

Suum cuique — om påföljdsbestämning och behovet av påföljdspraxis

Av docenten MAGNUS ULVÄNG

Min bil är inte lik din bil; det är en likbil.
ROBERT BROBERG

1. Inledning

”Studier rörande påföljdspraxis m.m.” (i det följande benämnd ”Sterzel”) har blivit ett standardverk i alla praktiskt verksamma juristers bibliotek. Från såväl akademiker- som domarhåll har det säkerligen ibland hörts fnysningar över boken vad gäller dess vetenskaplighet och de redovisade uppfattningarnas förankring i domarkretsar. Detta har måhända varit orättvist eftersom boken aldrig gjort anspråk på att vara en vetenskaplig framställning, en heltäckande redogörelse av påföljdspraxis eller på annat sätt besitta några ”rätta svar”. Men boken avser att ge vägledning på ett område, där många olika uppfattningar om vad som är ”rätt” och ”riktigt” konkurrerar, och detta kan uppfattas som kontroversiellt.

Oaktat det förhållandet att området kännetecknas av konkurrerande uppfattningar, är det svårt att säga annat än att ”Sterzel” har haft en enorm genomslagskraft i det praktiska arbetet med brottmål. Detta gör den intressant att analysera både som fenomen och som objekt. Den kritik (både positiv och negativ) som kan framföras är till stor del avhängig hur boken faktiskt har använts och framdeles kommer att användas. Författaren kan inte (i alla delar) lastas för hur boken används, och kanske har bokens syfte och funktion överskattats av dess läsare. Det finns inte desto mindre ett intimt samband mellan bokens utformning och hur den används. Detta lägger ett visst ansvar på såväl författaren som användaren.

”Sterzel” gavs ut i två upplagor innan författaren överlämnade ansvaret för boken till hovrättslagmannen Martin Borgeke (under medverkan av Stefan Reimer). Boken har nyligen utgivits i en tredje upplaga. I denna artikel avser jag att närmare diskutera vilka berättiganden och funktioner framställningar av detta slag har. Artikeln är inte avsedd att utgöra en recension, men efter tre upplagor finns det anledning att fråga sig om böcker av detta slag bör finnas, hur de i så fall bör användas samt vilka fördelar, brister, risker etc. som den senaste upplagan är behäftad med.

2. Om behovet av en sammanställd påföljdspraxis

2.1 Fakta och värde — inte fakta eller värde

”Straff skall, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighets straffvärde”. Inledningsfrasen i BrB kap. 29 ger oss en antydning om att straffmätning handlar om att mäta ett värde, och en straffvärdebedömning är en utsaga som uttrycker en värdering. En värdering uttrycker skäl för eller emot något.

Att brott har ett straffvärde kan samtidigt sägas vara ett *faktum*. Enligt min uppfattning är det korrekt att säga att brott faktiskt ”har” ett straffvärde redan innan en domstol har gjort en bedömning. Med detta avses inte att brott ontologiskt besitter någon särskild egenskap, utan snarare att det finns mer eller mindre goda skäl att tillskriva ett konkret brott ett visst straffvärde. Referensen utgörs bl.a. av den samlade mängden domar, vilka tillsammans uttrycker en värdering av hur olika straffvärderrelevanta omständigheter bör beaktas, låt vara att dessa inte alltid är värderingsmässigt koherenta eller ens särskilt skarpa i konturerna.¹

Min utgångspunkt i det följande är således att det inte finns någon avgörande skillnad mellan fakta och värde, samt att värderingar kan besitta objektiv giltighet. Härav följer att det — precis som ”fakta” rörande naturvetenskapliga fenomen — går att diskutera värderingar objektivt. Om vi skall försöka enas om vad fakta är, är vi ohjälpligt fast i att vi måste ange vilka skäl som finns för att tro eller göra något. Dessa skäl utgör värderingar, och av denna anledning är det utomordentligt viktigt att veta vilka omständigheter som skall anses vara relevanta när man skall fälla ett omdöme om hur straffvärt något är.

2.2 Relativ proportionalitet och behovet av hållpunkter

För alla som har att mäta ut straff är det nödvändigt att veta var man skall börja. Hänvisningen i BrB 29:1 till ”den tillämpliga straffskalan” ger endast vissa yttre gränser inom vilka straffmätningen får ske. Den säger väldigt lite om var på denna skala som ett konkret brott skall placeras. Att bestämma straffvärde handlar på ett övergripande plan om att mäta skada (fara, kränkning) och skuld.² Att göra en straffmätning innebär att man ägnar sig åt ett slags normativ likhetsargumenta-

¹ Jfr dock Zila som menar att domstolen, genom en konstitutiv akt, först kommer fram till en subjektiv uppfattning om brottets straffvärde som därefter objektiviseras genom att den subjektiva uppfattningen korrigeras med hänsyn till etablerad praxis. Se närmare Zila i SvJT 1999 s. 177–182.

