



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Dante Lalouni

Brottslighetens art

En undersökning av brottslighetens art och dess plats inom det
straffrättsliga påföljdssystemet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2023

Innehåll

SUMMARY.....	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD.....	3
FÖRKORTNINGAR.....	4
1 INLEDNING.....	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte.....	5
1.3 Frågeställningar och avgränsningar.....	5
1.4 Teori, material och metod	6
1.5 Forskningsläge.....	6
1.6 Uppsatsens disposition	7
2 ”ARTBROTT”, VAD OCH VARFÖR	8
2.1 Rättsläget i korthet.....	8
2.2 Introduktionen av brottslighetens art	9
2.3 Något mer om allmänprevention	10
2.4 Brottslighetens art i lagstiftning.....	11
2.4.1 Grovt rattfylleri	11
2.4.2 Miljöbrott	11
2.4.3 Bokföringsbrott	11
2.4.4 Sabotage mot blåljusverksamhet.....	12
2.4.5 Terroristbrott	12
2.4.6 Ett förslag till reform.....	12
2.5 Brottslighetens art i rättspraxis.....	13
2.5.1 NJA 2014 s. 559.....	13
2.5.2 NJA 1999 s. 561.....	14
2.5.3 NJA 2012 s. 650.....	15
2.5.4 NJA 1995 s. 89 I.....	16
2.5.5 NJA 2015 s. 386.....	16

2.5.6	NJA 2022 s. 23.....	17
2.6	Brottslighetens art i litteratur och artiklar	17
3	ANALYS OCH SLUTSATS	25
3.1	Artbrott, vad och varför	25
3.2	Dags för en reform?.....	29
	BILAGA A.....	31
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32

Summary

This essay aims to explore the concept of the "nature of the crime" as outlined in Chapter 30, Section 4 of the Swedish Penal Code (BrB). The nature of the crime serves as a reason for choosing imprisonment during sentencing and is primarily important for determining whether imprisonment should be chosen for lower punitive values.

The essay applies a legal dogmatic method to examine the legal significance of the nature of the crime and why the nature of the crime was introduced into the Swedish penal system. This is then followed by presenting more liberal arguments as to whether the nature of the crime should continue to be part of the system. Based on an examination of a committee report, legislative history, case law, and relevant legal literature, the essay concludes that the nature of crime is a multifaceted and difficult-to-define concept whose meaning is contested, and a definitive conclusion is hard to reach. The essay also suggests that the nature of the crime might need to be abolished as a reason for imprisonment in sentencing. This is due to the special treatment of crimes based on their nature being justified on grounds of general deterrence, despite a lack of evidence that short prison sentences result in general preventive effects.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att undersöka begreppet "brottslighetens art" i 30 kap. 4 § BrB. Brottslighetens art utgör ett skäl för att välja fängelse vid påföljdsvalet och är främst av vikt för att avgöra om fängelse ska väljas vid lägre straffvärden.

Uppsatsen tillämpar en rättsdogmatisk metod för att undersöka den rättsliga innebörden av brottslighetens art och varför brottslighetens art infördes i det svenska straffrättsliga påföljdssystemet. För att sedan utifrån resultatet presentera en friare ändamålbaserad argumentation i fråga om brottslighetens art fortsatt bör vara en del av systemet. Utifrån en granskning av utredningsbetänkanden, propositioner, rättsfall och relevant juridisk litteratur, kommer uppsatsen fram till att brottslighetens art är ett mångfacetterat och svårdefinierat begrepp vars innebörd är omtvistad och en definitiv slutsats är svår att nå. Uppsatsen föreslår även att brottslighetens art möjligen bör avskaffas som skäl för fängelse vid påföljdsvalet. Detta på grund av att särbehandlingen av brott med hänvisning till art har motiverats av allmänpreventiva skäl, trots bristande stöd för att korta fängelsestraff medför allmänpreventiva effekter.

Förord

Denna kandidatuppsats markerar slutet på min sjätte termin vid Juridiska fakulteten på Lunds universitet. Att ta sig an denna uppgift har varit en intensiv men samtidigt otroligt givande erfarenhet.

Jag skulle vilja rikta ett tack till min handledare, Sacharias Votinius. Hans insikter och råd har varit till stor hjälp under processen. Jag skulle även vilja rikta ett tack till Emil Haglund och Maria Lalouni som korrekturläst och kommit med värdefulla synpunkter.

Slutligen, jag hoppas att läsaren finner denna uppsats både informativ och intressant.

Lund i maj 2023

Dante Lalouni

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
HD	Högsta domstolen
MB	Miljöbalken (1998:808)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
SOU	Statens offentliga utredningar
Prop.	regeringens proposition
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Hur brottslighet bör bestraffas är en högst aktuell och omdebatterad fråga. När en domstol konstaterat att en brottslig gärning har begåtts och fastställt gärningens straffvärde följer valet av påföljd. Vid påföljdsvalet kan brottsligheten art aktualiseras som ett skäl för att välja fängelse.

Jag har valt att undersöka brottsligheten art då begreppet framstod som spretigt och svårtillämpat under mina studier i straffrätt. Jag ställde mig frågande till hur lagstiftaren rättfärdigade begreppet, vilken funktion det fyllde och i vilken utsträckning brottsligheten art påverkade valet av påföljd. Då fängelsestraffet uttryckligen är en svårare påföljd än villkorlig dom och skyddstillsyn (30 kap. 1 § första stycket BrB) var det i min mening intressant att olika brott med samma straffvärde kunde leda till olika svåra påföljder endast på grund av brottsligheten art.

1.2 Syfte

Uppsatsens syfte är att undersöka brottsligheten art som skäl för fängelse vid påföljdsvalet. Närmare bestämt genom att undersöka begreppets rättsliga innebörd och dess plats inom det straffrättsliga påföljdssystemet. Uppsatsen syftar även till att undersöka hur lagstiftningen motiverades och huruvida konstruktionen fyller sitt syfte.

1.3 Frågeställningar och avgränsningar

1. Vad innebär brottsligheten art i den mening som avses i 30 kap. 4 § BrB?
2. Varför infördes brottsligheten art i det straffrättsliga påföljdssystemet?
3. Bör brottsligheten art fortsatt vara en del av det straffrättsliga påföljdssystemet?

Den fortsatta framställningen kommer att fokusera på hur brottslighetens art påverkat påföljdsvalet vid straffvärden mellan fängelseminimum och ett års fängelse. Avgränsningen var nödvändig då de viktigaste konsekvenserna av brottslighetens art följde vid de kortare fängelsestraffen. Framställningen behandlade även endast hur brottslighetens art påverkade valet mellan fängelse och icke frihetsberövande påföljd. Endast rättspraxis som tillkommit efter 1989 behandlades och urvalet av rättspraxis begränsades även till fall från HD. Avgränsningarna krävdes för att genomföra uppgiften inom de utrymmes- och tidsmässiga begränsningar som ställdes.

1.4 Material och metod

För att utreda och analysera innehållet i gällande rätt har jag arbetat enligt den rättsdogmatiska metoden. I enlighet med det rättsdogmatiska arbetssättet har utredningen i denna del utgått från de relevanta rättskällorna.¹ I uppsatsens analys presenteras dels argument som syftar till att beskriva innehållet i gällande rätt, dels argument som syftar till att föreslå hur rättsläget bör vara. Därav lades stor vikt vid att tydliggöra argumentationens karaktär när den presenterades.² Rättsläget analyserades även i förhållande till lagstiftningens syfte. I denna del presenterades friare ändamålsbaserade argument i syfte nå en slutsats i huruvida rättsläget ansågs tillfredställande.³

Uppsatsen byggde på information inhämtad från relevanta källor och litteratur. Efter ett initialt urval bestod det bearbetade källunderlaget slutligen av rättsfall och propositioner av relevans för uppsatsens ämne samt en SOU där utredningen föreslog en påföljdsreform. Litteraturen bestod delvis av den doktrin som fokuserade på valet av påföljd. Som komplement användes rättsvetenskapliga artiklar där auktoriteter inom området på ett friare sätt presenterade sina åsikter i frågan.

