

Skärtorsdagsdomen — en ny dom från HD som påverkar domstolarnas påföljdsbestämning

Av hovrättslagmannen MARTIN BORGEKE

I artikeln tar författaren upp och kommenterar rättsfallet NJA 2008 s. 359. Den slutsats som författaren kommer fram till är att mycket av det som sägs i HD:s domskäl kommer att få betydelse för den framtida rättstillämpningen. Han sätter dock ett frågetecken för HD:s avslutande resonemang som ledde till att påföljden bestämdes till skyddstillsyn med samhällstjänst. Enligt författaren bryter HD genom sin dom den av lagstiftaren angivna principen att samhällstjänst får beslutas endast om fängelse eller sluten ungdomsvård annars inte kan undvikas. Domen riskerar därigenom att leda till förvirring när det gäller påföljdsbestämningsreglernas struktur och är ytterligare ett tecken på att det nu är hög tid att lagstiftaren engagerar sig i påföljdssystemets systematik och utfall.

1 Inledning

I en dom på skärtorsdagen, den 20 mars 2008, har HD tagit ställning till flera centrala frågor på påföljdsbestämningsområdet. Domen är utförlig och pedagogisk och alltså skriven på ett sätt som liknar det på vilket bl.a. rättsfallet NJA 2000 s. 314 är utformat. Den är därmed en i raden av domar från HD som alla som sysslar med brottmål måste ta del av och förhålla sig till på något sätt.

För den som inte är alldeles hemma på straffrättens område kan sägas att HD i NJA 2000 s. 314 tog upp flera centrala påföljdsbestämningsfrågor. Den domen ledde till rätt mycket diskussion när den kom. Invändningar gjordes på skilda punkter och det kan knappast sägas att den helt och fullt har fått genomslag i rättstillämpningen. Frågan för denna uppsats är hur Skärtorsdagsdomen bör förstås och vilken betydelse den kommer att få för de resonemang som domstolarna ska föra när de resonerar sig fram till vilken påföljd som ska utdömas i olika fall.

2 Omständigheterna i målet och underinstansernas domar

Varje rättsfall från HD har självfallet sin grund i vissa faktiska förhållanden. Dessa utgör grunden för de resonemang som HD sedan för i domskälen. Inte sällan får emellertid de faktiska förhållandena avsevärt mindre betydelse än de överväganden kring rättens innehåll som HD redovisar. Så är också förhållandet när det gäller Skärtorsdagsdomen. Det finns likväl anledning att något kortfattat redovisa vad saken rörde.

Två ynglingar, C och F, hade under huvudsakligen en period om tio månader, när de var 20–21 år gamla, begått ett mycket stort antal stöldbrott, närmare bestämt 35 stycken. Dock ska sägas att C var ensam gärningsman i tre av fallen. Dessa hade emellertid inte ett sådant straffvärde att de i någon märkbar grad kan ha påverkat den samlade brottslighetens straffvärde. Straffvärdemässigt var det alltså inte någon egentlig skillnad mellan C:s och F:s brottslighet.

Det allvarligaste brottet var ett bostadsinbrott vid vilket C och F hade stulit ett kulgevär, ett hagelgevär och ammunition. Detta begicks när C och F hade fyllt 21 år. Även vid det brott som får betraktas som det näst allvarligaste, ett inbrott i en musikförenings lokaler, hade C och F passerat 21-årsgränsen. En stor mängd av gärningarna avsåg inbrott i bilar varvid bilstereoapparater och liknande utrustning stals. En annan typ av brott som C och F hade gjort sig skyldiga till åtskilliga gånger var stöld av hjulen på parkerade bilar.

Av intresse i saken var att sedan C och F hade blivit misstänkta för bostadsinbrottet vid vilket vapen och ammunition stals och inbrottet hos musikföreningen, vilka brott inledningsvis förnekades av C och F, började de berätta om den övriga kriminaliteten. De var i detta läge mycket samarbetsvilliga. Den övriga brottsligheten hade de sannolikt bara i mycket begränsad utsträckning kunnat dömas för utan dessa självangivelser. En annan omständighet av betydelse var att C och F på olika sätt försökte göra rätt för sig genom att lämna tillbaka stöldgods och betala ersättning till de drabbade. C bad målsägandena om ursäkt och tog ett lån av sin farfar för att kunna betala. F betalade i sin tur fortlöpande till C.

Beträffande annan brottslighet som de tilltalade hade gjort sig skyldiga till än den som avsågs med HD:s dom anges i tingsrättens dom att C hade fått en åtalsunderlåtelse för ett stöldbrott som han begick efter den i målet aktuella brottsligheten medan F dels hade fått ett strafföreläggande på villkorlig dom och böter avseende bedrägeri som var begånget tidigare, dels hade meddelats åtalsunderlåtelse på motsvarande sätt som C. För F:s del innebär detta att den aktuella brottsligheten begicks under prövotiden på grund av den villkorliga domen.

Både C och F samtyckte till samhällstjänst och bedömdes som lämpliga för sådan tjänst.

Vid tingsrätten dömdes C till fängelse ett år två månader medan påföljden för F blev fängelse ett år. Den villkorliga domen fick stå kvar. Någon närmare motivering till skillnaden i strafflängd gav inte tingsrätten. I hovrätten yrkade C och F strafflindring medan åklagaren bestred ändring. Hovrätten fastställde tingsrättens påföljdsbestämning.

3 HD:s dom och kommentarer till denna

I HD yrkade C och F att påföljden skulle bestämmas till skyddstillsyn eller villkorlig dom i förening med böter eller samhällstjänst. RÅ bestred ändring. Redan här ska sägas att HD biföll överklagandena på det sättet att HD bestämde påföljden för envar av C och F till skyddstillsyn med samhällstjänst 180 timmar och ett alternativt fängelsestraff om åtta månader.