² Samtliga dessa begrepp kan upplösas och preciseras i olika underbegrepp. Begreppet skada kan t.ex. differentieras i olika intressedimensioner utifrån vad som hotas genom den kriminaliserade gärningen. Sådana dimensioner kan vara: (i) fysisk integritet, (ii) materiella tillgångar, (iii) psykiskt välbefinnande och (iv) rätten till privatliv och självbestämmande. Straffvärdet sjunker i takt med att man byter intressedimension. Dessa är lånade från den s.k. ”Living-Standard”-modellen, se närmare von Hirsch & Jareborg, Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 1–38.

tion.³ Man jämför likheter mellan olika fall, vilket gör att man hittar olikheter mellan de fall som man inledningsvis ansett vara lika. På motsvarande sätt kan man hitta likheter i fall som först ansetts vara olika, vilket kan ge skäl för en justering av bedömningen. Jämförelseoperationen blir hermeneutisk genom en ständig växelverkan mellan inordnande och avskiljande. Man försöker se likheter i olikheterna, och omvänt: se olikheter i likheterna. Genom att sätta värden på olika grupper av fall, ges möjlighet att rangordna dem. All straffmätning som görs av praktiserande jurister (främst i domstolar) handlar om att rangordna olika brott. Det handlar ytterst om att uttrycka huruvida ett brott är mer eller mindre straffvärt än ett annat. Annorlunda uttryckt: straffmätning i praktiken handlar om att mäta *relativ proportionalitet*.

Den beskrivna metoden förutsätter konkreta hållpunkter för att man skall veta var man skall börja jämförelserna. Kravet på en enhetlig rättstillämpning gör vidare att denna skala måste se någorlunda lika ut i landets domstolar. Även om det står domstolen fritt att självständigt värdera omständigheterna i varje enskilt fall, ankommer det inte på den enskilde domaren att självständigt avgöra hur rangordningen skall göras. Med hänsyn till innehållet i BrB kap. 29 har jag svårt att se att domare inte är styrda — eller *får* styras — i sin straffmätning.

Normalt skapas en skala genom att man samlar ihop befintligt jämförelsematerial bestående av publicerad överrättspraxis, förarbetsuttalanden etc., vilket förklarar behovet av rättsutredningar och praxis-sammanställningar. Domstolarna är vidare skyldiga att beakta de försvårande och förmildrande omständigheter som lagstiftaren har ställt upp. Allt detta förutsätter vidare att man är överens om vad det konkreta fallet skall jämföras mot och vilka omständigheter som skall anses vara relevanta. Frågan som sedan återstår är vad som skall utgöra relevant referensmaterial för likhetsargumentationen. Närmare bestämt: vad skall jämförelserna i det konkreta fallet göras mot, och kan "Sterzel" utgöra en bra matris?

Att påstå att en domare är skyldig att jämföra ett konkret fall med tidigare praxis är inte att förneka existensen av en konstant rättsutveckling, där domstolar har möjlighet att (inom vissa givna gränser) ändra och utveckla praxis, och därmed omvärdera betydelsen av tidigare praxis. Rättsutveckling kan ske genom en stegvis förändrad syn på hur vissa likheter eller olikheter bör behandlas. Denna möjlighet är dock begränsad, och bör, åtminstone ifråga om större steg, tillkomma HD. Men konstaterandet att man får — och i vissa fall bör — avvika från praxis, leder till att det finns ett ansvar för domare (förmodligen större än vad dessa i gemen uppfattar det som idag) att redovisa sina värderingar i domskälen. Likhet i bedömningar är alltså inte alltid önskvärd; tvärtom bör fall ibland bedömas olika, nämligen

³ Om likhetsargumentation, se närmare H. Andersson, "Likhetsargumentation — analogi och metamorfos" i Festskrift till Åke Frändberg 2003 s. 13–36.

när relevanta skillnader finns. Det gäller bara att få veta vilka dessa skillnader är.

2.3 Påföljdsval och behovet av kompass

Om man flyttar fokus från straffmätning till påföljdsval, är situationen likartad. Att välja påföljd följer dock ett mer komplext mönster. Bakom bestämmelserna i BrB kap. 30 finns en ”dold” beslutsstruktur som i vissa delar är komplicerad, och det är svårt att av lagtexten utläsa dess olika steg. Det råder inga tvivel om att domare behärskar det praktiska handlaget med att välja påföljd i ett konkret fall. Inte desto mindre finns det en rad olika komplicerade ställningstaganden, i vilka det överlämnas till domstolen att utifrån avvägningar och lämplighetsavgöranden fatta beslut om påföljdens utseende.⁴ Medan straffmätning till stor del handlar om att rangordna fall längs en skala, har påföljdsval en mer icke-skalar karaktär. Vägledning vid påföljdsval handlar således främst om att formulera och konkretisera avgränsningskriterier, vilka fungerar som en kompass när en domare skall navigera genom påföljdsbestämningens beslutsstruktur. Behovet av tidigare praxis är givetvis lika stort i dessa fall som då straffmätning skall göras. Frågor som t.ex. när ett fängelsestraff kan ersättas med villkorlig dom och samhällstjänst, när skyddstillsyn bör förenas med s.k. 28:3-fängelse eller hur böter som tilläggsstraff skall beräknas, kan inte gärna vara upp till varje domstol att bestämma. I vart fall inte om intresset av en enhetlig rättstillämpning skall värnas. Således behövs kunskap om hur praxis ser ut.

3. Bör ”Sterzel” finnas?

Hittills har jag endast nått den föga revolutionerande slutsatsen att enhetlighet i rättstillämpningen förutsätter kunskap om tidigare praxis. Man kan dock fråga sig hur denna kunskap bäst bör nås, samt om någon bör ges ansvaret för att systematisera den. Även om domare har en upptränad förmåga att känna igen fall och göra straffmätning samt påföljdsval, är det ofrånkomligt att det finns oklara fall, samt att det ofta behövs referenser. Det är nog inte ovanligt att källor för vägledning och praxis inte harmonierar. Vad som är praxis i en domsaga (eller en del av en viss domstol) behöver inte gälla i en annan.