1.5 Forskningsläge

¹ Nääv & Zamboni (2018) s. 21–22.

² Ibid. s. 36–37.

³ Ibid. s. 40–41.

Den centrala litteraturen på området har producerats av Martin Borgeke, Mikael Forsgren, Nils Jareborg och Josef Zila. Catharina Månsson har numera huvudansvaret för *Studier rörande påföljdspraxis med mera* som bidrar med korta sammanfattningar av rättsläget och kartlägger praxis. Det råder närmast konsensus kring att begreppet brottslighetens art är mycket svårdefinierat och därav finns det utrymme för att behandla frågan vidare.

1.6 Uppsatsens disposition

I kapitel två utreds uppsatsens frågeställningar utifrån det material som bearbetats. Kapitlet inleds med en kortare genomgång av rättsläget (2.1) och en historisk bakgrund (2.2) för att läsaren ska få en grundläggande förståelse för problematiken. Sedan behandlas allmänprevention närmare (2.3). Därefter följer en genomgång av relevanta förarbeten (2.4), domstolspraxis (2.5) samt litteratur och rättsvetenskapliga artiklar (2.6). I uppsatsens tredje kapitel presenteras egna slutsatser och analyser utifrån det material som behandlades i kapitel två.

2 ”Artbrott”, vad och varför

2.1 Rättsläget i korthet

Den grundläggande regleringen av påföljdsvalet följer av 30 kap. 4 § BrB och regelns tillämpning aktualiseras när rätten bestämt gärningens straffvärde. Vidare förutsätter tillämpningen av regeln att ett bötesstraff inte ansetts tillräckligt. Frågan som då återstår att besvara är om ett fängelsestraff eller en icke frihetsberövande påföljd ska väljas, varpå fängelse ska väljas i sista hand i enlighet med 30 kap. 4 § första stycket. Rätten ska då beakta de billighetsskäl som framgår av 29 kap. 5 och 5a §§ BrB, vilket kan innebära att det fängelsestraff som döms ut (om fängelse väljs) kan understiga straffvärdet.⁴

I regel anses en gärning med ett straffvärde motsvarande fängelse i ett år eller mer medföra en fängelsepresumtion. Ovan nämnda billighetsskäl kan dock innebära att det fängelsestraff som skulle dömas ut understiger ett år och detta kan således bryta fängelsepresumtionen. I 30 kap. 4 § andra stycket BrB framgår vilka skäl som kan ligga till grund för att välja ett fängelsestraff, straffvärde, art och tidigare brottslighet. Denna uppräkningslista är uttömmande. Om fler än ett av skälen förekommer i ett enskilt fall ska en sammanvägning ske av de olika skälen som talar för fängelse. När rätten ska bedöma huruvida brottslighetens art talar för valet av fängelse ska varje gärning bedömas för sig. Därav kan man inte säga att en viss brottstyp alltid ska leda till ett fängelsestraff genom att hänvisa till brottstypens art. Däremot brukas brottslighetens art, som skäl för fängelse, i större utsträckning vid vissa brottstyper. Mot denna bakgrund har HD uttalat i vilken utsträckning brottslighetens art, i regel, talar för ett fängelsestraff i förhållande till vissa brottstyper.⁵

⁴ Borgeke, Hansson & Månsson (2022) s. 244–245.

⁵ Ibid. s. 245–246.

2.2 Introduktionen av brottslighetens art

Innan påföljdsbestämmningsreformen trädde i kraft (se nedan) skulle domstolarna vid valet av påföljd beakta de allmänpreventiva och individualpreventiva effekter en enskild dom kunde förväntas få. Allmänprevention kunde tala för ett fängelsestraff och fängelsestraff motiverades inte sällan genom en hänvisning till ”intresset av allmän laglydnad”. Detta skedde inte i regel, men det ansågs tillåtet inom ramen för rättsläget. För att fortsatt möjliggöra kortare fängelsestraff – när varken straffvärdet eller tidigare brottslighet motiverade fängelse – introducerades brottslighetens art som skäl för fängelse.⁶

Introduktionen av brottslighetens art skedde genom påföljdsbestämmningsreformen som trädde i kraft 1989. Enligt specialmotiveringen anknöt begreppet till tidigare praxis som innebar att vissa brott straffades med fängelse trots att straffvärdet inte var särskilt högt. Dessa fängelsestraff motiverades främst av allmänpreventiva skäl. Med dessa allmänpreventiva skäl som grund skulle domstolarna fortsatt (exempelvis) kunna beakta att en typ av brottslighet blev mer utbredd eller antog nya mer elakartade former vid valet av påföljd. Vidare angavs det att när brottslighetens art talade för ett fängelsestraff borde det föreligga ”särskilda skäl” (med hänvisning till 30 kap. 9 § BrB för exempel på sådana skäl) om en icke frihetsberövande påföljd skulle väljas.⁷ Begreppet allmänprevention definierades som den påverkan straffsystemet hade på medborgarna genom att skapa ”normer och respekt för allmän laglydnad eller genom att med straffhot avskräcka från brott”. Detta i linje med att straffsystemets uppgift ansågs vara att motverka brott, en uppgift som i första hand ansågs vila hos lagstiftaren. I det enskilda fallet skulle domstolen inte längre åläggas att tillmäta vare sig allmän- eller individualpreventiva överväganden någon vikt.⁸

⁶ Borgeke & Forsgren (2021) s. 349–350.

⁷ Prop. 1987/88:120 s. 100.

⁸ Ibid. s. 32.

För att utreda innebörden av begreppet brottslighetens art bör man – enligt uttalandena ovan – dels söka svar i lagstiftningen, dels undersöka om domstolarna utvecklat rättsläget.

2.3 Något mer om allmänprevention

Nedan behandlas allmänprevention närmare då brottslighetens art främst motiverades av allmänpreventiva skäl.

Idéerna om allmänprevention tar utgångspunkt i att straff bidrar till en allmän normbildning, vilket också är ett syfte med att kriminalisera beteenden. Straffhotet understryker viken av att lagar och regler följs enligt logiken: gör du X kommer samhället att bestraffa dig. Straffhotet avskräcker från brott, men det krävs även en upptäcktsrisk och tillräckligt hårda straff. Den idag dominerande läran betonar i stället positiv allmänprevention. Enligt teorin bidrar straffsystemet till brottsprevention genom att skapa och förstärka en allmän moral; kriminaliseras X kommer det leda till bildandet av en allmän moral med en innebörd i stil med att X inte är okej. I vilken mån straffsystemet har haft allmänpreventiva verkningar är en omdiskuterad fråga, men dess existens har i varje fall ostridigt allmänpreventiva effekter. Straffskärpningar har dock sannolikt svaga allmänpreventiva effekter, åtminstone om de inte är drastiska.⁹

Enligt Jareborg och Zila saknades det empiriskt stöd för att förändringar i straffens stränghet skulle medföra några allmänpreventiva effekter. Straffskärpningar i syfte att minska kriminaliteten utan empiriskt stöd benämnde författarna expressiv allmänprevention. Inga allmänpreventiva effekter uppnås och det enda resultatet blir ökad repression.¹⁰ Liknande slutsatser finnes i en artikel som publicerades i SvJT 2010 av Jan Andersson och Erik Grevholm. Författarna angav att det saknades empiriskt stöd för att

⁹ Borgeke & Forsgren (2021) s. 35; Jareborg & Zila (2020) s. 76–77.