I det följande kommer de olika frågor som HD tar upp i domen att behandlas under skilda rubriker. Avslutningsvis kommer, i ett särskilt avsnitt, att göras en samlad bedömning av domens betydelse i olika delar.

Innan jag närmare går in på HD:s resonemang ska det framhållas att HD, helt i enlighet med lagstiftarens intentioner och rättspraxis, i domen uttalade att brottslighetens art inte talade för fängelse. HD kom också fram till att F:s tidigare villkorliga dom inte kunde utgöra ett beaktansvärt skäl för fängelse. Det kan självfallet diskuteras om den sistnämnda slutsatsen är i överensstämmelse med praxis. Det är emellertid inte nödvändigt att låta denna fråga ta någon större plats vid en analys av rättsfallet. Jag lämnar den därför.

3.1 Straffvärdet av flerfaldig brottslighet

Påföljdsbestämningssystemet är uppbyggt så, att det föreligger en presumtion för fängelse om straffvärdet av brottsligheten motsvarar eller överstiger fängelse ett år. Denna presumtion kan brytas exempelvis om den tilltalade begick brottet eller brotten innan han eller hon hade fyllt 21 år. Även andra faktorer kan vara av betydelse i sammanhanget.

Som framgått hade C och F gjort sig skyldiga till mycket omfattande brottslighet. Frågan var inledningsvis vilket den samlade brottslighetens straffvärde var. I denna del uttalade HD bl.a. följande.

Bestämmelsen i 29 kap.1 § brottsbalken ger uttryck för att straffvärdebedömningen vid flerfaldig brottslighet skall avse brottsligheten i dess helhet. I praktiken innebär detta att det straff som utmäts vid flerfaldig brottslighet i allmänhet ligger väsentligt lägre än vad som skulle bli följden av en sammanläggning av straffvärdet för varje enskilt brott som ingår i brottsligheten. Några generella principer för hur straffvärdet skall bestämmas vid flerfaldig brottslighet finns emellertid inte fastlagda i lagstiftning och vad som uttalats i förarbetena till lagstiftningen ger endast en begränsad ledning. Frågan har inte heller behandlats närmare i någon vägledande rättspraxis och kommentarerna i den juridiska litteraturen var under lång tid mycket sparsamma. I Ulväng, Påföljdskonkurrens — problem och principer, Uppsala 2005, finns dock numera en utförlig behandling av olika principiella och teoretiska aspekter av frågan (s. 151–292) medan en mer på den praktiska hanteringen inriktad framställning finns i Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, 2008 (avsnitt 3.4).

En viktig orsak till att frågan inte ägnats någon större uppmärksamhet torde vara att förhållandena kan vara så olika, beroende på vilka brott som är aktuella och sambandet mellan dessa, att det är svårt att ange några mer

generella riktlinjer för straffvärdebedömningen. Det relativa straffvärdet av de olika brotten kan exempelvis vara av stor betydelse för den samlade straffvärdebedömningen. Är det något brott som har ett väsentligt högre straffvärde än övriga brott påverkar de senare i allmänhet endast i mindre grad bedömningen av det samlade straffvärdet, medan motsatsen gäller om de aktuella brotten sedda för sig har ett likartat straffvärde. Den nivå inom fängelsestraffskalan som är aktuell kan också ha betydelse för vilket genomslag förekomsten av flerfaldig brottslighet får vid straffvärdebedömningen. Normalt bör flerfaldig brottslighet relativt sett få betydligt större genomslag vid straffvärdebedömningen när det är fråga om låga straffnivåer än i de fall då straffnivån är hög. Om det bland brotten ingår ett som har ett straffvärde som motsvarar fängelsemaximum om tio år kan ju för övrigt straffet endast sättas 40 procent över detta straff oavsett hur omfattande och grov den övriga brottsligheten är. Andra faktorer som kan vara av betydelse är exempelvis vilken eller vilka typer av brott som är aktuella samt vilket tidsmässigt och annat samband som kan finnas mellan brotten.

HD fortsatte med att konstatera att det sagda inte utesluter att det finns vissa allmänna principer som i allmänhet torde iakttas vid bedömningen av straffvärdet vid flerfaldig brottslighet. Enligt HD är utgångspunkten för straffvärdebedömningen i allmänhet det allvarligaste av de brott som föreligger till bedömning (jfr konstruktionen av 26 kap. 2 § BrB). Till straffvärdet av detta brott läggs därefter en efter hand minskande del av straffvärdet av vart och ett av de övriga brotten i ordning efter brottens allvar. En allmän kontroll görs också av att ett på så sätt beräknat straffvärde inte framstår som oproportionerligt i förhållande till den typ av brottslighet som är aktuell.

Vid bedömningen av straffvärdet av den aktuella brottsligheten kunde HD konstatera att det allvarligaste brottet var bostadsinbrottet. Detta tillmätte HD ett straffvärde motsvarande sex månaders fängelse. Här efter fortsatte HD:

När det gäller de övriga brotten kan det finnas anledning att först beröra betydelsen av att det är fråga om vad som kan kallas seriebrottslighet. Som framgår av 29 kap. 2 § punkt 6 brottsbalken kan det förhållandet att ett brott ingått som ett led i en brottslig verksamhet i vissa fall utgöra en försvårande omständighet vid bedömningen av brottets straffvärde. Faktorer av det slag som avses i den bestämmelsen kan också medföra att ett brott som ingår i en serie rubriceras som grövre än vad som skulle ha varit fallet om brottet bedömts isolerat.

De brott som C och F gjort sig skyldiga till framstår emellertid närmast som exempel på en sådan i omognad och oförstånd bottnande brottslighet av kvantitativt omfattande slag som inte är ovanlig bland unga lagöverträdare och vars förekomst utgör ett av skälen för den särskilda påföljdsregleringen för unga. Den präglas således, även om brotten ingått i en serie av brott, inte av någon sådan planmässighet eller systematik som skulle kunna påverka rubriceringen eller betraktas som en försvårande omständighet vid bedömningen av de enskilda brottens straffvärde.

