Svensk rättspraxis: Straffrätt 2010–2018

Av justitierådet Petter Asp

Innehållsförteckning

1 Inledning

2 Grundlagarna, EU-rätten, Europakonventionen m.m.
2.1 Grundlagarna
2.1.1 Regeringsformen
2.1.2 Tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen
2.2 Europakonventionen
2.2.1 Ne bis in idem
2.2.2 Rätten till rättvis rättegång
2.2.3 Rätten till frihet och säkerhet
2.3 EU-rätten

3 Straffrättens allmänna del
3.1 Allmänna frågor om brottsbeskrivningsenlighet
3.1.1 Legalitetsprincipen
3.1.2 Ansvar för underlåtenhet m.m.
3.1.3 Fara
3.2 Osjälvständiga brottsformer
3.2.1 Försök till brott
3.2.2 Förberedelse till brott
3.2.3 Medverkan och (med)gärningsmannaskap
3.2.4 Underlåtenhet att avslöja brott
3.3 Straffbuds tillämpning i tiden
3.4 Rättfärdigande och ursäktande omständigheter
3.4.1 Rättfärdigande omständigheter
3.4.2 Putativa situationer
3.4.3 Ursäktande omständigheter
3.5 Uppsåt och oaktsamhet
3.5.1 Uppsåt och oaktsamhet vid rus
3.5.2 Uppsåt
3.5.3 Oaktsamhet
3.6 Allmänna frågor om gradindelning
3.7 Konkurrens

4 Straffrättens speciella del
4.1 Allmän straffrätt (brottsbalken)
4.1.1 Brott mot liv och hälsa (3 kap.)
4.1.2 Brott mot frihet och frid (4 kap.)
4.1.3 Ärekränkning (5 kap.)

4.1.4 Sexualbrott (6 kap.)
4.1.5 Brott mot familj (7 kap.)
4.1.6 Stöld, rån och andra tillgreppsbrott (8 kap.)
4.1.7 Bedrägeri och annan oredlighet (9 kap.)
4.1.8 Förskingring, annan trolöshet och mutbrott (10 kap.)
4.1.9 Brott mot borgenärer (11 kap.)
4.1.10 Skadegörelsebrott (12 kap.)
4.1.11 Allmänfarliga brott (13 kap.)
4.1.12 Förfalskningsbrott (14 kap.)
4.1.13 Brott mot allmän ordning (16 kap.)
4.1.14 Brott mot allmän verksamhet m.m. (17 kap.)
4.1.15 Tjänstefel m.m.(20 kap.)
4.2 Specialstraffrätt
4.2.1 Lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott
4.2.2 Narkotikastrafflagen (1968:64) m.m.
4.2.3 Skattebrottslagen (1971:69)
4.2.4 Lagen (2000:1225) om straff för smuggling
4.2.5 Miljöbalken
4.2.6 Övrig specialstraffrätt

5 Påföljder, särskild rättsverkan m.m. (25–38 kap. brottsbalken)
5.1 Straffmätning och påföljdseftergift
5.1.1 Allmänna frågor om straffvärde
5.1.2 Försvårande och förmildrande omständigheter
5.1.3 Återfall
5.1.4 Billighetsskäl och påföljdseftergift
5.1.5 Ungdomsreduktion
5.2 Påföljdsval
5.2.1 Påföljdsval avseende vuxna
5.2.2 Påföljdsval avseende unga lagöverträdare
5.3 Överlämnande till särskild vård
5.4 Avräkning m.m.
5.5 Sammanträffande av brott
5.6 Preskription
5.7 Förverkande, företagsbot och näringsförbud
5.7.1 Förverkande
5.7.2 Företagsbot
5.7.3 Näringsförbud
5.8 Undanröjande av icke-frihetsberövande påföljder
5.9 Omvandling av bötesstraff
5.10 Omvandling av livstidsstraff
5.11 Utvisning enligt utlänningslagen (2005:716)

6 Internationell straffprocessrätt
6.1 Utlämning enligt lagen (1957:668) om utlämning för brott m.m.
6.2 Internationell rättslig hjälp
6.3 Överförande av straffverkställighet

1 Inledning[1]

I denna text försöker jag att ge en översikt över Högsta domstolens straffrättspraxis under åren 2010–2018. Texten är skriven med utgångspunkt i dess primära funktion, dvs. att leda läsaren till rättsfall som är av relevans för bedömningen av en viss fråga. Med denna utgångspunkt har jag inte sett det som eftersträvansvärt att i alla delar återge detaljer. Man kan uttrycka det så, att jag har utgått ifrån att den läsare som verkligen har behov av att använda ett rättsfall kommer att göra det denne bör göra, nämligen läsa rättsfallet.

I någon mån har jag också givit kommentarer till de rättsfall som behandlas. Det behöver knappast sägas att det i en översikt av det här slaget inte finns utrymme att vare sig generellt eller mer utförligt kommentera de rättsfall som tas upp till behandling. Vissa kommentarer ges ändå, men de varierar ganska mycket i omfång, varvid ledprincipen har varit att jag kommenterar när något intresserar, skaver, tarvar en förklaring eller behöver sättas i kontext.

Det kan också denna gång förtjäna att framhållas att det i texten förekommer åtskilliga skrivningar som nära anknyter till referatrubriker och domskäl utan att jag markerat detta med citattecken. I ett sammanhang som detta saknas det naturligtvis skäl att markera självständighet. Hänvisningar till litteratur sker systematiskt såvitt gäller rättsfallskommentarer och artiklar som nära anknyter till rättsfall i de allmänna juridiska tidskrifterna JT och SvJT. I någon utsträckning hänvisas också till annan litteratur.

Översikten är disponerad på ett liknande sätt som de båda närmast föregående översikterna (se SvJT 2001 s. 894–942 och SvJT 2010 s. 902–999). Detta innebär att översikten delas upp i följande huvudavsnitt: (2) Grundlagarna, EU-rätten och Europakonventionen (3) Straffrättens allmänna del, (4) Straffrättens speciella del, (5) Påföljder, särskild rättsverkan m.m. och (6) Internationell straffprocessrätt.

Det kan noteras att åtskilliga rättsfall kan sorteras in på mer än ett ställe i systematiken. Ibland låter sig en uppdelning av rättsfallet göras, ibland inte. I båda fallen har jag i första hand sökt motverka svårigheter att finna fram till det relevanta genom relativt ymniga korshänvisningar. Också i detta avseende har jag satt funktion (snarare än estetik) i första rummet.[2] I någon utsträckning har jag också tillåtit mig att erinra om innehållet i ett rättsfall på mer än ett ställe. Generellt kan framhållas att rubriceringsfrågor hanteras i anslutning till respektive brottstyp, dvs. typiskt sett i avsnitt 4, medan frågor om straffvärde hanteras i avsnitt 5.1. Vad gäller narkotikabrotten har jag emellertid, framför allt med hänsyn till intresset av en samlad framställ-

[1] Ett varmt tack till Agneta Bäcklund och Stefan Reimer för läsning av och synpunkter på delar av texten, liksom till Elin Tysklind för många goda synpunkter under arbetet med att omvandla manuskriptet till tryck.

[2] Som en ishockeykommentator uttryckte det någon gång på 1980-talet: ”Snyggt, nä. Effektivt, ja.”

ning avseende den nya narkotikapraxis som växt fram under den här behandlade tiden, valt att inte göra en sådan uppdelning.

Det förtjänar också att framhållas att jag i påföljdsdelen — även om jag i många fall hänvisar till rättsfall där olika påföljdsfrågor bedömts vid sidan av den egentliga prejudikatfrågan — inte har eftersträvat fullständighet när det gäller tillämpning av olika bestämmelser i t.ex. 29 och 30 kap.