¹⁰ Jareborg & Zila (2020) s. 80–82.

ett ökat bruk av fängelsestraff skulle resultera i allmänpreventiva effekter eftersom forskningen på området var knapphändig.¹¹

2.4 Brottslighetens art i lagstiftning

I detta avsnitt följer en genomgång av uttalanden om brottslighetens art i lagstiftningsarbeten efter påföljdsbestämmningsreformen.

2.4.1 Grovt rattfylleri

I prop. 1993/94:44 uttalade regeringen sig generellt i fråga om brottslighetens art och angav att artbrottens gemensamma nämnare var att fängelsestraffet presumerades vid valet av påföljd. Regeringen angav att en individ som framfört ett fordon under påverkan av berusningsmedel i regel utgjorde en fara för sig själv och andra. Det påpekades att problemet var utbrett, många omkom eller skadades vid trafikolyckor där minst en av förarna var onykter. Fängelsestraffet skulle utgöra den normala påföljden vid grovt rattfylleri (det skulle dock inte anges uttryckligen i lagtexten). Syftet var att påföljdsvalet skulle avgöras av själva handlingen och inte handlingens eventuella konsekvenser. Regeringen förväntade sig att en sträng påföljdspraxis skulle medföra allmänpreventiva effekter.¹²

2.4.2 Miljöbrott

I propositionen till MB angav regeringen att vissa miljöbrott var av sådan art att ett fängelsestraff kunde motiveras vid påföljdsvalet trots att gärningens straffvärde eller tidigare brottslighet inte talade för det. Tre exempel på sådana gärningar var om någon plundrade utrotningshotade fåglars bon, uppsåtligen hällde ut farliga kemikalier eller uppsåtligen gjorde betydande överutsläpp i ekonomiskt vinningssyfte.¹³

2.4.3 Bokföringsbrott

¹¹ Andersson & Grevholm (2010). s. 467–470.

¹² Prop. 1993/94:44 s. 35.

¹³ Prop. 1997/98:45 s. 528.

I prop. 2004/05:69 angav regeringen att uppsåtliga bokföringsbrott, av såväl normalgraden som grova brott, ansågs vara av sådan art att påföljden normalt borde bestämmas till fängelse. Sedan hänvisade regeringen till de (särskilda) skäl som kunde bryta fängelsepresumtionen, skälen hade utvecklats i HD:s praxis (rörelsens storlek, anställda, inte skett i syfte att undanhålla medel från beskattning, med mera). Genom hänvisning till två HD-fall påpekade regeringen att det krävdes alldeles särskilda skäl för att frångå fängelsepresumtionen vid straffvärden motsvarande tio respektive sex månaders fängelse.¹⁴

2.4.4 Sabotage mot blåljusverksamhet

I samband med kriminaliseringen av sabotage mot blåljusverksamhet uttalade regeringen i propositionen att brottet skulle anses vara av sådan art att ett fängelsestraff presumeras vid påföljdsvalet även om varken tidigare brottslighet eller straffvärdet talade för fängelse. Regeringen påpekade att brottsligheten utgjorde ett allvarligt problem som var särskilt angeläget att motverka. Regeringen angav dock att det var möjligt att välja en annan påföljd och att fängelsepresumtionens styrka skulle bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁵

2.4.5 Terroristbrott

Beträffande terroristbrott angav regeringen i prop. 2021/22:133 att brottslighetens art innebar att fängelse skulle presumeras vid valet av påföljd oaktat om återfall eller straffvärde talade för fängelse. Vilket motiverades av att brotten ofta var svårupptäckta, svåra att förebygga och att de delvis förekommer mer frekvent än tidigare. Presumtionens styrka skulle bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶

2.4.6 Ett förslag till reform

Ett förslag till ett reformerat påföljdssystem presenterades i SOU 2012:34. I betänkandet föreslogs det att brottslighetens art skulle avskaffas som skäl för

¹⁴ Prop. 2004/05:69 s. 30.

¹⁵ Prop. 2018/19:155 s. 28.

¹⁶ Prop. 2021/22:133 s. 128–129.

fängelse. Utredningen noterade att brottslighetens art vid introduktionen utgjorde ett undantag som sedan tillämpades på allt fler brottstyper. Det framfördes kritik mot dess legitimitet då utredningen påpekade att det saknades stöd för att kortare fängelsestraff faktiskt gav allmänpreventiva effekter.¹⁷ Påföljdsvalet skulle enligt förslaget bestämmas utifrån straffvärde och eventuell tidigare brottslighet.¹⁸ I skrivande stund har förslaget inte resulterat i någon lagstiftning.

2.5 Brottslighetens art i rättspraxis

HD har behandlat brottslighetens art i ett stort antal fall sedan påföljdsbestämmningsreformen trädde i kraft 1989. Nedan följer ett urval av rättsfallen.

2.5.1 NJA 2014 s. 559

Målet rörde ett varumärkesintrång, en fråga av prejudikatsintresse var hur HD skulle bedöma brottslighetens art.¹⁹ Brottslighetens straffvärde motsvarade åtta månaders fängelse. Straffvärdet i sig innebar inte att fängelse presumerades. HD hänvisade i denna del till uttalanden i prop. 1987/88:120 och angav att ståndpunkten (ett års straffvärde som riktpunkt) hade bekräftats i praxis.²⁰

HD påpekade att domstolen i tidigare praxis uttryckt sig varierande, ”vilket i någon mån gör att det mönster som tonar fram när det gäller tillämpningen av kriteriet brottslighetens art inte är alldeles entydigt”. HD konstaterade dock att det var klarlagt att domstolen vid bedömningen utgick från den aktuella brottstypen. HD påpekade också att styrkan i skälen som talade för fängelse varierade, ”Saken har uttryckts så, att olika brott – med utgångspunkt i vilken typ av brott som det rör sig om – har olika artvärde”.²¹ HD förklarade vidare att de med artvärde avsåg styrkan i de skäl som talade för fängelse med hänsyn till brottslighetens art i det specifika fallet. Artvärdet avgjorde var på

¹⁷ SOU 2012:34 s. 706 ff.

¹⁸ Ibid. s. 724.

¹⁹ NJA 2014 s. 559 p. 3.

²⁰ Ibid. p. 14.