Som det näst allvarligaste brottet framstår inbrottet i musikföreningens lokaler. Sett isolerat får det anses motsvara ett straffvärde kring tre måna-

der. Om det skulle bedömas tillsammans med bostadsinbrottet skulle straffvärdet få anses uppgå till mellan sju och åtta månader.

Härutöver har C och F tillsammans gjort sig skyldiga till tre eller fyra brott som enligt vad som i Högsta domstolen är upplyst om hur brotten begåtts och värdet av vad som tillgripits får anses ha ett isolerat straffvärde runt ett par månader. Skulle dessa bedömas tillsammans med de tidigare nämnda brotten får straffvärdet anses motsvara kring tio månader.

Vad gäller övriga brott som C och F begått tillsammans ger utredningen här inte stöd för att vart och ett av dessa isolerat kan bedömas ha ett straffvärde som överstiger någon månad. Det utesluter inte att dessa brott vid en samlad straffvärdebedömning bör ges ett tydligt genomslag. Det får mot den bakgrunden anses klart att straffvärdet för den brottslighet som T och F tillsammans har begått inte endast motsvarar ett års fängelse utan också i viss mån, men inte mer påtagligt, överstiger detta.

Till detta kom att C, som nämnts, hade begått tre brott ytterligare som F inte hade medverkat till. Två av dessa var av sådant slag att det isolerade straffvärdet enligt HD fick anses motsvara ett par månaders fängelse. HD ansåg att det mot den bakgrunden fanns anledning att anse att straffvärdet av C:s samlade brottslighet var något högre än straffvärdet av F:s samlade brottslighet. Skillnaden kunde enligt HD dock inte anses vara så stor som den som tingsrätten och hovrätten gjort vid sin straffmätning. Den var alltså mindre än två månader.

Det kan tyckas att HD vid sin straffvärdebedömning har gjort en alltför stor reduktion från vad en ren addition av de olika brotternas straffvärde skulle ha lett till. För egen del är jag emellertid knappast av den uppfattningen. Jag har i min bok Att bestämma påföljd för brott (Stockholm 2008, s. 139 ff.) pläderat för att man bör gå tillväga på det sätt som HD här har gjort. Att det i fall där någon har begått väldigt många brott blir fråga om stora s.k. mängdreduktioner är inte konstigt. Det är nämligen viktigt att observera att det vid flerfaldig brottslighet måste tillämpas vad som skulle kunna kallas principen om flerbrottslighetens avtagande betydelse. Denna kan sägas vara kusin till en annan princip, nämligen den om straffvärdeomständigheternas avtagande betydelse. För att ta ett tydligt exempel: Vi vet att enligt domstolarnas praxis anses innehav av 1 kg cannabis normalt ha ett straffvärde som motsvarar fängelse ett år. Vi gör nu tankeexperimentet att någon, som har ertappats med innehav av 30 kg cannabis, vilket normalt har ett straffvärde motsvarande fängelse sex år, skulle övertygas om att han eller hon hade innehaft ytterligare ett kg av denna sorts narkotika. Ska personen i fråga då dömas till ytterligare ett års fängelse. Svaret är självklart nej. Ju högre upp i straffvärdenivåer som man kommer desto mindre betyder varje ytterligare mängd narkotika (eller annan straffvärdeomständighet). Detta har i grunden att göra med att det vid straffvärdebedömningarna är nödvändigt att vi observerar skillnaden mellan kvalitet och kvantitet. Att den brottslighet som den tilltalade ska dömas för är kvalitativt sett mindre allvarlig än annan brottslighet är en faktor som ska ges stor betydelse. Detta gäller

både om det rör sig om ett brott och om det rör sig om flera brott. En person som har specialiserat sig på bostadsinbrott kan alltså aldrig, oavsett hur många sådana brott han eller hon ska lagföras för, komma upp i ett straffvärde som ens närmar sig minimistraflet för grovt rån, dvs. fängelse fyra år. Att den straffskala som gäller för flerfaldig grov stöldbrottslighet har ett maximum på fängelse åtta år är inte ägnat att förändra detta resonemang. Det praktiskt gällande maximistraflet vid flerfaldig grov stöld bestående av bostadsinbrott med ett straffvärde runt minimistraflet fängelse sex månader torde faktiskt inte vara högre än fängelse två till två och ett halvt år. I vart fall gäller detta om det inte finns skäl att skärpa bedömningen med stöd av 29 kap. 2 § 6 p BrB (vissa fall av organiserad brottslighet).

Vad som kan ifrågasättas när det gäller HD:s straffvärdebedömning är således inte den s.k. mängdreduktionens storlek. Däremot kan det diskuteras om straffvärdet av bostadsinbrottet verkligen motsvarade endast sex månaders fängelse. För egen del tror jag att många domare hade bedömt det motsvara fängelse åtta månader med hänsyn till att tillgreppet avsåg vapen och ammunition. Detta är emellertid en fråga av mindre betydelse i sammanhanget. Det viktiga är självfallet att HD har slagit fast viktiga principer för bedömningen av straffvärdet av flerfaldig brottslighet.

HD:s resonemang leder inte fram till något preciserat straffvärde. Det hade naturligtvis varit önskvärt att HD tydligt angav var straffvärdet låg. Det är nämligen viktigt att man vid den här typen av överväganden gör klart för sig vilket fängelsestraff som hade dömts ut om fängelse hade valts som påföljd. Det är ju från denna nivå som man sedan ska göra de olika reduktioner, exempelvis på grund av den tilltalades ungdom, som lagen föreskriver innan strafflängden bestäms.

Trots de smärre påpekanden som nyss gjorts måste sägas att HD:s dom i det nu diskuterade avseendet är klagörande och mycket välkommen. Domstolarna kommer i framtiden att stå på mycket fastare mark vid de straffvärdebedömningar som ska göras när någon samtidigt döms för mer än ett brott. Det finns därmed goda förutsättningar för att enhetligheten i rättspraxis på området framöver kommer att öka.