Om inte annat sägs avser lagrumshänvisningar brottsbalken.

2 Grundlagarna, EU-rätten, Europakonventionen m.m.

2.1 Grundlagarna

2.1.1 Regeringsformen

Innehav av mangateckningar med barnpornografiskt innehåll, men med icke verklighetstrogna figurer, ansågs i NJA 2012 s. 400 inte vara straffbart med hänvisning till yttrande- och informationsfriheten i regeringsformen. En majoritet av de bilder som åtalet gällde bedömdes vara icke verklighetstrogna och beträffande dessa var det enligt Högsta domstolen oklart om de kunde anses omfattas av straffbestämmelsen i 16 kap. 10 a § om man såg bestämmelsen för sig. Tolkningen av bestämmelsen behövde då ske med beaktande av reglerna om yttrande- och informationsfrihet såsom de kommer till uttryck enligt bl.a. regeringsformen. Klart var att en fällande dom skulle utgöra en inskränkning av den tilltalades informationsfrihet. Klart var också att bestämmelsen i 16 kap. 10 a § i och för sig utgör lagstöd för en inskränkning av yttrande- och informationsfriheten och att begränsningen tillgodosåg ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. För att en sådan inskränkning ska vara godtagbar krävs emellertid också att begränsningen är nödvändig med hänsyn till det ändamål som har föranlett den (proportionalitetsprincipen). I denna del ansågs kriminaliseringen gå utöver vad som är nödvändigt. Högsta domstolen tolkade därför bestämmelsen i konformitet med regeringsformen så att de aktuella bilderna kom att hamna utanför tillämpningsområdet för straffbestämmelsen i 16 kap. 10 a §.

När majoriteten av bilderna på detta sätt var förda åt sidan återstod en mangateckning där barnet ifråga hade drag som framstod som verkliga. Beträffande denna teckning ansågs innehavet, som i och för sig omfattades av straffbestämmelsen i 16 kap. 10 a §, vara försvarligt och därmed undantaget från straffansvar, dvs. gärningen ansågs falla under den undantagsregel som numera finns i 16 kap. 10 b § tredje stycket. Härvid togs hänsyn bl.a. till att den tilltalade arbetat som översättare av mangaserier och var expert på japansk kultur och till att innehavet var en del av ett större innehav av mangateckningar. Rättsfallet har kommenterats av Hans-Gunnar Axberger i JT 2012–13 s. 893 ff. samt — i en relativt bred kontext — av undertecknad i Festskrift till Josef Zila (2013) s. 21 ff.

I NJA 2016 s. 1093 — som primärt behandlade frågan om en anmälningsskyldighet för införsel av kemiska produkter var förenlig med EU-rätten (se nedan avsnitt 2.3) — ansågs att de krav som kan ställas på ett blankettstraffbud var uppfyllda när förutsättningarna för ansvar (att anmälan om införsel av kemiska produkter ska göras på visst sätt) i allt väsentligt framgick av miljöbalken (29 kap. 5 § 5) och av tillhörande förordning, men där kraven på utformningen av anmälan och den senaste tidpunkten för densamma framgick av föreskrifter från kemikalieinspektionen. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade bl.a. att regleringen vad gäller anmälningsskyldighetens inträde inte uppfyllde kraven på tillräcklig precision samt att straffbestämmelsen var att tolka så att den inte omfattade också de föreskrifter som myndigheter hade meddelat, dvs. inte reglerna om sista dag för anmälan. Det innebar i det enskilda fallet att den anmälan som inlämnats uppfyllde regleringens krav.

Att regeringsformens krav på lagstöd för frihetsberövanden inte hindrar att olika typer av frihetsinskränkanden kan vara tillåtna med stöd av oskrivna regler om social adekvans följer av ”Fåtöljen” NJA 2018 s. 1051 (se närmare nedan i avsnitt 4.1.2).

Jfr även NJA 2015 s. 45 (se avsnitt 3.4.1 nedan) angående grundlagarnas betydelse för bedömningen av ett vapenköp som skett i publicistiskt syfte.

2.1.2 Tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen

En meddelare hade lämnat uppgifter som kom att publiceras i en nyhetsartikel. I en senare artikel med en helt annan inriktning röjdes meddelarens identitet. Detta bedömdes i NJA 2012 s. 342, med utgångspunkt i att något samtycke till röjandet inte givits, utgöra brott mot tystnadsplikten enligt 3 kap. 3 och 5 §§ tryckfrihetsförordningen. Tystnadsplikten ansågs — det hade i målet invänts att en strikt tillämpning av denna skulle begränsa det publicistiska utrymmet för artiklar med en annan inriktning än den som meddelandet hade avsett — inte utgöra en otillåten begränsning av yttrandefriheten enligt Europakonventionen. Inte heller ansågs den s.k. instruktionen i 1 kap. 4 § tryckfrihetsförordningen, som primärt är avsedd för fall där tryckfriheten missbrukas, ge någon ledning för bedömningen i fall där anonymitetsskyddet satts åt sidan. Rättsfallet har kommenterats av Nils Funcke i JT 2012–13 s. 901 ff.

I NJA 2015 s. 166 prövades åter frågan om anonymitetsskydd för meddelare liksom frågan om samtycke till att anonymitetsskyddet bryts. Fråga var om en situation där en kvinna som hade våldtagits framträdde i en tidningsartikel under fingerat namn samtidigt som det intill artikeln publicerades en bild med en bildtext av innebörd att bilden föreställde kvinnan (ansiktet syntes på bilden delvis dolt i mörker). Tingsrätten och hovrätten fann att det inte var bevisat att kvinnan inte samtyckt till att ge upp anonymitetsskyddet (bl.a. hade

hon ställt upp på fotografering och inte invänt mot publicering då hon fått se bilderna i kamerans display). Högsta domstolen kom emellertid fram till att kvinnan inte kunde anses ha gett upp sitt anonymitetsskydd eftersom det redan från början stått klart att kvinnan skulle uppträda under fingerat namn och det inte heller fanns något som talade för att hon senare givit upp skyddet. Det förhållandet att hon godtog fotografierna när hon fick se dem och sagt att hon förstod att hon kanske skulle kännas igen av vissa personer kunde enligt domstolen inte anses innebära att hon samtyckt till att hennes identitet avslöjades. De tilltalade dömdes för brott enligt 3 kap. 3 och 5 §§ tryckfrihetsförordningen.

Av ”Facebookmålet” NJA 2018 s. 562 följer att en sändning på internet som i allt väsentligt är obestämd till format, inriktning och tid — t.ex. en livesändning på Facebook — inte utgör ett program och därför inte har skydd enligt 1 kap. 6 § första stycket andra meningen yttrandefrihetsgrundlagen (bestämmelsen återfinns numera i 1 kap. 3 § yttrandefrihetsgrundlagen). (Däremot finns inget hinder mot att en sändning som sker av privatpersoner via internet uppfyller kraven för grundlagsskydd.) Åtal för brottet, som skett i allmän domstol enligt vanliga regler, hade därför skett i behörig ordning; om webbsändningsregeln skulle ha omfattat sändningen hade situationen däremot varit sådan att ett åtal för förtal inte hade prövats i föreskriven ordning.

2.2 Europakonventionen

2.2.1 Ne bis in idem

Frågor rörande förbudet mot dubbel lagföring i artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen har under det senaste decenniet varit föremål för en lång rad avgöranden från Högsta domstolen.

I rättsfallet NJA 2010 s. 168 I och II ansåg Högsta domstolen inte att det svenska systemet med dubbla sanktioner och dubbla förfaranden för oriktiga uppgifter i skatteförfarandet kunde sägas stå i strid med förbudet mot dubbla förfaranden i artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen.