²¹ Ibid. p. 26.

skalan (14 dagar-1 år) som presumtionspunkten för fängelse inträdde, alltså vilket straffmättningsvärde som krävdes för en fängelsepresumtion.²²

HD angav sedan att utrymmet för att i rättspraxis vidga tillämpningsområdet för brottslighetens art – utan uttryckligt stöd i lagförarbeten – var begränsat och stor försiktighet skulle iakttas.²³ Om domstolen – trots detta begränsade utrymme – skulle vidga tillämpningsområdet för brottslighetens art, borde det åtminstone delvis motiveras av förhållanden som inte påverkat straffvärdet. Exempelvis ett särskilt behov av normbildning som en brottstyp föranlett. Normbildningsbehovet kunde bestå i att brottstypen var svårupptäckt eller samhällsfarlig förutsatt att omständigheterna inte annars påverkade påföljdsvalet.²⁴ HD tillade att detta gällde brottstypens betydelse vid bedömningen. En individualiserad bedömning av huruvida och med vilken styrka brottslighetens art talade för fängelse krävdes i varje fall.²⁵

HD återgick sedan till varumärkesinrånget och angav att det i avsaknad motivuttalanden och tidigare praxis från HD inte fanns stöd för att särbehandla brottet på grund av dess art. Riksåklagaren argumenterade för den motsatta slutsatsen och påpekade (bland annat) att brottsligheten ökat, var lukrativ och svårupptäckt. HD konstaterade dock att argumenten inte var tillräckliga i den mån de ens kunde beaktas.²⁶

2.5.2 NJA 1999 s. 561

I detta mål bedömde HD påföljdsvalet för två personer som var dömda för *mened* respektive anstiftan till *mened*. HD konstaterade att *menedsbrott* i regel var av sådan art att det förelåg en mycket stark fängelsepresumtion. Vilket motiverades av att brottstypen innefattade ett beteende som visade på en bristande respekt för rättsväsendet och som påverkade möjligheterna för att upprätthålla ett effektivt och tillförlitligt rättsväsende negativt.²⁷

²² NJA 2014 s. 559 p. 27.

²³ Ibid. p. 31.

²⁴ Ibid. p. 32.

²⁵ Ibid. p. 33.

²⁶ Ibid. p. 19 och 34.

²⁷ NJA 1999 s. 561 (på s. 571).

HD konstaterade dock att brottstypen inte alltid var avgörande för om brottslighetens art innebar att fängelse skulle följa vid påföljdsvalet. Fängelsepresumtionens styrka kunde variera utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa omständigheter kunde leda till slutsatsen att det inte alls fanns särskilt starka skäl för fängelse, även om brott med motsvarande rubricering i regel straffades med fängelse med hänvisning till art. Men även den motsatta situationen kunde vara för handen. Utrymmet för dessa individuella bedömningar skiftade "självfallet" beroende på brottstypen enligt HD. Främst skulle domstolen ta hänsyn till omständigheter vid brottet, men även personliga förhållande var av relevans för bedömningen.²⁸

2.5.3 NJA 2012 s. 650

Målet gällde bland annat påföljdsval vid *narkotikabrott*. HD angav att narkotikabrott av normalgraden i praxis ofta ansågs vara av sådan art att ett fängelsestraff presumerades. Vid normalgradiga narkotikabrott som var mindre allvarliga, framför allt vid innehav för eget bruk, fanns det däremot utrymme för valet av en icke frihetsberövande påföljd. Som allmän utgångspunkt ansågs en villkorlig dom förenad med dagsböter eller skyddstillsyn komma på fråga vid straffvärden motsvarande en månads fängelse. På grund av att skyddstillsynen kunde förenas med en rad föreskrifter och generellt ansågs vara mer ingripande än en villkorlig dom kunde det finnas större utrymme för valet av skyddstillsyn som påföljd.²⁹

HD angav att det som allmän utgångspunkt fanns förutsättningar för valet av en icke frihetsberövande påföljd, trots brottslighetens art, om det gick att förena påföljden med samhällstjänst. Detta även vid narkotikabrottslighet med straffvärden motsvarande tre månaders fängelse. Det förutsatte att brottsligheten väsentligen bestått av innehav för eget bruk. I fall med högre straffvärden eller distribution av narkotika med straffvärden motsvarande tre månaders fängelse skulle fängelsestraff i regel presumeras. HD utslöt dock

²⁸ NJA 1999 s. 561 (på s. 571–573).

²⁹ NJA 2012 s. 650 p. 8–9.

inte att det fanns visst utrymme att i dessa fall döma till skyddstillsyn om det förelåg särskilda skäl.³⁰

2.5.4 NJA 1995 s. 89 I

Beträffande påföljdsvalet vid *dopningsbrott* angav HD att det av förarbetena framgick att brottet inte skulle bedömas lika strängt som narkotikabrott. Det saknades uttalanden i fråga om dopningsbrott skulle särbehandlas med hänvisning till brottslighetens art. HD påpekade att farorna förenade med användning av dopningspreparat var av betydelse vid valet av påföljd och betonade de psykiska och fysiska risker som belysts i förarbetet och inhämtade yttranden. HD betonade sedan vikten av att stoppa spridningen av dopningsmedel vilket innebar att ”Särskilda allmänpreventiva synpunkter gör sig därför gällande när påföljd för dopningsbrott skall bestämmas.” Med denna bakgrund ansåg HD att dopningsbrott som inte var ringa och som innefattade överlåtelse eller annan förmedling i större kvantiteter innebar att fängelsestraff normalt skulle presumeras på grund av brottslighetens art. Särskilda skäl kunde föranleda en annan slutsats i enskilda fall.³¹

2.5.5 NJA 2015 s. 386

Målet gällde bland annat påföljdsvalet för *misshandel*. Gärningens straffvärde motsvarade fängelse i en månad. HD hänvisade till tidigare praxis där domstolen, i flertalet fall, uttalat att en misshandel av normalgraden i regel medförde ett fängelsestraff. Däremot följde det även av domstolens praxis att misshandelns närmare karaktär och omständigheterna kring brottet behövde beaktas vid valet av påföljd. Det fanns många exempel i praxis där en icke frihetsberövande påföljd valdes, i dessa fall var misshandeln inte av allvarigare beskaffenhet. I det aktuella fallet talade det faktum att misshandeln skedde i hemmet för fängelse, men då det rörde sig om mindre allvarliga skador och gärningsmannen tidigare var ostraffad valdes en villkorlig dom.³²

³⁰ NJA 2012 s. 650 p. 10–11.

³¹ NJA 1995 s. 89 I (på s. 98–99).

³² NJA 2015 s. 386 p. 11–14.

2.5.6 NJA 2022 s. 23

Målet gällde brottet *människoexploatering*. Gärningens straffvärde motsvarade fyra månaders fängelse. HD skulle därav pröva om straffvärdet och brottslighetens art innebar att ett fängelsestraff krävdes.³³ HD betonade att det fanns ett begränsat utrymme för att genom rättsutveckling särbehandla ytterligare brottstyper med hänvisning till art och refererade till NJA 2014 s. 559.³⁴

Det saknades uttryckliga förarbetsuttalanden som angav att människoexploatering i regel medförde ett fängelsestraff på grund av brottets art. HD betonade dock att det framgick av förarbetet att kriminaliseringen syftade till att sanktionera gärningar som allvarligt kränkte individers frihet, frid och mänskliga värdighet. HD påpekade att lagstiftaren i förarbetet belyste sambandet mellan människoexploatering och människohandel. Det framgick att människoexploatering kunde aktualiseras när individer som hade varit föremål för människohandel utnyttjades av en person som inte hade bedrivit människohandeln.³⁵ Det fanns även stöd i praxis för att särbehandla brott med ”fridstörande moment i form av olaga tvång” på grund av brottets art. Med denna bakgrund angav HD att brottslighetens art skulle tillmätas viss betydelse vid valet av påföljd för människoexploatering. En fängelspresumtion krävde i regel ett straffvärde motsvarande sex månaders fängelse. Vid lägre straffvärden var integritetskränkningen i det enskilda fallet avgörande vid påföljdsvalet.³⁶

2.6 Brottslighetens art i litteratur och

³³ NJA 2022 s. 23 p. 35 och 37.

³⁴ Ibid. p. 38.

³⁵ Ibid. p. 40.

³⁶ Ibid. p. 41–43.

artiklar

I detta avsnitt följer en genomgång av litteratur och rättsvetenskapliga artiklar som behandlat brottslighetens art.

