görs en genomgång om syftet med kriminalisering. Läsaren bör vara uppmärksam att det uteslutande är kriminalisering som behandlas. Syftet med exempelvis utdömandet av straff och verkställighet behandlas inte närmare i uppsatsen. Dessa åtgärder har i vissa avseenden andra syften än kriminalisering och kommer inte beröras i uppsatsen.²⁹

Rörande de principiella frågorna om kriminalisering och straffanvändning används uteslutande svensk doktrin och offentliga utredningar i uppsatsen. Det finns på internationell nivå en näst intill oöverskådlig mängd doktrin och övrigt material på området som lämnas utanför denna uppsats.³⁰ Till exempel lyfter Lernestedt i sin avhandling bland annat en mängd tysk och engelsk doktrin. Att lyfta blicken till ett internationellt perspektiv hade förvisso verkat berikande för uppsatsen. Emellertid har jag valt att låta uppsatsen förhålla sig inom svensk rätt, med undantag för den kortare utländska utblick som görs om straffsanktionerade individuella tillträdesförbud som kriminaliserings-teknik. Avgränsningen görs till följd av att ett bredare perspektiv inte ryms inom uppsatsens omfattning.

I tidigare utredningar och betänkanden om en tillträdesförbudslag till butik har det i vissa fall gjorts en internationell utblick för hur frågan hanterats i andra länder. Förevarande uppsats gör inte en internationell utblick, mer än i det avseende som tidigare nämnts, till följd av att sådan utblick inte ryms inom ramen för uppsatsen. Vidare innefattade tillträdesförbudslagens förarbeten även en utredning om simhallar och bibliotek. Emellertid lämnades frågan om ett straffsanktionerat tillträdesförbud för simhallar och bibliotek över till Brottsförebyggande rådet ("Brå") där den utreddes separat.³¹ Hur ett straffsanktionerat individuellt tillträdesförbud till simhallar och bibliotek förhåller sig till generell kriminalisering kommer således att lämnas utanför denna uppsats.

²⁹ Jämför Jareborg (2001), s. 48. Kriminalisering är en åtgärd som utförs av riksdagen, ibland regeringen. Det är kriminalisering som åtgärd som avses.

³⁰ Avseende kriterier för kriminalisering finns exempelvis European Criminal Policy Initiative ("ECPI") på EU-rättslig nivå. Ett manifest angående europeisk kriminalpolitik, framtaget av ett antal rättsvetare från tio EU-länder.

³¹ Prop. 2020/21:52, s. 14.

I uppsatsens fjärde kapitel, som behandlar gemensamma nämnare med andra tillträdesförbud, används lagen (1988:688) om kontaktförbud ("kontaktförbudslagen") och lagen (2005:321) om tillträdesförbud vid idrottsarrangemang ("tillträdesförbudslagen vid idrottsarrangemang") för att exemplifiera vilken lagstiftning som finns på området och hur den är uppbyggd. Uppsatsen kommer inte belysa annan straffsanktionerad individuell förbudslagstiftning. Avgränsningen görs till följd av att nämnda lagar är de troligtvis mest välkända för uppsatsens målgrupp samt av platsskäl.

Det är även viktigt att belysa att det i svensk rätt finns en mängd sätt att inskränka den enskilde individens rörelsefrihet, exempelvis genom polisers eller ordningsvaktens befogenheter. Syftet med denna uppsats är inte att ge en uttömmande bild av proportionerliga sätt att begränsa rätten att röra sig fritt varpå sätt att inskränka denna som polisman, ordningsvakt, väktare och envars rätt att begränsa rätten att röra sig fritt inte berörs i uppsatsen.

1.6 Disposition

Utöver detta inledande kapitel är uppsatsen disponerad i fyra huvudkapitel.

Det *andra kapitlet* inleds med en redogörelse över tillträdesförbudslagens bakgrund och innehåll med utgångspunkt i lagens förarbeten samt lagtexten. Därefter redogörs för tillträdesförbudslagens historiska bakgrund. Syftet med redogörelsen är att granska de skäl som legat till grund för att en tillträdesförbudslag inte tidigare införts. Redogörelsen görs med avsikten att klargöra för läsaren att det finns en diskussion kring straffsanktionerade individuella förbud samt illustrera de motstående intressen som vägt mot varandra vid tillträdesförbudslagens införande. Uppsatsens andra kapitel behandlar även hur rörelsefriheten får inskränkas med stöd av RF följt av en analys som besvarar uppsatsens första frågeställning.

Uppsatsens *tredje kapitel* utgörs av en framställning om kriminalisering i syfte att redogöra för *varför* och *hur* kriminalisering sker. Såväl doktrin som offentligt tryck är av betydelse i denna framställning. Syftet är att jämföra vilka kriterier för kriminalisering som uppställs från dels lagstiftarens sida, dels i doktrinen. Redogörelsen för kriminalisering görs med avsikten att klarlägga för läsaren vad begreppet kriminalisering innebär och under vilka förutsättningar som kriminalisering betraktas som godtagbar.

Eftersom uppsatsen ämnar undersöka hur straffsanktionerade individuella förbud förhåller sig till generell kriminalisering är det av intresse att göra en utblick över likartade förbud. Utblicken görs i uppsatsens *fjärde kapitel*. Syftet är att redogöra för gemensamma nämnare med närliggande lagstiftning och klarlägga i vilka rättsliga situationer det är befogat att införa ett straffsanktionerat individuellt förbud. I kapitel fyra görs även en kortare internationell utblick över hur denna typ av förbud betraktas med avstamp i de engelska rättsvetarna Andrew P. Simesters och Andreas von Hirsch resonemang.

Uppsatsens *femte kapitel* innefattar en analys av tillträdesförbudslagen och hur denna förhåller sig till de kriterier för kriminalisering som sammanfattas av kapitel tre. Slutligen uppmärksammar analysen olika aspekter kring tillträdesförbudslagen i syfte att ytterligare analysera tillträdesförbudslagen som kriminaliseringsteknik.

2 Tillträdesförbudslagen: Om lagen och tidigare överväganden

2.1 Inledning

I detta kapitel redogörs för tillträdesförbudslagen. Med stöd av lagens förarbeten presenteras en framställning om lagens bakgrund. Redogörelsen görs med syftet att redovisa hur lagens tillämpningsområde ser ut samt för att klarlägga vilka överväganden som gjorts i anslutning till lagen beträffande motstående intressen. Vidare behandlar kapitlet tidigare utredningar och överväganden som gjorts kring frågan om lagstiftning av ett straffsanktionerat tillträdesförbud till butik. Dessa utredningar är sprunget ur en vilja att öka det rättsliga skyddet i handeln gentemot tillgreppsbrottslighet och ordningsstörningar.

Tidigare överväganden har mötts av kritik och inte resulterat i lagstiftning. Det är följaktligen av intresse för besvarandet av uppsatsens frågeställningar att närmare granska vilka avvägningar mellan olika skyddsintressen som gjorts i tidigare utredningar. Slutligen behandlas rätten att röra sig fritt och hur denna får inskränkas med stöd av RF. Redogörelsen följs av en analys huruvida tillträdesförbudslagen uppfyller proportionalitetskravet som ställs vid inskränkning av vissa grundlagsskyddade fri- och rättigheter.

2.2 Tillträdesförbudslagens utredning

2.2.1 Bakgrund

När tillträdesförbudslagens utredning påbörjades den 19 januari 2018 innefattade uppdraget till en början att undersöka huruvida det fanns möjlighet att införa en lag om tillträdesförbud till butiker, simhallar och bibliotek.³² Utredningens syfte var att utreda om en sådan lag kunde bidra till att minska samt förebygga tillgreppsbrottslighet och ordningsstörningar på vissa allmänna platser.³³

I departementspromemorian intog utredaren ställningstagandet i sak att en reglering som med hjälp av straffrättsligt sanktionerade åtgärder skulle möjliggöra att utestänga personer från butiker, simhallar och bibliotek inte var lämplig. Utredaren anförde att ett sådant straffrättsligt förbud förvisso skulle kunna bidra till lägre brottslighet men att det jämväl skulle ha en alltför ingripande verkan på den enskilde individens rörelsefrihet. Utredaren betonade att kriminalisering av tillträdesförbud torde reserveras särskilt skyddsvärda intressen och att de skyddsintressen tillträdesförbudslagen tog sikte på inte kunde bedömas som särskilt skyddsvärda.³⁴

Oaktat utredarens inställning i sak ankom det på denna att, enligt utredningens direktiv, presentera ett lagförslag om tillträdesförbud till vissa typer av lokaler i departementspromemorian. Således framfördes ett lagförslag om möjligheten att utfärda förbud gentemot vissa personer mot att tillträda eller vistas i en butik, badanläggning eller bibliotek.³⁵

³² När lagförslaget överlämnades till riksdagen lämnades den del avseende tillträdesförbud till simhallar och bibliotek till Brottsförebyggande rådet. Uppdraget innefattade att undersöka och kartlägga på vilket sätt ordningsstörningar och liknande skulle kunna motverkas med hjälp av ett tillträdesförbud i simhallar och bibliotek, prop. 2020/21:52, s. 14.

³³ Ds 2019:1, s. 13, 18.

³⁴ Ibid. s. 18–19.

³⁵ Ibid. s. 18–19.

I propositionen uppmärksammades den kritik som framförts av utredaren i departementspromemorian. Det anfördes att en tillträdesförbudslag förvisso skulle innebära en inskränkning av den enskilde individens rörelsefrihet men att stölder och trakasserier som sker i butiker och på andra allmänna platser resulterar i avsevärda konsekvenser för den som drabbas. Till följd av det framförda poängterades det i propositionen att det är av intresse att stärka det straffrättsliga skyddet och förebygga denna form av brottsliga gärningar.³⁶ Propositionen hänvisade som stöd för detta till rapporter från år 2018 då det brottsliga svinnet i detaljhandeln uppgått till 8,8 miljarder kronor samt att det var problematiskt att personal utsattes för hot, trakasserier och dylikt.³⁷

Regeringen anförde i propositionen att det vidtagits åtskilliga tidigare åtgärder för att minska tillgreppsbrottslighet i butik och att dessa erhållit liten effekt. Det uppmärksammades att en tillträdesförbudslag till butik förvisso var inskränkande och troligtvis inte en heltäckande lösning på problemet med tillgreppsbrottslighet. Emellertid poängterade regeringen att tillträdesförbudslagen i vart fall skulle erbjuda ett ökat skydd för butiksägare jämfört med tidigare.³⁸ Propositionen överlämnades från regeringen till riksdagen den 19 november 2020. Lagförslaget var ägnat att stärka skyddet mot stölder, trakasserier och övriga brott som sker i butiker.³⁹ Lagen trädde därefter i kraft den 1 mars 2021.⁴⁰

2.2.2 Lagens innehåll

Lagen är indelad i sju delar. Den första delen (1, 2 §§) innehåller bestämmelser som definierar vad som avses med ett tillträdesförbud till butik. Därefter följer en bestämmelse om tillträdesförbudets längd (3 §). Lagens tredje del innefattar bestämmelser om delgivning och handläggningstid (4, 5 §§). I den fjärde delen återfinns förfarandet hos åklagaren samt hur ett beslut om tillträdesförbud får ändras eller hävas (6–12 §§). Den femte delen rymmer

³⁶ Prop. 2020/21:52, s. 1.

³⁷ Ibid. s. 25–28.

³⁸ Ibid. s. 31.

³⁹ Ibid. s. 1.

⁴⁰ Se SFS 2021:34.

bestämmelser om hur beslut om tillträdesförbud prövas i domstol (13–21 §§), följt av en del om straffansvar vid överträdelse av tillträdesförbud (22 §). Slutligen i den sjunde delen regleras hantering av personuppgifter (23–24 §§).⁴¹ Det kommer inte ske en närmare redogörelse för samtliga delar av lagen. De delar av lagen som tas upp i det följande behandlas för att uppmärksamma läsaren på vilka bestämmelser som måste problematiseras vid besvarandet av uppsatsens frågeställningar.

Med stöd av 1–2 §§ tillträdesförbudslagen får en person förbjudas tillträde och att vistas i en butik. För att ett sådant förbud ska utfärdas krävs det som utgångspunkt att det föreligger särskilda omständigheter som gör att en person löper risk att begå brott eller allvarligt trakassera någon som befinner sig i butiken. Tillträdesförbud får med stöd av 1 § inte riktas mot personer som är under 15 år eller avseende brott en person begått innan denna fyllt 15 år.

I författningskommentaren ges viss ledning avseende vilka särskilda omständigheter som beaktas i riskbedömningen för huruvida en person kommer begå brott i eller i anslutning till butiken. Det tas särskilt i beaktande om personen tidigare begått brott i eller i anslutning till butiken som rör kränkning av skyddet för egendom eller person. Det anges i författningskommentaren att till exempel en lagkraftvunnen dom eller ett godkänt strafföreläggande som rör tidigare brott i anslutning till butiken kan användas som stöd för riskbedömningen.⁴² De trakasserier som kan föranleda ett förbud behöver inte nödvändigtvis vara av brottslig karaktär, det är tillräckligt med en kännbar kränkning. Som exempel anges i författningskommentaren ett beteende som är ägnat att besvära eller skrämna en viss person genom att följa efter denna i butiken.⁴³

⁴¹ Se lag (2021:34) om tillträdesförbud till butik.

⁴² Prop. 2020/21:52, s. 101.

⁴³ Ibid. s. 100.

Enligt 2 § tillträdesförbudslagen får tillträdesförbud till butik inte meddelas om syftet med ett tillträdesförbud kan tillgodoses genom en mindre ingripande åtgärd. Med stöd av samma bestämmelse får tillträdesförbud endast meddelas om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men som åtgärden innebär för den enskilde som utsatts. Tillträdesförbud gäller omedelbart om inte annat meddelats samt får gälla i max ett års tid och förlängas med max ett år i taget om nödvändigt, med stöd av 3 § tillträdesförbudslagen.

I författningskommentaren definieras begreppet butik som en lokal med försäljning av varor riktad mot allmänheten. Det ges ingen närmare definition än att det är den huvudsakliga verksamheten som styr definitionen. Det är butiken i fysisk bemärkelse som utgör gränserna för tillträdesförbudets omfattning. Även verksamhet som bedrivs utomhus omfattas, detta kräver emellertid att platsen som utgör butik är tydligt avgränsad. En plats som är helt öppen för allmänheten, exempelvis den som är runt en kiosk med huvudsaklig försäljning genom lucka, omfattas inte.⁴⁴

Straffansvar regleras i 22 § tillträdesförbudslagen. Den som överträder ett tillträdesförbud döms till böter eller fängelse i högst sex månader. I ringa fall ska det inte dömas till ansvar. Personuppgifter får behandlas vid verkställande av lagen för att upptäcka eller förhindra överträdelse av ett tillträdesförbud i butiken, i enlighet med 23–24 §§. Personuppgiftsbehandling får endast göras av personer som arbetar i eller utför uppdrag åt butiken och rätten att behandla personuppgifter upphör att gälla när förbudets giltighetstid löpt ut, eller om förbudet dessförinnan hävs.⁴⁵

⁴⁴ Prop. 2020/21:52, s. 99.

⁴⁵ Ibid. s. 51, 112; Detta avser personuppgifter som tas upp i artikel 10 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

2.2.3 Kritik från remissinstanserna

De remissinstanser som var positiva till införandet av en tillträdesförbudslag anförde att de tillgreppsbrott och ordningsstörningar som sker i butiker bör betraktas som en allvarlig kränkning av äganderätten. Utöver detta framfördes att otrygghet på allmän plats och arbetsmiljöproblematik för personal bör betraktas som oacceptabelt. En tillträdesförbudslag som minskar brottsnivån och bidrar till trygghet i handeln får ses som en acceptabel och proportionerlig inskränkning av den enskildes rätt att röra sig fritt.⁴⁶

Mot bakgrund av ovan stycke anfördes i propositionen att införandet av straffsanktionerade individuella förbud, likt generell kriminalisering, påkallar förekomsten av ett godtagbart skyddsintresse⁴⁷. De intressen som främst avsåg att skyddas med en tillträdesförbudslag till butik var skydd för person och skydd för egendom. Till följd av den långtgående problematiken med tillgreppsbrott och trakasserier i butik menade regeringen att de intressen som skulle skyddas genom en tillträdesförbudslag var tillräckligt starka för att motivera en sådan lagstiftning.⁴⁸

Vissa remissinstanser framförde vidare att det tidigare argumentet om att tillträdesförbud var alltför inskränkande på den enskilde individens dagliga livsföring inte längre var framkomligt till följd av teknik- och serviceutveckling som möjliggör att till exempel beställa varor online. Det anfördes även att det anförda lagförslaget om tillträdesförbud var mer rättssäkert än tidigare lagförslag⁴⁹, till följd av att bedömningen ska göras inom ramen för domstolsväsendet snarare än personligen av butiksägarna.⁵⁰

⁴⁶ Prop. 2020/21:52, se remissinstanserna Borås tingsrätt, Polismyndigheten, Handelsanställdas förbund och Svensk Handels yttranden, s. 22–23.