Frågan hade vid denna tidpunkt åter aktualiserats i Sverige efter att Europadomstolen, bl.a. i fallet Zolotukhin mot Ryssland, ändrat och rätat upp sin tidigare ganska vacklande linje beträffande idemelementet i bestämmelsen (frågan om vad som utgör ”samma brott”) och valt en betydligt mer gärningsinriktad förståelse än tidigare. Därmed blev det i betydligt fler fall än tidigare fråga om samma brott i protokollets mening (protokollet är även om det är oegentligt mot bakgrund av nu rådande praxis formulerat på så sätt att idemelementet tar sikte på ”brott”, inte på ”gärning”).

Sverige hade tidigare, bl.a. genom det s.k. Rosenquist-målet, ganska gott stöd för uppfattningen att det svenska systemet var godtagbart ut-

ifrån ne bis-synpunkt. I det fallet hade Europadomstolen lagt mindre vikt vid att gärningen var densamma och i stället fäst avgörande vikt vid skillnaderna i subjektivt hänseende i de båda regleringarna — dvs. att brott enligt skattebrottslagen (1971:69) förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet, medan skattetillägg påförs utan några sådana krav — liksom vid de olika syften som bär upp systemet med skattetillägg respektive reglerna om skattebrott.

I NJA 2010 s. 168 I och II kom Högsta domstolen (två justitieråd) visserligen, i linje med Europadomstolens avgöranden i bl.a. Zolotukhin mot Ryssland, fram till att det var fråga om samma brott, men de fann ändå att det inte fanns klart stöd i Europadomstolens praxis för att underkänna den svenska ordningen, bl.a. därför att det enligt denna i vissa fall måste anses tillåtet med dubbla förfaranden för samma brott under förutsättning att det finns ett tillräckligt nära tidsmässigt och sakligt samband mellan förfarandena. Två skiljaktiga justitieråd menade att den utveckling som skett i Europadomstolens praxis gav klart stöd för att ett lagakraftvunnet beslut om skattetillägg innebär hinder mot prövning av ett efterföljande åtal för skattebrott samt (II) att också ett icke-lagakraftvunnet beslut om skattetillägg bör ha sådan verkan. Ett justitieråd var skiljaktigt beträffande motiveringen och menade att det med hänsyn dels till att Europadomstolen prövat den svenska ordningen i det s.k. Rosenquistmålet, och då fann att den inte stred mot artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet, dels till att den nya linje som lanserats i Zolotukhin-målet inte avsåg Sverige, saknades klart stöd för att generellt underkänna den svenska ordningen.

Rättsfallet har kommenterats av många, men bl.a. av undertecknad, Eric Bylander och Iain Cameron i JT 2010–11 s. 102 ff., 111 ff. respektive 117 ff. Se även Johan Munck i SvJT 2010 s. 747 ff.

I det s.k. ”Juniavgörandet” NJA 2013 s. 502 (plenum) kom emellertid Högsta domstolen — efter att EU-domstolen tagit ställning till, och i praktiken underkänt, den svenska ordningen i ett förhandsavgörande begärt av Haparanda tingsrätt[3] — till motsatt slutsats. I sammanfattning kan sägas att Högsta domstolen i rättsfallet uttalade:

(i) att skattetilläggen har straffrättslig karaktär vid en bedömning enligt Europakonventionen (se p. 34–37; denna bedömning var naturligtvis inte ny),

(ii) att skattetillägg och skattebrott som bygger på en och samma deklarationsuppgift normalt avser samma gärning (se p. 38 och 39; inte heller denna bedömning var ny),

[3] Förhandsavgörandet illustrerar att systemet för rättighetsskydd inom EU kan vara effektivare att använda av det skälet att det där, just genom systemet med förhandsavgöranden, finns en möjlighet att få en bedömning av EU-domstolen redan inom ramen för den nationella processen. En prövning av Europadomstolen förutsätter ju i regel att nationella rättsmedel är uttömda. Jfr emellertid det nyligen införda (se protokoll 16 till konventionen) systemet med ”advisory opinions” vilka kan begäras av de Högsta domstolarna i de konventionsstater som tillträtt protokoll 16.

(iii) att skattetillägg och bokföringsbrott normalt inte avser samma gärning (se p. 40–43),

(iv) att det strider mot EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna att påföra skattetillägg och senare åtala en person för samma gärning; detta gäller emellertid endast vid mervärdesskatt eftersom mervärdesskatterätten omfattas av EU-rätten vilket krävs för att stadgan ska komma i spel (se p. 44–48).

(v) att det mot bakgrund av (iv) får anses finnas tillräckligt stöd för att det svenska systemet i övrigt är oförenligt också med Europakonventionens förbud mot dubbla lagföringar (se p. 49–61).

(vi) att förbudet mot dubbla förfaranden mot en person gäller också när en juridisk person är primärt ansvarig för skattetillägget, under förutsättning att staten genom ett rättsligt förfarande krävt den fysiska personen på betalning av skattetillägget (se p. 62–66), samt

(vii) att inte bara ett beslut om påförande av skattetillägg utan också ett pågående förfarande om skattetillägg, i den mån frågan om uttag av skattetillägg har konkretiserats i det enskilda fallet, bör utgöra hinder mot ett åtal som avser samma oriktiga uppgift; det avgörande bör i detta avseende vara när Skatteverket har fattat sitt beslut om att påföra skattetillägg (se p. 67–71).

Se i sammanhanget även RÅ 2009 ref. 94 respektive HFD 2013 ref. 71.

Några månader senare, i ”Juliavgörandet” NJA 2013 s. 746, slog Högsta domstolen fast att det är möjligt att, med stöd av artikel 13 i Europakonventionen och i övrigt de regler som gäller för resning, ta upp brottmålet på nytt i en ne bis-situation när det behövs för att avbryta en pågående rättighetskränkning i form av ett frihetsberövande eller när ett återupptagande utgör en betydligt mer ändamålsenlig gottgörelse för en konventionskränkning än andra alternativ som står till buds.

Högsta domstolen konstaterade att det med utgångspunkt i dittillsvarande praxis inte fanns stöd för att tillämpa resningsreglerna, men att det med hänvisning till artikel 13 i konventionen ändå fanns en möjlighet för svensk domstol att besluta att ett mål ska upptas på nytt utan hinder av att förutsättningarna för resning enligt rättegångsbalken inte är uppfyllda. I rättsfallet slog Högsta domstolen också fast dels att rättsläget för svensk del fick anses ha förändrats den 10 februari 2009 i samband med domen i Zolotukhin-målet, dvs. det var genom denna dom som den svenska ordningen blev konventionsstridig (jfr vad som sagts ovan om det tidigare rättsläget enligt Rosenquist-målet), dels att det inte är en förutsättning för resning att beslutet om skattetillägg har vunnit laga kraft när åtalet väcks. Det ska härutöver noteras (jfr p. 38 i rättsfallet) att reglerna om domvilla i princip är tillämpliga när ett åtal väcks i strid med förbudet mot dubbel lagföring i det aktuella tilläggsprotokollet; i fallet hade emellertid den sökande endast yrkat resning.

I anslutning till de nu behandlade rättsfallen finns det anledning att notera bl.a. att Europadomstolen senare tagit ett halvt steg tillbaka och i rättsfallet A och B mot Norge (dom av den 15 november 2016, nr 24130/11 och 29758/11) närmat sig den hållning som Högsta domstolens gav uttryck för i 2010 års fall, dvs. att dubbla förfaranden kan vara tillåtna om det finns ett tillräckligt samband mellan dem.