I litteraturen har Nils Jareborg och Josef Zila uttalat sig i frågan. Författarna konstaterade att de av statistiken kunde utläsa att fängelsestraff dömdes ut trots att brottets straffvärde inte talade för ett fängelsestraff med varierande frekvenser (mellan brottstyper). De högsta frekvenserna av fängelsestraffen dömdes ut vid mened och brott mot utlänningslagen. Höga andelar fängelsestraff dömdes även ut vid exempelvis grovt rattfylleri, narkotikabrott och våld mot tjänsteman. Brotstyperna kunde tilldelas artvärden som baserades på fängelsefrekvenserna.³⁷

Jareborg och Zila var dock skeptiska till att tillskriva brottstyper artvärden. En första invändning var att statistiken endast visade hur domstolarna agerade. Statistiken gav ingen information i fråga om domstolarna handlade ”rätt” och framförde hållbara motiveringar för sitt handlande. Författarnas andra invändning var att artvärden oftast inte gav någon nyttig information till stöd för enskilda bedömningar. För att identifiera ett artbrott behövde man kunna tillämpa vissa kriterier, dessa gav artvärden ingen information om. Enligt författarna var brottets art något som hänförde sig till underklasser av brottstyper. Enligt praxis var ett typiskt artbrott en oprovocerad misshandel som skedde utomhus på natten mot en kvinna och som framkallade rädsla. Men även om ett offer inte blev rädd och var en man förelåg ett artbrott. Jareborg och Zila menade att ”artvärdet” för en brottstyp endast var vägledande när fängelsefrekvensen var så pass hög att alla typfall bestraffades med fängelse, såsom vid mened och brott mot utlänningslagen.³⁸

Enligt Jareborg och Zila var en grundläggande svaghet, med begreppsbildningen kring brottslighetens art, att det var osäkert vilka omständigheter som räckte till för att konstatera att ett artbrott var för handen. Vidare kritiserades idén om allmänprevention som motiverade

³⁷ Jareborg & Zila (2020) s. 145.

³⁸ Ibid. s. 145.

artkonstruktionen. Det saknades empirisk grund för att fängelsestraff, i stället för icke frihetsberövande alternativ, gav några allmänpreventiva effekter. Enligt Jareborg och Zila var det hela ett exempel på expressiv allmänprevention.³⁹

Brottslighetens art har även behandlats i litteraturen av Martin Borgeke och Mikael Forsgren. Enligt författarna var utgångspunkten för prövningen, beträffande om brottslighetens art ansågs tala för ett val av fängelse, den enskilda gärningen. Författarna angav dock att det för vissa brottstyper hänvisades till brottslighetens art betydligt oftare än för andra. Ett exempel var mened där brottets art i regel eller till och med undantagslöst talade för fängelse. Brottsstypen kunde utgöra en utgångspunkt, med förbehåll för att omständigheterna i det enskilda fallet måste beaktas.⁴⁰ Vidare belyste författarna med hänvisning till statistik bestraffande påföljdsvalet för mened (83 % fängelsestraff), misshandel av normalgraden (22% fängelsestraff) och bokföringsbrott av normalgraden (3% fängelsestraff) att brottets art talade för fängelse med olika styrka för olika brottstyper. Det rörde sig om stora variationer i fängelsefrekvensen för tre brottstyper där art kunde återopas vid påföljdsvalet.⁴¹

Borgeke och Forsgren listade sedan en rad omständigheter som ansågs vara relevanta för att bedöma om brottets art talade för fängelse. Att brottsligheten fått en större utbredning angavs uttryckligen i propositionen till påföljdsbestämmningsreformen som ett skäl för en skärpt påföljdspraxis. Författarna var dock skeptiska till huruvida strängare påföljdsval skulle kunna medföra några allmänpreventiva effekter i dessa fall. De påpekade även att domstolarna inte konsekvent skärpte påföljdspraxisen när en viss typ av brottslighet fått en större utbredning. En annan omständighet som nämndes i propositionen var att brottsligheten blev mera elakartad. Det var en omständighet som typiskt påverkade straffvärdet för en gärning och därigenom valet av påföljd enligt författarna. Däremot ansåg de inte att ett strängare påföljdsval borde motiveras med hänvisning till brottslighetens

³⁹ Jareborg & Zila (2020) s. 145–146.

⁴⁰ Borgeke & Forsgren (2021) s. 351.

⁴¹ Ibid. s. 352–353.

art.⁴² Att brottsligheten var svår att upptäcka och förebygga, kunde motivera ett strängare påföljdsval enligt författarna. Detta byggde på allmänpreventiva argument. Författarna påpekade att man borde vara försiktig när man låter dessa argument få genomslag vid påföljdsvalet eftersom det var osäkert om strängare påföljdsval lede till allmänpreventiva effekter. Författarna landade dock i att brottslighet som var svår att upptäcka eller förebygga borde kunna motivera ett strängare påföljdsval med hänvisning till brottslighetens art. Beträffande brott som innebar ett angrepp på den personliga integriteten angav Borgeke och Forsgren att detta med stöd av uttalanden i SOU 1995:91 var en omständighet av betydelse vid bedömningen, vilket sedan bekräftades i praxis.⁴³

En sista omständighet som listades var brott som innebar ett åsidosättande av respekten för rättsväsendet. Omständigheten talade ofta starkt för ett fängelsestraff med hänvisning till brottslighetens art. Borgeke och Forsgren påpekade därefter att det kunde framföras invändningar mot var och en av dessa omständigheter. Tidigare författare hade försökt men ingen hade på ett övertygande sätt lyckats förklara vilka faktorer som var av relevans för att bedöma om brottslighetens art talade för fängelse.⁴⁴

Borgeke och Forsgren konstaterade vidare att det troligtvis inte gick att finna en minsta gemensam nämnare för de brott som särbehandlades med hänvisning till art. Rättstillämpningen byggde på en på en äldre påföljdsvalstradition baserad på ett allmänpreventivt tänkande med straffrättspolitiska inslag. Författarna placerade sedan in olika brottstyper på en ”artvärdeesskala” som angav ungefär hur brottslighetens art tillämpades av domstolarna. De listade en rad reservationer angående vilka felkällor som kunde förekomma. Då det fanns ett tillräckligt brett underlag med relativt konstanta procentsatser från år till år ansågs underlaget kunna stämma väl

⁴² Borgeke & Forsgren (2021) s. 356–358.

⁴³ Ibid. s. 358–359.

⁴⁴ Ibid. s. 360–361.

överens med hur brottslighetens art hanterades av domstolarna (se Bilaga A).⁴⁵

Brottslighetens art kommenterades av Martin Borgeke i SvJT 1999. Borgeke konstaterade att brottslighetens art behandlades mycket kort i propositionen till påföljdsbestämmningsreformen. Borgeke ifrågasatte detta, dels då frågan var av stor betydelse, dels då ett syfte med reformen var att ge domstolarna större vägledning vid valet av påföljd. Borgeke menade även att det oftast inte gick att avgöra om en viss brottstyp var ett s.k. artbrott, då enbart en brottsbeteckning var otillräcklig.⁴⁶ Man kunde visserligen, med stöd av statistiken och studier av domar, konstatera att vissa brottstyper kunde kallas artbrott. Åtminstone om man med artbrott avsåg brottstyper som oftare än andra ledde till fängelsestraff med hänvisning till brottets art.⁴⁷

Borgeke introducerade sedan begreppet ”artvärde”, med (bland annat) följande exempel på brottstyper som i regel hade ett mycket högt artvärde mened, narkotikabrott och grövre trafikbrott. Vid ett mycket högt artvärde krävde ett fängelseval normalt endast att straffvärdet legat på fängelsenivå. En andra kategori var brottstyper som ofta hade ett medelhögt artvärde, exempelvis misshandel av normalgraden och olaga hot. I dessa fall krävdes det normalt ett något högre straffvärde eller en återfallsfaktor för en fängelsepresumtion. En tredje kategori var brottstyper som hade ett artvärde, men artvärdet var måttligt i jämförelse, exempelvis bokföringsbrott och skadegörelse. I dessa fall förutsatte en fängelsepresumtion (i regel) återfall i nära tid och/eller ett straffvärde klart över allmänna fängelseminimum.⁴⁸

Avslutningsvis konstaterade Borgeke att någon slutsats kring vilka egenskaper som förenade artbrotten nog var näst intill omöjlig att nå. Brottslighetens art var inte ett begrepp eller en egenskap hos vissa gärningar eller brottstyper. Brottslighetens art utgjorde snarare ett verktyg som tillkommit för att tillfredsställa en politisk vilja, strängare straff för vissa

⁴⁵ Borgeke & Forsgren (2021) s. 363–364 och 368–69; Bilaga A.