⁴⁷ I uppsatsen tredje kapitel redogörs för innebörden av ett godtagbart skyddsintresse.

⁴⁸ Prop. 2020/21:52, s. 29.

⁴⁹ Tidigare lagförslag redogörs för i avsnitt 2.3.

⁵⁰ Prop. 2020/21:52, s. 30. Se särskilt vad Svensk Handel anför.

De remissinstanser som var mot ett införande av ett tillträdesförbud belyste att det bör finnas särskilda skäl för att tillåta en inskränkning av rörelsefriheten och att tillträdesförbudslagen inte framstod som en proportionerlig inskränkning. Det påpekades att det redan finns möjlighet för butiksägare att stänga ute vissa individer även om detta inte är förenat med straffansvar. Vidare anfördes att det var tveksamt om en tillträdesförbudslag skulle vara effektiv och ha en mer brottsavhållande verkan än straffet för tillgreppsbrottslighet.⁵¹ Vad gäller den ekonomiska aspekten framfördes även kritik mot att tillträdesförbudslagen skulle medföra kostnader för rättsväsendet som inte skulle rymmas inom den befintliga ramen av medel och resurser som finns att tillgå och att detta fordrade en mer utförlig kostnadsanalys.⁵²

Avseende lagens verkställande med hänsyn till personuppgiftsbehandling föreslog regeringen att personuppgifter rörande lagöverträdelser skulle få behandlas för att upptäcka eller förhindra överträdelse av ett tillträdesförbud i butiken. Rätten att behandla personuppgifter skulle sedermera upphöra att gälla om förbudets giltighetstid löpte ur eller om förbudet dessförinnan upphävdes.⁵³ Lagens bestämmelser om personuppgiftsbehandling tillstyrktes av merparten av remissinstanserna med ett förbehåll om att sådan bestämmelse måste utformas med största tydlighet och restriktivitet.⁵⁴

Bestämmelsen om personuppgiftsbehandling mottog emellertid kritik av vissa remissinstanser. Dåvarande Datainspektionen⁵⁵ yttrade att lagens bestämmelser om personuppgiftsbehandling kan medföra risker för den personliga integriteten och rätten till respekt för privatlivet.

⁵¹ Prop. 2020/21:52, se remissinstanserna Stockholms tingsrätt, Hovrätten för Övre Norrland, Jönköpings tingsrätt, Falkenbergs kommuns yttranden, s. 24.

⁵² Ibid. Se Domstolsverket, Åklagarmyndigheten och Polismyndighetens resonemang, s. 94–95.

⁵³ Ibid. s. 51, 112.

⁵⁴ Ibid. s. 51, se remissinstanserna Borås tingsrätt, Kammarrätten i Stockholm, Arbetsmiljöverket, Stockholms tingsrätt, Hovrätten över Skåne och Blekinge m.fl.

⁵⁵ Datainspektionen har bytt namn till Integritetsskyddsmyndigheten.

Datainspektionen framförde att risken uppstår till följd av den nödvändiga personuppgiftsbehandlingen vid ansökan samt utfärdande av ett dokumenterat tillträdesförbud till butik.⁵⁶

Vidare anförde Sveriges advokatsamfund att förslaget om personuppgiftsbehandling riskerade att stå i strid med artikel 6.1 dataskyddsförordningen⁵⁷, om behandlingen av personuppgifter inte framstod som nödvändig i förhållande till den rättsliga grunden. Advokatsamfundet anförde vidare att det fanns risk för missbruk av personuppgiftsbehandlingen som utgör ett intrång i den enskilde individens personliga integritet.⁵⁸

Slutligen anfördes kritik av Lagrådet om avgränsningen av ett potentiellt tillträdesförbud. I 1 § 1 st. tillträdesförbudslagen anges begreppet butik. Begreppet utvecklas i författningskommentarerna och definieras som butikens gränser i fysisk bemärkelse.⁵⁹ Om butiken bedriver handel även utomhus måste det finnas tydliga avgränsningar för när en befinner sig innanför butikens gränser. Lagrådet anförde att det kunde vara problematiskt att tydligt avgränsa vilket område som inte får tillträdas i varje enskilt fall. Lagrådet menade att detta påkallade att begreppet butik definierades även i lagen och inte enbart i dess förarbeten.⁶⁰

⁵⁶ Prop. 2020/21:52, se Datainspektionens anförande.

⁵⁷ Se EU:s dataskyddsförordning 2016/679, artikel 6 p.1 (c).

⁵⁸ Prop. 2020/21:52, s. 51–52.

⁵⁹ Ibid. s. 146.

⁶⁰ Ibid. s. 147.

2.3 Tidigare utredningar och överväganden

2.3.1 Om olaga intrång och portförbud

2.3.1.1 Portförbudens användning

Under 1980-talet till tidigt 1990-tal förekom så kallade portförbud. Dessa förbud var en icke lagreglerad åtgärd som vidtogs av butiksägare för att förebygga brott i sina butiker. Förbuden innebar ett tillträdesförbud och vidtogs som en form av ingripande åtgärd mot personer som tidigare begått brott eller stört den allmänna ordningen i butiken. Generellt var det butiksägaren som fattade beslut om portförbud och vanligtvis tog förbudet formen av ett skriftligt avtal som skulle undertecknas av den som omfattades av det. Förbudet gällde i normalfallet i upp till sex månader. Om den som meddelats förbudet sedan bröt mot det, kunde denne dömas för olaga intrång i enlighet med 4 kap. 6 § 2 st. brottsbalken ("BrB").⁶¹

Brå anförde i sin rapport *Ökad säkerhet inom handeln* att butiks innehavare hade god erfarenhet av att använda portförbud. Emellertid upphörde användningen av dessa förbud efter HD:s bedömning i NJA 1995 s. 84.⁶² Nedan följer en kortare översikt av fallet och HD:s bedömning för huruvida bestämmelsen om olaga intrång omfattade överträdelser av portförbud.

2.3.1.2 NJA 1995 s. 84 och portförbudens upphörande

I NJA 1995 s. 84 hade en konsumtionsförening meddelat den tilltalade förbud att tillträda föreningens butiker under ett års tid. Förbudet hade föranletts av störande beteende i föreningens butiker vid ett flertal tillfällen.⁶³

⁶¹ Brå-rapport 1989:4, s. 110; prop. 2020/21:52, s. 18–19.

⁶² Brå-rapport 1989:4, s. 110.

⁶³ NJA 1995, s. 84, se TR:s domslut.

Den tilltalade delgavs förbudet med erinran om att en överträdelse av förbudet skulle betraktas som olaga intrång och sedermera polisanmälas. Efter förbudet sedan trätt i kraft överträdde den tilltalade det vid ett flertal tillfällen varpå händelserna polisanmäldes.⁶⁴

Såväl tingsrätten som hovrätten ogillade åtalspunkten om olaga intrång. Det anfördes att affärslokaler dit allmänheten har tillträde inte kunde anses falla under den kategori av platser som ämnade skyddas av 4 kap. 6 § 2 st. BrB.⁶⁵ I tingsrätten var emellertid rättens ordförande samt en nämndeman av skiljaktig mening. De tog sikte på den tolkning som bör ske av vilka platser som kan anses falla under bestämmelsen om olaga intrång.⁶⁶

Tingsrättens ordförande yttrade att bedömningen huruvida en plats ska anses falla under bestämmelsen om olaga intrång skulle bestämmas med utgångspunkt i platsens natur som privat eller allmän. Rättens ordförande lyfte att en affär är privat i det avseende att den ägs av en eller en grupp privatpersoner. En person som vill få tillträde till en butik, men sedermera nekas, besitter inte en absolut rätt att gå in i sagda butik. Sett till butikens natur som privatägd skulle ett intrång av en icke önskvärd person utgöra ett olaga intrång enligt bestämmelsen i 4 kap. 6 § 2 st. BrB.⁶⁷

I HD uttalade sig Riksåklagaren särskilt om att rätten borde ta in syftet med bestämmelsen för olaga intrång i bedömningen. Riksåklagaren anförde att bestämmelsen om olaga intrång i 4 kap. 6 § 2 st. BrB ämnar skydda lokaler från olaga intrång där människor arbetar eller brukar vistas. Riksåklagaren betonade att en butik får anses utgöra allmän plats under den tid butiken har öppet på dygnet och således är tillgänglig för allmänheten.⁶⁸ Emellertid skulle detta inte innebära att tillträdet till en allmän plats i den bemärkelsen inte skulle kunna begränsas. Riksåklagaren betonade att en butiksägare torde

⁶⁴ NJA 1995, s. 84, se TR:s domslut.

⁶⁵ Ibid. Se TR:s och HovR:s domslut.

⁶⁶ Ibid. Se TR:s domslut.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid. Se Riksåklagarens anförande.

besitta rätten att begränsa tillträdet till sin butik mot personer som troligtvis kommer begå brott i butiken. Att butiken i fråga utgör allmän plats skulle enligt Riksåklagaren inte utgöra ett hinder för att begränsa dess tillträde.⁶⁹

HD fann jämväl att bestämmelsen om olaga intrång i BrB var avsedd att skydda utrymmen som i huvudsak inte är tillgängliga för allmänheten. Till följd av detta kunde en affärslokal dit allmänheten, under dess öppettider, har tillgång inte anses vara en sådan lokal som träffas av bestämmelsen om olaga intrång. Den tilltalade frikändes från delen av åtalet som berörde olaga intrång.⁷⁰ Som tidigt nämnt har användningen av portförbud beskrivits som välfungerande av butiksägarna. Emellertid upphörde förbudens användning till följd av domen.⁷¹

2.3.1.3 En utvidgning av olaga intrång?

Efter NJA 1995 s. 84 dök det upp frågor kring tillämpningsområdet av bestämmelsen om olaga intrång. I Trygghetsutredningen framfördes att det var problematiskt att butiksägare förvisso ägde rätt att utestänga vissa personer från sina butiker men att denna rätt inte var straffrättsligt skyddad. Utredningen uppmärksammade att butiksägare med stöd av den grundlagsskyddade äganderätten förvisso kunde välja vilka personer som skulle tillträda butiken, förutsatt att det inte skedde i strid med bestämmelserna om olaga diskriminering. Emellertid menade utredningen att ett sådant förbud erhöll liten effekt utan stöd från bestämmelsen om olaga intrång.⁷²

Det framfördes vidare i utredningen att det inte kunde anses lämpligt, eller ha varit lagstiftarens avsikt, att bestämmelsen i 4 kap. 6 § 2 st. BrB skulle ha ett sådant snävt tillämpningsområde. Utredningen anförde att ett tillträdesförbud torde vara en tillåten skyddsåtgärd och att detta skulle fylla en

⁶⁹ NJA 1995, s. 84, se Riksåklagarens anförande.

⁷⁰ Ibid. Se HD:s domskäl.

⁷¹ Brå-rapport 1989:4, s. 110.

⁷² SOU 1995:146, s. 242–244.

allmänpreventiv funktion.⁷³ Således föreslogs en utvidgning av bestämmelsen om olaga intrång för att omfatta den som gjort intrång eller kvarstannat i en lokal eller på inhägnad plats och som innan dess meddelats tillträdesförbud till platsen i fråga.⁷⁴

Lagrådet yttrade sig i frågan om en utvidgning av bestämmelsen om olaga intrång. Lagrådet anförde att det förvisso var godtagbart att hindra vissa ordningsstörande personer från att tillträda en butik och att ett sådant förbud skulle vara straffsanktionerat. Emellertid menade Lagrådet att bestämmelsens utformning var problematisk och att allvarliga invändningar kunde göras.⁷⁵

Utvidgningen av bestämmelsen, som enligt förslaget skulle omfatta lokaler och inhägnade platser, ansågs av Lagrådet föranleda en alltför bred definition. Definitionen av vilka platser som skulle kunna omfattas av bestämmelsen om olaga intrång riskerade ge upphov till en synnerligen långtgående kriminalisering. Bland annat menade Lagrådet att ett grundläggande problem med lagändringens ordalydelse var att dess tillämpning riskerade inskränka de grundläggande fri- och rättigheterna i 2 kap. RF samt tryckfrihetsförordningen ("TF") och yttrandefrihetsgrundlagen ("YGL"). Som exempel angavs den situation då en person meddelats tillträdesförbud till ett torg och samtidigt ville tillträda torget i egenskap av demonstrant.⁷⁶

Sammanfattningsvis menade Lagrådet att det, av Trygghetsutredningen, anförda lagförslaget behövde bli föremål för ytterligare överväganden för att undvika tillämpningsproblem. Till exempel genom att istället ange förutsättningarna för tillträdesförbud och hur sådant förbud skulle straffsanktioneras i en särskild lag.⁷⁷

⁷³ SOU 1995:146, s. 243.

⁷⁴ Ibid. s. 42, 264.

⁷⁵ Se Lagrådets yttrande från 2000-03-07, diariennr. 1996/370, s. 2.

⁷⁶ Ibid. s. 3.

⁷⁷ Ibid. s. 5–6.

2.3.2 Ett första övervägande om tillträdesförbudslag till butik

Med hänsyn till de invändningar som gjordes av Lagrådet gentemot Trygghetsutredningen trädde lagförslaget om en utvidgning av 4 kap. 6 § 2 st. BrB inte i kraft. Emellertid föranledde kritiken ett övervägande om en särskild lag om tillträdesförbud. I departementspromemorian Ds 2002:25: *Tillträdesförbud* föreslogs en tillträdesförbudslag som skulle ge bättre skydd mot brott och ordningsstörningar på allmänna platser.⁷⁸

Förslaget var i flera avseenden likt dagens tillträdesförbudslag till butik. Lagförslaget hade likartade syften att motverka brott och ordningsstörningar på allmänna platser.⁷⁹ Emellertid finns vissa avgörande skillnader. Lagförslaget var ämnat att tillämpas på både butiker och idrottsarrangemang. Utredaren anförde i departementspromemorian att tillträdesförbud skulle kunna utfärdas av butiks innehavaren eller företrädaren för en idrottsorganisation personligen,⁸⁰ i kontrast till dagens tillträdesförbudslag. Det som talade för införandet av en tillträdesförbudslag ansågs i departementspromemorian vara att tillträdesrätten torde vara en fråga mellan butiksägare och besökaren. Till följd av detta borde butiksägaren erhålla rätt att begränsa tillträdet för vissa personer, med undantag för bestämmelserna om olaga diskriminering i 16 kap. 9 § BrB.⁸¹

Departementspromemorian bemötte Lagrådets kritik om risken för inskränkning av grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Promemorian tog sikte på att de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna i 2 kap. RF samt TF och YGL generellt är ämnade att skydda den enskilde individen från staten.⁸² Det anfördes att en tillträdesförbudslag huvudsakligen skulle vara en angelägenhet mellan privaträttsliga subjekt och följaktligen inte utgöra en

⁷⁸ Ds 2002:25, s. 7–8.

⁷⁹ Ibid. s. 5.

⁸⁰ Ibid. s. 7.

⁸¹ Ibid. s. 13.

⁸² Ibid. s. 39.

icke godtagbar inskränkning av de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna. Utöver detta konstaterades det i promemorian att en inskränkning får ske med stöd av lag enligt RF. Promemorian menade att ordningsstörningar i handeln och på allmänna platser blivit ett alltför omfattande problem och att en sådan inskränkning därför var godtagbar i ett demokratiskt samhälle.⁸³

Promemorian resulterade inte i någon proposition till riksdagen. Frågan om tillträdesförbud vid idrottsarrangemang blev dock föremål för ytterligare överväganden i Ds 2004:40. I Ds 2004:40 om tillträdesförbud till idrottsarrangemang lämnades förslaget om tillträdesförbud till butik utanför. Detta motiverades av att butiker har stor inverkan på den enskildes dagliga livsföring och att ett tillträdesförbud till butik skulle riskera att utgöra en för omfattande inskränkning av den enskilde individens rätt att röra sig fritt.⁸⁴

Ds 2002:25 möttes även av kritik från remissinstanserna. I huvudsak betraktades syftet med lagförslaget som godtagbart men själva utformningen av lagen kunde inte accepteras.⁸⁵ Förslaget ansågs ge enskilda rättssubjekt som butiksägare alltför långtgående befogenheter.⁸⁶ Lagförslaget kritiserades även för att inte specificera vilka brott som skulle kunna föranleda ett förbud samt för att frågan om delgivning lämnats oreglerad.⁸⁷ Remissinstanserna menade att det fanns risk för godtycklig tillämpning av lagen, vilket riskerade äventyra den enskildes rättssäkerhet.⁸⁸

⁸³ Ds 2002:25, s. 40.

⁸⁴ Ds. 2004:40, s. 27.

⁸⁵ Se bl.a. remissvar avseende Ds 2002:25 från Göta hovrätt, 2002-09-04, Åklagarmyndigheten i Stockholm, 2002-08-08, Brottsförebyggande rådet, 2002-09-10 och Lunds universitet, 2002-09-10.