Rättsutredningar görs redan i alla domstolar, där relevant praxis på området samlas in och systematiseras inför avgörandet av enskilda mål. Vidare har, bl.a. i Domstolsverkets (DV:s) regi, under åren 1976–2000 särskilda straffrättsseminarier anordnats för att försöka skapa förståelse och enighet i påföljdsfrågor. Särskilda listor för påföljdspraxis beträffande vissa brottstyper har uppställts och publicerats ef-

⁴ Jag avser här särskilt komplicerade situationer som t.ex. när förekomsten av tidigare brottslighet eller brottslighetens art skall tillåtas bryta presumtionen mot fängelse, samt om fängelse kan ersättas med en icke frihetsberövande påföljd i förening med samhällstjänst, kontraktsvård eller 28:3-fängelse.

ter samarbete mellan chefsrådmän vid flera tingsrätter. Under 1999–2000 finansierade DV en verksamhet, där flera av landets främsta straffrättssakkunniga deltog, vilken syftade till att skapa bättre förutsättningar för en enhetlig rättstillämpning. Denna fick emellertid, efter stark kritik från vissa håll, läggas ned.

Det är onekligen så att flera försök att skapa enhetlighet har stött på patrull, och att intresset i domarkretsar bitvis har varit svalt eller rentav avvisande. Samtidigt är det så att samtliga försök har fått ge vika för en konkurrent som uppenbarligen har vunnit domarkårens gillande. Detta leder oss till fenomenet "Sterzel".

Martin Borgeke ger i förordet till tredje upplagan av "Studier till Påföljdspraxis m.m." en träffande bild av hur nyblivna (och säkerligen även äldre) domare numera hittar svaret på frågan vad påföljden i ett brottmål bör bli. Istället för att (som förr) fråga en äldre kollega, så tittar man i "Sterzel". Sterzel har kommit att gå från att vara en person till att bli en institution inom påföljdsbestämningsslåran, och det är nog ingen överdrift att hävda att "Sterzel" många gånger har kommit att fungera som en mall för vad det "rätta" straffet anses böra vara. Det är svårt att överskatta det inflytande som "Sterzel" har haft i detta avseende. För såväl nya domare som andra inblandade i en brottmålsprocess, har det varit till stor hjälp och av stor betydelse att (på förhand) veta ungefär var straffvärdet för viss brottslighet ligger samt hur påföljden bör bestämmas.

Av Georg Sterzels förord till första upplagan framgår att han inte avsåg att skriva en bok i vilken han angav de "rätta" lösningarna på olika problem vid påföljdsbestämningen, utan endast att redovisa sina betraktelser om vad en "normal påföljd för någon form av genomsnittligt beteende i de berörda fallen" var. Sterzel betonade särskilt att betraktelserna skulle användas med försiktighet.⁵

Detta låter ju relativt oförargligt, och det torde redan ha framgått att det är min fasta övertygelse att det finns ett behov av att få kännedom om hur praxis på ett område ser ut, ur vilken det nödvändiga jämförelsematerialet kan extraheras.

Det har emellertid riktats åtskillig kritik mot de tidigare upplagorna av "Sterzel", både vad avser själva innehållet (i såväl enskilda som principiella frågor) och hur den har kommit att användas. Låt mig ge några exempel:

— Det var förenat med problem med att upprätta detaljerade tabeller, där straffvärdet av olika brottstyper uppställs med nästintill matematisk precision.⁶

⁵ Sterzel 1998 s. V.

⁶ Jag vill dock framhålla att tabeller kan utgöra ett förträffligt hjälpmedel vid olika bedömningar. En viktig förutsättning för att tabellen skall fungera är dock att skälen för att använda ett värde bygger på generella överväganden, vilka inte i alltför hög grad är avhängiga bedömningar i det enskilda fallet. Exempel på dylika tabeller är sammanställningar av hur stor den s.k. ungdomsrabatten bör vara för olika ålderskategorier, se t.ex. Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära 2000

— Urvalet av domar hade en stark lokal anknytning till Sollentuna tingsrätt.

— I allt väsentligt saknades en diskussion om vilka faktorer som bör tillmätas betydelse vid straffmätning avseende olika brottstyper, samt därutöver en analys av hur eventuella skillnader kunde förklaras.

— Sammanställningarna av praxis bestod till stor del av tabeller i vilka endast enstaka omständigheter angavs. Detta gav intrycket av att straffvärdebedömningarna endast påverkades av en eller högst två parametrar (t.ex. mängd och substans, belopp och värde eller om slag skett med öppen eller knuten hand).⁷

— I domstol muntligen traderade axiom, som t.ex. att fjärde domen avseende olovlig körning (grovt brott) uttrycker "lagtrots" och därför utgör artbrott, blev i boken, utan motivering, skäl att döma till fängelse för en gärning som normalt bestraffas med böter.⁸

— I boken konkurrerade Sterzel-producerade underlag med andra tabeller eller "taxor" (s.k. Chefsrådmanslistor). Det fanns således i flera fall olika alternativ.⁹

Fördelen med att påföljdspraxis samlades i "Sterzel" var att en erfaren domare redovisade sina (och andras) ställningstaganden, vilka trycktes i skrift och därigenom exponerades för kritik och initierade diskussion. Nackdelen var att flera mer eller mindre genomtänkta sedvänjor i domstolar kom att formuleras i skrift — för att inte sägas i sten — utan att de behövde ha någon vettig förklaring eller djupare förankring. Detta ändrar dock varken på det faktum att "Sterzel" var både behövd och i många avseenden en imponerande sammanställning med anständiga avsikter.

