

# Artbrotten från praktisk synpunkt

Av departementsrådet ANDERS PERKLEV

## **Inledning**

Rekvisitet brottslighetens art i 30 kap. 4 § brottsbalken vållar utan tvivel svårigheter både för rättstillämparen och för den som vill sätta sig in i påföljdssystemets konstruktion. I denna artikel diskuteras från praktiska och kriminalpolitiska utgångspunkter vilka möjligheter som finns att genom lagstiftning komma till rätta med dessa svårigheter.

## **Den nuvarande artbrottskonstruktionen**

30 kap. 4 § brottsbalken handlar om val av påföljd för brott, i praktiken valet mellan å ena sidan fängelse och å andra sidan villkorlig dom eller skyddstillsyn. Enligt paragrafens första stycke skall rätten vid påföljdsvalet fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Bestämmelsen kan sägas utgöra en presumtion för att någon annan påföljd än fängelse skall väljas i första hand. I paragrafens andra stycke anges tre kriterier som får åberopas för att bryta denna presumtion, nämligen brottslighetens straffvärde, dess art samt gärningsmannens tidigare brottslighet.

Av 29 kap. 1 § brottsbalken följer att straffvärdet bestäms med utgångspunkt från den tillämpliga straffskalan och med särskilt beaktande av den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. Enligt praxis torde ett straffvärde motsvarande omkring ett års fängelse vara tillräckligt för att bryta presumptionen mot fängelse.

Med gärningsmannens tidigare brottslighet avses givetvis endast sådana brott som han eller hon i tidigare dom eller beslut förklarats skyldig till. För att kunna bryta presumptionen krävs att det är fråga om likartad brottslighet och att de tidigare brotten inte ligger alltför långt tillbaka i tiden.

När varken brottslighetens straffvärde eller gärningsmannens tidigare brottslighet motiverar det kan alltså presumptionen mot fängelse ändå brytas, om det är motiverat med hänsyn till brottslighetens art. Till skillnad från begreppet straffvärde är emellertid vad som avses med brottslighetens art inte närmare definierat i lagstiftning. Inte heller anges hur rätten skall gå till väga för att fastställa om ett visst brott är av sådan art att det bör föranleda fängelse istället för villkorlig dom eller skyddstillsyn. I förarbetena till den nuvarande lydelsen av 30 kap. 4 § brottsbalken behandlas endast sparsamt skälen för införande av brottslighetens art som ett kriterium för påföljdsvalet. I huvudsak talas om sådan brottslighet som enligt tidigare praxis med

hänsyn till allmänpreventiva skäl föranlett korta fängelsestraff. Som exempel anges bl.a. rattfylleri, vissa former av misshandel och våld mot tjänsteman samt vissa typer av skattebrott (prop. 1987/88:120 s. 100).

Av praxis följer att det främst är förmögenhetsbrotten som i princip aldrig bedöms vara av sådan art att påföljden skall bestämmas till fängelse, när det inte är motiverat utifrån straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet. När det gäller ett antal andra brottstyper, t.ex. bokföringsbrott och skadegörelse, anses dess art i och för sig kunna utgöra skäl för fängelse. I praktiken utfaller emellertid påföljdsvalet ändå så beträffande dessa brottstyper att en icke frihetsberövande påföljd utan föreskrift om samhällstjänst normalt anses tillräcklig.

Det är alltså inte tillräckligt att konstatera att en viss brottstyp är för handen för att kunna fastställa att brottslighetens art är sådan att påföljden skall bestämmas till fängelse. Av såväl förarbeten som praxis framgår att brottsligheten ibland måste ha nått upp till viss grad av svårhet för att den enbart med hänsyn till sin art skall medföra fängelse. Vid till exempel misshandel av normalgraden torde finnas ett relativt stort utrymme för att döma till villkorlig dom eller skyddstillsyn när några försvårande omständigheter inte föreligger. När det gäller andra brott är emellertid detta utrymme mycket begränsat eller till och med obefintligt. Som ett exempel på ett brott av den senare kategorin kan nämnas mened som enligt praxis i princip undantagslöst skall leda till fängelse. Att brottsligheten är av en viss art kan således, beroende på brottstypen, med varierande styrka tala för att påföljden skall bestämmas till fängelse. Ibland uttrycks detta så att olika brott har olika "artvärde".

Bedömningen huruvida brottsligheten är av sådan art att fängelse skall väljas som påföljd kan få mycket stor betydelse för nivån av det straffrättsliga ingripandet i det enskilda fallet. Som tidigare angetts skall normalt villkorlig dom eller skyddstillsyn enligt 30 kap. 4 § brottsbalken ersätta fängelsestraff upp till omkring 12 månader, om inte brottets art eller den tilltalades tidigare brottslighet föranleder annat. Enligt 30 kap. 1 § brottsbalken är fängelse alltid att anse som en svårare påföljd än villkorlig dom och skyddstillsyn. Detta innebär alltså att sistnämnda påföljder åtminstone i lagens mening är att betrakta som lindrigare än det kortaste fängelsestraff som kan dömas ut, 14 dagar. Enbart det förhållandet att viss brottslighet anses vara av sådan art att fängelse skall väljas som påföljd kan således medföra att den tilltalades döms till ett relativt långvarigt frihetsberövande, medan påföljden annars hade varit ett jämföra med ett fängelsestraff mindre än två veckor.