Även om frågan om ne bis in idem är teoretiskt svårhanterlig kan jag inte se annat än att Europadomstolens hållning genom åren varit mer än lovligt svajig och att detta förhållande påtagligt har bidragit till den turbulens som frågan om ne bis in idem föranlett i det svenska rättssystemet — och i vart fall till att frågan kunnat hålla sig så högt på dagordningen under så lång tid. Det finns emellertid samtidigt skäl att framhålla att man också genom åtgärder på nationell nivå — genom att hålla ett säkerhetsavstånd till den miniminivå som följer av Europakonventionen — hade kunnat förhindra den ganska besvärliga situation som faktiskt uppstod.

I NJA 2013 s. 780 kompletterades juni- och juliavgörandena på så sätt att Högsta domstolen konstaterade att en lagakraftvunnen brottmålsdom som bygger på ett åtal som väckts innan något beslut om skattetillägg fattats inte kan undanröjas med stöd av reglerna om förbud mot dubbel lagföring. I dessa fall får i stället beslutet om skattetillägg (dvs. det andra beslutet) angripas.

Det sagda gäller, enligt NJA 2015 s. 663, även om förfarandet i brottmålet borde ha avbrutits därför att skattetilläggsförfarandet avslutades först.

Vidare har frågan om vad som är samma brott eller gärning (dvs. det s.k. idem-elementet) bedömts i ett antal fall.

Av NJA 2013 s. 1076 framgår att ett beslut om skattetillägg avseende inkomstskatt inte hindrar ett åtal för grovt skattebrott avseende mervärdesskatt i en situation där den skattskyldig underlåtit att lämna deklarationer, och därmed inte redovisat inkomster av näringsverksamhet eller mervärdesskatt. Fråga kan alltså sägas vara om underlåtenhet i två avseenden. (Däremot hindrade skattetillägget avseende inkomstskatt naturligtvis åtalet för grovt skattebrott avseende denna inkomstskatt.)

I NJA 2014 s. 371 ansågs påförande av skattetillägg avseende underlåtenhet att redovisa inkomst av näringsverksamhet hindra ett åtal för brott avseende samma underlåtenhet. Däremot ansågs beslutet om skattetillägg inte hindra ett åtal som grundade sig på att personen inte redovisat någon mervärdesskatt. I det aktuella fallet hade uppgifterna lämnats i en och samma deklaration; jfr det nyss redovisade rättsfallet NJA 2013 s. 1076 som gällde en situation där deklaration inte hade lämnats in.

Ett beslut om skattetillägg grundat på att den skattskyldige utelämnat vissa inkomster ansågs vidare i NJA 2014 s. 377 inte hindra ett åtal för bokföringsbrott avseende samma oriktiga uppgifter i bokföringen.

Jfr den utgångspunkt som ovan redovisats som (iii) i redogörelsen för ”Juniavgörandet”.

Av ”Juniavgörandet” NJA 2013 s. 502 följer, som ovan framgått, att hinder mot åtal för skattebrott föreligger när staten genom ett rättsligt förfarande har krävt en fysisk person på betalning av skattetillägg även om en juridisk person i grunden är ansvarig för skattetillägget. Det förhållandet att Skatteverket hade övervägt personlig betalningsskyldighet för bolagsmännen i ett fall där ett handelsbolag påförts skattetillägg ansågs emellertid i NJA 2014 s. 873 inte utgöra hinder mot att bolagsmännen åtalades för skattebrott. Hinder uppkommer i ett sådant fall först genom Skatteverkets beslut om ansvar för delägare. Inte heller det förhållandet att en delägare betalat den skatt och det skattetillägg som påförts handelsbolaget medförde, enligt Högsta domstolen, att rätten att inte bli lagförd två gånger hade blivit åsidosatt.

Att också ett påfört och därefter undanröjt skattetillägg utgör hinder mot åtal framgår av NJA 2015 s. 600. Det ansågs emellertid i den situationen i princip inte finnas förutsättningar för resning; fråga kunde inte anses vara om en så allvarlig kränkning som krävs (jfr ”Juliavgörandet” NJA 2013 s. 746 strax ovan). Eftersom resning skulle beviljas beträffande ett annat år där förutsättningarna enligt ”Juliavgörandet” förelåg skulle emellertid situationen, om resning inte beviljades också i den förstnämnda delen, bli sådan att hovrätten efter återförvisning skulle behöva bestämma påföljd för brott enligt ett åtal som rätteligen borde ha avvisats. Resning beviljades därför också beträffande de år där det i princip inte ansågs finnas förutsättningar för resning. Två justitieråd var skiljaktiga, och menade att de undanröjda skattetilläggen inte utgjorde hinder mot åtal, men nådde motsvarande resultat i det enskilda fallet.

Vid sidan av situationen med skattetillägg och ansvar för skattebrott förekommer åtskilliga andra situationer där frågan om förbudet mot dubbel lagföring (med större eller mindre förankring i realiteterna) kan väckas. En sådan situation är den där någon både får körkortet återkallat och åtalas för brott. I NJA 2015 s. 587 kom Högsta domstolen fram till att den svenska ordningen inte strider mot Europakonventionen och att detta gäller också efter den nya innebörd som principen om ne bis in idem fått i svensk rätt efter de ovan beskrivna fallen. Vid bedömningen hänvisades till tidigare praxis från Europadomstolen (bl.a. Nilsson mot Sverige och R.T. mot Schweiz) och Högsta förvaltningsdomstolen (jfr särskilt HFD 2014 ref. 80).

Jfr slutligen också NJA 2015 s. 417 beträffande frågan om kompensation för kränkning av rätten att inte bli lagförd två gånger när frågan hanteras inom ramen för rättegången (genom att åtalet för skattebrott avvisas eller genom att avvisning i högre rätt leder till återförvisning). Om avvisning sker har den enskilde i princip inte rätt till ytterligare kompensation. Sker avvisning i högre rätt, och leder

detta till återförvisning, fordras särskild skyndsamhet för att processen ska vara förenlig med rätten till rättegång inom skälig tid.

2.2.2 Rätten till rättvis rättegång

Frågan om påföljdslindring och skadestånd som kompensatoriska rättsmedel för överträdelse av rätten till rättegång inom skälig tid behandlas i NJA 2012 s. 1038 I och II. Högsta domstolen, som utgick ifrån att påföljdslindring redan godtagits som kompensatoriskt rättsmedel i bl.a. ”Fondmäklaren på Alfred Berg” NJA 2003 s. 414 och NJA 2011 s. 386 (se angående sist nämnda rättsfall nedan i avsnitt 5.2.1), betonade att fråga egentligen inte är om en tillämpning av 29 kap. 5 §; det rör sig i stället, på samma sätt som när det gäller skadestånd på grund av en rättighetskränkning, om en gottgörelse som sker som följd av Sveriges bundenhet av Europakonvention och utan annat lagstöd än 1994 års lag. I rättsfallet utvecklas också utförligt när och hur påföljdslindring ska ske och hur påföljdslindring kan kombineras med skadestånd när påföljdslindring inte utgör en tillräcklig kompensation. Av rättsfallet följer bl.a. att kompensationen primärt bestäms av dröjsmålstiden, att böter i regel ska reduceras med det skadestånd som skulle ha utgått om det varit fråga om skadestånd (jfr här NJA 2012 s. 211) och att varje dröjsmålsår motsvarar en månads reduktion.

Av rättsfallet ”Smitningen” NJA 2018 s. 394 följer att rätten att inte belasta sig själv, som utgör en del av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen, inte hindrar en lagföring för smitning när personen i fråga haft del i uppkomsten av trafikolyckan i fråga. Härvid beaktades, i linje med vad som anges vara av relevans i Europadomstolens praxis, att det tvång den enskilde utsätts för är begränsat (normalstraffet är böter), att upplysningsplikten avser ett begränsat antal uppgifter samt att ansvaret inte är strikt. Upplysningsplikten kunde därför inte anses kränka rätten till en rättvis rättegång.

Se också nedan i avsnitt 6.1 angående betydelsen av rätten till en rättvis rättegång vid utlämning.