Det är svårt att frigöra sig från slutsatsen att någon form av "Sterzel" bör finnas. Men just "Sterzels" slutsatser är inte i alla delar oantastliga, och läsaren bör ha i åtanke att sammanställningar av detta slag inte utgör mer än ett jämförelsematerial. Man hittar inte enbart fakta; det är samtidigt en sammanställning av olika värderingar, och skälen (i den mån de syns) kan och bör alltid diskuteras när de används i ett konkret fall.

4. "Sterzel" i ny tappning — "Borgeke"

Den tredje upplagan av "Sterzel" som utkom 2005 ("Borgeke") skiljer sig i flera avseenden från sina föregångare, även om dispositionen

s. 152 ff., Sterzel & Borgeke 2005 s. 67 samt RÅPM 2004:1. I dessa fall beräknas värdet enbart utifrån den dömdes ålder.

⁷ Särskilt vad gäller narkotikabrottslighet tenderade tabellerna i tidigare upplagor att dölja att straffmätningen är, eller i vart fall borde vara, betydligt mer komplex och komplicerad än att enbart ta hänsyn till vilken substans och mängd det är fråga om.

⁸ Denna ståndpunkt är modifierad i tredje upplagan, se Sterzel & Borgeke 2005 s. 428.

⁹ Det är intressant att notera att trots att tabellerna endast utgick från mängd och art, så kunde uppfattningarna om straffvärdet starkt divergera mellan dessa listor.

och åtskillig text fortfarande kan spåras ända tillbaka till ur-”Sterzel”, den i kompendieform från början av 1990-talet.

Jag vill redan inledningsvis göra klart att det följande inte utgör en traditionell recension av den nya upplagan. Att recensera en sammanställning av praxis kan närmast liknas vid en recension av telefonkatalogen, vilken skulle bli långrandig, enformig och förmodligen inskränka sig till eventuella synpunkter på korrekturfel. Jag tror inte att varken Sterzel eller Borgeke har menat att det saknas möjlighet att komma med invändningar mot enstaka siffror eller vissa refererade fall. Istället för att kritisera enskildheter avser jag därför att säga något om vad som skiljer den nya upplagan från tidigare. Annorlunda uttryckt: att hitta olikheter i likheterna.

En första iakttagelse är att den tredje upplagan har blivit åtskilligt omfångsrikare än sina föregångare, och numera mäter 656 sidor. Borgeke har ändrat dispositionen såtillvida att boken numera inleds med ett grundläggande kapitel om reglerna för påföljdsbestämning, främst de i BrB kap. 29–30. Detta 124 sidor långa kapitel är disponerat som en kronologisk handbok till respektive kapitel, där varje paragraf inleds med en kortare allmän del som följs av rättsfallsreferat, betydelsefulla för förståelsen av den enskilda bestämmelsen. Sammanställningen är mycket nyttig för den praktiskt verksamma juristen, och utgör ett komplement (men knappast ett alternativ) till kommentaren till brottsbalken.

Vad därefter gäller huvuddelen av boken, som omfattar redovisningen av påföljdspraxis, så följer Borgeke upplägget i tidigare upplagor. Respektive brottstyp behandlas var för sig, och dispositionen följer inledningsvis BrB:s kapitelindelning för att därefter behandla ett stort antal specialstraffrättsliga brottstyper. I denna del är ytterligare en skillnad att märka. Borgekes redovisning av praxis bygger numera i princip uteslutande på publicerad praxis från HD, HovR:s referatsamlingar samt vissa myndigheters riktlinjer.¹⁰ Borta är således, i allt väsentligt, det lokala inslag som fanns i tidigare upplagor, där uppfattningar om praxis i en särskild domsaga dominerade. Denna breddning och generalisering utgör en påtaglig förbättring av redovisningen. Rättsfall med omständigheter, relevanta för bedömningar av straffvärde respektive påföljdsval vid olika brottstyper, redovisas i form av referat. Härigenom kan läsaren snabbt få en överblick över de rättsfall som återfinns i publicerad praxis och som är av betydelse. Framställningen har även tvättats från den tabellkaraktär som tidigare upplagor präglades av, vilket är en klar fördel. En tabell kan i och för sig vara enklare att avläsa, men som redan påpekats är varken straffmätning eller påföljdsval någon tabellvetenskap, och tabeller kan lätt lura läsaren att tro att det finns korrekta (numerära) svar på påföljdsfrågor. Påföljdsbestämning är långt ifrån så enkel, och tabeller döljer

¹⁰ Undantag i denna del återfinns till viss del i kapitel 8–10 som behandlar narkotika-, smugglings- och dopningsbrott, till vilket jag återkommer.

ofta denna svårighet. Därav framgår t.ex. inte *hur* och *varför* vissa omständigheter har påverkat bedömningen.