### **1999-års påföljdsreform**

Genom 1999-års påföljdsreform utvidgades möjligheterna att använda samhällstjänst som en föreskrift vid villkorlig dom och skyddstillsyn. Avsikten med reformen var bl.a. att skapa ökat utrymme för att använda alternativ till fängelsestraffet och att därigenom möjliggöra ett mer nyanserat påföljdsval. Genom möjligheten att ge den villkorliga domen eller skyddstillsynen ett sådant inslag av skärpa som en föreskrift om samhällstjänst innebär, kan dessa påföljder i större utsträckning än tidigare användas i fall där brottslighetens art eller den tilltalades tidigare brottlighet talar för ett fängelsestraff.

Något förenklat kan sägas att efter 1999-års reform äger brottslighetens art relevans i två hänseenden. Vid påföljdsbestämningen har rätten i ett första led att ta ställning till om påföljden kan stanna vid enbart villkorlig dom eller skyddstillsyn eller någon av dessa påföljder i förening med böter. Brottslighetens art kan då vara ett skäl som, ensamt eller i kombination med andra omständigheter, talar för att påföljden istället skall bestämmas till fängelse. I sådant fall har rätten i ett andra led att göra bedömningen om inte påföljden ändå kan stanna vid villkorlig dom eller skyddstillsyn, med hänsyn till att det finns förutsättningar att kombinera någon av dessa påföljder med en föreskrift om samhällstjänst eller det annars finns särskilda skäl. I båda dessa hänseenden har det alltså betydelse med vilken styrka brottslighetens art talar för fängelse. Vissa brottstyper, som exempelvis grovt rattfylleri, anses normalt vara av sådan art att påföljden inte kan stanna vid enbart en frivårdspåföljd. En sådan påföljd i förening med samhällstjänst anses emellertid ofta tillräcklig, om några försvärande omständigheter inte föreligger. Andra brott, såsom t.ex. mened anses vara av sådan art att påföljden inte ens i normalfallet kan bestämmas till annat än fängelse.

### **Nackdelarna med den nuvarande ordningen**

Redan av den nu lämnade ganska översiktliga redogörelsen för begreppet brottslighetens art torde framgå att detta inte utgör ett oproblemiskt inslag i påföljdssystemet. Även om en ganska omfattande praxis utbildats kring artbegreppets tolkning och tillämpning finns varken en klar och begriplig definition eller en uttömmande uppräkningslista av i vilka fall och på vilket sätt brottets art skall tillmätas betydelse vid påföljdsvalet. Med hänsyn härtill är det naturligt om det, särskilt för lekmannen, kan vålla svårigheter att förstå påföljdssystemets uppbyggnad och tillämpning. Att brottslighetens art utgör ett kriterium för påföljdsvalet är heller knappast ägnat att främja förutsebarhet och enhetlighet i rättstillämpningen.

Kartläggningar av domar i olika län visar också att andelen fängelsedomar för bl.a. grovt rattfylleri varierar kraftigt geografiskt. Variationerna är sådana att man på goda grunder kan anta att de till stor

del låter sig förklaras genom att praxis för tillämpningen av rekvisitet brottets art skiljer sig mellan olika domstolar.

Härtill kommer att möjligheten att ta hänsyn till brottets art vid påföljdsvalet är ägnad att i inte ringa utsträckning urholka huvudregeln i 30 kap. 4 § brottsbalken, att fängelse i möjligaste mån skall undvikas som påföljd. De brottstyper som enligt förarbeten och praxis är sådana att det kan komma i fråga att åberopa deras art som skäl för fängelse, bl.a. grovt rattfylleri och misshandel av normalgraden, utgör således en betydande del av den totala brottsligheten med motsvarande straffskala. Detta innebär att artbrottskonstruktionen genererar ett stort antal korta fängelsestraff samtidigt som flera skäl talar emot en flitig användning av denna påföljd.

Mot denna bakgrund ter det sig naturligt att från ett lagstiftarperspektiv ställa sig frågan om de svårigheter som begreppet brottslighetens art medför kan undanröjas genom en reformerad lagstiftning för påföljdsbestämning. I det följande skall ett antal olika tänkbara reformer med denna inriktning diskuteras.

### **Vilka möjligheter finns att avskaffa hänvisningen till brottslighetens art i påföljdssystemet ?**

#### *En rent lagteknisk reform*

Att genom rent lagtekniska åtgärder åstadkomma en reform som innebär att brottslighetens art avskaffas såsom rekvisit vid påföljdsvalet skulle knappast innebära några svårigheter. Således skulle rekvisitet art kunna ersättas med en hänvisning till något annat begrepp såsom till exempel brottslighetens karaktär eller något liknande. Inte mycket skulle emellertid stå att vinna med en sådan reform. Även om ändringen skulle förenas med utförligare och tydligare förarbetsuttalande än som var fallet vid 1989-års reform, skulle med all sannolikhet de flesta av de ovan redovisade nackdelarna med den nuvarande ordningen kvarstå.