⁴⁶ Borgeke (1999) s. 220–222.

⁴⁷ Ibid. s. 228.

⁴⁸ Ibid. s. 230.

brott. Borgeke ansåg att ett system där påföljdsvalet bestämdes utifrån straffvärde och tidigare brottslighet skulle vara till fördel för domstolarna och rättsläget klarhet. Det var dock osäkert om en sådan reform kunde genomföras.⁴⁹

Ett annat inlägg i debatten gjordes av Petter Asp i SvJT 2003. Asp påpekade att den teoretiska och kriminalpolitiska grund som institutet brottslighetens art vilade på var oklar. Empiriska undersökningar visade inte att måttliga straffskärpningar medförde några större allmänpreventiva effekter. Asp försökte sedan förklara detta med ett kortare (förnuftsbaserat) resonemang, allmänpreventiva effekter förutsatte att en presumtiv brottsling: (1) kände till praxis, (2) handlade rationellt, (3) trodde att det fanns en beaktansvärd risk för att bli upptäckt, och (4) uppfattade skillnaden i stränghet (vid valet av påföljd) som ett skäl för att handla annorlunda. Enligt Asp kunde man befara negativa allmänpreventiva effekter, på lika goda grunder som man kunde förvänta sig positiva sådana. Individer kunde möjligen tappa tilltron till ett system som spärrade in narkotikamissbrukare men lät personer som begick grova förmögenhetsbrott komma undan med en villkorlig dom.⁵⁰

Asp ansåg att den mest sannolika förklaringen, till det ”klara straffrättspolitiska behovet” av brottslighetens art, var att det relativt humana systemet som vi hade i Sverige ibland behövde ta till med hårdhandskarna. Asp utvecklade denna ståndpunkt ”Tillspetsat uttryckt innebär detta att värnpliktsvägraren och den inte helt hederlige jägaren sätts i fängelse för att 500 000 kronors-bedragaren skall kunna få villkorlig dom”. Detta motiverade institutet som Asp ansåg vara politiskt omöjligt att avskaffa. Asp angav dock därpå att brottslighetens art möjligen skulle kunna avskaffas om man sänkte tumregeln, då straffvärdet i sig kunde motivera en fängelsepresumtion, från ett år till sex månader. Vid straffvärden mellan sex månader och ett år föreslogs att ett alternativ till fängelse kunde vara förstärkta icke frihetsberövande påföljder.⁵¹

⁴⁹ Borgeke (1999) s. 238–239.

⁵⁰ Asp (2003) s. 147–148.

⁵¹ Ibid. s. 148–149.

Asp räknade sedan upp en rad skilda synsätt enligt vilka man teoretiskt kunde beskriva brottslighetens art och angav att det saknades en samsyn i fråga om vad som utgjorde gällande rätt. Asp ställde sig frågande till om domstolarna hade någon enhetlig uppfattning om vad brottslighetens art innebar.⁵²

Enligt Asp var det inte lämpligt att i rättspraxis peka ut nya omständigheter som artrelevanta, av den enkla anledningen att art inte kunde definieras. Detta var problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv; valet mellan fängelse och en icke frihetsberövande påföljd var beroende av ett begrepp som ingen lyckades förklara. Ett begrepp som dessutom vilade på en oklar straffrättspolitisk grund. Dessa osäkerheter utgjorde skäl nog för att tillämpa brottslighetens art restriktivt. Rättsutvecklingen borde lämnas åt HD för att undvika inflation, uppnå enhetlighet och konsekvens. Restriktiviteten skulle inte förbättra institutet, utan snarare minimera dess skador. Osäkerheterna kring innebörden av brottslighetens art talade i Asps mening mot ett artvärdetänk i linje med det som Borgeke föreslagit. Artvärden förutsatte att man skulle mäta och gradera något som inte kunde definieras. Ett bruk av art i förhållande till brottstyper eller underklasser av brottstyper möjliggjorde åtminstone en tydlig rättspraxis.⁵³

Avslutningsvis angav Asp brottslighetens art borde tillämpas restriktivt, dels då man inte utan goda skäl borde påföra individer lidande, dels då man inte utan goda skäl borde komplicera det straffrättsliga systemet.⁵⁴

Stefan Reimer kommenterade påföljdssystemet i SvJT 2010. Reimer påpekade inledningsvis att inte endast de professionella aktörerna som verkade inom systemet behövde förstå det. Det behövde även brottsoffer, misstänkta gärningsmän, media och allmänheten i stort. En förståelse och acceptans för systemets grundläggande principer krävdes för att systemet skulle framstå som legitimt och rättvist. Enligt Reimer bestod systemet av en rad grundläggande principer: rättvisepincipen som tydliggjorts genom kravet på en enhetlig rättstillämpning, 29 kap. 1 § BrB, humanitetsprincipen som

⁵² Asp (2003) s. 150–151.

⁵³ Ibid. s. 151–152.

⁵⁴ Ibid. s. 153.

framgick av presumtionen mot fängelse, 30 kap. 4 § första stycket BrB, förutsebarhetsprincipen som framgick av att grundtanken bakom påföljdsbestämmningsreformen var att skapa klarhet i påföljdsvalet och straffmätningen, samt proportionalitetsprincipen som manifesterats genom att brottets straffvärde skulle vara ledande vid valet av påföljd och straffmätning. Principerna hade i viss mån fått genomslag men det kvarstod oklarheter och otydligheter.⁵⁵

Reimer ansåg att presumtionen mot fängelse hade undergrävts genom en expansiv tillämpning av brottslighetens art som skäl för fängelse, vilket innebar att större fokus lagts på hur starka skälen för fängelse var i stället för att utgå från huvudregeln. Brottslighetens art hade flyttat fokus från straffvärdet och ”vänt upp och ned på systemet” som egentligen byggde på straffvärde och den nyklassiska tanken med mer ingripande påföljder för allvarligare brott.⁵⁶

Reimer konstaterade att brottslighetens art var en svårgripbar företeelse. Det var problematiskt att det saknades en bestämmelse som angav vilka omständigheter var relevanta för bedömningen av brottslighetens art. Till lagstiftarens försvar skulle det vara svårt att skapa en sådan lagregel enligt Reimer. I praxis fanns det gott om exempel där straffvärdesomständigheter legat till grund för bedömningen. En eventuell lösning kunde vara att precisera och snäva av tillämpningsområdet för brottslighetens art.⁵⁷ Reimer presenterade avslutningsvis en skiss på ett reformerat system där brottslighetens art inte ensamt kunde motivera fängelsestraff och där återfall och icke frihetsberövande påföljder fick en mer framträdande roll.⁵⁸

⁵⁵ Reimer (2010) s. 507.