Referattekniken gör emellertid att boken kräver mer av sin läsare. Jag ser inget konstigt i detta. Inför en jämförelseoperation, av det slag som diskuterats ovan, finns behov av referenser och dessa återfinns i referaten. Härigenom kan man alltid fälla ett omdöme om det konkreta fallet är värt mer eller mindre i termer av straff. Man skulle kanske önska att författaren i större utsträckning broderade kring de (brottsinterna eller brottsexterna) omständigheter som varit avgörande i respektive fall, samt vilka omständigheter han anser bör styra straffmätningen. Det kan dock vara förenat med svårigheter att komplettera framställningen med ytterligare utvecklingar, eftersom det av de publicerade avgörandena inte alltid (eller snarare, relativt sällan) framgår *hur* domstolarna har värderat olika omständigheter sinsemellan.

Det nu sagda påminner om samspelet mellan bokens funktion och användarnas uppfattning. Ansvar för tillämpningen och utvecklingen av praxis ligger främst hos domarkåren, inte hos betraktaren eller författaren. Arbetet med att lyfta fram enskilda omständigheter som resulterar i en kvalitativ skillnad i straffvärde, eller som avgör när olika påföljds kombinationer är lämpliga, måste således främst åvila domaren i det enskilda fallet att utföra. I den mån det finns stöd i rättkällorna för vad som utgör relevanta kriterier, bör detta dock absolut redovisas i en sammanställning av nu aktuellt slag.

Det kommer emellertid alltid att finnas oklara fall, och därför ett behov av att veta hur sådana bör lösas. En viktig fråga är därvid i vilken utsträckning författaren bör inlåta sig på att ge rekommendationer för hur oklara fall bör lösas *utan att det finns stöd i praxis* (eller andra rättskällor). Svaret torde bli avhängigt om man uppfattar boken som en neutral sammanställning av fakta eller av olika värderingar. Som framgått ovan menar jag att det inte finns någon avgörande skillnad häremellan. I avsaknad av praxis från HD, måste det kunna ankomma på andra att formulera svar. Inte sällan är lösningarna på olika påföljdsbestämningsproblem mer tekniska än ideologiska till sin natur. Jag ser därför inga större problem med att en erfaren domare ger sina synpunkter på hur de oklara fallen lämpligen bör lösas. Vill man åstadkomma likhet på ett område, måste någon börja med att ange ingångsvärderna. Precis som inom rättsvetenskapen är det tillåtet — och önskvärt — att rekommendationer ges. Om inte någon annan vill (eller får) samla sina synpunkter, måste det väl kunna få ankomma på författaren till "Sterzel". Vad som kan vara kontroversiellt är inte *att* uttrycka något, utan *på vilken grund* det sker.

Hittills har min kritik av den tredje upplagan varit uteslutande positiv. Naturligtvis finns det dock fortfarande sådant som saknas och sådant som kan förbättras. Jag begränsar mig till några korta önskemål.

(a) Som redan framgått är det min uppfattning att bokens akribi väsentligen har förbättrats, inte minst genom författarens inledningskapitel och redogörelse för lagtext och viktiga förarbetsuttalanden. Även om det av hela framställningen framgår att författaren är mycket väl förtrogen med den dolda strukturen bakom reglerna om påföljdsbestämning, finns ingen övergripande redogörelse för i vilken ordning som påföljdsbestämningen skall göras.¹¹ Detta är kanske naturligt med hänsyn till dels att boken inte är en lärobok i straffrätt utan en praktisk handbok, dels att framställningar över påföljdsbestämningens struktur tar stort utrymme i anspråk. En schematisk skiss över den dolda beslutsstrukturen av det slag som finns i vissa läroböcker hade emellertid kunnat utgöra en värdefull introduktion.¹² En sådan skiss har, inte minst, den fördelen att den påvisar när frågor om t.ex. samhällstjänst och andra särskilda skäl mot fängelse kan komma att aktualiseras vid påföljdsvalet.¹³

(b) Referaten i framställningen är fyllda med värdefull information för en användare som förväntas känna till påföljds läran, och det finns åtskilliga hänvisningar till förarbeten. Vad som däremot helt har utlämnats, men som enligt min mening skulle kunna ha medfört en ytterligare förbättring av tredje upplagan, är hänvisningar till doktrinen och annan juridisk litteratur. Inte minst författaren själv har i andra sammanhang bidragit med viktiga analyser och sammanställningar av problem inom påföljdsbestämning, vilka hade förtjänat en hänvisning.¹⁴

(c) Det finns enstaka partier i boken som berör frågan om vad som utgör ett respektive flera brott, men jag tror att det finns ett behov av ytterligare kommentar till konkurrensproblematiken och redogörelser för praxis. Särskilt vanliga (och komplicerade) är konkurrensfrågor vid bedömningen av narkotikabrott.¹⁵ I tidigare upplagor fanns under en särskild rubrik denna problematik nämnd och kommenterad genom citat från förarbeten. I den tredje upplagan kan jag emellertid inte hitta någonting om denna frågeställning. En redogörelse för grundläggande principer och referenser till rättskällor skulle utgöra en välkommen komplettering.

(d) Vad som nu sagts aktualiserar frågan hur flerfaldig brottslighet bör behandlas, främst i straffmätningshänseende. Frågan uppkom-

¹¹ Viktiga påpekanden görs dock löpande i texten, av vilka det framgår hur strukturen ser ut, se bl.a. Sterzel & Borgeke 2005 s. 21 f., 78 och 92.

¹² Se bl.a. Jareborg & Zila (not 6) s. 122 och 135 f.

¹³ Jfr NJA 2005 s. 690.

¹⁴ Se bl.a. Borgeke (m.fl.) i bl.a. SvJT 1999 s. 218 ff., SvJT 2000 s. 421 ff., SvJT 2006 s. 243 ff. och JT 2005/06 s. 630 ff.