#### *Ett avskaffande av presumptionen mot fängelse*

Ett mera radikalt grepp skulle kunna vara att vända på presumptionen mot fängelse i 30 kap. 4 § brottsbalken och således låta fängelse utgöra den normala påföljden för brott på fängelsenivå. En sådan presumption skulle kunna förenas med ett obligatoriskt undantag, innebärande att rätten istället skall välja en icke-frihetsberövande påföljd så snart vissa närmare angivna förutsättningar är uppfyllda. Fördelen med en sådan ordning skulle kunna vara att det möjligen är lättare att på ett tydligt sätt beskriva de förhållanden som bör medföra en icke-frihetsberövande påföljd än de som talar för ett fängelsestraff. Rent systematiskt utgör ju frivårdspåföljderna alternativ till fängelsestraffet och är endast tillämpliga under vissa förutsättningar. Ingenting skulle hindra att dessa, på motsvarande sätt som skett beträffande kriterier-

na för straffvärdesbedömningen, preciserades på ett utförligt sätt i lagtexten.

En annan fördel med att vända på presumtionen för påföljdsvalet skulle kunna vara att en sådan ordning möjligen vore lättare att förstå för en lekman. Således skulle rättens argumentation i påföljdsfrågan kunna förkortas med ett eller flera led om utgångspunkten för påföljdsvalet var den påföljd som faktiskt är föreskriven för det aktuella brottet, nämligen fängelse. I domskälen fick i förekommande fall redovisas de omständigheter som talade för respektive emot att välja en annan påföljd än den för brottet föreskrivna. Med den nuvarande ordningen måste rätten i princip anföra skäl för att välja fängelse som påföljd, även om fängelse är den enda påföljd som anges i straffstadgandet. Detta kan naturligtvis framstå som bakvänt för den oinvigde.

Även med ett radikalt grepp av detta slag skulle emellertid många av de nackdelar som är förenande med hänsynstagandet till brottslighetens art vid påföljdsvalet kvarstå. Således skulle påföljdsvalet även fortsättningsvis utfalla olika beroende enbart på brottstyp och antalet korta fängelsestraff skulle knappast minska. Det symbolvärde som finns i den nuvarande regleringen i 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken skall heller inte underskattas. Genom att föreskriva att en annan påföljd än fängelse skall väljas i första hand markeras på ett tydligt sätt lagstiftarens strävan att påföljdssystemet skall präglas av humanitet. Rätten tvingas i varje enskilt fall där det är aktuellt att döma till fängelse noggrant överväga om inte påföljden kan stanna vid villkorlig dom eller skyddstillsyn. Sammantaget talar alltså starka skäl för att behålla den nuvarande presumtionen mot fängelse i lagstiftningen.

#### *Ett påföljdsval enbart utifrån straffvärde och återfall*

En tredje möjlighet vore att utmönstra begreppet brottslighetens art utan att ersätta det med något annat motsvarande rekvisit. Detta skulle alltså leda till att påföljdsvalet i normalfallet skedde med utgångspunkt enbart från brottslighetens straffvärde och den tilltalades tidigare brottslighet. En sådan ordning, som innebar att samtliga brottstyper behandlades likformigt i påföljdshänseende, skulle naturligtvis te sig tilltalande från systematisk synpunkt och från ett rättstillämpningsperspektiv. Frågan är emellertid om det från praktiska och kriminalpolitiska utgångspunkter skulle vara möjligt att införa en sådan ordning.

Det kriminalpolitiska motivet för att vid 1989-års reform behålla den tidigare rådande praxis att särbehandla vissa brottstyper vid påföljdsvalet torde vara att det ansågs nödvändigt av allmänpreventiva skäl. Som tidigare nämnts hänvisas i propositionen till rådande praxis enligt vilken vissa brott "främst av allmänpreventiva skäl normalt anses skola medföra ett kort fängelsestraff" (prop. 1987/88:120 s. 100). Begreppet allmänprevention definieras i propositionen såsom "den in-

verkan som straffsystemet har på medborgarna i allmänhet genom att inpräglade normer och respekt för allmän laglydnad eller genom att avskräcka från brott" (a. prop. s. 32). I propositionen slås också fast att kriminalpolitiken har som främsta syfte att förebygga brott.

Enligt vad som kan utläsas ur propositionen är således möjligheten att ta hänsyn till brottslighetens art vid påföljdsvalet motiverad av en önskan att förebygga vissa brottstyper. Resonemanget framstår som rimligt förutsatt att ett kort fängelsestraff generellt sett är mer ägnat att verka brottsavhållande än en villkorlig dom eller skyddstillsyn i förening med adekvata föreskrifter och eventuella böter. Med hänsyn till motivtextens starka betoning av lagstiftningens förebyggande funktion, kan man få intrycket att lagstiftaren ansett så vara fallet.