3.2 Ungdomsreduktionen

Som nämnts i det föregående fyllde C och F 21 år först mot slutet av den period då de begick brotten. Dock var de allvarligaste brotten begångna efter det att de hade fyllt 21 år.

De principer som normalt tillämpas vid beaktandet av den tilltalades ungdom finns beskrivna på flera ställen i litteraturen. Här kan hänvisas till Jareborg-Zila, Straffrättens påföljdslära, första upplagan, s.153 och Sterzel, Studier rörande påföljdspraxis m.m., tredje upplagan, s. 67.). HD har också i NJA 2000 s. 314 slagit fast att den tidigare nämnda straffvärdegränsen fängelse ett år ska påverkas av den reduk-

tion av ett tänkt fängelsestraff som ska göras med stöd av föreskriften i 29 kap. 7 § BrB. Man ska helt enkelt, när den tilltalade är under 21 år, först reducera en tänkt straffmätning med hänsyn till den tilltalades ungdom och först därefter bedöma om det straff som sålunda bör följa är fängelse i ett år eller mera. Endast om så är fallet föreligger med hänsyn till straffvärdet de särskilda eller synnerliga skäl för fängelse som anges i 30 kap. 5 § BrB. I det nu aktuella rättsfallet bekräftar HD att det är denna princip som ska tillämpas. Det finns inte någon anledning att anmäla avvikande åsikt. Tvärtom är principen högst rimlig och modellen för beslutsfattandet är tydlig och klar.

I förevarande fall ledde emellertid ungdomsreduktionen inte till att det straff som skulle dömas ut, om straff valdes som påföljd (straffmätningens värde), till att detta skulle understiga fängelse ett år. Enligt min uppfattning är denna slutsats riktig. Den bedömning av den samlade brottslighetens straffvärde som låter sig göras utfaller för min del i att det, när det gäller C, motsvarar fängelse uppemot ett år sex månader och för F någon månad mindre. Ett beaktande av ungdomsreduktionen innebär, som jag ser det, att straffmätningens värde ligger på ett år fyra månader för C och ett år tre månader för F. Att inte ungdomsreduktionen blir större har att göra med att C och F hade fyllt 21 år när de begick de allvarligaste brotten. Det kan noteras att HD ansåg att den ungdomsreduktion som kunde komma i fråga i vart fall inte var annat än helt marginell. Denna problematik har emellertid knappast någon betydelse för de principiella frågorna kring påföljdsvalet.

När vi diskuterar ungdomsfaktorns inverkan på påföljdsbestämningen finns det anledning att observera att HD behandlar betydelsen av de tilltalades relativt sett låga ålder innan domstolen kommer in på vilken inverkan billighetsskäl har i sammanhanget. Denna ordning för beslutsfattandet är långt ifrån självklar och strider faktiskt mot den struktur som finns i 29 kap. BrB.

3.3 Andra skäl som ska beaktas vid påföljdsbestämningen

De andra omständigheter som i rättsfallet kunde tala för en lindrigare påföljdsbestämning var dels att de tilltalade i stor utsträckning själva hade angett sig, dels att de på olika sätt hade försökt att ställa allting till rätta genom att lämna tillbaka stöldgods samt betala skadestånd till de drabbade. Båda dessa typer av omständigheter är sådana som nämns i 29 kap. 5 § BrB, närmare bestämt i 29 kap. 5 § 1 st 3 respektive 2 p. Att omständigheter av detta slag inte ska beaktas endast vid en straffmätning utan också som skäl för en lindrigare påföljd framgår av hänvisningen i 30 kap. 4 § 1 st 2 p BrB. Enligt vad som får betraktas som en rätt allmän uppfattning bland domare är det en lämplig beslutsmodell att man även väger in billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § BrB vid bestämmandet av straffmätningens värde. Kommer man efter en sådan tankeoperation fram till att straffmätningens värde understiger

fängelse ett år kan man konstatera att brottets svårhet, mätt i straffvärdetermer, inte räcker till för att det ska finnas skäl för fängelse. HD har emellertid i det här aktuella fallet hanterat billighetsskäl i 29 kap. 5 § BrB på ett annorlunda sätt. HD uttalar bl.a. följande.

Något generellt svar på frågan i vad mån omständigheterna främst är av betydelse för straffmätningen eller för påföljdsvalet torde inte kunna ges. Rent allmänt torde dock kunna sägas att förutsättningarna för att de skall få genomslag på påföljdsvalet minskar ju högre straffvärdet är på den brottslighet som föreligger till bedömning. Vilket genomslag som omständigheterna bör få växlar också beroende på vilken typ av omständighet som är aktuell i det enskilda fallet. Det torde exempelvis vara naturligt att olika former av s.k. sanktionskumulation primärt beaktas vid straffmätningen medan hänsyn till den tilltalades hälsotillstånd och liknande i allmänhet torde vara av störst betydelse för påföljdsvalet.

HD för här ett resonemang som förefaller nytt. Något stöd för att lagstiftaren har tänkt sig att de olika billighetsskälerna ska ha olika genomslag beroende på om det rör sig om straffmätning eller om påföljdsval finns det inte annat än i mycket begränsad utsträckning. Vad som på denna punkt uttalas i påföljdsbestämningssystemet (prop. 1987/88:120) tyder i stället på att lagstiftaren har haft som utgångspunkt att domstolarna inte på detta sätt ska skilja mellan de olika billighetsskälens betydelse så, att vissa ska få genomslag i huvudsak vid straffmätningen och andra mera frekvent vid påföljdsvalet. Lagstiftarens uttalanden tyder i stället närmast på att bestämmelsen om billighetsskäl var tänkt att ha en generell tillämpning vid påföljdsbestämningen. Ett sådant förhållningssätt som grundprincip är också ägnat att underlätta tillämpningen av påföljdsbestämningssystemet. Man kan för övrigt fråga sig om det är så självklart att olika former av sanktionskumulation ska ges relativt sett litet genomslag vid påföljdsvalet. För egen del tycker jag inte det.