⁸⁶ Se remissvar avseende Ds 2002:25 från Stockholms tingsrätt, 2002-09-03.

⁸⁷ Ibid. Göta hovrätt, 2002-09-04.

⁸⁸ Ibid. Stockholms tingsrätt, 2002-09-03.

2.3.3 Stärkt straffrättsligt skydd för egendom

SOU 2013:85: *Utredningen för stärkt straffrättsligt skydd för egendom* ("Egendomsskyddsutredningen") innehöll bland annat ytterligare ett övervägande om en tillträdesförbudslag till butik. Utredningen belyste att en tillträdesförbudslag skulle kunna verka brottsförebyggande och förhindra återfallsförbrytare från att begå nya brott i butiker. Tillika betonade utredningen att en tillträdesförbudslag var olämplig till följd av dess inskränkande verkan på den grundlagsskyddade rörelsefriheten.⁸⁹

Egendomsskyddsutredningen pekade på ett antal problematiska faktorer. I första hand skulle tillträdesförbudslagen utgöra en långtgående inskränkning av rörelsefriheten. I andra hand var lagen inte utformad på ett rättssäkert sätt eftersom beslut om tillträdesförbud som utfärdats av affärsinnehavare inte skulle gå att överklaga.⁹⁰ Utredningen anförde även att en kriminalisering av ett tillträdesförbud skulle skapa en mer än nödvändigt stor belastning, dels ekonomiskt, dels praktiskt, på rättsväsendet.⁹¹ Det ansågs problematiskt att tidigare utredningar om tillträdesförbud till butik underlåtit att resonera kring hur ett sådant förbud förhåller sig till generell kriminalisering. Egendoms-skyddsutredningen anförde att det förutom en analys av rättssäkerhet och effektivitet av straffsanktionerade individuella förbud även bör föras en diskussion om vilka konsekvenser införandet av en sådan förbudslag kan komma att få.⁹²

Egendomsskyddsutredningen förespråkade i första hand andra lösningar som till exempel utökad kriminalisering av tillgreppsbrotten i form av att straffbelägga försök till ringa stöld.⁹³ Det framfördes även ett förslag till en tillträdesförbudslag. Med stöd av förslaget skulle butiksägare kunna utfärda tillträdesförbud gentemot personer som begått brott i butiken.

⁸⁹ SOU 2013:85, s. 28.

⁹⁰ Ibid. s. 359.

⁹¹ Ibid. s. 359–360.

⁹² Ibid. s. 356; Konsekvenserna av att införa ett straffsanktionerat individuellt förbud redogörs mer ingående för i uppsatsens fjärde kapitel.

⁹³ Ibid. s. 360–361.

Tillträdesförbudet skulle i sin tur gå att överklaga till allmän åklagare.⁹⁴ Juristen Anders Thelin företrädde Svensk Handel och yttrade sig särskilt angående vad som anförts i Egendomsskyddsutredningen. Thelin anförde att det, trots de principiella skäl som talade mot införandet av en tillträdesförbudslag som skulle ge enskilda rättssubjekt befogenhet att meddela tillträdesförbud, var av vikt att ge butiksägare möjlighet att värja sig mot upprepad brottslighet.⁹⁵

Egendomsskyddsutredningens slutliga bedömning var emellertid att det inte fanns tillräckliga skäl som talade för införandet av en lag om tillträdesförbud till butik.⁹⁶ Utredningen menade att gods som angrips i butik inte utgjorde ett godtagbart skyddsintresse som kunde motivera en inskränkning på den enskildes rätt att röra sig fritt.⁹⁷ Det anfördes även att det inte fanns något som talade för att straffet vid överträdelse av ett tillträdesförbud skulle verka mer avhållande än straffet vid tillgreppsbrott, särskilt avseende gärningsmän som kan betraktas som bötesimmuna.⁹⁸

2.4 Sammanfattning av tidigare utredningar

Det som tidigare utredningar stått och fallit på gällande frågan om tillträdesförbud till butik är den avvägning som skett mellan motstående intressen. Gemensamt för tidigare utredningar och överväganden är att frågan om äganderätt, egendomsskydd och trygghet i handeln är prioriterad. Tidigare utredningar har samtliga identifierat problematiken med att butiksägare och butikspersonal utsätts för tillgreppsbrott och trakasserier. Att detta är en problematik som onekligen bör åtgärdas, inte minst för att stärka skyddet för person och egendom, torde betraktas som ostridigt.

⁹⁴ SOU 2013:85, s. 361–363.

⁹⁵ Ibid. s. 405.

⁹⁶ Ibid. s. 357.

⁹⁷ Ibid. s. 358.

⁹⁸ Ibid. s. 359.

Tillika har butiksägares egendomsskydd betraktats som sekundärt i förhållande till den enskilde individens intressen. Från tidigare utredningar kan det utläsas att den enskilde individens rörelsefrihet har varit ett avgörande moment vid beslutsfattande kring vidtagandet av åtgärder. Tidigare förslag om ett stärkt straffrättsligt skydd för butiker har ansetts vara alltför ingripande i den enskilde individens dagliga livsföring.

Mot bakgrund av kritiken bör det understrykas att butiksägare erhåller möjlighet att utestänga enskilda individer från sina butiker. Problematiken ligger i upprätthållandet av ett utestängande, eftersom dess effekt avtar vid avsaknaden av ett straffrättsligt skydd. En del av kritiken som tidigare lagförslag mötts av har vidare bestått i hur sådana tillträdesförbud ska utfärdas. Tidigare lagförslag har föreslagit att butiksägaren ska utfärda förbudet mot den individ det gäller. Tillämpning av sådan lagstiftning hade inneburit mindre rättssäkra och oförutsägbara förbud som varit svåra att överklaga.

Egendomsskyddsutredningen betonade att det var svårt att förutse om straffet av att överträda ett tillträdesförbud skulle få en mer avskräckande effekt än det befintliga straffet för tillgreppsbrott. I anslutning till detta underströk Egendomsskyddsutredningen även att det bör ske en närmare analys av konsekvenserna av att införa straffsanktionerade individuella förbud.

2.5 Om rörelsefrihet och proportionalitetskravet i RF

2.5.1 Inledning

Från tillträdesförbudslagens förarbeten och tidigare utredningar kan det utläsas att det generellt finns två motstående aspekter som vägts mot varandra i diskussionen om ett tillträdesförbud till butik. Å ena sidan den enskildes rätt att röra sig fritt, å andra sidan näringsidkares äganderätt och egendomsskydd. Av tidigare utredningar framgår att den enskildes rörelsefrihet i tidigare

utredningar varit ett framträdande argument mot att införa en tillträdesförbudslag. Till följd av detta kommer förevarande avsnitt redogöra för hur rätten att röra sig fritt i RF får inskränkas. Detta görs i syfte att besvara uppsatsens första frågeställning: *Uppfyller tillträdesförbudslagen proportionalitetskravet avseende inskränkning av rätten att röra sig fritt enligt RF?*

2.5.2 Rätten att röra sig fritt i RF

I svensk rätt regleras som bekant rätten att röra sig fritt i 2 kap. 8 § RF. Med stöd av bestämmelsen åtnjuter var och en som är svensk medborgare frihet att förflytta sig inom Sveriges gränser samt rättigheten att lämna Sverige. I egenskap av grundlagsskyddad rättighet tillerkänns bestämmelsen en stark ställning i svensk rätt.⁹⁹

Förarbetena till tillträdesförbudslagen belyser rörelsefriheten som en väsentlig faktor att ta i beaktande vid införandet av ett individuellt straffsanktionerat förbud.¹⁰⁰ Emellertid erhåller rörelsefriheten inte status som en absolut rättighet utan får inskränkas i lag med stöd av 2 kap. 20 § p.3 och 21 § RF. Med stöd av bestämmelserna får en inskränkning ske i syfte att tillgodose ändamål godtagbara i ett demokratiskt samhälle. En inskränkning får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Inskränkningen får inte heller utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen eller stå i strid med skyddet mot diskriminering som meddelats i lag.

Det kan således utläsas ett förhållandevis tydligt ramverk beträffande inskränkning av rörelsefriheten. Det är likväl problematiskt att skapa en uttömmande lista för i vilka exakta situationer som inskränkningar får ske. Detta grundar sig i att lagstiftningen annars riskerar bli stelbent samt att de inskränkningar som görs avspeglar den samtida diskussionen för vad som är

⁹⁹ Carlsson m.fl. (2020), s. 95.

¹⁰⁰ Prop. 2020/21:52, s. 16, 29.

en godtagbar inskränkning. Eftersom det inte finns en uttömmande uppräkningslista för hur rörelsefriheten får inskränkas måste syftet med sådan inskränkning redovisas noggrant för att betraktas som godtagbart.¹⁰¹

Till följd av att det inte finns ett precist ramverk som fastslår när inskränkning i RF får ske är proportionalitetsbedömningen väsentlig i varje enskilt fall. För att inskränka rätten att röra sig fritt måste en sådan inskränkning vara proportionerlig med hänsyn till det ändamål som inskränkningen ska tillgodose. Proportionalitetsbedömningen görs således mot bakgrund av vilka begränsningar inskränkningen kan komma att medföra. Ett huvudsakligt syfte bakom proportionalitetsbedömningen är att undvika att grundlagsskyddade rättigheter urholkas genom inskränkningar.¹⁰²

2.5.3 Proportionalitetskravet i förhållande till tillträdesförbudslagen

Frågan huruvida inskränkningen, som tillträdesförbudslagen utgör av rätten att röra sig fritt, uppfyller proportionalitetskravet bör besvaras i två led. I första hand får en inskränkning endast ske för att tillgodose syften godtagbara i ett demokratiskt samhälle. I andra hand får sådan inskränkning aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den.

För att utreda det första ledet i bedömningen måste det bakomliggande syftet med tillträdesförbudslagen klargöras. Som framkommit i kapitel två är tillträdesförbudslagens huvudsakliga skyddsintressen skyddet för egendom och skyddet för person. Det tydliggörs även i denna del av uppsatsen att regeringen betraktar nämnda skyddsintressen som rättfärdigande för införandet av en tillträdesförbudslag.¹⁰³ Således kan den första frågan, avseende syftets godtagbarhet i ett demokratiskt samhälle, besvaras jakande.

¹⁰¹ Prop. 2020/21:52, s. 16; prop. 1975/76:209, s. 152–153.

¹⁰² Prop. 1975/76:209, s. 153; Söderlund, s. 375.

¹⁰³ Prop. 2020/21: 52, s. 29.

Det andra ledet i bedömningen är att avgöra huruvida tillträdesförbudslagen uppfyller proportionalitetskravet som uppställs vid inskränkning av vissa grundlagsstadgade rättigheter. Kritik avseende tidigare lagförslag har delvis bestått i att en tillträdesförbudslag skulle vara en oproportionerlig inskränkning av den enskildes dagliga livsföring. Det anfördes bland annat att det fanns en betydande risk att utfärdandet av tillträdesförbud skulle ske godtyckligt och missbrukas i förhållande till sitt syfte. Emellertid bör det belysas att detta var ett ställningstagande som gjordes i förhållande till lagförslaget i Ds 2002:25 som tillät butiksägare att personligen fatta beslut om tillträdesförbud. Avseende dagens tillträdesförbudslag regleras beslutsförfarandet inom rättsväsendet. Till följd av detta är en argumentationslinje avseende risk för godtyckligt tillämpande inte lika gångbar.

Ett krav som ställs avseende införandet av straffsanktionerade individuella förbud är att dessa ska riktas mot särskilt integritetskränkande brott som inte träffas av generell kriminalisering, eller i vart fall är svåra att komma åt. Egendomsskyddet avseende butiker är synnerligen utsatt med hänsyn till att butiker utgör allmänna platser. Det är komplicerat för en butiksägare att avgöra vem som ska få tillträda butiken. Den mångåriga problematiken med stort brottsligt svinn i svensk detaljhandel visar på utsattheten hos butiksägares äganderätt. Till följd av denna utsatthet är brott som sker inne i butiker särskilt integritetskränkande. Butiksägares utsatthet talar för att frågan huruvida tillträdesförbudslagen är proportionerlig bör besvaras jakande.

Tillträdesförbudslagens förarbeten tyder vidare på att äganderätten ska betraktas som ett godtagbart skyddsintresse som riskerar att skadas eller kränkas, varpå kriminalisering är motiverat. Till följd av ett stärkt skydd mot tillgreppsbrottslighet och ordningsstörningar minskar utsattheten för integritetskränkande gärningar mot butiksägare. Ett stärkt skydd för butiksägare måste emellertid vägas mot rätten att röra sig fritt.

Avseende den inskränkning som görs i rörelsefriheten anges det i tillträdesförbudslagens förarbeten (som redogörs för tidigare i kapitel två) att inskränkningarna får betraktas som godtagbara till följd av att den enbart kommer att påverka vissa individer. Det anges i författningskommentaren vilka beteenden som kan föranleda ett tillträdesförbud, vilket ger den enskilde individen förutsättning att undvika brottsliga handlingar som kan förorsaka ett tillträdesförbud till en viss butik.

Slutligen regleras proportionalitetsbedömningen i 2 § 2 st. tillträdesförbudslagen som föreskriver att tillträdesförbud inte får meddelas om det finns en mindre ingripande åtgärd att tillgå. Bestämmelsen är ett uttryck för såväl förverkligandeprincipen som skyddsprincipen och samhällets intresse att beivra brott på ett så effektivt men rättssäkert sätt som möjligt. Till följd av ovan resonemang kan slutsatsen dras att tillträdesförbudslagen uppfyller proportionalitetskravet avseende inskränkning av rätten att röra sig fritt.

3 Allmänt om kriminalisering

3.1 Inledning

Tidigare i uppsatsen har redogjorts för tillträdesförbudslagen och dess bakgrund. Förevarande kapitel redogör för vilka kriterier och principer som i tillämpas vid nykriminalisering. Detta görs för att kunna analysera hur dessa kriterier förhåller sig till tillträdesförbudslagen i syfte att besvara uppsatsens andra frågeställning. Vad som inledningsvis bör nämnas är att kriterier för nykriminalisering är ett område där flertalet röster i doktrin och lagstiftningsärenden gör sig hörda. En redogörelse om kriminalisering kan följaktligen läggas upp på olika sätt och efter en snabb överblick av lagstiftningsärenden och doktrin är det svårt att missa att så också görs. Följande framställning ämnar klarlägga vilka principer och kriterier som i offentligt tryck och doktrin betraktas som centrala för godtagbar kriminalisering.

3.2 Kriminalisering – varför?

3.2.1 Om ultima ratio, legalitet och legitimitet

Straffsanktionering som metod används i huvudsak av statsmakten för att markera ett beteendes sociala förkastlighet och moraliska oönskvärdhet.¹⁰⁴ Kriminalisering betraktas som ett tillfogande av lidande för samhällsmedborgarna i syfte att hämma skadliga beteenden. Kriminalisering avvaras följaktligen de mest förkastliga gärningarna i samhället och används som den sista utvägen (ultima ratio).¹⁰⁵ Jareborg anför att det inte starkt nog kan betonas att det vid kriminalisering ska finnas en presumtion *mot* kriminalisering.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Asp & Ulväng (2013), s. 30, 41.

¹⁰⁵ Ibid. s. 53; SOU 1992:61, s. 104; Jareborg (2001), s. 63.

¹⁰⁶ Jareborg (2001), s. 53; Strahl (1976), s. 11.

Vid nykriminalisering måste det således göras en noggrann avvägning i varje enskilt fall huruvida en mindre ingripande sanktion är en mer lämplig metod. I vissa fall kan en administrativ eller ekonomisk sanktion ha effektivare verkan än kriminalisering. Bristfälliga överväganden vid nykriminalisering riskerar att få kriminaliseringen att framstå som orättvis och godtycklig varpå dess legitimitet undermineras. Till följd av slentrianmässig kriminalisering riskerar en straffrättslig inflation att följa, som urholkar straffrättens effektivitet.¹⁰⁷

Frände poängterar att straffrättens karaktär utmärker sig från andra rättsområden eftersom dess normer oupphörligen måste rättfärdigas för medborgarna i ett samhälle för att framstå som legitima.¹⁰⁸ Vidare betonar Frände att kriminalisering är nödvändigt för att uppnå ordning i samhället när andra icke straffrättsliga åtgärder är ineffektiva. Att kriminalisering i vissa situationer är det mest effektiva medlet för ändamålet medför således att dess användning kan betraktas som legitim och rättfärdigad.¹⁰⁹

Icke desto mindre framför Frände att det bör ske en separation av hur kriminalisering generellt betraktas i relation till hur kriminalisering av ett specifikt beteende ses. Förekomsten av kriminalisering i generell bemärkelse kan anses som legitim till följd av sin funktion som samhällsstyrande medel. Kriminaliseringen av ett specifikt beteende kan däremot inte betraktas på samma vis. För att kriminalisering av ett visst beteende ska tillåtas bör det ofrånkomligen föreligga grunder som legitimerar och rättfärdigar att just det beteendet kriminaliseras.¹¹⁰

¹⁰⁷ SOU 1992:61, s. 105–106; SOU 2013:38, s. 475–477.