De angivna motivuttalandena kan alltså sägas utgöra en förklaring till varför möjligheten att döma till korta fängelsestraff även när det inte är fråga om återfall behållits i och för sig. Ur motiven är det emellertid svårt att utläsa varför allmänpreventiva skäl skulle göra sig gällande endast för vissa brottstyper men inte för andra. Inte heller redovisas vilka kriterier som bör gälla för urvalet av de brott som skall särbehandlas. Visserligen anges i specialmotiveringen till 30 kap. 4 § brottsbalken att det förhållandet att en brottslighet blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former kan vara av betydelse vid påföljdsvalet, även utanför straffvärdebedömningen. Samtidigt sägs emellertid i den allmänna motiveringen att det i första hand ankommer på lagstiftaren att vid bedömningen av vilka straffskalor som skall gälla väga in sådana förhållanden. Dessa uttalanden kan knappast på ett uttömmande sätt förklara varför t.ex. våldsbrott ofta anses vara av sådan art att de skall föranleda ett strängare påföljdsval än förmögenhetsbrotten. Sett över en längre period har utvecklingen av våldsbrottsligheten knappast varit mer dramatisk än utvecklingen av förmögenhetsbrottsligheten. Bl.a. stölder och bedrägerier utgör således en utbredd form av brottslighet som orsakar samhället i stort betydande skada. I de fall det handlar om inbrott i bostad innefattar brottsligheten också ofta en allvarlig integritetskränkning.

Mot denna bakgrund framstår det som mindre troligt att lagstiftaren har grundat möjligheten att ta hänsyn till brottets art vid påföljdsvalet enbart på uppfattningen att det skulle finnas ett större behov av att kunna stävja vissa typer brott än andra. Mycket talar för att lagstiftaren i begreppet allmänprevention tolkat in också andra kriminalpolitiska intressen än de direkt brottsförebyggande.

Om man således betraktar de brottstyper som sällan eller aldrig bedöms vara av sådan art att de enbart på den grunden kan motivera ett fängelsestraff, exempelvis stöld och bedrägeri, kan konstateras att gemensamt för dessa är att det finns en hos allmänheten starkt förankrad uppfattning att sådana gärningar skall vara kriminaliserade och att de under i princip samtliga omständigheter representerar klandervärda handlingar. Man skulle kunna uttrycka det så att hos

dessa brottstyper ligger rättsstridigheten inbyggd i själva brottskonstruktionen. En dom för ett sådant brott innebär därför redan i ansvarsdelen ett tydligt fördömande av den aktuella gärningen. Det är därför inte nödvändigt att understryka allvaret i denna genom att välja en ingripande påföljd. Den eventuella vinst som brottet har genererat kan dessutom neutraliseras genom ett förverkande eller en förpliktelse att betala skadestånd. Detta innebär sammantaget att intresset av en human kriminalpolitik kan ges fullt genomslag vid påföljdsvalet och ett fängelsestraff dömas ut endast om det är motiverat av brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet.

Annorlunda förhåller det sig med de brottstyper vars art ofta anförs som ett skäl för ett strängt påföljdsval, exempelvis misshandel eller rattfylleri. Visserligen betraktas sannolikt de mer flagranta formerna av sådana brott av de allra flesta som klandervärda handlingar. Det finns emellertid inte någon en gång för alla given avgränsning av det straffbara området för dessa brott. Istället bestäms gränserna för vad som är straffbart utifrån kriminalpolitiska överväganden som kan variera över tiden. Således har beträffande både misshandel och rattfylleri det straffbara området utvidgats och synen på de aktuella brottstyperna skärpts över tiden. Dessa skärpningar har skett genom medvetna kriminalpolitiska ställningstaganden som dock i flera fall varit kontroversiella. Exempelvis finns det säkerligen fortfarande de som anser att barnaga bör vara tillåtet eller att utrymmet för att använda våld i nödvärn skall vara väsentligt större. Motsvarande gäller beträffande rattfylleri där varje sänkning av promillegränsen föregåtts av en intensiv debatt. För bl.a. dessa brottstyper torde det finnas ett kriminalpolitiskt grundat intresse av att genom påföljdsvalet bekräfta den strängare synen på brotten. Inte minst från dem som i den politiska debatten tillskyndat en utvidgad kriminalisering ställs ofta krav på ett strängt ingripande. Bakom dessa krav torde ofta finnas en förväntan om att ett strängt påföljdsval skall medverka till eller påskynda en generell attitydförändring med avseende på det beteende som de kriminaliserade gärningarna representerar. I den allmänna debatten förekommer emellertid också rena vedergällningsresonemang där brottsoffrets lidande ställs i relation till det obehag som påföljden förväntas innebära för den dömda. Gemensamt för dessa synsätt är att de bygger på uppfattningen att lagstiftarens syn på brottet inte skulle framstå som tillräckligt övertygande, om påföljdsvalet skedde med utgångspunkt enbart från huvudregeln i 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken.