HD fortsätter:

När det gäller C och F är det två punkter som kan tänkas vara av betydelse för påföljdsvalet. Enligt punkt 2 skall det beaktas om den tilltalade efter förmåga sökt förebygga eller avhjälpa eller begränsa skadliga verkningar av brottet och enligt punkten 3 om den tilltalade frivilligt angett sig.

När det gäller den senare av dessa punkter har åklagaren vitsordat att F angett sig frivilligt beträffande alla brott utom bostadsinbrottet och inbrottet i musikföreningens lokaler. Beträffande C har åklagaren vitsordat att också han frivilligt angett sig utom beträffande de två nämnda brotten och ytterligare ett par där F först berättat om brotten och C därefter bekräftat dennes uppgifter. Det får anses uppenbart att det inte endast finns anledning att beakta dessa frivilliga angivelser vid en eventuell straffmätning utan att de också måste anses utgöra ett inte oväsentligt skäl för en lindrigare påföljd än fängelse.

C och F har inte endast angett sig frivilligt utan också aktivt medverkat inte bara till utredningen av brotten utan också till att tillgripet gods har kunnat lämnas tillbaka till ägarna. Särskilt C har också i övrigt med bety-

dande omsorg och personliga uppoffringar verkat för att göra rätt för sig i förhållande till dem som drabbats av brotten.

För den fortsatta diskussionen kan det vara värt att notera att HD anser att de frivilliga angivelserna är omständigheter av sådant slag som ska påverka inte bara en tänkt straffmätning utan också påföljdsvalet. Något senare i domen uttalar HD att även betalningen av skadestånden ska beaktas vid påföljdsvalet. Den diskussion rörande betydelsen av skadeståndsbetalning som HD för i domen utelämnas här.

Frågan är naturligtvis hur man ska ställa sig till HD:s resonemang kring betydelsen av billighetsskäl i olika situationer. Det finns anledning att återkomma till spørsmålet efter det att HD:s sammanfattande bedömning i målet har redovisats.

3.4 Den sammanfattande bedömningen

Under rubriken *Sammanfattande bedömning* redovisar HD först en del kring lagstiftningens innebörd i skilda hänseenden som det inte finns anledning att tynga denna text med. Dock kan det vara värt att notera att HD upprepar sitt konstaterande från NJA 2000 s. 314 att skyddstillsyn är en för den dömde generellt sett mera ingripande påföljd än villkorlig dom, vilket innebär att det finns ett större utrymme för att använda skyddstillsyn än villkorlig dom som alternativ till fängelse. Man återkommer också till vad som, när det gäller valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn, uttalas i det rättsfallet om att innebörden av bestämmelserna i 30 kap. 7 § 1 st respektive 9 § 1 st BrB får antas vara att villkorlig dom är utesluten endast i de fall då det finns särskild anledning att befara att den dömde kan komma att återfalla, medan skyddstillsyn är utesluten endast om det helt saknas anledning att anta att påföljden kan bidra till att den dömde avhåller sig från fortsatt brottslighet, och att detta innebär att det i många fall föreligger möjlighet att bestämma påföljden såväl till villkorlig dom som till skyddstillsyn. Dessa uttalanden är viktiga och det finns skäl att understryka deras betydelse. En rättstillämpning som ansluter till hur HD menar att kriterierna för villkorlig dom respektive skyddstillsyn bör uppfattas ger goda möjligheter att tillämpa fängelsestraffet i enlighet med innebörden av föreskriften i 30 kap. 4 § BrB, dvs. endast när det inte finns möjlighet att döma till någon annan påföljd.

Vid sin prövning i det aktuella fallet kom HD fram till att övervägande skäl talade för skyddstillsyn. Det måste sägas att denna slutsats förefaller tämligen självklar. Att förutsättningarna för skyddstillsyn var uppfyllda beträffande både C och F framstår som helt klart. Och att möta en massiv brottslighet som pågått under avsevärd tid med villkorlig dom förefaller närmast uteslutet. Detta gäller särskilt beträffande F, som ju hade begått brotten under prövotid efter villkorlig dom.

Härefter kommer HD i domen in på en fråga av största intresse. HD skriver:

Frågan är då om en skyddstillsynsdom kan anses vara tillräckligt ingripande för att underlåta ett fängelsestraff även om domen inte kombineras med något sådant skärpande inslag som berörts ovan [böter, samhällstjänst och fängelse enligt 28 kap. 3 § BrB; min anm.]. Främst med hänsyn till brottslighetens straffvärde finner HD att så inte kan anses vara fallet. Det kan emellertid inte anses vara oundgängligen påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde att skyddstillsynen förenas med ett kortare fängelsestraff. Valet står då mellan en föreskrift om samhällstjänst och en bötespåföljd. En bötespåföljd framstår emellertid av olika skäl som mindre lämplig och knappast heller som tillräckligt ingripande för att undvika ett fängelsestraff. C och F skall därför dömas till skyddstillsyn i förening med en föreskrift om samhällstjänst.

Lite längre fram i domen uttalar HD följande.

När det gäller C och F motsvarar som ovan berörts straffvärdet för brottsligheten mer än ett års fängelse och är något högre för C. Med beaktande av de billighetsskäl som tidigare redovisats skulle emellertid ett fängelsestraff med tillämpning av 29 kap. 5 § ha fått bestämmas till en väsentligt kortare tid än som motsvarar straffvärdet. Billighetsskälarna får anses vara något starkare såvitt avser C. HD finner att strafftiden för båda skulle ha satts till åtta månader, om fängelse hade valts som påföljd.

När man läser HD:s domskäl i dessa stycken har man anledning att ställa sig flera frågor.