¹⁰⁸ Frände (2012), s. 17.

¹⁰⁹ Ibid. s. 18–19; Asp & Ulväng (2013), s. 31.

¹¹⁰ Frände (2012), s. 19.

Jareborg anför att legalitetsprincipen sätts som yttersta ram vid ny-kriminalisering. Genom att tillförsäkra att kriminalisering sker i linje med legalitetsprincipen tillförsäkras samhällsmedborgare ett rättssäkert förfarande.¹¹¹ Tillämpning av legalitetsprincipen vid kriminalisering ställer krav på att vad som utgör själva brottet måste vara definierat i lag, att definitionen är begriplig och bestämd samt att kriminalisering inte får ske retroaktivt på ett sätt som är till den tilltalades nackdel. Den enskilde individen måste ha möjlighet att utröna vad som är straffbart för att på så sätt kunna undvika att straffas. En gärning kan endast betraktas som brottslig och beivras om brottet finns föreskrivet i lag.¹¹²

Legalitetsprincipen upprätthåller vidare ett krav på proportionalitet. Straffskalan ska vara proportionerlig på det sätt att den avspeglar förkastligheten hos den kriminaliserade gärningen. Att straffskalan ska vara proportionerlig kräver även att repressionsnivån inte får vara strängare än vad som behövs för att hålla brottsligheten nere i samhället. Proportionalitetskravet är kopplat till att en straffsanktion ska påverka efterlevnaden av lagen i en positiv riktning.¹¹³ Tillämpningen av legalitetsprincipen är ett uttryck för skyddsprincipen som syftar till att respektera den enskilde individens grundläggande rättigheter i förhållande till straffprocessen.¹¹⁴

Till kravet på straffrättens legitimitet kan även kriminaliseringens natur kopplas. Kriminaliseringens måltavla utgörs av generella, oönskade beteenden i form av brottstyper, inte den enskilde individen. Det bör således poängteras att beivrandet av brott i huvudsak riktar sig mot den förkastliga gärningen och inte den enskilde gärningsmannen.¹¹⁵

¹¹¹ SOU 2013:38, s. 429.

¹¹² Asp & Ulväng (2013), s. 46, 53.

¹¹³ Ibid. s. 51, 53.

¹¹⁴ Frände (1999), s. 9.

¹¹⁵ Asp & Ulväng (2013), s. 53.

3.2.2 Syftet med kriminalisering

3.2.2.1 Kort om vedergällning och prevention

Som ovan framkommit måste kriminalisering hela tiden kunna rättfärdigas för att framstå som legitim. Efter att ha konstaterat att kriminalisering fyller en funktion som styrsätt av samhällsmedborgare förefaller det naturligt att ställa frågan på vilket sätt kriminalisering har en sådan styrande funktion.

Frände anför att de två grundläggande teorierna om vedergällning och prevention inte sällan ställs mot varandra i diskussionen om kriminalisering. Med vedergällning och prevention avses olika sätt att betrakta straffets syfte. Betydelsen av vedergällning åsyftar att straffets ändamål är att sona för det onda som brottet har orsakat. Principen om prevention hänför sig snarare till straffets brottsavhållande verkan.¹¹⁶ Emellertid erhåller syftet med kriminalisering ett inte så entydigt svar som vid en diskussion kring vedergällning kontra prevention. Istället bör det klargöras att frågan i ett tidigt skede kan separeras i tre nivåer:

- (1) kriminalisering,
- (2) utdömandet av straff i enskilda fall, samt
- (3) verkställandet av straff i enskilda fall.¹¹⁷

Det övergripande systemet med kriminalisering (1) kan hänföras till ett allmänpreventivt syfte att avstyra från vissa beteenden. Utdömandet av straff (2) ansluter sig främst till teorin om vedergällning och att den enskilde individen ska sona för sitt brott. Verkställandet av straff (3) återvänder till teorin om prevention, mer specifikt individualprevention, för att visa att samhället tar brottet på allvar och avstyra från sådant beteende i framtiden.¹¹⁸

¹¹⁶ Frände (2012), s. 17–18.

¹¹⁷ Ibid. s. 18; Asp & Ulväng (2013), s. 30.

¹¹⁸ Asp & Ulväng (2013), s. 31.

Vad avser utdömandet och verkställandet av straff föranleder detta en diskussion som är ett sidospår i förhållande till uppsatsens syfte och kommer således inte behandlas vidare. I avsnittet nedan följer en mer ingående redogörelse kring kriminaliseringens funktion som allmänpreventiv. Redogörelsen om allmänprevention åsyftar att visa läsaren vilka styrfunktioner generell kriminalisering har för att därefter kunna göra en jämförelse med tillträdesförbudslagens funktion i analysen.

3.2.2.2 Om allmänprevention

Som nämnt i ovan avsnitt är det huvudsakliga syftet med kriminalisering allmänpreventivt. Utan straffrättens allmänpreventiva verkan på kriminaliseringsnivå skulle systemet framstå som brutalt och därav underminera systemets legitimitet.¹¹⁹ Den allmänpreventiva funktionen realiseras i sin tur genom *avskräckning, moral- och vanebildning* samt genom *expressiv* eller *symbolbildande* funktion.¹²⁰

Den avskräckande funktionen med kriminalisering avser straffets repressiva verkan samt att risken att utsättas för straff avstyr en potentiell gärningsman från att begå en straffbelagd handling.¹²¹ Kriminaliseringens avskräckande funktion kan benämnas som en form av *formell social kontroll*, vilket tar sikte på att locka samhällsmedborgarna i en viss riktning och på så sätt styra dem. Förutom genom straffhot kan den formella sociala kontrollen verkställas genom löfte om till exempel förmåner och utbildning, eller genom hot om ekonomiska eller administrativa sanktioner.¹²² Frände lyfter specifikt begreppet positiv generalprevention¹²³. Detta innebär att statsmakten pekar ut vilka gärningar som är otillåtna och när en gärningsman sedan begår en otillåten gärning upprätthåller rättsväsendet allmänhetens förtroende genom att straffa gärningsmannen.¹²⁴

¹¹⁹ Frände (2012), s. 23; Asp & Ulväng (2013), s. 31.

¹²⁰ Asp & Ulväng (2013), s. 34–35.

¹²¹ Jareborg (2001), s. 47.

¹²² Ibid. s. 46–47.

¹²³ Frände använder benämningen generalprevention istället för allmänprevention.

¹²⁴ Frände (2012), s. 24.

Vidare realiseras kriminaliseringens allmänpreventiva syfte genom en moral- och vanebildande funktion. Förenklat innebär detta att samhällsmedborgarnas vetskap om att en viss handling är kriminaliserad får en avstyrande verkan från handlingen i fråga, även om denna inte är förenad med straffhot. Jareborg jämför normer som uppstår inom till exempel en familj eller på en arbetsplats som styr beteendet i en viss riktning. Samhällsmedborgare väger sällan alldagliga beslut i sin vardag gentemot varandra, varpå det är av betydelse om ett visst beteende avstyrs från med hjälp av normer om vad som är moraliskt korrekt.¹²⁵

Emellertid framhåller Jareborg att kriminaliseringens funktion som vanebildande inte ensam kan betraktas som ett bärande syfte för kriminalisering. Det råder förvisso inget tvivel att kriminaliseringen fyller en sådan funktion. Jämväl menar Jareborg att uppbyggnaden av en moraliskt korrekt vanebildning kan ske mer effektivt genom andra metoder än straffhot.¹²⁶ Frände för ett liknande resonemang kring den moral- och vanebildande funktionen. Frände anför att det kan hävdas att kriminalisering har en utpekande funktion om vad som är moraliskt förkastligt. Emellertid har Frände uttalat sig som skeptisk till att straffrätten genom kriminalisering har en moralbildande verkan och att kriminalisering troligtvis har mer av en avskräckande verkan.¹²⁷

Slutligen har kriminaliseringen en expressiv funktion¹²⁸. Straff är i grunden repressivt vilket innebär att det inte har en konfliktlösande funktion utan enbart tillfogar lidande för den som döms. Genom att kriminalisera en viss gärning demonstrerar statsmakten vilka beteenden som är socialt förkastliga till den grad att det är befogat att tillfoga en annan individ lidande. Jareborg anför att det inte finns ett tydligare sätt för statsmakten att markera en gärning som icke önskvärd.¹²⁹

¹²⁵ Jareborg (2001), s. 47.

¹²⁶ Ibid. s. 47–48.

¹²⁷ Frände (2012), s. 24.

¹²⁸ Den expressiva funktionen kallas även för symbolfunktion.

¹²⁹ Jareborg (2001), s. 48.

Straffhotets expressiva verkan indikerar även hur mycket lidande en person ”förtjänar” att tillfogas för ett visst beteende. Till exempel att straffet för mord tillfogar väsentligt mer lidande för gärningsmannen än vad ringa misshandel gör.¹³⁰ Jareborg framhåller tillika att kriminaliseringens expressiva verkan inte heller på egen hand kan motivera användningen av kriminalisering som formell social kontroll.¹³¹

3.3 Kriminalisering – hur och när?

3.3.1 Inledning

Avsnitt 3.3.2–3.3.5 går, som titeln ovan indikerar, närmare in på *hur* och *när* kriminalisering får användas för att betraktas som godtagbar. Med godtagbar kriminalisering avses rättssäker kriminalisering. I uppsatsens teoriavsnitt uppmärksammas läsaren på att uppsatsen utgår från ett teoretiskt antagande att rättssäker kriminalisering är kriminalisering som sker på etablerade grunder. Rättssäker kriminalisering är vidare ett uttryck för skyddsprincipen¹³² och att respektera den enskilda individens rättigheter genom att inte utsätta denna för godtycklig kriminalisering.

Det är till följd av uppsatsens teoretiska utgångspunkt som nedanstående avsnitt inkluderas i uppsatsen. För att uppnå uppsatsens syfte och besvara den andra frågeställningen måste de kriterier som bör föreligga för att kriminalisering ska betraktas som godtagbar presenteras för läsaren.

¹³⁰ Lernestedt (2003), s. 120.

¹³¹ Jareborg (2001), s. 48.

¹³² Skyddsprincipen redogörs för i uppsatsens teoriavsnitt.

3.3.2 Grundläggande om godtagbara skyddsintressen

I doktrinen låter sig flertalet röster höras om vilka kriterier som kan göras gällande vid nykriminalisering. Den mest välförankrade principen torde vara den att kriminalisering föregås av ett godtagbart skyddsintresse.¹³³ Det är troligtvis svårt för lagstiftaren att annars rättfärdiga att en gärning kriminaliseras om det inte finns ett bakomliggande intresse som skyddas. Vid kriminalisering utpekas en viss gärning som moraliskt förkastlig, eller åtminstone icke önskvärd. Till följd av detta undviker samhällsmedborgare att utföra sagda gärning, vilket bidrar till att något värdefullt uppnås. Det värdefulla i sammanhanget benämns som skyddsintresse och betraktas som en legitimerande faktor för kriminalisering i det moderna samhället.¹³⁴

Det bör inledningsvis uppmärksammas att det inte finns ett enhetligt svar på frågan om vad som betraktas vara ett godtagbart skyddsintresse. Jareborg anför att det finns vissa uppenbara värden som kan skyddas med hjälp av straffrätten. Som exempel framförs 2 kap. RF vilket Jareborg menar kan uppfattas som en katalog över centrala legitima värden.¹³⁵ Frände beskriver det skyddsvärda som en egenskap buren av ett abstrakt eller konkret objekt, en ”värdebärande egenskap”. För att ett objekt ska bedömas besitta den värdebärande egenskapen och därmed betraktas som skyddsvärt måste ett regelverk av värderingskriterier tillämpas. Frände menar att värderingskriterierna, vad avser straffrätten, hämtas i huvudsak från grundläggande rättsprinciper.¹³⁶

Det kan följaktligen konstateras att ett skyddsintresse är hänförbart till ett samhälleligt värde snarare än konkreta personer eller saker. Jareborg belyser att det är centralt för definitionen av ett godtagbart skyddsintresse att det kan konkretiseras. Ett skyddsintresse betraktas som konkret när det kan härledas

¹³³ Jämför Asp & Ulväng (2013), 53; Lernestedt (2003); Frände (2012), s. 19.

¹³⁴ Frände (2012), s. 19; Jareborg (1994), s. 328.

¹³⁵ Jareborg (2001), s. 51.

¹³⁶ Frände (2012), s. 19.

till samhällsmedborgares intressen eller värderingar. Notera emellertid att kravet som ställs på att skyddsintresset ska kunna konkretiseras inte medför att kriminalisering av en viss gärning får avse enskilda personer eller föremål.¹³⁷

Det bör för förståelse lyftas att det inte heller finns en uttömmande lista som definierar godtagbara skyddsintressen. Detta beror troligtvis på att definitionen av begreppet skyddsvärt är normativt och inte kan tillskrivas ett enhetligt eller bestående svar. Icke desto mindre existerar det vissa grundläggande intressen som alltid torde kunna fastställas som skyddsvärda, till exempel liv, frihet, hälsa och egendom.¹³⁸ Ågren, Leijonhufvud och Wennberg framför att ett skyddsintresse betraktas som godtagbart till följd av att det konkretiseras i lagstiftningens förarbeten. Lagförarbetena ska tydligt ange vilket värde eller objekt som skyddas med hjälp av kriminaliseringen.¹³⁹

Lernestedt poängterar att alla skyddsvärda intressen inte bör skyddas med hjälp av straffrätten. Enligt Lernestedts uppfattning kan kriminalisering som metod kritiseras för urvalet av skyddsvärda intressen.¹⁴⁰ Lernestedt menar att det inte är tillräckligt att konstatera att ett visst intresse ska skyddas från fara eller skada. Intresset måste definieras och konkretiseras men även bli föremål för avvägning om kriminalisering är den lämpligaste metoden.¹⁴¹ Lernestedt anför även att det finns en hierarki av skyddsintressen. Ju längre svaret är på frågan *varför* ett intresse bör erhålla straffrättsligt skydd, desto lägre ner i hierarkin befinner sig intresset. Lernestedt jämför rätten till liv som knappast fordrar en längre motivering.¹⁴²

¹³⁷ Asp & Ulväng (2013), s. 53.

¹³⁸ Frände (2012), s. 20; Jareborg (1994) s. 328; Jareborg (2001), s. 51.

¹³⁹ Ågren m.fl. (2018), s. 179.

¹⁴⁰ Lernestedt (2003), s. 127.

¹⁴¹ Se avsnitt 3.3.5 om straffbuds effektivitet och precision.

¹⁴² Lernestedt (2003), s. 168.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att vad som definieras som ett godtagbart skyddsintresse saknar en uttömmande lista. Emellertid finns det vissa intressen som torde anses ha en uppenbar plats. Det måste vidare poängteras att det finns intressen som förvisso betraktas som skyddsvärda men som ändå kan bli föremål för inskränkning.¹⁴³ Till exempel de grundläggande rättigheterna som räknas upp i 2 kap. RF som med stöd av 2 kap. 20 § RF får inskränkas på vissa grunder.

3.3.3 Risk för skada eller kränkning

Om det kan konstateras att ett godtagbart skyddsintresse föreligger är nästföljande steg att bedöma huruvida det beteende som kriminaliseras motverkar att skyddsintresset skadas eller kränks.¹⁴⁴ I sin avhandling poängterar Lernestedt att det finns flertalet sätt att betrakta skadebegreppet på. Som utgångspunkt testar Lernestedt att sortera vad som kan betraktas vara godtagbar kriminalisering genom att syna begreppet skada ur dels positiv, dels negativ bemärkelse.¹⁴⁵

Skada i positiv bemärkelse kan kortfattat beskrivas på följande sätt. Det ska finnas något önskvärt och gott (skyddsvärt intresse), ett visst beteende i samhället som påverkar det önskvärda och goda samt att påverkan är negativ.¹⁴⁶ I anslutning till skadebegreppets positiva användning anför Lernestedt att synsättet på skadebegreppet kan delas upp i *offerskada* och *gemensam skada*. Med offerskada avses den skada som åsamkas det enskilda brottsoffret: individ, allmänhet eller stat. Enligt synsättet om offerskada kan det utläsas att kriminalisering som metods uppgift är att skydda enbart brottsoffret i det enskilda fallet.¹⁴⁷

¹⁴³ Asp & Ulväng (2013), s. 40–41.

¹⁴⁴ Ibid. s. 41, 53.

¹⁴⁵ Lernestedt (2003), s. 182–183.

¹⁴⁶ Ibid. s. 189; SOU 2013:38, s. 434.

¹⁴⁷ Lernestedt (2003), s. 190.