Hos en liten grupp av brott, bl.a. värnpliktsbrott och mened, är intresset av göra ett i allmänhetens ögon strängt påföljdsval sannolikt underordnat. Istället talar praktiska skäl emot att tillämpa huvudregeln i 30 kap. 4 § brottsbalken vid påföljdsvalet. Således syftar kriminaliseringen av dessa gärningar till att i en specifik situation framtvinga en viss prestation av den presumtive gärningsmannen. I det enskilda

fallet kan prestationen framstå som mycket betungande. Exempelvis kan värnplikstjänstgöring få mycket kännbara ekonomiska konsekvenser för den som driver ett eget företag medan den som genom sitt vittnesmål bidrar till att fälla en person i domstol i vissa fall kan riskera att utsättas för allvarliga trakasserier. Man kan anta den enskilde i sådana fall skulle kunna betrakta påföljden som ett mer attraktivt alternativ än att fullgöra förpliktelsen, om inte påföljden var tillräckligt ingripande. Härtill kommer att det villkorliga momentet i frivårdspåföljderna ofta kan bli uttunnat i dessa fall. För att kunna återfalla i samma brott under prövotiden krävs ju att den dömde får en ny inkallelseorder eller kallelse att vittna. Sker inte detta kan det knappast tillskrivas den dömde att han eller hon inte återfaller. Nu angivna omständigheter talar för att villkorlig dom eller skyddstillsyn utgör mindre lämpliga påföljder för dessa brottstyper. Detta gäller även om respektive påföljd förenas med en föreskrift om samhällstjänst.

Av det nu anförda torde följa att det finns relativt starka såväl kriminalpolitiska som praktiska skäl för att beträffande vissa brottstyper kunna göra ett påföljdsval som avviker från huvudregeln i 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken, även när detta inte kan motiveras enbart med hänsyn till brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet. Att enbart ta bort möjligheten att beakta brottslighetens art vid påföljdsvalet, utan att göra andra genomgripande förändringar av påföljdssystemet, framstår mot denna bakgrund inte som en framkomlig väg. Tvärt om kan man på goda grunder anta att just tillskapandet av rekvisitet brottets art, trots dess undanskymda plats i motiven, har varit en absolut förutsättning för att kunna införa presumptionen mot fängelse i 30 kap. 4 § första stycket brottsbalken.

### **Kan påföljdssystemet utvecklas så att nackdelarna med den nuvarande artbrottskonstruktionen minskar?**

Även om inte möjligheten att beakta brottslighetens art vid påföljdsvalet helt kan undvaras är det inte givet i vilken utsträckning detta behöver ske. Behovet av att anföra brottslighetens art som ett skäl för att utdöma en ingripande påföljd är beroende av vilka olika påföljdsalternativ som står till buds och i vilken utsträckning dessa kan anses utgöra en adekvat reaktion på respektive brottstyp. Detta innebär att såväl påföljdssystemets konstruktion som de enskilda påföljdernas utformning har betydelse för frågan om det går att minska de nackdelar som den nuvarande artbrottskonstruktionen medför.

#### *Införande av ytterligare påföljdsalternativ*

I den proposition som föregick 1999-års påföljdsreform anfördes att reformen förväntades leda till bl.a. att brottslighetens art skulle komma att påverka påföljdsvalet på ett mer nyanserat sätt än tidigare. Införande av bl.a. möjligheten att döma till villkorlig dom med före-



skrift om samhällstjänst innebar således att övergången från de rena frivårdspåföljderna till fängelse kunde ske i mer än ett steg (prop. 1997/98:96 s. 118).

Möjligheten att döma till villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst har kommit att utnyttjas i betydande omfattning av domstolarna, främst i fall där brottslighetens art annars hade talat för ett fängelsestraff. Detta har lett till att antalet korta fängelsestraff har blivit lägre och att nackdelarna med rekvisitet brottets art därigenom åtminstone delvis minskat. Det ligger därför nära till hands att anta att införandet av ytterligare påföljdsalternativ skulle kunna leda till att antalet korta fängelse straff skulle kunna reduceras än mer. Detta gäller särskilt om nya påföljdsalternativ med påtagligt skärpande inslag infördes.

Den främsta kritik som har riktats mot 1999-års reform är emellertid att påföljdssystemet genom denna blev svåröverskådligt med hänsyn till de många olika påföljdsalternativen. Vidare har den omfattande tillämpningen av villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst kritiserats på den grunden att påföljden i praktiken är väsentligt mildare än ett fängelsestraff och att den därför inte borde ersätta fängelse i så stor utsträckning som faktiskt har skett. Mot denna bakgrund ter det sig knappast realistiskt att införa ytterligare nya påföljdsalternativ utan att göra en mera grundlig översyn av systemfrågan.

#### *Införande av villkorligt fängelse*

En möjlig reformväg, som aviserats i den proposition som föregick 1999-års påföljdsreform, är att införa ett system med villkorligt fängelse (prop. 1997/98:96 s. 81 ff.). Ett sådant system kan tänkas utformat på olika sätt. Grundtanken torde dock vara att samla samtliga alternativ till fängelse under en "hatt" benämnd villkorligt fängelse samt att rätten i domen alltid skall sätta ut längden av det fängelsestraff som hade dömts ut om påföljden i stället hade bestämts till fängelse. Fördelarna med ett sådant system skulle bl.a. vara att det framstod som tydligare än nuvarande system och att det skulle kunna konstrueras så att större frihet gavs att avpassa det faktiska innehållet i påföljden till vad som vore lämpligt i det enskilda fallet. Eventuellt skulle intensivövervakning med elektronisk kontroll kunna inordnas under det villkorliga fängelset. Också i övrigt skulle emellertid påföljden kunna innehålla fler skärpande inslag än vad som är möjligt inom ramen för nuvarande system. Villkorligt fängelse skulle därigenom i större utsträckning än nuvarande frivårdspåföljder vara ägnat att ersätta fängelsestraff i fall där brottslighetens art talar för fängelse.