Den första frågan är vad HD menar med meningen ”*Främst* (min kursivering) med hänsyn till brottslighetens straffvärde finner HD att så inte kan anses vara fallet”, dvs. möjligt att döma till en ”ren” skyddstillsyn. Vilket eller vilka andra skäl än straffvärdet som skulle kunna utgöra grund för ett strängare ingripande än en vanlig skyddstillsyn är svårt att se. HD har ju ”skrivit bort” både brottslighetens art och tidigare brottslighet och då finns det inga andra skäl som får åberopas för fängelse.

Nästa fråga blir hur HD resonerar när man säger att valet står mellan ”en föreskrift om samhällstjänst och en bötespåföljd” och fortsätter med att konstatera att ”en bötespåföljd framstår emellertid av olika skäl som mindre lämplig och knappast heller som tillräckligt ingripande för att undvika ett fängelsestraff”.

Enligt den uppfattning som har rått hittills har en kombination av skyddstillsyn och böter ansetts vara en lindrigare påföljd (eller påföljds kombination) än skyddstillsyn med samhällstjänst. Detta hänger samman med att samhällstjänst enligt lagstiftningens innebörd inte får beslutas om det inte annars blir nödvändigt att döma till en frihetsberövande påföljd. Att dessa olika tillägg till en skyddstillsyn, dvs. böter och samhällstjänst, skulle vara utbytbara mot varandra har nog inte föresvävat många. Inte heller torde det vara en mera utbredd

uppfattning att det är allmänna lämplighetsöverväganden som ska styra i vilka fall en skyddstillsyn ska kombineras med böter.

Så till den mera grundläggande frågan: Hur det kan komma sig att HD dömer till skyddstillsyn med samhällstjänst när varken brottslighetens art eller tidigare brottslighet ska påverka påföljdsbestämningen och det fängelsestraff som skulle dömas ut, om fängelse valdes som påföljd, inte skulle uppgå till mer än åtta månader? Ett svar på detta spørsmål förutsätter en diskussion av frågan, i vilka fall samhällstjänst får beslutas som föreskrift vid villkorlig dom eller skyddstillsyn. I denna del kan följande sägas.

Ett förhållande som under många år har ansetts vara ett problem är att vi i Sverige dömer till fängelse i alltför stor utsträckning, särskilt till korta fängelsestraff. Denna uppfattning har lett till olika åtgärder från statsmakternas sida som har gått ut på att dessa korta fängelsestraff ska ersättas av andra påföljder eller verkställighetsformer av fängelse. I sistnämnda hänseende är intensivövervakning med elektronisk kontroll det tydligaste exemplet.

En modell som innebär att redan domstolen ersätter ett fängelsestraff med en alternativ påföljd skapades genom införandet av samhällstjänsten. I lagförarbetena sades tydligt att vad det var fråga om var att i fall, där påföljden annars hade bestämts till ett fängelsestraff, skulle skyddstillsyn med samhällstjänst i stället kunna utdömas. (Inledningsvis kunde samhällstjänst beslutas endast i samband med skyddstillsyn. Först genom lagändringarna den 1 januari 1999 blev det möjligt att kombinera även villkorlig dom med samhällstjänst.) I propositionen (prop. 1989/90:7 s. 19 f.) uttalades bl.a. följande.

Som kommittén [Frivårdskommittén] framhåller kan samhällstjänst bli aktuell för främst två kategorier av brottslingar, nämligen den grupp som ådöms frihetsstraff efter återfall i inte alltför allvarliga förmögenhets- eller våldsbrott och den grupp som med hänsyn till brottslighetens art ådöms korta fängelsestraff från 14 dagar till några få månader.

[...]

När det gäller frågan om i vilken utsträckning samhällstjänst bör anses utesluten med hänsyn till brottslighetens *straffvärde* vill jag påpeka att frivårdskommittén [...] ansåg att det var rimligt att de fängelsestraff som skulle ersättas inte översteg ett år. Det bör också nämnas att en uttalad avsikt vid tillkomsten av försöksverksamheten i Danmark och Norge var att samhällstjänst där borde kunna ersätta fängelse på upp till sex-åtta månader resp. nio-tolv månader.

Enligt min mening är det inte lämpligt att ange någon exakt ram uttryckt i längden av ett fängelsestraff för fall då samhällstjänst kan komma i fråga. Skälet härtill är bl.a. att frågan om för hur allvarlig brottslighet som samhällstjänst bör kunna komma i fråga är en av de frågor som kan få en god belysning genom en försöksverksamhet på detta område. Som framgår av det följande föreslår jag att samhällstjänsten lagtekniskt konstrueras som en föreskrift inom ramen för en dom på skyddstillsyn. Härigenom kommer den allmänna begränsning som gäller för skyddstillsyn och som kommer till uttryck i 30 kap. 4 § BrB att gälla även vid samhällstjänst. Detta innebär att

presumtionen vid påföljdsvalet är för fängelse, om gärningen har ett betydande straffvärde. Som jag ser det bör samhällstjänst kunna komma i fråga endast i undantagsfall, om brottets straffvärde skulle föranleda fängelse i ett år eller mer. Ett riktmärke bör vara att ett fängelsestraff på 8–10 månader skall motsvara det högsta antalet arbetstimmar som [...] samhällstjänsten skall få omfatta.