¹⁵ Frågorna kan gälla såväl om hur olika — i sig straffbara — moment i narkotikahandling förhåller sig till varandra som regler för tillskapandet av en brottsenhet. Sistnämnda problematik aktualiserades i t.ex. NJA 1986 s. 736, i vilket HD fann att innehav av narkotika ”vid en stor mängd tillfällen som legat nära varandra” skulle bedömas som ”ett antal från varandra fristående brott”. HD har upprätthållit denna princip i flera mål, se bl.a. NJA 1992 s. 108 och NJA 1997 s. 522.

mer i varje brottmål där någon döms för fler än ett brott. Eftersom en gemensam straffmätning skall göras, kommer frågan hur man hantarer brottsflerhet att få lika stor betydelse för enhetligheten som straffmätningen avseende varje enskilt brott. Det är föga ändamålsenligt att först skapa enhetlighet vid bedömningar av straffvärdet av enkel brottslighet, för att därefter vid sammanläggningen använda helt andra principer.

Det kunde därför tydligare sägas något om fenomenet ”mängdrabatter” i framställningen.¹⁶ Mängdrabattens berättigande har ifrågasatts, och osäkerhet finns rörande hur den skall beräknas. Även om skälen är omtvistade är det obestridligt att mängdrabatter skall ges vid straffmätningen. Borgeke redogör för en i praxis utvecklad schematisk regel för straffmätning av flerfaldig brottslighet. Oavsett hur man väljer att förklara varför straffmätning av flerfaldig brottslighet vid samma tillfälle tillåts resultera i en lägre summa än vad en ren addition av respektive brotts straffvärde skulle leda till, så är det av utomordentlig vikt att understryka att en princip om mängdrabatt har upprätthållits sedan i vart fall strafflagens ikraftträdande 1865 och således utgör en viktig del av påföljdspraxis. Även om jag inte själv vågar förorda enkla tumregler för hur det samlade straffvärdet skall beräknas, ser jag det som viktigt att det i en framställning av nu aktuellt slag tydligt framhålls att mängdrabatter skall ges samt att domstolar framdeles enas om principer för hur den skall beräknas.¹⁷

(e) En annan generell frågeställning, som det i framställningen saknas ett samlat grepp på, är hur (främst) straffmätning hanteras vid osjälvständiga brott (medverkan, försök, förberedelse och stämpling). Frågan är omtvistad och svår samt präglad av starkt normativa överväganden, vilka ytterst är beroende av om man skall lägga vikt vid objektiva omständigheter (vad gärningsmannen verkligen gjort eller orsakat fysiskt) eller subjektiva omständigheter (vad gärningsmannen avsett att göra eller bidragit med i form psykiskt orsakande). Det är inte ”Borgekes” uppgift att förklara om subjektiva eller objektiva omständigheter alltid och främst bör vara avgörande. Men det finns praxis på området som åtminstone förklarar hur stor betydelse det bör ha vid straffmätningen att brottet inte har fullbordats eller att den dömd inte själv anses vara gärningsman. En systematisering av denna praxis skulle tydliggöra hur dessa brottstyper förhåller sig till självständiga och fullbordade brott i straffmätningshänseende.

¹⁶ Jfr Sterzel & Borgeke 2005 s. 23.

¹⁷ I framställningen hänvisas till RÅ:s anvisningar rörande strafföreläggande och ordningsbot. Dessa anger att det första brottet ges fullt genomslag i straffmätningen, varefter hälften av de efterföljande brotts straffvärde adderas. För en redogörelse av förklaringsmodeller av fenomenet med mängdrabatter och ett förslag till hur de kan förenas med en princip om straffvärdeproportionalitet, se Jareborg & Zila (not 6) s. 119 f. och Ulväng, Påföljds konkurrens — problem och principer 2005 kap. 4 och 5.

(f) Som ett sista förslag till komplettering kan nämnas att det hade varit värdefullt om författaren skulle ha givit någon form av anvisning för hur man generellt sett bör se på *brottslighetens art*. Få begrepp har vållat så stor förvirring inom påföljds läran som just detta. Även om det inte kan förväntas att en sammanställning av påföljdspraxis skall innehålla någon närmare redogörelse av artbrottsinstitutet eller listor på vad som utgör "artbrott" (helt enkelt därför att sådana väl inte finns och knappast är önskvärda), så är det viktigt att ge vissa hållpunkter, om inte för annat så i vart fall för att utpeka när "brottslighetens art" *inte* bör ges betydelse samt uppmana till stor försiktighet vid bedömningar av detta slag. Detta är just ett sådant ställe där hänvisningar till doktrinen, förarbeten och annan litteratur skulle vara särskilt nyttig för praktikern.¹⁸

Avslutningsvis skall jag rikta några mer negativa anmärkningar mot innehållet i den tredje upplagan. Denna kritik riktar sig främst mot kapitel 8–10, vilka behandlar narkotikabrott, smugglingsbrott och dopningsbrott. I denna del upplever jag fortfarande framställningen som problematisk.