Den tyngsta kritiken som har framförts mot ett system med villkorligt fängelse har gått ut på att systemet skulle innebära en represionsökning, särskilt vid återfall. Kritiken torde grundas på antagandet att det i domen angivna alternativa fängelsestraffet alltid skulle dömas ut vid ett återfall inom prøvotiden. Någon motsvarande auto-

matik finns inte när återfall sker efter en villkorlig dom eller skydds-tillsyn utan föreskift om samhällstjänst. Tvärt om torde det ofta vara så att straffvärdet hos det brott som legat till grund för den villkorliga domen aldrig realiserats, även om återfall sker under prøvotiden. Detta talar för att ett system med villkorligt fängelse, om det införs, bör begränsas främst till sådana fall som i dag leder till en mer ingripande påföljd än enbart villkorlig dom utan föreskrift om samhällstjänst. Sistnämnda påföljd skulle möjligen istället kunna ersättas med en utvidgad användning av böter.

Frågan är emellertid i vilken utsträckning ett system med villkorligt fängelse skulle vara ägnat att minska nackdelarna med att använda brottslighetens art som ett kriterium för påföljdsvalet. Som tidigare nämnts skulle de ytterligare skärpande moment som villkorligt fängelse kan tänkas innefatta sannolikt medföra att påföljden i högre utsträckning än dagens alternativa påföljder kunde ersätta korta fängelsestraff. Alltjämt skulle emellertid brottslighetens art behöva användas som kriterium vid valet mellan det villkorliga fängelset och ett ovillkorligt fängelse samt eventuellt även för att ta ställning till vilka föreskrifter som skulle beslutas inom ramen för påföljden. De svårigheter som finns i dagens system när det gäller att identifiera och värdera de s.k. artskälen skulle därvid kvarstå.

#### *Införande av ett system med uppskjuten verkställighet av fängelsestraff*

En annan tänkbar reform av påföljdssystemet skulle kunna åstadkommas genom att ta ytterligare ett steg på den väg som ett införande av villkorligt fängelse skulle representera. Således kunde man tänka sig att samtliga alternativen till fängelsestraffet avskaffades men att det istället infördes en möjlighet för rätten att förordna om uppskjuten verkställighet av det utdömda straffet. I ett sådant system skulle domstolen alltid mäta ut ett fängelsestraff som faktiskt också utdömdes. Samtidigt skulle rätten, i fall där inte brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet föranledde annat, förordna att verkställigheten skulle skjutas upp under viss tid, exempelvis ett år. Rätten skulle därvid föreskriva vad den tilltalade skulle iaktta under den aktuella tiden för att undgå verkställighet av det utdömda straffet. Det skulle t.ex. kunna handla om att underkasta sig behandling, genomgå programverksamhet eller att utföra oavlönat arbete. Senast när tiden för verkställighet infann sig prövades med hänsyn till vad den dömde genomgått efter domen om fängelsestraffet kunde bortfalla helt eller delvis. Sistnämnda prövning behövde inte nödvändigtvis göras av rätten, utan även beslut av exempelvis en övervakningsnämnd kunde övervägas.

Fördelen med ett system med uppskjuten verkställighet är att detta möjligen skulle framstå som än tydligare än ett system med villkorligt fängelse. Vidare skulle den dömde ges mycket starka incitament att uppfylla föreskrifterna i domen, eftersom graden av uppfyllelse alltid

skulle komma att bedömas i efterhand. Inom ramen för ett fängelsestraff med uppskjuten verkställighet skulle det också vara möjligt att ge föreskrifter som innehåller ett visst mått av frihetsberövande, exempelvis olika grader av övervakning med elektronisk kontroll. Det framstår mot denna bakgrund som rimligt att anta att fängelse med uppskjuten verkställighet skulle kunna dömas ut i de allra flesta fall där inte brottslighetens straffvärde eller den tilltalades tidigare brottslighet föranledde annat, dvs. även i fall där brottslighetens art med styrka talade för ett fängelsestraff.

Nackdelarna med den nu skisserade ordning skulle bl.a. vara risken för att den, möjligen i än större utsträckning än ett system med villkorligt fängelse, kom att framstå som betydande repressionsökning och därmed stridande mot intresset av en human kriminalpolitik. Vidare skulle det knappast vara möjligt att undvika att ta hänsyn till brottslighetens art vid bestämmande av vilka föreskrifter som skulle gälla i det enskilda fallet. I de fall där brottslighetens art i dagens system åberopas som skäl för ett ingripande påföljdsval skulle istället en mer ingripande föreskrift beslutas. Även med denna lösning skulle således de svårigheter som är förenade med tillämpningen av rekvisitet brottslighetens art åtminstone delvis kvarstå.