Dessa motivuttalanden har av många domare förstått på det sättet att lagstiftaren, när det gäller den övre gränsen för tillämpningen av samhällstjänst, har fokuserat på längden av det fängelsestraff som annars skulle dömas ut. Vid senare ändringar av samhällstjänsten har man från lagstiftarens sida hållit fast vid denna inriktning. I propositionen 1997/98:96 (s. 87 f. och 96) sades tydligt att villkorlig dom eller skyddstillsyn med föreskrift om samhällstjänst ska dömas ut endast i fall där ett fängelsestraff annars skulle ha kommit i fråga. Och när det gäller straffvärdegränsen fängelse ett år uttalade man visserligen — vilket HD hänvisar till på sidan 368 i rättsfallet — att ”Det bör således inte komma i fråga att döma ut samhällstjänst när straffvärdet är så högt att det enbart på grund därav föreligger hinder mot att välja en icke frihetsberövande påföljd enligt de allmänna principerna i 30 kap. BrB”. Men strax dessförinnan hade regeringen förklarat att man i princip anslöt sig till uttalandena i den tidigare propositionen. I sammanhanget kan det noteras att Straffsystemkommittén, vars förslag låg till grund för propositionen 1997/97:96, klart uttalade att det var på detta sätt som regelsystemet måste förstås (se Ett reformerat straffsystem [SOU 1995:91] Del II, s. 123). Någon invändning här emot gjordes inte i propositionen.

Frågan blir då om C och F, om det inte hade funnits möjlighet till samhällstjänst, hade dömts till fängelse och då till fängelse i åtta månader. Om detta kan sägas att en rättstillämpning av sådant slag förutsätter att de billighetsskäl som förelåg (frivillig angivelse och avhjälpande av skadliga verkningar) inte ska tillåtas påverka påföljdsvalet utan endast straffmätningen. Som har framgått av det föregående är något sådant knappast en rimlig tolkning av hänvisningen i 30 kap. 4 § BrB till omständigheterna i 29 kap. 5 § BrB. HD uttalar för övrigt själv att båda de föreliggande billighetsskälen är av beskaffenhet att påverka påföljdsvalet. Slutsatsen bör bli att något fängelsestraff aldrig var aktuellt för C och F. Samhällstjänsten har alltså tillgripits utan att detta behövts och i direkt strid med föreskriften i 30 kap. 4 § 1 st 2 p BrB men också med grunderna för 30 kap. 4 § 1 st 1 p BrB, i vilken bestämmelse anges att rätten vid val av påföljd ska fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Innebörden av denna bestämmelse får nämligen antas vara att domstolen ska söka efter den lindrigast möjliga påföljden.

Det ska tilläggas att hänvisningen i 30 kap. 4 § BrB till 29 kap. 5 § BrB fanns redan innan samhällstjänsten infördes. Att dess innebörd skulle ha förändrats i och med att det blev möjligt att besluta om

samhällstjänst finns det inget som talar för. Till detta kan fogas att lagstiftaren faktiskt i propositionen 1987/88:120 direkt tog upp den situation som aktualiserades i det här kommenterade rättsfallet. I propositionen uttalas nämligen bl.a. följande (s. 99).

I andra meningen [av 30 kap. 4 § BrB; förf. anm.] anges uttryckligen att domstolen skall beakta de omständigheter som anges i 29 kap. 5 § BrB. Det är naturligtvis så även enligt nuvarande praxis att sådana hänsyn måste tas både vid straffmätningen och när det gäller att välja mellan fängelse samt villkorlig dom och skyddstillsyn. I ett enskilt fall kan straffvärdet i och för sig motivera att fängelse ådöms, men omständigheterna enligt 29 kap. 5 § kan tala för att villkorlig dom eller skyddstillsyn väljs i stället för ett kortare fängelsestraff. Om någon exempelvis efter en grov stöld frivilligt har återställt det stulna och ersatt skadorna bör han beroende på övriga omständigheter kunna dömas antingen till villkorlig dom eller skyddstillsyn, även om straffvärdet är sådant att fängelse annars normalt skulle följa på brottet.

Det kan inte hjälpas, men HD:s resonemang i den avslutande delen av domen är svårsmält. Det citat från propositionen 1997/98:96 s. 94 (ska uppenbarligen vara s. 96) på s. 368 i referatet i NJA är taget ur sitt rätta sammanhang och blir härigenom missvisande. Domskälen vilar således på en bräcklig grund. Som jag ser det bidrar rättsfallet i denna del inte till klarhet när det gäller påföljdsbestämningens struktur, dvs. till hur domstolarna ska resonera i påföljdsbestämningsfrågor. Tvärtom skapar det osäkerhet och riskerar att leda till en oenhetlig rättstillämpning. Att principen vid beaktandet av billighetsskälen enligt 29 kap. 5 § BrB vid påföljdsvalet ska vara annorlunda än den är vid beaktandet av den tilltalades ungdom är också svårbegripligt. I det sistnämna hänseendet är det ju helt klart att det är straffmätningens värde som är avgörande för vilken påföljd som ska dömas ut. HD har haft den frågan uppe inte bara i NJA 2000 s. 314 utan även i NJA 2007 s. 636 och har så sent som i en dom den 21 maj 2008 på denna punkt bekräftat sina tidigare avgöranden.

Ett rimligt resonemang hade enligt min mening sett ut på följande vis.

1. Straffvärdet motsvarar för C:s del fängelse ett år fem månader och för F:s del fängelse ett år fyra månader. (Jag är medveten om att HD kom fram till något lägre straffvärden.)
2. Beaktandet av de rätt starka billighetsskälen leder till att, om fängelse väljs som påföljd, fängelsestraffet för var och en av C och F skulle ha bestämts till knappt ett år.
3. Beroende på de tilltalades ungdom skulle ett fängelsestraff för envar av dem ha bestämts till tio månader. (Även om det finns skäl för en viss ungdomsreduktion bör den samlade brottslighetens straffmätningens värde överstiga straffvärdet av bostadsinbrottet och inbrottet hos musikföreningen, som ju begicks efter det

att de tilltalade hade fyllt 21 år och som inte omfattades av frivillig angivelse.)

4. Eftersom både billighetsskäl och ungdomsreduktionen ska beaktas även vid påföljdsvalet finns det inte längre tillräckliga skäl för fängelse, utan en till fängelse alternativ påföljd ska väljas.
5. Omständigheterna är sådana att denna påföljd ska vara skyddstillsyn. Skäl saknas att kombinera skyddstillsynen med böter (straffmättningsvärdet inte tillräckligt högt, ej art eller tidigare brottslighet av betydelse).