Det är visserligen inte lätt att säga något vettigt om påföljdspraxis rörande narkotikarelaterad brottslighet eftersom (främst) straffmätningen av denna brottslighet så markant skiljer sig från den av annan brottslighet. Man kan inte vänta sig att författaren skall ändra denna anomali i straffmättingspraxis genom en sammanställning, men jag undrar ibland om inte "Sterzel" har bidragit till att accelerera represionsökningen när det gäller straff för denna brottslighet. Som påpekas i boken har de tidigare "taxorna" bidragit till ökad likhet i rättstillämpningen. Även om det alltsedan första upplagan har understruktits att de s.k. "taxorna" endast avser sådana fall där det inte framkommit några andra relevanta straffvärdeomständigheter utöver arten och mängden, så undrar jag om det verkligen är på detta vis som tabellerna har kommit att uppfattas och användas. Hela dispositionen blir en- eller möjligtvis tvådimensionell. Den bygger på att det inte finns några andra skillnader vid denna typ av brott än narkotikans art och mängd. Som anges i tredje upplagan pågår ett praxissamarbete mellan olika representanter för landets domstolar, åklagarmyndigheter och advokat kåren. Genom att fokusera på de renodlade fall av narkotikabrottslighet som förekommer främst i de delar av landet som hanterar smugglingsbrott, förblir straffmätningen dock låst vid mängd- och substansresonemang. Det är väl helt i sin ordning, om det endast utgjorde ett riktmärke att kalibrera straffmätning i enskilda fall mot.¹⁹ Men genom att inte på något sätt diskutera vilka andra

¹⁸ För goda redogörelser av begreppet brottslighetens art, se närmare bl.a. Asp i SvJT 2003 s. 136 ff., Borgeke i SvJT 1999 s. 218 ff. och Jareborg & Zila (not 6) s. 139 ff.

¹⁹ Jag vill understryka att jag inte uppfattar att varken Sterzel eller Borgeke har avsett att göra något annat än att ge en referensram utifrån typiserade normalfall, se även Sterzel 1998 s. V samt Sterzel & Borgeke 2005 s. 463 ff.

omständigheter som skulle kunna vara av betydelse, döljer ”taxorna” att det alls finns några sådana.

Detta är inte platsen att närmare ange hur narkotikabrottslighet bör straffmätas. Det får räcka med två korta men viktiga påpekanden.

— Som anförs på flera ställen i boken kan straffvärdet inte enbart bestämmas av mängd och art; det kan endast utgöra en utgångspunkt. Som förklaring till att man utgått från mängd- och substansresonemang anges att en stor del av narkotikafallen hanteras främst i Sydsverige, där kurirer grips vid gränsen. De gripna är vanligtvis obenägna att redogöra för de närmare omständigheterna kring gärningen, varför det saknas kännedom om andra faktorer än just mängden och arten av narkotika. Det är då svårt att finna några egentliga skillnader mellan olika fall; finns sådana skillnader så är dessa ofta försvårande och leder till att korrigeringar endast går i en (straffskärpande) riktning.

Men frågan är om kurirfallen verkligen bör utgöra normen. Det finns givetvis fall där olikheterna är relevanta och bör beaktas.²⁰ Det är — eller borde vara — skillnad mellan att å ena sidan förvara 1 kg heroin under en kortare tid, och att å andra sidan planera och arrangera insmuggling av 1 kg heroin, för att därefter distribuera det till skolungdomar.²¹ ”Normaltaxor” för kurirfall kan smitta bedömningar av andra fall, och jag misstänker att varken domstolar eller övriga aktörer i en brottmålsprocess anser det mödan värt att argumentera för avvikelser från tabellerna i någon större utsträckning. Det är visserligen inte ”Borgekes” uppgift att tygla straffmätningsspraxis när det gäller narkotikabrott, men mot bakgrund av hur boken och dess ”taxor” många gånger används, skulle mer nyanserade resonemang med hänvisningar till straffvärdeomständigheter vara välkomna. Att inte ta ställning, innebär i vissa fall ett ställningstagande och boken bör inte skrivas oberoende av hur den läses och användes. För det är redan dess ämne och avsedda användningsområde alltför känsligt.

Kanske är det därför ”Borgekes” uppgift att närmare precisera vilka övriga omständigheter som är av betydelse.²² Som exempel på om-

²⁰ Det kan noteras att kurirer ofta ingår i organiserad smugglingsverksamhet med vinstsyfte, vilket normalt anses förtjäna stränga straff (se bl.a. NJA 1991 s. 255). Kurirfall behöver således inte vara några ”normalfall”.

²¹ Se bl.a. prop. 1980/81:76 s. 207 ff. och NJA 2004 s. 354.

²² Det skall noteras att det i ”Borgeke” framhålls att riktlinjerna kan behöva korrigeras beroende på om den tilltalade intar ställning av huvudman eller endast medverkat i mindre mån, se Sterzel & Borgeke 2005 s. 464 f. Det har under senare år kommit en rad intressanta rättsfall på detta område, vilka delvis finns refererade i ”Borgeke”. I NJA 2005 s. 453 framhöll HD vikten av att domstolarna inte enbart fäster avseende vid mängd- och artresonemang, varvid straffet sänktes från 4 år och 6 månader till 2 år och 6 månader (se Sterzel & Borgeke 2004 s. 472 f. och 482). I NJA 2003 s. 361 bedömde TR straffvärdet för viss hantering med ett parti heroin vara 5 år (7 år enligt den lagfarne domaren som var skiljaktig). I HovR sänktes straffet till fängelse i 4 månader och i HD frikändes den tilltalade. Fallet var särpräglad, men illustrerar hur olika omständigheter (drastiskt) kan påverka straffmätningen. I NJA 2005 s. 238 konstaterade HD att straffvärdet för

ständigheter som bör ges betydelse kan nämnas: gärningsmannens *avsikter*, *sättet* för brottets förövande, huruvida det begåtts genom *handling* eller *underlåtenhet*, *tiden* för brottets förövande, *koncentrationen* i narkotikapreparatet, de inblandades *roll* och *delaktighet* i händelseförloppet.²³ Enhetlighet på ett område betyder inte likformighet; lika för lika betyder inte lika för alla.