2.2.3 Rätten till frihet och säkerhet

Se, beträffande frågan om överförande av straffverkställighet i ett fall där anstaltstiden kan bli längre på grund av skillnader i reglerna om villkorlig frigivning, nedan i avsnitt 6.3.

2.3 EU-rätten

I NJA 2012 s. 1073 ansågs lotterilagens (1994:1000) bestämmelse om straff för den som främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri i det enskilda fallet strida mot EU-rätten och lagen tillämpades därför inte.

I ett förhandsavgörande som begärts av hovrätten hade EU-domstolen kommit fram till följande (se EU-domstolens dom i de förenade målen C-447/08 och 448/08):

1) Artikel 49 EG ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, såsom den som är i fråga i målen vid den nationella domstolen, enligt vilken det är förbjudet att göra reklam för hasardspel anordnade i andra medlemsstater av privata arrangörer i vinstsyfte som riktar sig till personer som är bosatta i medlemsstaten.

2) Artikel 49 EG ska tolkas så, att den utgör hinder för lagstiftningen i en medlemsstat, som tillämpar ett system med ensamrätt för hasardspel, enligt vilken den som främjar hasardspel som anordnas i en annan medlemsstat kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar sådana spel som, utan tillstånd, anordnas i landet. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida detta är fallet avseende den nationella lagstiftningen i fråga.

Frågan blev följaktligen om svensk rätt stod i strid med EU-rätten på den andra punkten. Högsta domstolen gick här igenom hur bestämmelsen om främjande av utländskt lotteri förhöll sig till motsvarande regler som avser nationella situationer och kom fram till att det — eftersom reglerna ser olika ut på flera olika sätt — i vissa situationer kan vara så att bestämmelsen är EU-rättsstridig, bl.a. därför att förbudet mot främjande av utländskt lotteri sträcker sig längre än vad som följer av de motsvarande reglerna om nationella lotterier där man får tillämpa reglerna om medhjälp till ett olovligt anordnat lotteri och där straffansvaret förutsätter en närmare koppling mellan främjandet och själva anordnandet av lotteriet. I det enskilda fallet ansågs vara fråga om en situation där gärningen var straffbar enligt regeln om främjande av deltagande i utländskt lotteri men som inte skulle kunna rubriceras som medhjälp till anordnande av lotteri i en motsvarande inhemsk situation. Bestämmelsen ansågs följaktligen strida mot EU-rätten och den tillämpades därför inte i målet. (I sammanhanget kan för fullständighets skull, även om målet rör en annan fråga hänvisas också till NJA 2016 s. 320; där ansågs varken det förhållandet att rättstillämpningen i ett mål om främjande av deltagande i utländskt spel inte överensstämde med senare avgöranden i EU-domstolen och HD eller att HD avslagit en begäran om inhämtande av förhandsavgörande utgöra skäl för resning. Rättsfallet har kommenterats av Anna Wallerman i JT 2016–17 s. 180 ff.)

Lotterilagen har, i tiden efter rättsfallet, upphävts och ersatts av ny spellagstiftning, men sättet att resonera kring EU-rättsstridigheten bör, rätt anpassat till omständigheterna, vara av intresse också för andra situationer där en reglering i vissa situationer kan stå i strid med EU-rätten.

Att en straffrättslig bestämmelse som införts för att genomföra ett EU-direktiv kan tillämpas i de delar bestämmelsen är förenlig med direktivet även om den i någon eller några delar inte är förenlig med det bakomliggande direktivet följer av NJA 2013 s. 1162. Man kan beskriva situationen så att partiell EU-rättsstridighet hos en bestämmelse inte (i vart fall inte nödvändigtvis) gör bestämmelsen icke-tillämplig i

sin helhet (jfr i detta avseende även det nyss refererade NJA 2012 s. 1073 där en numera upphävd bestämmelse *inte* tillämpades på grund av att den i det konkreta fallet stod i strid med EU-rätten; hinder mot att tillämpa den bestämmelsen skulle alltså i princip inte föreligga i sådana delar där den inte står i strid med EU-rätten, om nu sådana finns). En annan sak är att det rimligen bör finnas gränser för i vilken utsträckning en EU-rättsstridig lagstiftning kan räddas genom en tolkning eller tillämpning i konformitet med EU-rätten (jfr t.ex. undertecknad i EU & straffrätten, Uppsala 2012 s. 146 f.).

I NJA 2016 s. 1093 bedömdes skyldigheten att anmäla införsel av kemiska produkter till Kemikalieinspektionens produktregister vara förenlig med EU-rätten. Den EU-rätt som aktualiserades i detta fall var artikel 34 och 36 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och den s.k. Reach-förordningen. Bakom avgörandet låg ett förhandsavgörande från EU-domstolen enligt vilket anmälningsskyldigheten var förenlig med artiklarna 34 och 36 FEUF och förenlig med Reach-förordningen under vissa förutsättningar. I Högsta domstolen prövades därför primärt om dessa förutsättningar var uppfyllda (och det ansågs de alltså vara). I målet behandlades också en fråga om lagstiftningens förenlighet med legalitetsprincipen och regeringsformens krav på s.k. blankettstraffbud (se i denna del ovan i avsnitt 2.1.1).

Jfr även NJA 2018 s. 704 (som behandlas i avsnitt 3.1.1 nedan) där en av EU-domstolen utförd tolkning av vad som utgör omsättning ansågs kunna beaktas inom ramen för tolkningen av vad som är en oriktig uppgift.

3 Straffrättens allmänna del

3.1 Allmänna frågor om brottsbeskrivningsenlighet

3.1.1 Legalitetsprincipen

I ”Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter” NJA 2012 s. 105 ansågs det vara möjligt att utdöma företagsbot med stöd av en straffbestämmelse som angav att den som bryter mot ”föreskrifter som har meddelats med stöd av 4 kap. 1–8 §§” i arbetsmiljölagen (1977:160) skulle dömas till böter. Med stöd av de aktuella reglerna hade Arbetarskyddsstyrelsen utfärdat föreskrifter om bl.a. att det ska upprättas en arbetsmiljöplan. Vid gärningstidpunkten hänvisade emellertid reglerna i 4 kap. 8 § och tillhörande förordning inte längre till Arbetarskyddsstyrelsen utan till Arbetsmiljöverket (den senare myndigheten hade tillkommit genom ombildande av Arbetarskyddsstyrelsen och Yrkesinspektionen).

Högsta domstolen kom emellertid fram till att uttrycket ”föreskrifter som har meddelats med stöd av 4 kap. 1–8 §§” enligt sin ordalydelse omfattade inte bara föreskrifter som meddelats enligt den aktuella lydelsen av paragraferna utan också föreskrifter som har meddelats enligt tidigare lydelser. Det stod därför inte i strid med legalitets-

principen och analogiförbudet att lägga bestämmelsen till grund för straffansvar och företagsbot. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att legalitetsprincipens krav på begriplighet inte kunde anses vara uppfyllt, och det alldeles oavsett om de av Arbetarskyddsstyrelsen utfärdade reglerna i och för sig kunde anses giltiga.

I NJA 2015 s. 501 ansågs det inte stå i strid med legalitetsprincipen att tillämpa bestämmelsen i 6 kap. 6 § (som kräver att man genomför en sexuell handling med ett barn) på en situation där den tilltalade vid ett videosamtal förmått ett barn att utföra en sexuell handling på sig själv. Att förmå ett barn att vid ett senare tillfälle, och i ensamhet, utföra en sexuell handling på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvensen har emellertid, med hänsyn till det förbud mot analogier som följder av legalitetsprincipen, inte ansetts omfattas av rekvisitet att genomföra en sexuell handling med ett barn. Se NJA 2018 s. 1103. (Se beträffande fallen också nedan i avsnitt 4.1.4.)