#### *Införande av ett mera kasuistiskt påföljdssystem*

I tidigare överväganden om påföljdssystemet har ofta behovet av att åstadkomma ett sammanhållet och konsekvent system där påföljdsvalet styrs av samma typ av kriterier framhållits (se bl.a. SOU 1995:91 del II s. 59). Som skäl för detta anförs bl.a. kravet på förutsebarhet och proportionalitet. Samtidigt kan konstateras att påföljdsvalet i praktiken ofta skall tillgodose en rad skilda intressen vars styrka varierar mellan olika brottstyper. Praxis för straffmätning och påföljdsval visar också på en allt annat än sammanhållen bild. För vissa brottstyper utnyttjas hela straffskalan medan i andra fall påföljden regelmässigt bestäms i enlighet med straffminimum. På motsvarande sätt bestäms påföljden för vissa brottstyper på ett mycket konsekvent sätt medan påföljdsvalet för andra brott sker med stort hänsynstagande till omständigheterna i det enskilda fallet. Såväl när det gäller kriterierna för straffmätning som när det gäller påföljdsvalet finns således stora variationer i praxis beroende på vilken typ av brott det är fråga om. Detta är i och för sig inte ägnat att förvåna. Olika brottstyper har olika skyddsintressen. De begås också i olika sammanhang och har skilda bakomliggande orsaker. Det är därför naturligt att samhället inte kan bemöta all brottslighet på ett helt likformigt sätt.

Mot denna bakgrund framstår det inte som helt självklart att det är en i praktiken framkomlig väg att formulera gemensamma kriterier för påföljdsvalet med avseende på samtliga brott. För att kunna omfatta samtliga de olika intressen som bör kunna beaktas vid påföljdsvalet måste kriterierna med nödvändighet bli mycket allmänt hållna.

Det tydligaste exemplet på detta torde vara just brottslighetens art som ju måste betecknas som ett i hög grad abstrakt begrepp. Som tidigare anförts kan detta rekvisit knappast anses ha bidragit till förutsebarhet och konsekvens i rättstillämpningen. Det kan därför ifrågasättas om lagstiftaren verkligen har lyckats i sina intentioner att skapa ett sammanhållet påföljdssystem.

Från rent praktiska utgångspunkter skulle man istället kunna tänka sig att lagstiftaren skraddarsydde påföljder eller påföljdskombinationer för de vanligaste brottstyperna eller för vissa typfall av dessa. Sådana skraddarsydda påföljder skulle t.ex. kunna innefatta att den tilltalade skall genomgå ett behandlings- eller motivationsprogram av viss omfattning kombinerat med ett visst antal dagsböter eller att genomföra visst oavlönat arbete. Även mera frihetsinskränkande inslag i påföljden skulle kunna tänkas, t.ex. förbud att vistas utanför hemmet under vissa tider eller förbud att vistas på vissa platser. Genom att skraddarsy påföljden skulle denna alltså kunna ges ett innehåll som fokuserar på den problematik som typiskt sett är knuten till en viss brottstyp. Påföljden skulle också kunna ges ett innehåll som är ägnat att minska risken för återfall i samma brottstyp eller i vart fall ha ett pedagogiskt värde. Självklart måste också de faktorer som hänförs till brottslighetens art beaktas vid påföljderna utformning. Detta skulle alltså innebära att påföljden för våldsbrott hade mer repressiva inslag än på påföljden för ett förmögenhetsbrott med motsvarande straffvärde. Ingenting hindrar att de olika påföljderna eller påföljds-kombinationerna inordnades under ett system med villkorligt fängelse eller uppskjuten verkställighet av fängelsestraff.

Särskilt avpassade påföljder eller påföljdskombinationer skulle alltså finnas tillgängliga att användas som normalpåföljd för samtliga vanligare brottstyper, i fall där inte straffvärdet eller den tilltalades tidigare brottslighet föranledde annat. Givetvis måste domstolen ha frihet att avvika från en sådan påföljd i fall där det är motiverat med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Fördelen skulle emellertid vara att domstolen inte i varje enskilt fall behövde göra en bedömning om och i vilken utsträckning brottslighetens art skulle inverka på påföljdsvalet. Denna bedömning gjordes i stället av lagstiftaren vid utformningen av påföljden eller påföljds-kombinationen. En sådan ordning skulle med stor sannolikhet främja en mer enhetlig rättstillämpning och dessutom bidra till ett effektivare resursutnyttjande hos domstolarna.

Som skäl mot ett sådant system skulle naturligtvis kunna anföras att det inte i tillräcklig utsträckning skulle ge domstolarna frihet att utforma påföljden efter vad som framstår som lämpligt i det enskilda fallet med hänsyn till bl.a. den tilltalades personliga förhållanden. Således kan alltså tänkas fall där en person som dömts för grovt rattfylleri helt saknar behov av att genomgå behandlings- eller motivationsprogram eller som av någon anledning saknar förutsättningar att ge

nomgå ett sådant. Ett system med mer eller mindre standardiserade påföljder skulle möjligen också vålla svårigheter för rättstillämparen i fall där någon samtidigt skall dömas för flera olika brott av olika typ. Svårigheter av nu angivet slag skulle givetvis behöva beaktas vid den tekniska utformningen av systemet.