⁵⁶ Ibid. s. 508–509.

⁵⁷ Ibid. s. 511–512.

⁵⁸ Ibid. s. 512–514.

3 Analys och slutsats

3.1 Artbrott, vad och varför

Brottsligheten art är en omdebatterad del av straffrättens påföljdssystem. Det har gjorts åtskilliga försök att kartlägga begreppet och försöken beskrivs i princip uteslutande som misslyckade.

En rad slutsatser kan dock dras. Brottslighetens art kan ensamt motivera kortare fängelsestraff i avsaknad av andra skäl. 30 kap. 4 § andra stycke BrB är som ovan nämnts (2.1) uttömmande och det kan argumenteras för att konstruktionen fyller ett legitimt syfte. För att nå denna slutsats måste man dock anse att det krävs ett verktyg för att motivera kortare fängelsestraff, eller närmare bestämt måste man anse att korta fängelsestraff är önskvärda. Vidare kan man konstatera att de flesta tycks vara överens om att propositionen som legat till grund för bestämmelsen är knapphändig och otydlig samt att avsaknaden av uttrycklig ledning i lagtext inte gjort tillämpningssvårigheterna lättare att överkomma. Detta tycks ha lett till att tillämpningsområdet – för brottslighetens art – har växt sedan introduktionen 1989. Den del av utvecklingen som skett genom rättspraxis kan däremot ha bromsat in efter HD:s uttalanden i NJA 2014 s. 559. Samtidigt fortsätter lagstiftaren att utvidga tillämpningsområdet genom förarbetsuttalanden, se avsnitt 2.4.4–5.

Det tycks även stå klart att introduktionen och expansionen av brottslighetens art i huvudsak har motiverats av förväntade allmänpreventiva effekter. Brottslighetens art är ett resultat av att man vid påföljdsbestämningsreformen ansåg sig behöva behålla möjligheten att särbehandla vissa brott av allmänpreventiva skäl. Oavsett vilka omständigheter som åberopas för att motivera ett fängelsestraff (med hänvisning till art) behöver det dock påpekas att det är osäkert om en konsekvent strängare påföljdspraxis medför allmänpreventiva effekter. Man kan argumentera för att en strängare påföljdspraxis, med hänvisning till art, är försök till allmänprevention. De allmänpreventiva argumenten står dock och faller på frågan om kortare fängelsestraff medför allmänpreventiva effekter. I min mening är detta ett

grundläggande problem med preventionstanken, eftersom det tycks saknas empiriskt stöd för att en strängare påföljdspraxis för vissa brott minskar brottsligheten. I bästa fall tycks det handla om försök till allmänprevention. I avsaknad av empiriskt stöd antog lagstiftaren att strängare straff medförde allmänpreventiva effekter. I värsta fall var lagstiftaren likgiltig till vilka effekter en strängare påföljdspraxis faktiskt fick. Straffen legitimeras med hänvisning till allmänpreventiva effekter oavsett om man faktiskt trott att det skulle resultera i minskad brottslighet. Avsaknad av empiriskt stöd innebär dock inte att ett argument bör grundas på att saken stämmer, inte heller på dess motsats, ingetdera är hållbart.

På grund av den osäkerhet som råder på området har tidigare författare tagit sig friheten att argumentera för hur de anser att rättsläget bör vara. I det följande kommer jag ta ställning i frågan.

Jag instämmer med Asp, Jareborg och Zila i fråga om artvärdens lämplighet. Borgeke har både i sin artikel och i doktrin försökt kvantifiera olika brottstypers artvärden. Han påpekar vilka felkällorna är för att sedan försöka placera in brottstyper på en skala utifrån art. Som Asp påpekar blir resultatet missvisande, visst kan man peka på en siffra, en andel utdömda fängelsestraff exempelvis. Men eftersom begreppet som ska kvantifieras inte kunnat definieras är detta inte meningsfullt. Artvärdesskalan kan brukas för att avgöra vilka gärningar som i regel bedöms som artbrott, men det framgår inte vilka faktorer som konstruerat de enskilda gärningarnas art. Därav bidrar artvärden inte med någon information i fråga om begreppets rättsliga innebörd. Om man ska tillämpa art som skäl för fängelse bör man i min mening ha tydligt stöd för det i förarbeten eller rättspraxis. Stödet bör vidare bestå av att de artrelevanta omständigheterna har utpekats som exempel på artrelevanta omständigheter. Vid friare resonemang kring allmänprevention finns det dels en risk för att tillmäta omständigheter som har påverkat straffvärdet betydelse även vid valet av påföljd, dels en risk för en expansiv och osäker rättstillämpning.

Då det saknas stöd för att strängare påföljdsval leder till allmänpreventiva effekter bör man inte kunna tillskriva nya omständigheter ”artvärde” med hänvisning till de förarbetsuttalanden som byggt på sådana resonemang. I denna del får förarbetet till reformen 1989 bära en del av skulden. Det framgår delvis att domstolen inte ska göra några bedömningar kring allmänprevention, samtidigt som det skulle finnas visst utrymme för att utvidga tillämpningen av brottslighetens art. Domstolen skulle kunna beakta behovet av normbildning, men de skulle inte längre bedöma de förväntade preventiva effekterna av en ny linje i praxis. I teorin kan då en strängare påföljdspraxis bygga på ett normbildningsbehov som inte påverkas av en strängare påföljdspraxis. Domstolen kan konstatera att det föreligger ett behov av normbildning då brottsligheten blivit mer utbredd, samtidigt som man inte ska bedöma effekten av en strängare linje i praxis. Fängelsestraffen motiveras inte av gärningarnas straffvärden eller tidigare brottslighet, utan av brottstypens frekvens. En frekvens som möjligen inte alls påverkas av en konsekvent strängare linje i praxis. Om en strängare påföljdspraxis inte får några allmänpreventiva effekter måste man ställa sig frågande till vad normbildningsbehovet består av. Kanske av en politisk önskan om hårdare straff som Asp föreslog. I sådant fall motiveras straffen på andra grunder än de lagstiftaren utgett.

Frågan som kvarstår att besvara är om det går att dra några slutsatser kring vad brottslighetens art innebär. Finns det någon gemensam nämnare för de s.k. ”artbrotten”. Om man studerar litteraturen, HD:s rättspraxis och uttalanden i olika förarbeten är det svårt att hitta en gemensam nämnare för de olika brotten. Det som knyter brotten samman är inga brottsinterna omständigheter, utan som regeringen angav (2.4.1), att ett fängelse presumeras vid valet av påföljd. Presumptionens styrka kan variera mellan brottstyper och enskilda handlingar, faktorerna av relevans för bedömningen varierar, men ett fängelsestraff kan motiveras med hänvisning till brottets art.

Om man i stället försöker identifiera faktorerna som är av relevans för att avgöra om rekvisitet kan tillämpas är en gemensam nämnare svårare att hitta. Rekvisitet brottslighetens art kan i min mening inte ges en definitiv definition,

begreppet är för mångfasetterat. I min mening kan man däremot (något förenklat) dela upp artbrotten i två olika typfall. Uppdelningen bygger på uttalanden om hur bedömningen i regel bör ske. Slutsatsen har i min mening stöd i HD:s praxis, förarbeten och i litteraturen. HD har påpekat att det rör sig om en bedömning som ska ske från fall till fall, men samtidigt utgör den aktuella brottstypen utgångspunkten för bedömningen.