Ett åsidosättande av bokföringsskyldighet i ett utländskt företag som bedrev näringsverksamhet i Sverige och var bokföringsskyldigt enligt lagen (1992:160) om utländska filialer m.m. ansågs i NJA 2016 s. 169 inte utgöra bokföringsbrott mot bakgrund av att bokföringsbrott förutsätter åsidosättande av bokföringsskyldighet enligt bokföringslagen (1999:1078) och ”på grund av den försiktighet som med hänsyn till legalitetsprincipen bör iakttas vid tolkning av straffbestämmelser”. Rättsfallet får förstås så att en tillämpning av bestämmelsen om bokföringsbrott inte hade förutsatt en analogisk tillämpning av bokföringslagens regler om bokföringsskyldighet, men att lagen bl.a. med hänsyn till legalitetsprincipen inte borde tolkas på ett extensivt sätt. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att bokföringsskyldigheten fick anses följa direkt av bokföringslagen. Jfr i denna del också NJA 2016 s. 429 (fallet behandlas nedan i avsnitt 5.7.2) där en tillämpning visserligen ansågs kunna inordnas under lagtexten — och därför inte strida mot legalitetsprincipen — men ändå inte ansågs böra väljas.

I ”Vargskinnen” NJA 2016 s. 680 ansågs utformningen av bestämmelsen om artskyddsbrott i 29 kap. 2 b § miljöbalken, som i den del som var aktuell kriminaliserade överträdelser av artikel 8.1 läst samman med artikel 2 t) i den s.k. CITES-förordningen, vara så otydlig att det skulle strida mot legalitetsprincipens krav på att straffbestämmelser ska vara i tillräcklig grad tydliga att fälla den tilltalade till ansvar. Frågan kan i sak sägas ha gällt om användningen i förordningen av uttrycket ”annan vara beträffande vilken det av medföljande dokument, förpackningen [etc.] eller någon annan omständighet framgår att det är fråga om delar eller derivat av djur eller växter av dessa arter” skulle förstås så att också exemplar av icke-skyddade arter som såldes med märkning som gav vid handen att de utgjorde exemplar av skyddade arter omfattades av förordningen. I målet hade den tilltalade sålt skinn av prärievarg (ej skyddad art) som var märkta såsom

varg (skyddad art). I sak framstår det, med hänsyn till de bakomliggande skyddsintressena, som mindre rimligt att utsträcka kriminaliseringen så långt, men förordningen skulle alltså möjligen kunna förstås på så sätt. Högsta domstolen avgjorde emellertid inte målet genom att tolka förordningen utan med tillämpning av legalitetsprincipens krav på tydlighet (obestämdhetsförbudet). Avgörandet är av intresse på ett allmänt plan genom att det visar att obestämdhetsförbudet som sällan kommer i skarp tillämpning ändå emellanåt kan hindra tillämpning av straffbestämmelser. Avgörandet visar också på det förhållandet att obestämdhet kan vara partiell och röra en del av det (möjligen) straffbelagda området; det får t.ex. anses stå alldeles klart att det inte hade förelegat något hinder mot att använda straffbestämmelsen mot någon som faktiskt salufört t.ex. vargskinn.

Av ”Laserpekaren II” NJA 2017 s. 157 följer att det inte är förenligt med legalitetsprincipen att fälla någon till ansvar för att ha överträtt en författning som i relevanta delar hänvisar till normer (en teknisk standard) som är tillgänglig endast mot betalning. Högsta domstolen framhöll att en grundläggande del av legalitetsprincipen är att författningar ska finnas tillgängliga för var och en i läsbar form utan krav på betalning. (I sammanhanget kan noteras att Högsta domstolen i det senare rättsfallet ”Laserpekaren III” NJA 2019 s. 577 gjorde motsvarande bedömning när det gäller normer som endast är tillgängliga på engelska språket.)

I rättsfallet ”Tillstånd på felaktiga grunder” NJA 2017 s. 189 ansågs bestämmelsen om grovt organiserande av människosmuggling i 20 kap. 9 § utlänningslagen (2005:716), som bl.a. kräver att verksamheten är inriktad på att förmå människor att resa till Sverige utan de tillstånd som krävs för inresa, inte kunna tillämpas i en situation där man förmått personer att resa till Sverige med giltiga tillstånd som erhållits genom att lämna felaktiga uppgifter. Eftersom personerna faktiskt hade giltiga tillstånd skulle det utgöra en otillåten analogi att tillämpa bestämmelsen på dem; det skulle innebära att man utan stöd i lagtexten skulle jämställa tillstånd som erhållits genom lämnande av oriktiga uppgifter med frånvaro av tillstånd. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att det var förenligt med ordalydelsen att tillämpa bestämmelsen i den aktuella situationen. (Frågan aktualiserades i ett kvarstadsärende.)

Av EU-domstolens praxis framgår att avdragsrätt för ingående mervärdesskatt ska vägras om det mot bakgrund av objektiva omständigheter framkommer att den skattskyldige kände till eller borde ha känt till att hen genom sitt inköp deltog i en transaktion som utgjorde mervärdeskattebedrägeri. Detta ska enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis beaktas vid tillämpning av mervärdesskattelagens (1994:200) bestämmelser om avdragsrätt. Frågan om det därtill i ett straffrättsligt förfarande, med beaktande av de legalitetskrav som där gäller, kan anses utgöra en oriktig uppgift att under nyss nämnda

förutsättningar yrka avdrag för mervärdesskatt prövades i NJA 2018 s. 704. Högsta domstolen besvarade frågan jakande. Utgångspunkten för Högsta domstolens bedömning är — vilket inte saknar principiellt intresse — att när innebörden av ett straffbud framgår av annan lagstiftning, så måste tolkningen av den lagstiftningen ske på ett sätt som uppfyller den straffrättsliga legalitetsprincipens krav. Det betyder bl.a. att man måste hålla sig inom ramen för ordalydelsen (analogiförbudet). Vad Högsta förvaltningsdomstolen har sagt i nu aktuellt mål är emellertid, enligt Högsta domstolen, att bedrägliga beteenden kan tillmätas betydelse vid bedömningen av om omsättning av varor eller tjänster ska anses föreligga enligt mervärdesskattelagen, dvs. förekomsten av bedrägerier kan göra att det inte föreligger en relevant omsättning. En sådan tolkning måste enligt domstolen anses ligga inom ramen för vad den straffrättsliga legalitetsprincipen tillåter i fråga om tolkning i syfte att utreda lagens rätta mening. Att i de aktuella situationerna se ett yrkande om avdrag för mervärdesskatt som en oriktig uppgift (dvs. att se det som ett påstående om att det har förekommit en relevant omsättning) kan därför inte anses strida mot legalitetsprincipens analogiförbud. Det förhållandet att det — utan kompletterande upplysningar — yrkats avdrag för ingående mervärdesskatt — trots att bolaget inte hade avdragsrätt innebar alltså att en oriktig uppgift lämnades. (En annan sak är, enligt domstolen, att det för ansvar enligt skattebrottslagen, 1971:69, fodras uppsåt eller, men det framgår inte av domskälen, grov oaktsamhet.) Rättsfallet har kommenterats av Teresa Simon-Almendal i JT 2018–19 s. 224 ff.