— Min andra anmärkning riktar sig mot grundantagandet att straffmätning av narkotikabrottslighet skall vara linjär.²⁴ Detta menar jag bygger på en missuppfattning om att kvantitativa skillnader alltid uttrycker skillnader i kvalitativt hänseende. För den som har att systematisera praxis på ett område, kan det därför inte vara korrekt att utgå från att de hållpunkter som ges på ett område skall bilda en linjär kurva. Så är inte fallet vid andra brottstyper, och jag har svårt att förstå varför det skulle vara så vid narkotikabrott (smugglingsbrott eller dopningsbrott). Att t.ex. omvärdera hela taxan för heroinbrott enbart därför att HD i ett fall (NJA 1997 s. 193) uttalat en skärpt syn på vad som kan utgöra ”en inte helt obetydlig mängd”, framstår därför som ren spekulation. Genomslagskraften hos en sådan omvärdering kan svårigen överskattas, vilket naturligtvis menar till särskild försiktighet. För det första innebär det att man sätter tidigare straffmätningsspraxis rörande heroinhantering ur spel. De nya hållpunkterna bygger på antagandet att HD avsett att övriga fall av heroinhantering också bör bedömas strängare. Om detta står emellertid ingenting i NJA 1997 s. 193. Till skillnad från författaren menar jag att en generell skärpning av praxis, enbart beroende på detta rättsfall, är en direkt *orimlig* konsekvens.²⁵

5. Slutsatser

Både straffmätning och val av påföljd innebär komplicerade bedömningar som förutsätter balanserade avvägningar. Även om fullständig enhetlighet i påföljdsbestämning inte är ett realistiskt mål, måste man vara överens om vad det är som skall vara av betydelse vid bedömningarna. Lika viktigt som det är att hitta likheter mellan olika fall (som ger skäl för inordning) är det att hitta olikheter mellan lika

brott bestående i brukande av narkotika inte bör differentieras med hänsyn till narkotikans grad av farlighet (Se Sterzel & Borgeke 2005 s. 482 f.).

²³ Endast genom att föra in nämnda omständigheter i straffvärdebedömningen i enskilda fall kan man blottlägga vad som faktiskt styr — och anses böra styra — värderingarna. Det kan inte uteslutas att straffvärdebedömningar vid narkotikabrottslighet handlar om allt annat än faktorer som påverkar skade- och skulddimensionerna. Detta ändrar dock inte på argumentet att dessa faktorer bör beaktas. Att straffmätningen vid narkotikabrott som helhet är överstyrd på grund av andra omständigheter, innebär inte att man inte borde differentiera straffvärdebedömningarna.

²⁴ Se Sterzel & Borgeke 2005 s. 464 med hänvisning till Drograxisgruppens riktlinjer.

²⁵ Jfr Sterzel 1998 s. 8–6 samt Sterzel & Borgeke 2005 s. 492. Som ett intressant tankeexperiment kan man fundera över om motsvarande korrigerings skulle framstå som rimlig om HD ändrade beloppsgränsen mellan snatteri och stöld.

fall (som ger skäl för avskiljning). De omständigheter och skäl som är avgörande måste formuleras i ord för att kunna ge vägledning.

Välskrivna domar som systematiseras i samlingar av påföljdspraxis utgör en god utgångspunkt för den som har att bedöma ett enskilt fall. En domare behöver detta för att — på den begränsade tid som står till buds — kunna avgöra, men också ompröva, ett fall. Georg Sterzel har gjort en viktig insats för att möjliggöra detta, och Martin Borgeke har avsevärt förbättrat produkten i flera avseenden. Redan den nya upplagans förbättrade akribi ger skäl att hädanefter tala om ”Borgeke”.

En god sammanställning är emellertid endast första steget på vägen mot en enhetlig rättstillämpning. Det andra steget består i själva bearbetningen av materialet. Påföljdsbestämning är ingen exakt vetenskap. Det finns inga ”rätta svar” som kan utläsas ur tabeller eller sammanställningar. Däremot finns det likheter och skillnader mellan olika fall. I den utsträckning som olikheterna reflekterar kvalitativa skillnader, så bör det märkas i hela påföljdsbestämningen. Detta innebär en uppmaning till domare och andra att seriöst diskutera vilka omständigheter som påverkar t.ex. skade- och skulddimensionerna vid straffvärdebedömningar eller vilka faktorer som avgör hur avgränsningskriterier vid val av påföljd formuleras. En sådan operation kan många gånger förutsätta att fler referenser än endast tidigare praxis konsulteras.

Alla dömda får inte samma påföljd, och så skall det naturligtvis vara. Bakom straffmätning och påföljdsval döljer sig värderingar, och därför bör det förklaras varför skillnader görs. Först när man anger goda skäl för sin slutsats visar man att man tar deviserna ”lika för lika” och ”olika för olika” på allvar. Att läsa något som står i en god handbok är en god början men att stanna vid innantilläsning ur en aldrig så god handbok är ett dåligt slut.