Uppfattningen att gemensam skada är det centrala innebär däremot att skadan anses ske på bekostnad av det gemensamma. Antingen på det sätt att skadan drabbar en gemensam grupp som det enskilda brottsoffret tillhör, eller att skadan drabbar samhället som helhet.¹⁴⁸ Jareborg anför att kriminalisering ska användas för att förhindra skada avseende både offerskada och gemensam skada.¹⁴⁹

Lernestedt beskriver skada ur negativ bemärkelse genom att kontrastera skadebegreppet mot ett antal begrepp. Genom sitt resonemang om skadebegreppet försöker Lernestedt skapa ett sållningsverktyg för olika former av skada och på detta sätt identifiera godtagbar och icke godtagbar kriminalisering. Lernestedt låter sitt resonemang kretsa kring anglosaxisk doktrin som diskuterar de fyra begreppen *harm to others*, *offense*, *paternalism* och *moralism*.¹⁵⁰ I det följande beskrivs de fyra begreppen kortfattat.

Harm to others kretsar kring grundtanken att det är moraliskt rätt att avstå från att skada andra.¹⁵¹ Begreppet *offense* innebär att tillfogat obehag tillåts, men inte till den grad att det utgör en kränkning av ett godtagbart skyddsintresse. Det är av vikt att nämna att *offense* saknar motsvarighet som självständig skadekategori i svensk rätt.¹⁵² Jareborg betonar att kriminalisering inte får användas för att förhindra obehag hänförligt till ett skyddsvärt intresse om inte kan betraktas som skadligt. Emellertid är det troligtvis inte möjligt att undantagslöst vidhålla en sådan skadepincip.¹⁵³

Paternalism i relation till kriminalisering innebär skydd mot en skada som en person samtyckt till att orsakas.¹⁵⁴ Jareborg anför att kriminalisering inte får användas för att motverka vare sig *paternalism* eller *extrem paternalism*. Medan *paternalism* beskrivs som skada en samtycker till att tillfogas, innebär

¹⁴⁸ Lernestedt (2003), s. 191.

¹⁴⁹ Jareborg (2001), s. 53.

¹⁵⁰ Se Lernestedt (2003), s. 201–244 för en mer ingående beskrivning av området.

¹⁵¹ *Ibid.* s. 203.

¹⁵² *Ibid.* s. 208.

¹⁵³ Jareborg (2001), s. 53–54.

¹⁵⁴ Lernestedt (2003), s. 213.

extrem paternalism en förbättring som framtvingas hos en själv. I situationer då paternalistisk kriminalisering tillåts att användas ska det i varje fall ske under restriktiva former.¹⁵⁵ Slutligen avser moralism att kriminalisering inte ska anses godtagbar enbart på grunden att det betraktas som moraliskt korrekt att skydda ett visst intresse.¹⁵⁶

Lernestedts resonemang kring de fyra nämnda begreppen landar emellertid i en diskussion om hur skadebegreppet kan betraktas snarare än ett användbart sållningsverktyg för godtagbar kriminalisering.¹⁵⁷ Vad som sammanfattningsvis kan konstateras är att kriminalisering bör användas i syfte att förhindra beteenden som skadar. Det förekommer tillika vissa former av skadligt beteende som inte är lämpligt att motverka med hjälp av kriminalisering.¹⁵⁸

3.3.4 Kort om förstadier

Eftersom uppsatsen i huvudsak ämnar utreda hur tillträdesförbudslagen förhåller sig till generell kriminalisering är det av intresse att i en kortare redogörelse uppmärksamma vad Lernestedt anför om begreppet *förstadier*. Det som avses är frågan i vilket stadie det är berättigat att kriminalisera ett oönskat beteende. Lernestedt beskriver att varje skyddsvärt intresse omges av en yttre cirkel som fungerar som en straffrättslig buffert. Ju mer skyddsvärt ett intresse betraktas vara, desto större är den straffrättsliga cirkel som tillåter kriminalisering på ett tidigare stadie. Förstadier är förbundet med den teoretiska utgångspunkten att straffrättsliga bestämmelser ska riktas mot beteenden som utgör faktiskt skadliga beteenden.¹⁵⁹

För att mäta det avstånd som tillåts mellan en viss gärning och ett skyddsintresse anför Lernestedt det måste finnas en definierbar start- och slutpunkt. Mätningen mellan start- och slutpunkt kan i sin tur göras på två

¹⁵⁵ Jareborg (2001), s. 53.

¹⁵⁶ Lernestedt (2003), s. 224.

¹⁵⁷ Ibid. s. 33.

¹⁵⁸ Jareborg (2001), s. 53–54.

¹⁵⁹ Lernestedt (2003), s. 272.

sätt, genom vad Lernestedt kallar en teknisk eller materiell handlingsprogress.¹⁶⁰ Precis som det låter utgörs den tekniska handlingsprogressen av tekniska brottsformer som måttstock. Antingen som stämpling, förberedelse, försök och fullbordat brott, med stämpling som startpunkt och fullbordat brott som slutpunkt. Eller som handlingsbrott, abstrakt farebrott, konkret farebrott och skadebrott, med handlingsbrott som startpunkt och skadebrott som slutpunkt.¹⁶¹

Lernestedt framför vidare att den materiella handlingsprogressen, i kontrast till den tekniska, bedöms fristående från tekniska brottsformer. Materiell handlingsprogress tar snarare sikte på var i en händelsekedja, med fullbordat brott som slutpunkt, straffsanktioner ska börja tillämpas. Lernestedt anför även att den materiella handlingsprogressen är den mest centrala för avståndsmätningen.¹⁶²

3.3.5 Om straffbuds effektivitet och precision

Ett straffbuds förväntade effektivitet att stävja ett önskat beteende är ett kriterium för kriminalisering som vinner stöd i både doktrin och lagstiftningsärenden.¹⁶³ Åklagarutredningen betonade att det vid tiden för utredningen fanns en ökande trend att kriminalisera, vilket skapade ökad belastning på rättsväsendet i både ekonomiskt och praktiskt hänseende. Utredningen markerade att det är av vikt att kriminalisering har precision och träffar ett för samhället straffvärt beteende. Inte minst för att undvika den tidigare nämnda problematiken med straffrättslig inflation. Till följd av detta sökte utredningen att kartlägga hur avkriminalisering och nykriminalisering ska ske.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Lernestedt (2003), s. 272.

¹⁶¹ Ibid. s. 273.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Jämför Lernestedt (2003) och Åklagarutredningen.

¹⁶⁴ SOU 1992:61, s. 101–103; Läs mer om Åklagarutredningen i avsnitt 3.4.

Lernestedt anför att det vid diskussionen om effektivitet uppkommer två frågor. För det första vad innebörden av ett straffbuds effektivitet ska förstås som, för det andra varför effektivitet är ett viktigt kriterium i diskussionen om kriminalisering.¹⁶⁵ Den första frågan avseende hur begreppet effektivitet ska förstås kan skalas ner till följande. Dels hur troligt det är att den straffbelagda gärningen kan upptäckas och beivras, dels om straffbudet kan förväntas påverka frekvensen av den straffbelagda gärningen i samhället. Principen om straffbuds effektivitet är förvisso godtagbar, men det är emellertid problematiskt att effektiviteten i de flesta fall endast kan redogöras för med facit i hand.¹⁶⁶

Den andra frågan berör varför effektivitet är ett essentiellt filter i diskussionen om godtagbar kriminalisering. Lernestedt anför två huvudsakliga aspekter som lyder enligt följande. För det första kommer ett ineffektivt straffbud sannolikt att försvaga den avskräckande verkan ett straffbud förväntas ha. För det andra riskerar systemet att förefalla godtyckligt och orättvist om de straffbud som införs visar sig vara ineffektiva.¹⁶⁷

Lernestedt lyfter även att effektiviteten av ett straffbud kan fylla en moralisk funktion eftersom effektiva straffbud kan antas betraktas som en form av ställningstagande från statsmaktens sida. Ett straffbud ger uttryck för statsmaktens vilja och ses på den grunden som effektivt. Det bör emellertid uppmärksammas att en sådan tolkning av effektivitet möjliggör en argumentation för att alla straffbud är effektiva.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Lernestedt (2003), s. 312.

¹⁶⁶ Ibid. s. 313.

¹⁶⁷ Ibid. s. 314.

¹⁶⁸ Ibid. s. 316.

3.4 Om kriterier för kriminalisering i offentliga utredningar

Som framkommer i uppsatsens materialavsnitt har två SOU:er valts ut som på ett tydligt sätt illustrerar vilka kriterier som uppställts i offentliga utredningar för godtagbar kriminalisering. Dessa redogörs för i det följande. Kriterier för svensk straffanvändning har även kommenterats av Mari Heidenborg¹⁶⁹ på ett tydligt sätt som är av intresse för uppsatsens andra frågeställning varpå hennes resonemang inkluderats i förevarande avsnitt. Vid bedömningen för hur godtagbar kriminalisering ska uppnås föreslogs av Åklagarutredningen en flerstegsbedömning. I första hand skulle det göras en prövning av huruvida det var nödvändigt att med hjälp av en sanktion hämma ett visst beteende. Om den frågan kunde besvaras jakande skulle det i andra hand undersökas vilken form av sanktion som var bäst lämpad att förebygga beteendet.¹⁷⁰

För detta syfte ställde Åklagarutredningen upp fem kriterier för när nykriminalisering får ske. För det första skulle kriminalisering endast användas för beteenden som kan föranleda påtaglig skada eller fara. Om ett sådant beteende kunde identifieras skulle det därefter fastställas att alternativa sanktioner varken ekonomiskt eller praktiskt var ett effektivare medel. Det tredje kriteriet fastslog att en föreskrift förenad med straffansvar måste vara nödvändig med hänsyn till det skadliga beteendets allvar, vilket innebar att den föreslagna straffsanktionen skulle ha förmåga att motverka det icke önskvärda beteendet. Det femte kriteriet som anfördes var att rättsväsendet skulle ha resurser för att klara av den belastning kriminaliseringen utgör.¹⁷¹

¹⁶⁹ Mari Heidenborg är nuvarande justitiekansler. Hon har även varit chefsrådmann samt hovrättslagman vid Svea hovrätt och lagman vid Solna tingsrätt.

¹⁷⁰ SOU 1992:61, s. 106.

¹⁷¹ Ibid. s. 111.

Heidenborg anför att frågan om när och hur kriminalisering får ske är av betydelse för både straffsystemets effektivitet och trovärdighet. Avseende trovärdighet menar Heidenborg att staten och dess samhällsmedborgare måste ha samma uppfattning om vilka beteenden som är straffbelagda. Med hänsyn till effektivitet poängterar Heidenborg att staten ska ingripa mot beteenden på ett sätt som är resurssparande och stävjar oönskade beteenden på ett genomslagsrikt sätt.¹⁷² Heidenborg kommenterar att de kriterier som hittills framställts för nykriminalisering kan kritiseras för att vara alltför vagt formulerade. Emellertid understryker Heidenborg att kriterier som på ett absolut sätt slår fast när kriminalisering får ske inte kan fastställas. Heidenborg betonar istället att regler för nykriminalisering bör ske i form av principer som fyller funktionen av en skyddande ram.¹⁷³

Straffanvändningsutredningen innefattade ett fortsatt utredningsarbete av vad Åklagarutredningen kommit fram till. Inledningsvis poängterade Straffanvändningsutredningen, i linje med Heidenborgs resonemang, att det aldrig kan fastslås några absoluta regler för när kriminalisering får ske. Straffanvändningsutredningens arbete handlade snarare om att ta fram principer (kriterier) som skulle skapa en ram för inom vilken kriminalisering får ske.¹⁷⁴

De kriterier som tidigare tagits fram utvärderades och viss kritik framfördes. Det anfördes att kriterierna förvisso föreföll lämpliga och godtagbara för gemene man. Kriteriernas ordalydelse var emellertid vagt formulerad och kriterierna kunde till följd av detta tolkas på ett mångtydigt sätt.¹⁷⁵ Ett kriterium som åberopats för kriminalisering i ett ärende kunde åberopas som argument mot kriminalisering i ett annat ärende.¹⁷⁶

¹⁷² Heidenborg, s. 301.

¹⁷³ Ibid. s. 303.

¹⁷⁴ SOU 2013:38, del 2, s. 480.

¹⁷⁵ Ibid. s. 477.

¹⁷⁶ Se jämförelsen som görs i SOU 2013:38 del 2 mellan införandet av *Ny djurskyddslag* (SOU 2011:75) och *En bättre arbetsmiljö genom effektivare sanktioner* (SOU 2011:57), s. 477–478.

Utöver detta anmärkte Straffanvändningsutredningen att det inte gick att utläsa huruvida kriterierna för nykriminalisering som fastställts av Åklagarutredningen kommit till användning i lagstiftningsärenden om nykriminalisering.¹⁷⁷ Straffanvändningsutredningen poängterade även vikten av att kriminalisering dels måste ske med försiktighet för att inte underminera dess effektivitet, dels ska göras med försiktighet med hänsyn till dess inskränkande verkan på samhällsmedborgares livsföring.¹⁷⁸

Straffanvändningsutredningen sammanfattade fem kriterier för godtagbar kriminalisering. Det poängterades att de kriterier som tagits fram skulle betraktas som principer snarare än absoluta regler.¹⁷⁹ Straffanvändningsutredningen anförde att kriminalisering måste skydda ett godtagbart skyddsintresse samt att beteendet som kriminaliseras måste riskera att skada det godtagbara skyddsintresset. Vidare framfördes att kriminalisering inte får äventyra tillämpningen av skuldprincipen. Endast den som betraktas som klandervärd ska kunna åläggas straffansvar.¹⁸⁰

Det fjärde kriteriet innebar att det inte får finnas ett tillräckligt värdefullt motstående intresse i förhållande till det som skyddas av kriminaliseringen. Det femte och sista kriteriet redogjorde för effektivitet. Det får inte finnas en annan metod än kriminalisering som är mer effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet. Till följd av det sista kriteriet skulle tre överväganden göras. För det *första* en kontroll av om det redan finns en tillräckligt effektiv regel. För det *andra*, om en regel eller sanktion måste införas, en kontroll av om det är tillräckligt med en icke repressiv regel som exempelvis en administrativ sanktion. För det *tredje*, om en repressiv regel måste införas ska i första hand vite, sanktionsavgift eller återkallelse av tillstånd övervägas.¹⁸¹

¹⁷⁷ SOU 2013:38 del 2, s. 477.

¹⁷⁸ Ibid. s. 475.

¹⁷⁹ Ibid. s. 499.

¹⁸⁰ Ibid. s. 498.

¹⁸¹ Ibid.

4 Om straffsanktionerade individuella förbud

4.1 Inledning

Det har hittills redogjorts för tillträdesförbudslagen och dess bakgrund samt allmänna principer och kriterier för kriminalisering. I detta kapitel redogörs närmare för innebörden av ett straffsanktionerat individuellt förbud i allmänhet. Redogörelsen görs i syfte att besvara frågan hur tillträdesförbudslagen, som utgör ett straffsanktionerat individuellt förbud, förhåller sig till generell kriminalisering.

”Med en sådan lagteknisk konstruktion utsträcks det kriminaliserade området, men endast för den som har meddelats ett förbud och överträder det. Kriminaliseringen träffar alltså endast en viss person.”¹⁸²

Ovan citat sammanfattar kort vad som anfördes om straffsanktionerade individuella förbud i Egendomsskyddsutredningen. Straffsanktionerade individuella förbud får meddelas under vissa förutsättningar, varpå det är av intresse att granska likartade förbud i syfte att utröna vilka gemensamma nämnare som finns. Redogörelsen görs med avsikt att berika läsarens förståelse för hur straffsanktionerade individuella förbud är uppbyggda och förhåller sig till generell kriminalisering.

Detta avsnitt använder som nämnt kontaktförbudslagen och tillträdesförbudslagen vid idrottsarrangemang för att exemplifiera hur straffsanktionerade individuella förbud utformas. Nämnade två lagstiftningar används som exempel eftersom de inte bedöms som främmande för uppsatsens målgrupp samt att en bredare redogörelse skulle vara mer omfattande än vad uppsatsens omfång tillåter.

¹⁸² SOU 2013:85, s. 355–356.

4.2 Huvudsakliga förutsättningar och närliggande lagstiftning

”Straffsanktionerade individuella förbud är en förhållandevis ovanlig kriminaliseringsteknik i Sverige. Det finns endast ett fåtal regleringar som ger möjlighet att vid straffansvar förbjuda någon att tillträda och vistas på en viss plats.”¹⁸³

Ur Egendomsskyddsutredningen kan det utläsas att straffsanktionerade individuella förbud är ovanliga och på ett teoretiskt plan inte utgör ett alternativ till kriminalisering. Syftet med ett straffsanktionerat individuellt förbud är inte att reagera på ett brott, utan snarare på ett tidigt förstadium av brottet innan det har begåtts. Straffsanktionerade individuella förbud medför följaktligen att området för vad som normalt kriminaliseras utvidgas.¹⁸⁴

En grundläggande förutsättning för att meddela straffsanktionerade individuella förbud är att det ska finnas ett skyddsintresse som kan anses särskilt skyddsvärt som generell kriminalisering inte får genomslagskraft på. Till följd av förbudens inskränkande karaktär kan det konstateras att införandet av sådant förbud sker restriktivt från lagstiftarens sida. Att förbudens användning sker med återhållsamhet i svensk rätt föranses inte minst av att det ofta finns ett inte obetydligt avstånd mellan det skyddsvärda intresset och vad som kriminaliseras i förbudet.¹⁸⁵

Skyddsintresset måste vidare kunna konkretiseras och sedermera anges i lagen för att undvika kriminalisering sker i garderande syfte. Särskilt med hänsyn till att det beteende som kriminaliseras i ett straffsanktionerat individuellt förbud inte sällan återfinns i andra straffbud på straffrättens område.¹⁸⁶

¹⁸³ Ds 2019:1, s. 151.