Se beträffande legalitetsprincipen även resningsärendet NJA 2014 s. 63 som gällde frågan om kriminaliseringen av hastighetsöverträdelser i 14 kap. 3 § trafikförordningen — som då gällde den som bröt mot bestämmelserna i 9 kap. 1 eller 2 § trafikförordningen — kunde läsas så att de omfattade också den som bröt mot föreskrifter (om högre tillåten hastighet) meddelade av Trafikverket med stöd av ett bemyndigande i 9 kap. 1 §. En likartad fråga uppkom beträffande möjligheten att utfärda ordningsbot för överträdelsen. I den delen blev det fråga om tillämpning av riksåklagarens föreskrifter om ordningsbot. Högsta domstolen fann att det inte var fråga om rättstillämpning uppenbart i strid mot lag (jfr 58 kap. 2 § 5 rättegångsbalken). En minoritet menade att det i båda delarna var fråga om tillämpning som stred mot legalitetsprincipens analogiförbud och att rättstillämpningen uppenbart stod i strid mot lag.

I NJA 2012 s. 764 var frågan om en faktisk ledare för en ideell förening som bedriver bokföringspliktig verksamhet kunde åläggas näringsförbud enligt 4 § andra stycket lagen (1986:436) om näringsförbud. Frågan besvarades nekande. Bestämmelserna är numera ändrade och prejudikatet därför av litet intresse i själva saken. Av intresse är emellertid fortsatt Högsta domstolens generella uttalanden om tolkningsfrågan:

5. Ett näringsförbud är inget straff i egentlig mening. Det innebär emellertid en långtgående inskränkning i en persons rätt att försörja sig genom att utöva näring. Av det följer att vid tolkningen av bestämmelserna om näringsförbud gör sig gällande hänsyn som svarar mot vad som brukar hänföras till den straffrättsliga legalitetsprincipen.

6. I rättsfallet NJA 1994 s. 480 uttalade HD att det av legalitetsprincipen följer att ett straffbud inte får tillämpas analogiskt, men att principen inte utgör något hinder mot att ett straffbud tolkas enligt vedertagna grundsatser så att dess rätta mening utröns. En sådan tolkning måste dock, uttalade domstolen vidare, ske med försiktighet.

7. När som här ett lagbud kan tolkas på två sätt uppkommer frågan vilket av dessa sätt som, i ljuset av relevanta legalitetshänsyn, ska anses vara lagbudets rätta mening. Av det av HD i 1994 års fall uttalade försiktighetskravet bör följa, att ett val av det tolkningsalternativ som är mest oförmånligt för den enskilde förutsätter att detta vid en naturlig läsning av lagtexten framstår som klart mer närliggande än den andra tolkningsmöjligheten.

Det torde, även om förutsebarhetshänsyn kan spela en roll vid tolkning av straffstadganden, står klart att Högsta domstolens uttalanden i p. 7 — åtminstone tagna efter ordalagen — går utöver vad som rimligen kan godtas som en allmän tolkningsmaxim på straffrättens område. Att det, när ett straffbud kan tolkas på två sätt, skulle förhålla sig så att det mest oförmånliga kan väljas endast om detta vid en naturlig läsning av lagtexten framstår som klart mer näraliggande än det andra skulle få långtgående (och påtagligt begränsande) konsekvenser när det gäller det straffbara området. Det är t.ex. inte sällan så att det finns två tolkningsalternativ som framstår som i princip lika näraliggande. I dessa fall måste det t.ex. med stöd av förarbeten eller systematiska skäl naturligtvis vara möjligt att välja det för den tilltalade oförmånligare alternativet. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att näringsförbud kunde meddelas. Det ena justitierådet menade att de legalitetshänsyn som borde tas (fråga var inte vare sig enligt majoriteten eller den skiljaktige om någon analogi) inte kunde uppväga de skäl som talar för en tolkning med innebörd att näringsförbud kunde meddelas och det andra menade att detta följde redan av en noggrann och försiktig läsning av den aktuella bestämmelsen. Rättsfallet har kommenterats av Gustaf Almkvist i JT 2013–14 s. 125 ff.

I NJA 2014 s. 737 ansågs legalitetshänsyn, i ett mål som gällde brott mot förordningen om kör- och vilotider, föranleda en tolkning som innebar att viss körning under en dag skulle räknas bort från körperioden. Det är knappast angeläget att få läsaren att fullt ut förstå hur regelverket är uppbyggt, men vad gäller själva tolkningen skrev Högsta domstolen följande:

18. Med hänsyn till de krav på begriplighet och precision som ska ställas på straffföreskrifter inger 9 kap. 5 § kör- och vilotidsförordningen betänkligheter mot bakgrund av utformningen av undantagen i 2 kap. 2 §. Det straff-

bara området beträffande förseelser mot kravet på rast och vila enligt artikel 7 i förordningen 561/2006 bör därför inte omfatta tid för transporter som är undantagna i eller med stöd av kör- och vilotidsförordningen.

Den slutsats Högsta domstolen kommer fram till är alltså inte att en tillämpning som innebär att det straffbara området omfattar sådana transporter som är undantagna i eller med stöd av kör- och vilotidsförordningen skulle gå utöver ordalydelsen i straffbestämmelsen. Det är snarare så att straffbestämmelsen, som är uppbyggd som ett blankettstraffbud med direkta hänvisningar till EU-rätten och som måste läsas mot bakgrund av i förordningen särskilt angivna undantag, kan förstås på flera sätt och att den med hänsyn till intresset av begriplighet och precision bör läsas så att straffbestämmelsen inte omfattar sådan körtid som avser transporter som är undantagna. Fråga blir närmast om en tolkningsmässig oklarhetsregel.

I ett par rättsfall har Högsta domstolen också kommit in på legalitetsprincipens betydelse på påföljdsområdet.

I ”Mordstraffskalan” NJA 2016 s. 3, som behandlas utförligt nedan i avsnitt 5.1.1, ansågs bl.a. legalitetshänsyn leda till att bestämmelsen i 3 kap. 1 § (i den del som gäller straffskalan) skulle tolkas på så sätt att den nya lydelse som infördes 2014 inte förändrade det tidigare rättsläget.

Legalitetsprincipen ansågs emellertid i ”Sjuttioåringen” NJA 2017 s. 138 inte hindra att de ändringar som år 2010 gjordes i 29 kap., och som primärt angavs avse allvarliga våldsbrott, gavs genomslag också vid straffvärdebedömningen avseende vårdslöshet i trafik. Högsta domstolen framhöll här att legalitetsprincipen visserligen har betydelse också för straffmätningen, men att den inte utesluter att värderingen av försvårande omständigheter förskjuts om detta motiveras av någon annan straffrättslig princip (i fallet: att eftersträva följdriktighet i påföljdssystemet).

3.1.2 Ansvar för underlåtenhet m.m.

Den i och för sig inte överraskande utgångspunkten att misshandel kan begås genom underlåtenhet av den som befinner sig i garantställning bekräftades i NJA 2013 s. 588. Av fallet framgår också att det, för att en person som sammanbor med barnet och dess ena förälder (förälderns nya partner) ska befinna sig i garantställning i förhållande till ett barn på grund av nära levnadsgemenskap, måste krävas att personen har en sådan nära relation till barnet och en sådan ställning i förhållande till barnet att hen kan sägas delta i och rent faktiskt ha inflytande över barnets omvårdnad och fostran. I målet ansågs inte framgå av utredningen att partnern haft en sådan ställning i förhållande till barnet att den på denna grund befann sig i garantställning. Inte heller hade partnern garantställning på annan grund (t.ex. genom att barnet överlämnats i personens vård). Två justitieråd var

skiljaktiga och gav uttryck för en något vidare och mer differentierad syn på vem som kan vara i garantställning och de menade att partnern i detta fall hade en sådan relation till barnet att denne befunnit sig i garantställning. Rättsfallet har kommenterats av Frida Larsson i JT 2013–14 s. 651 ff.