Kategori 1: Fall där den bedömningen i det enskilda fallet tycks ske i andra hand. I dessa fall har brottstypen (i regel) så pass starka inslag av art att utgångspunkten tycks vara fängelsestraff. Ett typexempel är mened. Resonemangen utgår, i strid med presumtionen mot fängelse, från att det föreligger en fängelsepresumtion. Den mer individualiserade bedömningen tar i stället sikte på om det föreligger omständigheter som kan bryta denna presumtion. I teorin motiveras detta troligen av att en gärning av detta slag, för att uppfylla brottsbeskrivningen, innehåller omständigheter som omkullkastar presumtionen mot fängelse. Om brottsbeskrivningen för mened är uppfylld har gärningsmannen åsidosatt respekten för rättsväsendet och därav omkullkastat presumtionen mot fängelse. Liknande resonemang kan föras beträffande grova rattfylleribrott, där det finns stöd för slutsatsen i regeringens uttalanden i propositionen som nämnts ovan i 2.4.1.

Kategori 2: Fall av mer blandad karaktär. Hit hör i min mening majoriteten av brotten vars art kan motivera ett fängelsestraff. Den enskilda gärningen utgör utgångspunkten för bedömningen, men för vissa underklasser av brott kan bedömning med stöd av praxis eller förarbetsuttalanden komma att likna den i kategori 1. Ett exempel som faller in under kategorin är dopningsbrott av normalgraden där förmedling av preparatet med stöd av NJA 1995 s. 89 I kan innebära att fängelsestraff presumeras. Detsamma gäller för bokföringsbrott av normalgraden där fängelsestraff kan presumeras om det förelegat uppsåt, vilket bygger på förarbetsuttalanden och rättspraxis (2.4.3). Ett annat exempel är de typer av miljöbrott som nämns i propositionen till miljöbalken (2.4.2). Även vissa fall av misshandel innebär att ett fängelsestraff presumeras (exempelvis oprovocerad gatumisshandel av normalgraden). De avgörande omständigheterna för att bedöma om brottets

art talar för fängelse är i dessa fall inte en förutsättning för att uppfylla av brottsbeskrivningen, utan framgår av förarbeten eller rättspraxis. Inom brottsbeskrivningarna ryms dels dessa gärningar, dels andra gärningar. Fängelsefrekvenserna för dessa brott varierar mycket, något som flera författare påpekat. Variationerna har av HD och Borgeke förklarats av att olika brottstyper har olika artvärden som avgör vid vilka straffvärden som fängelse i regel presumeras.

3.2 Dags för en reform?

Jag kan inte annat en instämma med de författare som argumenterat för en restriktiv tillämpning av brottslighetens art. Samhällets mest ingripande påföljd kan inte fortsatt motiveras av ett begrepp som ingen riktigt tycks begripa. Däremot ställer jag mig skeptisk till de pessimistiska utspel som Asp, Borgeke och Reimer ger uttryck för i olika utsträckning. De kritiserar brottslighetens art på goda grunder, för att sedan lite hopplöst konstatera att systemet nog inte kan reformeras. Ett förslag till reform har som nämnts ovan presenterats i SOU 2012:34. Det faktum att förslaget inte resulterat i lagstiftning kan möjligen tas i intäkt för att systemet är svårförändrat, vilket författarna ovan påpekat.

En lösning kan vara att inskränka brottslighetens arts tillämpningsområde som Asp och Reimer föreslagit. En annan lösning skulle kunna vara att helt avskaffa brottslighetens art. Fängelse skulle kunna motiveras genom återfall och straffvärde. Om en gärning anses vara så pass förkastlig att ett fängelsestraff måste följa bör det framgå direkt av lagtexten. Ett annat alternativ är att höja minimistraffen för de brott lagstiftaren anser vara särskilt allvarliga. Det skulle ge tydlighet på bekostnad av längre fängelsestraff för de aktuella brotten.

I min mening bör det tillsättas en utredning med målet att nå en slutsats i fråga om påföljdsvalets allmänpreventiva effekter. Därefter bör systemet utformas utifrån detta resultat. Det påföljdsval som i störst utsträckning leder till minskad brottslighet bör väljas. Om man inte når ett definitivt resultat kan inte brottslighetens art fortsatt motiveras fängelsestraff med hänvisning till

förväntade allmänpreventiva effekter. Brottslighetens art som skäl för fängelse måste i sådant fall motiveras på grund av en politisk önskan om hårdare straff. En önskan som då inte fortsatt kan maskera sig bakom förhoppningar om minskad brottslighet. Fängelsestraffet borde kräva ett starkt stöd, det kan inte byggas på hypoteser och förhoppningar.

Bilaga A

	art (artvärde)	
mened	↑	97% (83%)
grovt rattfylleri		92% (55%)
vapenbrott		80% (52%)
skattebrott		71% (11%)
misshandel		66% (22%)
narkotikabrott		61% (42%)
alkohollagen		59% (20%)
kontaktförbud		56% (47%)
våld eller hot mot tjänsteman		54% (25%)
stöld		37% (34%)
olaga hot		29% (16%)
skadegörelse		26% (18%)
urkundsförfalskning		16% (7%)
bokföringsbrott		13% (3%)

Bild 4.4. Procent fängelse, sluten ungdomsvård, villkorlig dom med samhällstjänst samt skyddstillsyn med samhällstjänst, kontraktsvård eller 28:3-fängelse av de som år 2019 dömdes till fängelse, sluten ungdomsvård, skyddstillsyn eller villkorlig dom med de angivna brotten som huvudbrott. Uppgifterna inom parentes avser procent fängelse,

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Utredningsbetänkanden

SOU 2012:34 Nya påföljder.

Propositioner

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

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

Prop. 1997/98:45 Miljöbalk.

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

Prop. 2018/19:155 Ett stärkt straffrättsligt skydd för blåljusverksamhet och myndighetsutövning.

Prop. 2021/22:133 En samlad straffrättslig terroristlagstiftning.

Rättsfall

NJA 1995 s. 89 I.

NJA 1999 s. 561.

NJA 2012 s. 650.

NJA 2014 s. 559.

NJA 2015 s. 386.

NJA 2022 s. 23.

Litteratur

Andersson, Jan & Grevholm, Erik (2010), 'Vilka preventiva vinster kan förändringar av straffrätten och påföljdssystemet ge?' *SvJT* s. 463–473. [cit. Andersson & Grevholm (2010)].

Asp, Petter (2003), 'Brottslighetens art' – kommentar till Dag Victors och Andrew von Hirschs uppsatser.' *SvJT* s. 136–153. [cit. Asp (2003)].

Borgeke, Martin (1999), 'Brottets art – några tankar kring en svårgripbar företeelse.' *SvJT* s. 218–240. [cit. Borgeke (1999)].

Borgeke, Martin & Forsgren, Mikael (2021), *Att bestämma påföljd för brott*. 4 uppl., Stockholm: Nordstedts Juridik. [cit. Borgeke & Forsgren (2021)].

Borgeke, Martin & Hansson, Björn & Månsson, Catharina (2022), *Studier rörande påföljdspraxis med mera*. 7 uppl., Stockholm: Jure. [cit. Borgeke, Hansson & Månsson (2022)].

Jareborg, Nils & Zila, Josef (2020), *Straffrättens påföljdslära*. 6 uppl., Stockholm: Nordstedts Juridik. [cit. Jareborg & Zila (2020)].

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur. [cit. Nääv & Zamboni (2018)].

Reimer, Stefan (2010), 'Påföljdssystemet – en legal infrastruktur' *SvJT* s. 506–516. [cit. Reimer (2010)].