¹⁸⁴ SOU 2013:85, s. 355; SOU 2013:38, s. 486.

¹⁸⁵ SOU 2013:38, s. 486-487.

¹⁸⁶ Ibid. s. 487.

Den lag som för läsaren är det troligtvis mest kända straffsanktionerade individuella förbudet är kontaktförbudslagen. En grundläggande förutsättning för att utfärda någon form av kontaktförbud är att det inte finns en mindre ingripande åtgärd att tillgå.¹⁸⁷ Det huvudsakliga syftet med lagen är att skydda personer från våldsbrott, övergrepp och allvarliga trakasserier. Området som kriminaliseras i kontaktförbudslagen är utvidgat till gärningar som i vissa situationer framstår vara triviala, men vars syfte är att förebygga situationer som riskerar att utvecklas i en farlig riktning.¹⁸⁸ Kontaktförbudslagen innebär följaktligen ett handlingsalternativ för rättsväsendet att arbeta förebyggande mot vissa våldsbrott.¹⁸⁹

Vad gäller lagen om tillträdesförbud vid idrottsarrangemang är det huvudsakliga syftet att förebygga brott och ordningsstörningar som sker vid idrottsarrangemang.¹⁹⁰ Med stöd av lagen kan personer som sedan tidigare är kända för att begå brott vid ett idrottsarrangemang åläggas ett förbud förenat med straffansvar mot att tillträda platsen. Att förbjudas tillträde till en plats som ett idrottsarrangemang kan konstateras, liksom kontaktförbudslagen, utgöra kriminalisering på ett tidigt förstadium.¹⁹¹ Dess inskränkande karaktär motiveras av den långtgående problematiken med brott mot person och allmänhet vid idrottsarrangemang.¹⁹² Likt kontaktförbudslagen är en förutsättning för meddelande av förbud att det inte finns en mindre ingripande åtgärd att tillgå.¹⁹³

Kriminaliseringen genom nämnda lagar skapar ett inte obetydligt avstånd mellan det skyddsvärda intresset och handlingen som kriminaliseras. Sådan inskränkning påkallar att det föreligger starka sakskaäl, men även att inskränkningen utgör en proportionerlig åtgärd.¹⁹⁴

¹⁸⁷ SOU 2013:85, s. 344.

¹⁸⁸ Prop. 1987/88:137, s. 15.

¹⁸⁹ Brå delrapport 2005, s. 5.

¹⁹⁰ Prop. 2004/05:77, s. 24.

¹⁹¹ SOU 2013:38, s. 486.

¹⁹² Prop. 2004/05:77, s. 24, 26–27.

¹⁹³ SOU 2013:85, s. 347.

¹⁹⁴ Ibid. s. 358.

Det huvudsakliga skyddsintresset som kan konkretiseras avseende dessa två lagar torde vara att stärka skyddet för brott mot person och allmän ordning och säkerhet. Nedan följer en mer ingående redogörelse över gemensamma nämnare för straffsanktionerade individuella förbud.

4.3 Gemensamma nämnare för straffsanktionerade individuella förbud

Vad som inledningsvis kan konstateras är att straffsanktionerade individuella förbud avser att skydda rättsliga objekt som är särskilt utsatta för integritetskränkande eller allvarligt ordningsstörande brott.¹⁹⁵ Att individuella förbud införs restriktivt medför att det enbart finns ett fåtal lagar om straffsanktionerade individuella förbud. Exempel på sådan lagstiftning har redogjorts för ovan. Det finns vissa gemensamma drag för de straffsanktionerade individuella förbud som kan identifieras i svensk rätt.¹⁹⁶

Straffsanktionerade individuella förbud riktar sig, till skillnad från generella brottstyper, direkt till enskilda individer. Detta till följd av att syftet med ett sådant förbud är ägnat att få genomslag på den enskildes individens beteende och inte samhället i allmänhet. Vidare är skyddsintresset som kriminaliseringen är ägnat att skydda snävare än skyddsintresset för generell kriminalisering. Kriminaliseringen av straffsanktionerade individuella förbud är i regel till för att skydda en eller en liten grupp av personer eller en specifik fysisk plats.¹⁹⁷

Ytterligare en gemensam nämnare mellan straffsanktionerade individuella förbud är att de beteenden som motverkas med hjälp av denna typ av förbud i stor utsträckning utgörs av mindre allvarliga brott. Även beteenden som inte

¹⁹⁵ SOU 2013:85, s. 356.

¹⁹⁶ Ibid. s. 355.

¹⁹⁷ Ibid.

kriminaliseras i straffrätten kan i viss utsträckning tas hänsyn till vid åläggandet av ett sådant förbud. Slutligen är en gemensam nämnare för straffsanktionerade individuella förbud dess konsekvenser vid överträdelse av förbudet. En överträdelse av förbudet innebär att individen som omfattas av förbudet åläggs straffansvar för överträdelsen.¹⁹⁸

Individuella förbud som förenas med straffansvar föranleder indirekt att vissa beteenden som under normala förhållanden inte är kriminaliserade beläggs med straffansvar. För att exemplifiera kan kontaktförbudslagen återigen hänvisas till. En person som ålagts kontaktförbud överträder förbudet om hen till exempel väljer att skicka ett SMS till den person som individen inte får kontakta. Skickandet av SMS är normalt sett inte en kriminaliserad gärning men i detta fall innebär den kontakt dess skickande utgör en överträdelse som föranleder straffansvar.¹⁹⁹

4.4 Simester & von Hirsch om straffsanktionerade individuella förbud

I detta avsnitt görs en kort utblick över Simester och von Hirsch resonemang om straffsanktionerade individuella förbud. Som framgår i uppsatsens materialavsnitt används Simester och von Hirsch framställning i den straffrättslitterära boken *Incivilities* till följd av att framställningen uppmärksammas i Egendomsskyddsutredningen. Som tidigare nämnt ryms ett kortare komparativt moment innefattande material utanför den svenska rättsordningen inom rättsdogmatiken för att besvara frågor som inte annars kan besvaras. Till följd av detta har förevarande avsnitt om Simester och von Hirsch resonemang kring konsekvenserna av att införa ett straffsanktionerat individuellt förbud inkluderats i uppsatsen.

¹⁹⁸ SOU 2013:85, s. 355.

¹⁹⁹ Ibid.

Den forskning Egendomsskyddsutredningen hänvisar till har gjorts i England och Wales och handlar om så kallade Antisocial Behaviour Orders ("ASBO"). Simester och von Hirsch anför att det i vissa situationer är komplicerat att komma åt oönskade beteenden genom ett normalt kriminaliseringsförfarande. Till följd av detta har en ökad trend av utfärdandet av ASBO:s synliggjorts.²⁰⁰ För att beskriva ASBO:s och dess uppbyggnad anför Simester och von Hirsch att förfarandet sker via en slags tvåstegskriminalisering som även kallas Two-Step Prohibitions ("TSP:s"). TSP:s bygger på en tredelad tidslinje i enlighet med följande:

- (1) ett visst beteende uppstår,
- (2) det utfärdas ett förbud gentemot individen som står för beteendet i syfte att motverka detta, och
- (3) individen överträder det utfärdade förbudet och åläggs straffrättsligt ansvar för sitt beteende.²⁰¹

Förfarandet sker genom anmälan från de lokala myndigheterna eller polismyndigheten till en allmän domstol. Det utfärdade förbudet tar formen av ett straffsanktionerat individuellt förbud riktat mot en specifik individ. Utfärdandet av förbud sker i syfte att komma åt situationer som är svåråtkomliga genom att väcka åtal eller när beteendet, trots att det betraktas som icke önskvärt, inte är brottsligt. Det beteende som en ASBO generellt tar sikte på är trakasserier och annat hotfullt beteende.²⁰²

Förbuden har sin grund i två huvudsakliga problemområden som är komplicerade att komma åt med ett traditionellt brottmålsförfarande. Lagstiftaren vill för det första komma åt situationer som rör hot eller trakasserier där det råder bevisvårigheter. Genom att utfärda en ASBO lösgörs möjligheten att applicera civilrättsliga bevisregler, som är mindre stränga, i ett brottmålsförfarande.²⁰³ Till exempel kan bevisuppgifter baserade

²⁰⁰ SOU 2013:85, s. 356; Simester och von Hirsch (2006), s. 173–174.

²⁰¹ Simester och von Hirsch (2006), s. 175.

²⁰² Ibid. s. 174–175.

²⁰³ Ibid. s. 175.

på hörsägen framförs i det stadie som rör utfärdande av förbudet för att undvika att brottsoffret inte vågar framträda till följd av bevissvårigheter. Om personen som ålagts en ASBO sedan överträder förbudet appliceras reglerna i ett normalt brottmålsförfarande återigen.²⁰⁴

Det andra problemområdet motiveras av att lagstiftaren vill undvika att kriminalisera isolerade handlingar som inte är brottsliga. En isolerad handling som kontinuerligt upprepas kan ha stor inverkan på brottsoffret, till exempel trakasserier. Istället för att kriminalisera den isolerade handlingen väljer lagstiftaren att erbjuda en mer flexibel lösning genom utfärdandet av ASBO:s. Detta motiveras även i syfte att undvika överkriminalisering.²⁰⁵ Utfärdandet av ASBO:s betraktas således i grunden som en civilrättslig åtgärd. Detta gör att förfarandet inte bryter mot grundlagen eller straffrättsliga principer som till exempel straffrättsliga bevisregler. Simester och von Hirsch framför att det förvisso är korrekt att en ASBO till sin natur är civilrättslig i det skede den utfärdas. Emellertid poängterar Simester och von Hirsch hur förfarandet egentligen ska eller borde betraktas. En ASBO är vid tidpunkten då den utfärdas civilrättslig. Dess konsekvenser vid en överträdelse är däremot alltid av straffrättslig karaktär.²⁰⁶

Simester och von Hirsch anför i anslutning till detta att straffrätten till sin natur har en ingripande karaktär och bör tillämpas under vissa skyddsåtgärder. Exempelvis ska kriminalisering vara generell, proportionerlig och förutsägbar. Användningen av den tvåstegskriminalisering som ASBO:s utgör är problematisk eftersom dessa förbud inte sällan brister i både proportionalitet och förutsägbarhet.²⁰⁷

²⁰⁴ Simester och von Hirsch (2006), s. 175–176.

²⁰⁵ Ibid. s. 176–177.

²⁰⁶ Ibid. 177–178.

²⁰⁷ Ibid. s. 173–174.

ASBO:s träffar ett beteende, som förvisso är oönskat, men sällan olagligt och ofta inte särskilt allvarligt. Ett mindre allvarligt beteende förenat med fängelse i straffskalan skapar en allvarlig brist på proportionalitet mellan handling och påföljd. Simester och von Hirsch anför att det även är problematiskt att straffhotet koncentreras gentemot överträdelsen av en ASBO, snarare än det felaktiga beteendet.²⁰⁸

Simester och von Hirsch understryker även att den enskilde individen med enkelhet ska kunna undvika brottsliga beteenden. Simester och von Hirsch resonerar kring att det ska finnas en ”fair warning” för brottsliga beteenden. Definitionen av en ASBO är löst definierad i England.²⁰⁹ En ASBO kan föranledas av beteenden som är ”...caused or was likely to cause harassment, alarm or distress to one or more persons not of the same household.”²¹⁰ Simester och von Hirsch menar att definitionen förvisso fyller ett syfte i att göra rättstillämpningen flexibel. Emellertid är en lös definition problematisk till följd av att den blir oförutsägbar, varpå det är svårt för den enskilde individen att undvika beteenden som riskerar att föranleda en ASBO.²¹¹

²⁰⁸ Simester och von Hirsch, (2006), s. 182 f, 187–188; SOU 2013:85, s. 356.

²⁰⁹ Simester och von Hirsch (2006), s. 186.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

5 Analys

5.1 Kriminalisering i förhållande till straffsanktionerade individuella förbud

5.1.1 Inledning

I denna del av uppsatsen redogörs för de slutsatser som kan dras till följd av vad som lagts fram om kriminalisering, tillträdesförbudslagen och straffsanktionerade individuella förbud. Initialt behandlas kriterier för generell kriminalisering i förhållande till tillträdesförbudslagen (avsnitt 5.1.1–5.1.4). Denna del av analysen görs inte direkt efter uppsatsens tredje kapitel till följd av att läsaren bör ha med sig vad som förmedlas i kapitel fyra för förståelse. I avsnitt 5.2 och framåt resoneras mer ingående kring tillträdesförbudslagen och straffsanktionerade individuella förbud som en legal gråzon i förhållande till generell kriminalisering.

En fundamental utgångspunkt är att kriminalisering avvaras de mest förkastliga gärningarna i samhället (ultima ratio). Det huvudsakliga syftet är allmänpreventivt. Kriminalisering är ämnat att fungera som en sorts formell, social kontroll genom straffhot. Det är av vikt att slentrianmässig eller godtycklig kriminalisering undviks. Dels till följd av dess ingripande verkan för den enskilde individen, dels i syfte att undvika straffrättslig inflation som underminerar effektiviteten och den allmänpreventiva funktionen med kriminalisering.

Från de statliga utredningar som utarbetats om förfarandet om kriminalisering kan det utläsas ett återkommande tema om restriktivitet och skyddsvärda intressen. Som nämnt i 3.2.1 är den bakomliggande målsättningen att undvika överkriminalisering och lösningen på detta har från statens sida varit att ta

fram kriterier för hur kriminalisering ska ske. Emellertid uppmärksammar Straffanvändningsutredningen att de kriterier för kriminalisering som tagits fram är vaga till sin utformning. Mot bakgrund av det som anförts i doktrin och offentliga utredningar innebär en alltför omfattande kriminalisering även en risk att dess preventiva verkan undergrävs. Riskerna är överhängande att den praktiska och ekonomiska belastningen på rättsväsendet blir överväldigande och att brott inte kan beivras på ett effektivt sätt.

Jareborg framför att generella brottstyper och handlingar bör vara föremål för kriminalisering snarare än enskilda personer. Effekten av straffsanktionerade individuella förbud blir i praktiken att kriminalisering riktas direkt mot en enskild individ, förutsatt att denna överträder ett utfärdat förbud. Vad Jareborg anför om kriminalisering tillskrivs inte någon bindande verkan för lagstiftaren, emellertid tillerkänns doktrinen viss tyngd på området i egenskap av en allmänt accepterad rättskälla.

Uppsatsen utgår från ett teoretiskt antagande att rättssäker kriminalisering är kriminalisering som sker på etablerade grunder. I kapitel tre har en ansats gjorts att utröna de principer och kriterier som är mest framträdande vid rättssäker och godtagbar kriminalisering. Från den doktrin och offentliga utredningar som redogjorts för i uppsatsen kan det utläsas att de mest framstående principerna handlar om skyddsintresse, skada, förstadiet och effektivitet. Analysen för hur tillträdesförbudslagen förhåller sig till generell kriminalisering kommer således i det följande ske utifrån dessa principer.

5.1.2 Ett godtagbart skyddsintresse som riskerar skadas eller kränkas

Utan ett godtagbart skyddsintresse som riskerar att skadas eller kränkas skulle kriminalisering, till följd av straffrättens inskränkande karaktär, troligtvis inte betraktas som legitim. Förekomsten av ett godtagbart skyddsintresse är således ett grundläggande kriterium för rättssäker kriminalisering. Som nämnt är ett skyddsintresses värde normativt och kan fastställas på olika sätt.

Exempelvis anför Jareborg att de rättigheter som räknas upp i 2 kap. RF kan uppfattas som en katalog över legitima skyddsintressen medan Ågren m.fl. framför att ett skyddsintresse betraktas som godtagbart till följd av att det konkretiseras i lagstiftningens förarbeten. Det förekommer att vissa intressen befinner sig högt i hierarkin men ändå inte är lämpliga att skydda med hjälp av kriminalisering. Exempelvis till följd av att det istället kan införas en administrativ sanktion som skyddar intresset mer effektivt.