### **Avslutande diskussion**

Rekvisitet brottslighetens art har en ganska undanskymd plats både i lagstiftningen och i förarbetena. Trots detta spelar rekvisitet en viktig roll i påföljdssystemet. Brottslighetens art åberopas således i ett stort antal fall som skäl för att döma till en mer ingripande påföljd än annars.

Innebörden av rekvisitet brottets art kan emellertid knappast anses vara klar. Varken i förarbeten eller praxis har på något entydigt sätt pekats ut vilka faktiska omständigheter som skall föranleda att viss brottslighet skall anses vara av sådan art att den bör föranleda ett strängare påföljdsval. Dessa oklarheter vållar givetvis svårigheter i rättstillämpningen. Dessutom kan ifrågasättas om inte möjligheten att ta hänsyn till brottslighetens art vid påföljdsvalet i alltför stor utsträckning urholkar huvudprincipen att korta fängelsestraff skall undvikas som påföljd.

Svårigheterna att närmare klargöra innebörden av begreppet brottslighetens art torde hänga samman med att detta inte kan ske genom ett rent rättsligt resonemang. Begreppet anknyter således inte till något faktiskt konstaterbart eller rättsligt förhållande. Istället torde det vara i stor utsträckning kriminalpolitiska och i någon mån pragmatiska överväganden som ligger till grund för behovet av att för vissa typer av brott göra ett strängare påföljdsval. Rekvisitet brottets art får snarast ses som en möjlighet för domstolen att vid påföljdsvalet ta hänsyn till rent kriminalpolitiska överväganden även utan att dessa kommit till uttryck i lagstiftningen.

Den senast genomförda reformen av påföljdssystemet har i viss utsträckning minskat de nackdelar som rekvisitet brottslighetens art för med sig. Tänkbara kommande reformer, såsom införande av villkorligt fängelse, torde ytterligare kunna minska dessa nackdelar. För att på att mera avgörande sätt kunna komma till rätta med artbrottsproblematiken torde det dock inte vara tillräckligt att införa nya alternativ till fängelsestraffet eller att reformera det system under vilka dessa inordnas. Också kriterierna för valet mellan olika påföljder och påföljdskombinationer samt innehållet i dessa måste ses över.

Utgångspunkten för en översyn av det sistnämnda slaget bör enligt min mening vara att lagstiftaren bör ge tydligare vägledning för påföljdsvalet i de fall detta inte bör ske med beaktande av enbart brottets straffvärde och den tilltalades tidigare brottslighet. Att avgöra i vilka fall ett strängt påföljdsval är påkallat av kriminalpolitiska skäl måste vara en uppgift för lagstiftaren snarare än för domstolen. Lag-

tekniskt torde detta kunna ske genom att lagstiftaren inom ramen för ett system med villkorligt fängelse eller uppskjuten verkställighet av fängelsestraff tydligt pekar ut de påföljdscombinationer eller föreskrifter som i normalfallet skall tillämpas såsom alternativ till ett ovillkorligt fängelsestraff med avseende på de vanligaste förekommande brottstyperna som är av den arten att ett strängt påföljdsval anses påkallat. Dessa påföljdscombinationer eller föreskrifter bör utformas så att de framstår som en trovärdig och adekvat reaktion från samhällets sida på den aktuella brottstypen och därigenom kan utgöra ett från kriminalpolitiska utgångspunkter realistiskt alternativ till fängelse.

För att kunna utgöra ett trovärdigt alternativ till fängelse torde det inte vara tillräckligt att en påföljdscombination eller föreskrift har vissa repressiva inslag, den bör också knyta an till den problematik som kan antas i de flesta fall ligga bakom den aktuella brottstypen. Om en viss brottslighet typiskt sett är missbruksrelaterad, såsom är fallet med t.ex. grovt rattfylleri, bör normalpåföljden också ha inslag av behandling eller motivation till behandling. Utan tvekan har lagstiftaren bättre förutsättningar än domstolen att se till att sådana lämpliga och fungerande alternativ till fängelsestraff som här avses finns tillgängliga i praktiken.

Mycket talar alltså för att nyckeln till artbrottsproblematiken finns hos lagstiftaren. Således bör lagstiftaren inte nöja sig med att i motiven förorda en sträng syn på en viss brottstyp, och sedan överlåta till domstolarna att vid tillämpningen av rekvisitet brottslighetens art uttolka hur detta bör inverka på påföljdsvalet. Lagstiftaren bör istället själv överväga hur den strängare synen i praktiken skall komma till uttryck i rättstillämpningen, med beaktande av det övergripande kriminalpolitiska intresset av att undvika korta fängelsestraff. Endast om lagstiftaren på detta sätt tvingar sig själv att ta ett större ansvar för den kriminalpolitiska intresseavvägning som ryms inom begreppet brottslighetens art, är det möjligt att komma tillrätta med de olika svårigheter som den nuvarande artbrottskonstruktionen för med sig.