4 Avslutande synpunkter

Det är en mycket viktig sak att påföljdsbestämningssystemet hanteras på ett enhetligt sätt och att den som åtalas för brott har möjlighet att i förväg någorlunda säkert bedöma vilken påföljd som kommer att dömas ut. Att lika fall ska bedömas lika är ett utflöde av legalitetsprincipen som vi ju alla hyllar. Införandet av de nya påföljdsbestämningssystemen i 29 och 30 kap. BrB år 1989 syftade bl.a. till att påföljdsbestämningen skulle bli mera enhetlig och transparent.

Att bestämma påföljd för brott är, trots den relativt utförliga lagstiftning som vi har nu, en svår konst. Påföljdssystemet är påtagligt komplicerat och domstolarna har att välja mellan en stor mängd olika påföljder och påföljds kombinationer. Dessutom kan påföljdsbestämning beskrivas som en sorts massärenden i våra domstolar. Det säger sig självt att det är av stort intresse att den vägledning som HD ger är tydlig, handfast och begriplig. I regel är den också det. Ett flertal frågor som lagstiftaren lämnade obesvarade har genom HD:s praxis fått sin lösning på ett rimligt sätt. Även det nu aktuella rättsfallet kommer naturligtvis så småningom att "sätta sig" och ges en tolkning som blir begriplig. Det kan finnas anledning att så här avslutningsvis något spekulera i vilken denna blir när det gäller tillämpningen av samhällstjänst.

HD har i rättsfallet NJA 2005 s. 690, vilket jag har kommenterat i JT 2005–06, s. 630, uttalat sig på ett sätt som påminner om resonemanget i den här aktuella domen. Man kom i 2005 års fall fram till att det beträffande en 17-åring, som hade gjort sig skyldig till grov misshandel, inte fanns synnerliga skäl för fängelse och att därmed inte heller slutet ungdomsvård var en tillämplig påföljd. Då det inte fanns förutsättningar för skyddstillsyn blev påföljden villkorlig dom. Den villkorliga domen förenades dock med en föreskrift om samhällstjänst. Min uppfattning om det fallet, som delas av många som jag har diskuterat det med, är att det får betraktas som ett olycksfall i arbetet. Hade HD verkligen velat alldeles ändra på påföljdsbestämningssystemets struktur och menat att domstolarna skulle besluta om samhällstjänst även i fall då samhällstjänsten inte skulle ersätta ett fängelsestraff (eller en

sluten ungdomsvård) som annars hade behövt dömas ut så hade väl HD i sina domskäl utvecklat detta, vilket HD alltså inte gjorde.

Att HD nu återkommer med ett resonemang av motsvarande slag kan inte gärna ses på annat sätt än att HD anser att den rättstillämpning som skedde i 2005 års fall var riktig (eller att den ska betraktas som riktig) och att samhällstjänst alltså ska kunna beslutas även i fall där ett fängelsestraff eller en sluten ungdomsvård inte är ett alternativ. HD har därmed ställt sig bakom den s.k. net-widening som skett beträffande samhällstjänsten och som innebär att samhällstjänst beslutas även i en hel del fall i vilka man annars inte hade dömt till fängelse. Frågan är emellertid när detta ska ske. Är det så över hela linjen att samhällstjänst mera fritt kan tillgripas om skälen för fängelse är starka men inte räcker till fullt ut. Antagligen menar HD inte detta, utan det rör sig endast om de fallen då straffvärdet är den faktor som kan tala för fängelse (se s. 368 m i referatet i NJA) och varken brottslighetens art eller den tilltalades tidigare brottslighet påverkar påföljdsvalet.

Min bedömning är att det långt ifrån är nödvändigt att uppfatta det så, att Skärtorsdagsdomen ger uttryck för principen att ett straffvärde motsvarande fängelse i ett år eller däröver alltid måste leda till fängelse eller till en med fängelse jämställd icke frihetsberövande påföljd. I åtskilliga fall måste det också fortsättningsvis vara möjligt att även vid lite högre straffvärden döma till främst skyddstillsyn men även någon gång till villkorlig dom (och böter) om det föreligger billighetsskäl. Domen kan faktiskt ses som ett specialfall. Innebörden av rättsfallet skulle då kunna vara att om rör det sig om tillräckligt ”kompakt” brottslighet med ett straffvärde motsvarande fängelse i klart mer än ett år tar det emot att döma till en ”vanlig” skyddstillsyn. En tolkning av detta slag skulle tillåta domstolarna att även framgent i de flesta fallen fokusera på det fängelsestraff som man annars hade dömt till vid bedömningen av om brottets straffvärde bör föranleda att en villkorlig dom eller en skyddstillsyn förenas med samhällstjänst. Därmed skulle man undvika både att Skärtorsdagsdomen tillåts rasera den hittills av många domare använda beslutsstrukturen och att tillämpningen av samhällstjänst — helt i strid med lagstiftarens intentioner — breder ut sig ytterligare i det skikt där man förr dömde till vanlig villkorlig dom eller vanlig skyddstillsyn.

I tidigare uppsatser har jag framfört åsikten att det är hög tid att lagstiftaren engagerar sig i påföljdssystemet och tar ett större grepp om detta. Den här kommenterade domen ger mig inte skäl att ändra uppfattning i denna fråga. Tvärtom innebär den att behovet har blivit än mer påträngande. Det finns åtskilliga frågor som det finns anledning för lagstiftaren att ta ställning till, både såvitt avser den mera tekniska utformningen av påföljdssystemet och när det gäller utfallet av detta. När det gäller den första frågan måste det vara en prioriterad uppgift att återskapa en begriplig beslutsstruktur. Och i det sistnäm-

da hänseendet måste frågan ställas, om de resurser som vi avsätter till Kriminalvården verkligen används på det mest ändamålsenliga sättet. Jag känner mig övertygad om att så inte är fallet.