Det kan i varje fall konstateras att det inte finns en uttömmande lista av skyddsvärda intressen, samt att det finns vissa intressen som alltid betraktas vara skyddsvärda, exempelvis liv och frihet. Definitionen av vad som är skyddsvärt förändras i linje med den samtida, normativa diskussionen. Det huvudsakliga kriteriet som kan utläsas är att intresset ska kunna konkretiseras och återföras till individers eller samhällets intressen och värderingar. Det bör belysas att viss problematik kan uppstå avseende hur olika skyddsvärda intressen utformas och rättfärdigas. I Straffanvändningsutredningen riktades kritik mot de kriterier för kriminalisering som framtagits av Åklagarutredningen på grund av att kriterierna framstod som vaga och otydliga. Straffanvändningsutredningen framförde exempel på situationer då samma kriterier nyttjats i argumentationen *för* kriminalisering i ett ärende och *mot* kriminalisering i ett annat.

Tillträdesförbudslagen är i huvudsak ämnad att skydda en butik och dess butiksägare från brottslighet. Skyddsintresset är i förevarande fall hänförligt till ett konkret objekt (butiken) snarare än ett samhälleligt värde. Detta frångår den generella definitionen av ett godtagbart skyddsintresse. Till följd av uppsatsens fjärde kapitel kan det emellertid konstateras att ett snävare skyddsintresse godtas på grund av straffsanktionerade individuella förbuds karaktär. Tillträdesförbudslagen skyddar således ett godtagbart skyddsintresse, emellertid bör det understrykas att skyddsintresset frångår vad som framkommer om godtagbara skyddsintressen avseende generell kriminalisering.

Trots att tillträdesförbudslagen onekligen skyddar ett snävt skyddsintresse har lagens förarbeten och tidigare utredningar kretsat kring en avvägning mellan två skyddsintressen som båda kan hänföras till samhällliga värden: egendomsskyddet och rörelsefriheten. Dessa intressen ryms inom Jareborgs uppfattning om rättighetskatalogen i 2 kap. RF. I tidigare utredningar om en tillträdesförbudslag till butik har rätten att röra sig fritt betraktats som skyddsvärd på det sätt att lagstiftaren inte varit villig att inskränka denna till förmån för butiksägarnas egendomsskydd. Problematiken med butiksägare eller butikspersonal som utsätts för stölder eller trakasserier har emellertid betraktats som alltför omfattande för att inte åtgärdas.

I propositionen till tillträdesförbudslagen anfördes att tillgreppsbrott och ordningsstörningar som sker i butik är beteenden som redan är kriminaliserade. Dessa beteenden har av lagstiftaren ändå ansetts föranleda omfattande problem på det sätt att ytterligare kriminalisering genom ett tillträdesförbud är befogat. Till följd av detta uttrycks att problematiken med tillgreppsbrott i butik är av sådan karaktär att skyddet för person och egendom betraktas som ett godtagbart skyddsintresse. Egendomsskyddet torde således kunna tolkas som ett högre bakomliggande skyddsintresse till tillträdesförbudslagens primära, mer snäva skyddsintresse i form av butiker och butiksägare.

Avseende diskussionen om skyddsvärda intressen är det av intresse att lyfta huruvida den samtida, normativa diskussionen har förändrats. Vad gäller förslaget om att utvidga bestämmelsen i BrB om olaga intrång samt tidigare lagförslag om en tillträdesförbudslag till butik har den enskildes rätt att röra sig fritt värderats högt i den normativa diskussionen i lagförarbetena. Likväl har tillträdesförbudslagen trätt i kraft. Den slutsats som jag drar, av det material som framkommer i uppsatsen, är att det inte förefaller finnas en förändring i samhällets och rättsväsendets normativa värdering av grundläggande rättigheter som den om rätten att röra sig fritt. Enligt min uppfattning har troligtvis inte heller egendomsskyddet och äganderätten placerats högre i hierarkin.

Av vad som framkommer i offentliga utredningar om en tillträdesförbudslag står det klart att skyddet för egendom och person betraktas som ett godtagbart skyddsintresse på grund av den integritetskränkande problematiken för butiksägare att utsättas för tillgreppsbrott och trakasserier. Problematiken med en tillträdesförbudslag till butik återfinns snarare i att den tidigare utformningen av dessa lagförslag inte förefallit som rättssäker, exempelvis förslag om att butiksägare personligen ska kunna utfärda portförbud eller tillträdesförbud. Lagstiftaren anser att detta har öppnat upp för godtyckligt begränsande av rörelsefriheten och missbruk av lagen, varpå tidigare lagförslag inte godtagits.

5.1.3 Tillträdesförbudslagen i förhållande till Lernestedts resonemang om förstadier

I avsnitt 3.3.4 har det kort redogjorts för vad Lernestedt anför om begreppet förstadier. Som nämnt kan begreppet beskrivas som en straffrättslig cirkel runt det godtagbara skyddsintresset. Begreppet används som ett presumtivt filter för att sälla ut godtagbar kriminalisering. Beteenden som endast innebär en abstrakt risk för skada på skyddsintresset bör inte kriminaliseras, om det inte kan anses motiverat med hänsyn till skyddsintressets betydelse. Genom att göra denna form av avståndsmätning kan kriminalisering undvika att framstå som godtycklig eller onödig. Resonemanget ligger i linje med uppsatsens antagande att rättssäker kriminalisering är kriminalisering som sker på etablerade grunder.

Lernestedts resonemang är intressant för uppsatsen eftersom tillträdesförbudslagen, och andra straffsanktionerade individuella förbud, i sin karaktär innebär kriminalisering på ett tidigt förstadie. Det som Lernestedt ytterst försöker visa i sin framställning är att det bör göras en avståndsmätning, i både tekniskt och materiellt hänseende, för att utröna i vilket skede det godtagbara skyddsintresset först kränks.

Om Lernestedts avståndsmätning appliceras på tillträdesförbudslagen är den kriminaliserade gärningen ("brottet") i sammanhanget tillträdet av den butik som anges i det utfärdade tillträdesförbudet. Intresset som tillträdesförbudslagen ämnar skydda är dels skydd för egendom, dels skydd för person. Det är troligtvis svårt att argumentera för att den isolerade gärningen av att tillträda en butik utgör risk för skada eller kränkning av lagens skyddsintressen. Emellertid bör det beläggas att det inte är den isolerade gärningen att tillträda butiken som främst avses stävjas med hjälp av lagen utan snarare den risk för brottsliga gärningar som uppstår till följd av att tillträdet till butiken tillåts.

Som framgår i avsnitt 3.3.4 anför Lernestedt att den materiella handlingsprogressen, som är fristående från den tekniska, är central för avståndsmätningen. Det som kriminaliseras i tillträdesförbudslagen är tillträdet till en butik i ett visst enskilt fall. Slutpunkten i den materiella handlingsprogressen är ett fullbordat brott. I förevarande fall är det fullbordade brottet någon form av tillgreppsbrott eller trakasserier gentemot en person som befinner sig inne i butiken. Vad gäller materiell avståndsmätning kan kriminaliseringen av att tillträda butiken, i förhållande till risken för efterföljande brottslighet, inte betraktas som alltför långsökt kriminalisering.

Den tekniska handlingsprogressen görs, som nämnt, i form av en avståndsmätning med tekniska brottsformer som måttstock. Att kriminalisera tillträdet till en viss butik kan betraktas som jämförbart med att kriminalisera en form av förberedelse för brott. Till följd av den tillgreppsbrottslighet eller trakasserier som riskerar efterfölja är tillträdesförbudslagen inte heller obefogad ur ett tekniskt perspektiv. Utfärdandet av ett tillträdesförbud kan vara effektivt för att komma åt brottslighet som inte annars är kriminaliserad på försöksnivån. Exempelvis ringa stöld är inte förenat med straffansvar förrän brottet är fullbordat. Införandet av tillträdesförbudslagen kommer troligtvis innebära en minskning av tillgreppsbrottslighet, inte minst till följd av dess allmänpreventiva verkan.

5.1.4 Tillträdesförbudslagens precision och effekt

Ett grundläggande kriterium för godtagbar kriminalisering är att beteenden som är straffvärda för samhället träffas. Det finns vissa beteenden i samhället som framstår som och är uppenbart straffvärda. Dessa ligger nära kärnan för vad som uppenbart ska vara kriminaliserat, till exempel tagandet av mänskligt liv. Det existerar jämväl handlingar som inte uppenbart infaller i den kategori av vad som bör vara kriminaliserat. Lagstiftaren bör då fråga sig om det finns andra rättsliga, men icke straffrättsliga, sanktioner som kan tillämpas och erhålla större effektivitet i stävjandet av ett visst beteende. Kravet på straffbudens effektivitet kan främst härledas till förverkligandepincipen och samhällets intresse att beivra brott på ett så effektivt sätt som möjligt.

Som framgår i avsnitt 3.3.5 vinner kriteriet att straffbud ska vara det effektivaste medlet för ändamålet stöd i både doktrin och lagstiftningsförarbeten. Lernestedt anför i sitt resonemang att kriminalisering för att vara godtagbar ska vara det effektivaste medlet, i såväl praktiskt som ekonomiskt hänseende, att tillgå. I vissa situationer återfinns styrmedel som på ett bättre sätt besparar samhällsresurser och utgör en mindre belastning på rättsväsendet. Som exempel kan här nämnas administrativa eller ekonomiska sanktioner.

I departementspromemorian till tillträdesförbudslagen uppmärksammades att lagen skulle innebära ökade kostnader för kriminalvården och rättsväsendet. Till följd av tillträdesförbudslagens införande skulle det krävas att medel tillsköts kriminalvården.²¹² Som tidigare anförts i detta kapitel framhöll Åklagarutredningen att kriminalisering av ett oönskat beteende ska vara hanterbart för rättsväsendet i fråga om resurser.

²¹² Jämför uppsatsens andra kapitel samt Ds 2019:1, s. 20–21.

Det är möjligt att tänka sig att tillträdesförbudslagen kan minska nivån av tillgreppsbrottslighet i svensk detaljhandel. Det är alltför invecklat att på förhand besvara om den potentiellt minskade brottsligheten kommer väga upp för de ökade kostnaderna. Den förväntade effektiviteten är följaktligen en intrikat uppskattning att göra på förhand. Det är först när en står med facit i hand som frågan fullt ut kan besvaras. Om inte annat gör detta att ett utförligt resonemang kring tillträdesförbudslagen, och införandet av andra straffsanktionerade individuella förbud, blir ännu viktigare att föra i syfte att undvika onödig eller godtycklig kriminalisering.

Det är vidare svårt att på förhand bedöma huruvida tillträdesförbudslagen kommer ha större effekt än det redan befintliga straffet för tillgreppsbrott eller trakasserier. Straffet för tillgreppsbrott och trakasserier kontra straffet för att överträda ett tillträdesförbud syftar till att stävja samma typ av beteende. Det övergripande syftet är att skydda person, allmän ordning och personlig egendom.

En kan emellertid tänka sig att incitamenten kommer öka för butiksägare att vidta åtgärder till följd av tillträdesförbudslagen. Innan tillträdesförbudslagen trädde i kraft fanns det inga långtgående åtgärder att tillgå avseende tillträdesbegränsningen till en butik. Butiksägare som vet att straffrättsliga åtgärder vidtas till följd av en polisanmälan kommer troligtvis i högre utsträckning avsätta tid för att göra en sådan anmälan. Till följd av dessa ökade incitament att polisanmäla kan en tänka sig att tillträdesförbudslagen får viss genomslagskraft i förhållande till tillgreppsbrotten.

En rimlig föreställning torde vara att effektiviteten av ett potentiellt tillträdesförbud har ett visst samband med hur ingripande tillträdesförbudet är i den enskilde individens dagliga livsföring. Om en först tänker sig en gärningsman bosatt i en normalstor stad är det troligt att hotet om tillträdesförbud inte upplevs som överhängande. Ju större stad en potentiell gärningsman bor i desto fler butiker finns att tillgå i detaljhandeln. Om tillträdesförbud utfärdas avseende en butik torde gärningsmannen helt enkelt

kunna gå till en annan. Om en däremot tänker sig att den potentiella gärningsmannen bor på en mycket liten ort med endast en eller två butiker torde lagens genomslagseffekt vara större. Risken att få ett tillträdesförbud utfärdat mot sig utgör en större inverkan på den enskilde individens dagliga livsföring. En kan således tänka sig att tillträdesförbudslagens effekt och precision i vissa situationer är beroende av var gärningsmannen är bosatt.

Utöver ovan nämnt är det troligtvis svårt att förutse hur avskräckande tillträdesförbudslagen kommer att vara i förhållande till redan befintliga straffsanktioner för tillgreppsbrottslighet. Kritik framfördes avseende denna aspekt i Egendomsskyddsutredningen. Utredningen poängterade att en del av problematiken kring tillgreppsbrott och ordningsstörningar i butik var att gärningsmän som är utsatta av samhället och i vissa fall bötesimmuna inte avskräcks av de befintliga straffbuden för tillgreppsbrott. Om straffet för tillgreppsbrottslighet inte är tillräckligt avskräckande för att hindra denna typ av gärningsmän är det svårt att förutse huruvida tillträdesförbudslagen kommer vara det. Emellertid kan en tänka sig att lagen åtminstone kommer ha en expressiv funktion. Genom att införa tillträdesförbudslagen markerar statsmakten att tillgreppsbrott och ordningsstörningar är ett förkastligt och icke önskvärt beteende.

Den effektivitet och genomslagskraft som kan väntas av tillträdesförbudslagen förutsätter vidare att personuppgiftsbehandling kan skötas av personal och butiksägare på ett hållbart sätt. Med stöd av tillträdesförbudslagens förarbeten, som framkommer i uppsatsens andra kapitel, får personuppgifter behandlas avseende den förbudet avser i syfte att förhindra eller upptäcka överträdelse av ett utfärdat förbud. Personuppgiftsbehandlingen får i sin tur hanteras av de som arbetar i eller utför uppdrag åt butiken i fråga.

Personuppgiftsbehandling i anslutning till att tillträdesförbud utfärdas skulle kunna utgöra ett potentiellt problemområde. En kan tänka sig att personuppgiftsbehandlingen i olika butiker kan bli mer eller mindre problematisk med hänsyn till ett antal faktorer. En faktor som kan påverka är omfattningen

av personal som arbetar i en butik. I en stor butik med stor rotation av personal kan kretsen personer som ansvarar för personuppgiftsbehandlingen, och därmed integritetskänsliga uppgifter, snabbt bli stor. Detta skapar en potentiell risk för att personuppgiftsbehandlingen som sker i vissa butiker blir överskådlig och att integritetskänsliga personuppgifter utlämnas till ”fel” personer.

5.2 Tillträdesförbudslagen: En egen kriminaliseringsteknik

5.2.1 Det krävs ytterligare konsekvensanalys

Analysen har hittills redogjort för hur tillträdesförbudslagen förhåller sig till de kriterier som tillämpas vid generell kriminalisering. Redogörelsen är en del av svaret om hur tillträdesförbudslagen, som är ett straffsanktionerat individuellt förbud, förhåller sig till generell kriminalisering. Emellertid påkallar denna frågeställning en närmare redogörelse för konsekvenserna av att införa straffsanktionerade individuella förbud. Till följd av uppsatsens fjärde kapitel har läsaren troligtvis uppmärksammat att straffsanktionerade individuella förbud kan betraktas som en egen kriminaliseringsteknik. Detta fordrar en mer ingående analys kring kriminaliseringstekniken och vilka eventuella problemområden som kan identifieras. Förevarande avsnitt i analysen gör en ansats till detta.

Av vad som framkommit i kapitel fyra kan det konstateras att straffsanktionerade individuella förbud får införas under vissa specifika förutsättningar. Ett straffsanktionerat individuellt förbud tar i första hand sikte på särskilt integritetskränkande brott som är svåråtkomliga med ett normalt kriminaliseringsförfarande. Det hade troligtvis varit problematiskt att annars argumentera för tillträdesförbudslagens legitimitet. Inte minst till följd av de befintliga straffbud som finns för tillgreppsbrottslighet.

Tillträdesförbudslagen har vidare flertalet likheter med kontaktförbudslagen och tillträdesförbudslagen till idrottsarrangemang, som kort redogjorts för i kapitel fyra. Förbudslagarna tar sikte på att skydda en enskild person eller en utpekad plats. Lagarna innebär kriminalisering på ett tidigt förstadie samt att nämnda lagar har som syfte att hämma särskilt integritetskränkande brott eller allvarliga ordningsstörningar. Utöver detta har samtliga lagar betraktats som proportionerliga i förhållande till sin inskränkande funktion, till följd av den långtgående problematik som generell kriminalisering inte har någon genomslagskraft på.

Det bör i analysen uppmärksammas att det finns en avsaknad av diskussion kring tillträdesförbudslagens och andra straffsanktionerade individuella förbuds konsekvenser. Tidigare utredningar om en tillträdesförbudslag till butik har i huvudsak kretsat kring att lagen och själva förfarandet ska vara rättssäkert utformat. Med detta sagt förringas inte betydelsen av rättssäkerhet i denna uppsats. Icke desto mindre saknas det en mer ingående redogörelse för huruvida tillträdesförbudslagen kommer att träffa de beteenden den är ämnad att stävja och därmed ha väntad effekt. Viktigt att betona är att analysen tar avstamp i de syften som finns för kriminaliseringstekniken och straffsanktionerade individuella förbud, inte syftet med generell kriminalisering.

5.2.2 En kriminaliseringsteknik riktad mot enskilda individer

Jareborg anför att kriminalisering bör avse generella brottstyper snarare än enskilda fall eller personer. Om en resonerar i linje med Jareborg placeras kriminaliseringstekniken om straffsanktionerade individuella förbud i en legal gråzon eftersom denna inte uppfyller grundläggande kriterier för kriminalisering. I anslutning till detta är det av intresse att lyfta fram det resonemang som förs av Simester och von Hirsch. Den tvåstegs-kriminalisering som beskrivs framstår som närliggande till de svenska straffsanktionerade individuella förbuden.

Simester och von Hirsch beskriver kriminaliseringstekniken som en form av brygga mellan civilrätt och straffrätt, vilket exempelvis tillåter mindre stränga bevisregler. Som tidigare nämnt krävs det att det föreligger särskilda skäl som legitimerar straffsanktionerade individuella förbuds införande för att det svenska rättssystemet ska kunna rättfärdiga denna form av kriminalisering. Straffsanktionerade individuella förbud uppfyller nämligen inte kraven som uppställs för generell kriminalisering i vissa avseenden. I det följande diskuteras huruvida Simester och von Hirsch resonemang, att straffsanktionerade individuella förbud utgör en brygga mellan civilrätt och straffrätt, är applicerbara i svensk rätt.

Som framgår ovan benämner Simester och von Hirsch straffsanktionerade individuella förbud som en tvåstegskriminalisering. I det första steget när förbudet utfärdas betraktas förfarandet som civilrättsligt. Om den som förbudet gäller sedan bryter mot detta hanteras överträdelsen inom ramen för ett straffrättsligt förfarande. I svenska förarbeten och doktrin om straffsanktionerade individuella förbud saknas en liknande diskussion om hur dessa förbud ska betraktas.

Om en applicerar Simester och von Hirsch argumentation på tillträdesförbudslagens utformning kan vissa likheter utläsas. Vad som initialt bör uppmärksammas är att straffhotet realiserar först i det skede en individ bryter mot ett utfärdat tillträdesförbud. Till följd av detta skulle en kunna göra antagandet att förbuden, i sitt utfärdande skede, är av civilrättslig karaktär. En avgörande skillnad är emellertid att förfarandet i svensk rätt prövas av allmän åklagare, vilket synes indikera att hela förfarandet betraktas som straffrättsligt. Det finns inte heller några andra utläsbara faktorer som indikerar att förfarandet har civilrättsliga drag. Jämför exempelvis den lättnad av bevisregler som görs vid utfärdandet av en ASBO i England.

En likhet mellan ASBO:s och den svenska tillträdesförbudslagen, som uppmärksammas av bland annat Egendomsskyddsutredningen, är proportionalitetsbristen mellan handling och påföljd. De handlingar som

kriminaliseras till följd av ett straffsanktionerat individuellt förbud är i första hand triviala handlingar som exempelvis skickandet av ett SMS (kontaktförbudslagen) eller tillträdet till en butik. Det kriminaliserade beteendet har fängelse i straffskalan vilket särskilt påkallar att förbuden kan motiveras för att inte framstå som oproportionerliga. Till följd av detta uppställs särskilda krav vid användningen av denna kriminaliseringsteknik.

De särskilda krav som ställs vid utfärdandet av tillträdesförbud till butik kan bland annat utläsas i de gemensamma drag som redogörs för i uppsatsens fjärde kapitel. Till exempel att de skyddsintresse som skyddas är betydligt snävare än vid normal kriminalisering som exempelvis en liten grupp personer eller en specifik utpekad plats, i detta fall butiker. De handlingar som kriminaliseras är inte sällan redan straffbelagda, i detta fall tillgreppsbrottslighet. Den proportionalitetsbrist som kan utläsas är problematisk i förhållande till de kriterier som uppställs vid generell kriminalisering. Emellertid motiveras proportionalitetsbristen av att straffsanktionerade individuella förbud tar sikte på oönskade beteenden som är särskilt svåråtkomliga. Straffsanktionerade individuella förbud är även en användbar metod för att undvika överkriminalisering och straffrättslig inflation.

Kritiken som Simester och von Hirsch anför kring bristen av förutsebarhet kan utläsas även vad gäller tillträdesförbudslagen. Med stöd av 2 § tillträdesförbudslagen kan en person få tillträdesförbud om det på grund av särskilda omständigheter finns en risk för att hen kommer begå brott i butiken eller allvarligt trakassera någon som befinner sig där. En riskbedömning ska göras i varje enskilt fall och viss ledning ges i lagens förarbeten. I bedömningen vägs in om personen tidigare begått brott i eller i anslutning till butiken.

De trakasserier som kan föranleda ett förbud behöver nödvändigtvis inte vara brottsliga utan det är tillräckligt att trakasserier utgör en kännbar kränkning. Det ges inte någon ingående ledning om vad som kan anses utgöra en kännbar kränkning mer än att det ska röra sig om ett beteende som är ägnat att

skrämma eller besvära en viss person. Till följd av det anförda utgör riskbedömningen en potentiell chans för oförutsägbar tillämpning av lagen. Det bör framstå som tydligt för den enskilde individen vilka gärningar som denna bör undvika till följd av gärningens oönskvärdhet och att den är kriminaliserad.

Till följd av karaktären hos straffsanktionerade individuella förbud bör det ställas särskilda krav på dess införande och tillämpning. Risken för oförutsägbar tillämpning ställer i första hand krav på att lagstiftning om denna typ av förbud utformas på ett så rättssäkert sätt som möjligt. Vad gäller kraven för rättssäker tillämpning av tillträdesförbudslagen kan dessa i stort anses uppfyllda. Exempelvis uppställer tillträdesförbudslagen krav att förfarandet prövas av allmän åklagare samt hur förfarandet ska gå till.²¹³ Ett viktigt moment som inte heller bör förbises i lagstiftningsarbetet är en analys av konsekvenserna av att införa ett straffsanktionerat individuellt förbud. Det är av vikt att det finns ett särskilt godtagbart skyddsintresse som motiverar den proportionalitetsbrist som ofta uppstår mellan handling och påföljd.

I uppsatsens andra kapitel redogörs i korta drag för portförbuden som förekom under slutet av 1980-talet och 1990-talet. Den som överträdde ett portförbud löpte risk att dömas för olaga intrång. Frågan ställdes emellertid på sin spets i NJA 1995 s. 84 då HD markerade att bestämmelsen om olaga intrång i BrB inte var ägnad att tillämpas på allmänna platser, som exempelvis butiker, under dess öppettider. Till följd av portförbudens förekomst gjordes, som framgår i kapitel två, en gedigen offentlig utredning om en utvidgning av bestämmelsen om olaga intrång.

Förslaget om en utvidgning möttes av kritik varpå en sådan utvidgning inte trädde i kraft. Detta berodde troligtvis inte på att en utvidgning var olämplig i sig. Lagrådet yttrade sig, i anslutning till Trygghetsutredningen, i frågan och menade att problematiken grundades i hur förslagets ordalydelse utformats

²¹³ Se 6–21 §§ tillträdesförbudslagen.

och därför borde bli föremål för ytterligare överväganden. Att utvidga olaga intrång som handlingsalternativ utreddes emellertid inte i någon vidare utredning efter detta. De offentliga utredningar som sedan upprättades fokuserade istället på en specifik tillträdesförbudslag till butik. Det är till följd av detta svårt att besvara om en utvidgning av bestämmelsen om olaga intrång i BrB hade varit en mer lämplig eller effektiv lösning än tillträdesförbudslagen.

Vid en granskning av tillträdesförbudslagens utformning i förhållande till ASBO:s framstår tillträdesförbudslagen som mer förutsägbar och proportionerlig. En signifikant skillnad är att den svenska lagstiftaren valt att ange förutsättningarna för tillträdesförbud i en särskild lag som stringent beskriver hur förfarandet ska gå till. Detta är troligtvis ett resultat av den tidigare kritik som riktas mot att införa tillträdesförbud till butik.²¹⁴

Vad som talar mot införandet av tillträdesförbudslagen är den normativa diskussion som återspeglas i både Åklagarutredningen och Straffanvändningsutredningen avseende att kriminalisering ska ske restriktivt. Synsättet vinner stöd i allmänna straffrättsprinciper som exempelvis principen om ultima ratio och i den doktrin som presenterats i uppsatsen. Den ingripande karaktären av straffsanktionerade individuella förbud talar mot att sådant förbud införs. Speciellt mot ljuset av att det redan finns vissa straffrättsliga åtgärder som skyddar butiksägare. Här kan nämnas de befintliga straffbuden för tillgreppsbrottlighet. Kriminalisering i allmänhet torde ske med försiktighet även om det rör sig om kriminalisering som framstår som nödvändig, som till exempel tillträdesförbudslagen.

Överkriminalisering och straffrättslig inflation bör förvisso undvikas. Ibland uppstår emellertid situationer som uppenbart fordrar någon form av åtgärd från rättsväsendets sida. Simester och von Hirsch anför att ASBO:s är en passande lösning till följd av att de handlingar som kriminaliseras i en ASBO

²¹⁴ Jämför Ds 2002:25 och SOU 2013:85 som behandlas i uppsatsens andra kapitel.

är triviala till den grad att det hade varit olämpligt att straffbelägga dessa helt och hållet. Detta resonemang stämmer överens med tillträdesförbudslagen. Att kriminalisera tillträdet till en butik hade troligtvis framstått som oproportionerligt enbart sett till den isolerade gärningen, och även varit ohållbart. Tillika är det tillträdet som är problematiskt i situationen varpå ett straffsanktionerat individuellt förbud framstår som den mest lämpliga lösningen.

5.3 Avslutande reflektioner

Den huvudsakliga frågan som förevarande uppsats ämnat besvara är: *Hur förhåller sig tillträdesförbudslagen, som är ett straffsanktionerat individuellt förbud, till generell kriminalisering?* Frågan har besvarats genom att ställa tillträdesförbudslagen i kontrast till de kriterier som tillämpas vid generell kriminalisering. I uppsatsen tydliggörs vidare att det finns specifika kriterier som tillämpas vid införandet av straffsanktionerade individuella förbud som visar på att detta är en separat kriminaliseringsteknik som under slutet av 1900-talet och framåt nyttjats av lagstiftaren för att stävja svåråtkomliga, oönskade beteenden i samhället.

Utifrån redogörelsen över straffsanktionerade individuella förbud samt utblicken över den engelska rättsvetenskapen kan det utläsas att denna typ av förbud faller i en legal gråzon i förhållande till generell kriminalisering. Det bör emellertid poängteras att straffsanktionerade individuella förbud inte kan betraktas som något annat än en straffrättslig åtgärd. De svenska förbuden skiljer sig i detta avseende från den engelska tvåstegskriminaliseringen som beskrivs av Simester och von Hirsch. Inte minst på det sätt att förbuden utformats i specifika lagar i svensk rätt för att tillvarata den enskilde individens rättssäkerhet.

Användningen av denna kriminaliseringsteknik motiveras av den generella kriminaliseringens krav på effektivitet och precision. Kriminalisering är legitim till följd av sin funktion att få en genomslagseffekt och stävja

oönskade beteenden. Detta föranleder även att användningen av kriminalisering ska vara det lämpligaste medlet för ändamålet, både i praktiskt och ekonomiskt hänseende. Svåråtkomliga oönskade beteenden, som tillgreppsbrott som kontinuerligt sker i butiker, påkallar att lagstiftaren vidtar åtgärder för att motverka detta beteende. Inte minst utgör tillträdesförbudslagen till butik ett ställningstagande från statsmaktens sida och tillträdesförbudslagen kommer onekligen att ha en expressiv funktion.

Straffsanktionerade individuella förbud i allmänhet och tillträdesförbudslagen i synnerhet kan inte placeras inom ramen för generell kriminalisering. Dessa förbud är en del av straffrättens område men utgör likväl en gråzon. Uppsatsen är baserad på ett teoretiskt antagande att rättssäker kriminalisering innebär att kriminalisering sker på etablerade grunder. Med hjälp av de kriterier som kan fastställas för generell kriminalisering har det i uppsatsen gjorts en kritisk granskning av hur tillträdesförbudslagen förhåller sig till dessa kriterier.

Tillträdesförbudslagen, som är ett straffsanktionerat individuellt förbud, ska betraktas som en egen kriminaliseringsteknik som får tillgripas under vissa specifika förutsättningar. Till exempel i situationer då denna kriminaliseringsteknik är den mest effektiva metoden för ändamålet. Om straffsanktionerade individuella förbud inte tillgrips under dessa specifika förutsättningar uppfyller denna typ av förbud inte kraven för generell kriminalisering särskilt väl. Tillträdesförbudslagen kan i första hand härledas till förverkligandepincipen eftersom lagen avser att beivra brott på ett så effektivt sätt som möjligt. Emellertid kan tillträdesförbudslagen även anses tillgodose skyddsprincipen eftersom lagen till följd av sin utformning respekterar den enskilda individens grundläggande rättigheter i mån om rättssäkerhet. Detta medför att det bakomliggande målet med straffrätten tillgodoses, oaktat att tillträdesförbudslagen befinner sig i en gråzon i förhållande till generell kriminalisering.

Litteratur- och källförteckning

Litteratur

Rättsvetenskaplig doktrin

- Asp, Petter och Ulväng, Magnus, Jareborg, Nils *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Iustus Förlag Uppsala, 2013
- Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia m.fl. *Bernitz, Ulf (kap 1) & Carlsson, Mia (kap 4), i: Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 15 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2020
- Frände, Dan *Allmän straffrätt*, 4 uppl., Helsingfors universitet, Juridiska fakulteten, Helsingfors, 2012
- Frände, Dan *Finsk straffprocessrätt I*, Forum Iuris, Helsingfors 1999
- Hjertstedt, Mattias *Festskrift till Örjan Edström*, Umeå universitet, 2019, s. 167
- Jareborg, Nils *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala, 2001
- Jareborg, Nils *Straffrättens ansvarslära*, Iustus förlag, Uppsala, 1994
- Lernestedt, Claes *Kriminalisering – Problem och principer*, Stockholms universitet, Iustus förlag, Uppsala 2003
- Nowak, Karol *Oskyldighetspresumtionen*, 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003
- Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018
- Sandgren, Claes *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 4 uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 2018

- Simester, P., Andrew, & Andrew von Hirsch *Incivilities, kap 7: Regulating Offensive Conduct through Two-Step Prohibitions*, Hart publishing, London, 2006
- Strahl Ivar *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, Norstedt, Stockholm, 1976
- Ågren, Jack, Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne *Straffansvar*, 10 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2018

Juridiska tidskrifter:

- Claes Sandgren, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)* JT 1995/96 s. 739
- Nils Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap* SvJT 2004 s. 1
- Lena Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv* SvJT 2004 s. 105
- Mari Heidenborg, *Vad bör straffas?* SvJT 2013 s. 301
- Oscar Söderlund, *Regeringsformens proportionalitetskrav som grund för lagprövning – del I* SvJT 2018 s. 375

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

- SOU 1992:61 Åklagarutredningen, Del A
- SOU 1995:146 Trygghetsutredningen, 1995, om tidigare förhindrande mot tillgreppsbrott
- SOU 2013:38 Vad bör straffas? Del II
- SOU 2013:85 Stärkt straffrättsligt skydd för egendom

Departementspromemorior

Ds 2002:25	Tillträdesförbud till butiker och idrottsarrangemang
Ds 2004:40	Tillträdesförbud vid idrottsarrangemang
Ds 2019:1	Straffrättsliga åtgärder mot tillgreppsbrott och vissa andra brott

Propositioner

Prop. 1975/76:209	Om ändring i regeringsformen
Prop. 1987/88:137	Om besöksförbud
Prop. 2004/05:77	Lag om tillträdesförbud vid idrottsarrangemang
Prop. 2009/10:80	En reformerad grundlag
Prop. 2020/21:52	Tillträdesförbud till butik och förstärkt straffrättsligt skydd mot tillgreppsbrottslighet

Remissvar och yttranden

Lagradsremiss 24-02-2000	Olaga intrång
Yttrande från Lagrådet 07-03-2000	Angående lagradsremissen Olaga intrång
Remissvar angående Ds 2002:25	Ju96/370/L5
Lagradsremiss 24-09-2020	Tillträdesförbud till butik och förstärkt straffrättsligt skydd mot tillgreppsbrottslighet

Rapporter

Sterfelt, Ove	Brå-rapport <i>Ökad säkerhet inom handeln</i> , 1989:4
Westlund, Olle & Qvarnström, Jennifer	Brå, <i>Nya regler om besöksförbud, delrapport</i> , 2005

Rättsfall

NJA 1995 s. 84
NJA 1999 s. 556