I NJA 2012 s. 886 ansågs såväl bidragsbrott som bedrägeri i och för sig kunna begås genom underlåtenhet i ett fall där det fanns en i lag angiven skyldighet att upplysa Försäkringskassan om vissa förhållanden. Vad gäller bidragsbrott följer detta uttryckligen av bestämmelsen om bidragsbrott och ett vilseledande i bedrägeribestämmelsens mening ansågs också vara förhanden (den tilltalade hade genom sin underlåtenhet att fullgöra sin upplysningsskyldighet hållit kvar Försäkringskassan i dess felaktiga uppfattning). Den tilltalade frikändes emellertid på annan grund.

Att ansvar för underlåtenhet förutsätter att man har såväl förmåga som tillfälle att göra det som man anklagas för att ha underlåtit att göra illustreras av ”Barnet i Norge” NJA 2017 s. 557 (rättsfallet behandlas närmare nedan i avsnitt 4.1.5).

I ”Kompanjonens ansvar” NJA 2017 s. 690 behandlas frågan om ansvaret för s.k. faktiska företrädare. Av rättsfallet framgår att med faktisk företrädare avses en person som på grund av sin reella maktposition i realiteten utövar ett bestämmande inflytande i företaget samt att dessa har samma ansvar som en juridisk persons formella företrädare. I rättsfallet görs också generella uttalanden om garantansvaret för styrelseledamöter och verkställande direktörer såvitt avser bokföringen. Beträffande frågan om vem som är faktisk företrädare uttalas följande:

> 16. Det innebär att det avgörande är om den aktuella personen faktiskt utövar ett bestämmande inflytande över verksamheten. Det är alltså inte tillräckligt att han eller hon — på grund av aktieägande eller annat förhållande — har möjlighet att utöva inflytande i den juridiska personen. Det är inte heller tillräckligt att han eller hon — på grund av firmateckningsrätt eller fullmakt — har behörighet att binda den juridiska personen mot utomstående. Det hindrar givetvis inte att omständigheter av nu angivet slag i ett enskilt fall kan utgöra indikationer på att personen faktiskt utövar ett bestämmande inflytande.

I fallet ansågs inte visat att den tilltalade, som varit styrelsesuppleant men aldrig trätt i funktion, som var hälftenägare och uppbar lön och deltog i den dagliga verksamheten genom att leverera varor och därtill var utsedd till firmatecknare i bolaget, haft ställning som faktiskt företrädare. Rättsfallet har kommenterats och satts in i ett bredare sammanhang av Sten Andersson i hans uppsats i Festskrift till Fredrik Wersäll (2018) s. 33 ff.

Det bör i anslutning till fallet sägas att det när det gäller ansvar i juridiska personer i princip inte handlar om något annat än att bedöma

om någon kan anses ha varit gärningsman enligt den straffbestämmelse som ska tillämpas. Frågan är s.a.s. inte någon annan än om den tilltalade, misstänkte etc. kan sägas ha gjort det som krävs enligt straffbestämmelsen. Vid handling är det sällan så svårt att utpeka denne (och position spelar då i regel mindre roll), men vid underlåtenhet måste man bedöma vem som kan anses ha haft en skyldighet att handla och en sådan plikt träffar, som framgår av rättsfallet, under vissa förutsättningar bl.a. styrelseledamöter, verkställande direktörer och faktiska företrädare.

3.1.3 Fara

Frågan om det förelåg konkret fara på sätt som förutsätts för ansvar för framkallande av fara för annan prövades i ”Den välinställda hivbehandlingen” NJA 2018 s. 369 där den tilltalade som haft en välinställd hivbehandling vid i vart fall två tillfällen hade haft oskyddade samlag med målsäganden. Fara för smittoöverföring ansågs inte föreligga. Utgången i rättsfallet bygger på att det finns en samsyn bland kliniskt verksamma infektionsläkare och smittskyddsläkare i Sverige (och såvitt hade framkommit även internationellt) om att sannolikheten för smittoöverföring från en hivsmittad person med välinställd hivbehandling vid oskyddade samlag är minimal (icke beaktansvärd). Högsta domstolen pekade på att det visserligen inte är möjligt att i strikt vetenskaplig mening utesluta smittoöverföring, men tillade att det heller inte är där gränsen för det kriminaliserade området går. Med beaktande av hur liten sannolikheten för överföring av hivsmitta var kunde någon konkret fara för smittoöverföring inte anses ha förelegat i målet.

I målet görs också vissa generella uttalanden om vad som är konkret fara som får sägas ligga helt i linje med vad som tidigare antagits gälla.

Frågan kan ställas i vilken utsträckning den farebedömning som görs i rättsfallet bör påverka bedömningen av vad som i sammanhanget utgör ett otillåtet risktagande (eller annorlunda uttryckt: av vad som utgör oaktsamt agerande). Eftersom sannolikheten anges vara icke beaktansvärd skulle det kunna hävdas att ett risktagande som avser endast icke beaktansvärda risker inte kan vara otillåtet. Normer om vilka risktaganden som är tillåtna (jfr t.ex. existerande smittskyddsregler) kan visserligen spela in i bedömningen, men det är inte alldeles självklart vilket genomslag dylika normer bör få om de i ett enskilt fall skulle förebygga icke beaktansvärda risker. Frågan skulle t.ex. kunna aktualiseras om smittoöverföring verkligen skulle ske i visst fall. Det bör betonas att rättsfallet endast väcker, men på intet sätt tar ställning i denna fråga. (Jfr här ”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176 under rubriken Objektiva brottsförutsättningar där bedömningen av fara och bedömningen av otillåtet risktagande behandlas i ett sammanhang och inte hålls isär på ett tydligt sätt. Att det finns skäl att

skilja frågorna från varandra är uppenbart, bl.a. därför att det är lätt att peka på situationer där det inte föreligger någon konkret fara men väl ett otillåtet risktagande, t.ex. vid omkörning i en kurva med skymd sikt, men där ingen mötande bil är i närheten).

I NJA 2011 s. 563 ansågs konkret fara föreligga för att en försöksgärning skulle leda till döden i ett fall där en person tilldelat två andra personer knivhugg med en 24 cm lång kökskniv. Högsta domstolen konstaterade att konkret fara brukar sägas innebära ett krav dels på att det ska vara möjligt att gärningen skulle medföra den ifrågavarande effekten, dels på att det har förelegat viss (beaktansvärd) sannolikhet för effekten. Högsta domstolen framhöll också att bedömningen ska göras på rent objektiva grunder (vilket bl.a. innebär att gärningsmannens subjektiva uppfattning om sannolikheten saknar betydelse).

3.2 Osjälvständiga brottsformer

3.2.1 Försök till brott

I NJA 2016 s. 746 bekräftas den i och för sig ganska givna utgångspunkten att försök till brott — i likhet med förberedelse och stämpling — förutsätter uppsåt. Ett åtal avseende uppsåtligt eller oaktsamt försök till otillåten avfallstransport ogillades därför när den tilltalade inte ansetts ha haft uppsåt.

Ett antal olika frågor om försök till brott behandlas i rättsfallet ”Bussen i Östberga” NJA 2017 s. 531.

Till att börja med behandlas försöksuppsåtet. I den delen konstaterar Högsta domstolen att man vid avslutade försök (gärningsmannen har gjort allt som på hen ankommer) kan tillämpa vanliga uppsåtsformer.

Vid oavslutade försök krävs i stället att gärningsmannen måste ha haft för avsikt, dvs. beslutat sig för, att utföra de handlingar som hade krävts för att fullborda brottet. Detta är emellertid inte tillräckligt. I tillägg fordras att gärningsmannens uppfattning om vad denna ytterligare handling innebär motsvarar ett brott. Vid den sistnämnda bedömningen bör, enligt Högsta domstolen, åtminstone när gärningsmannen är mycket nära att avsluta försöket, vanliga uppsåtsformer kunna tillämpas. (Jfr undertecknads text i Från tanke till gärning, del II (2007) s. 103 ff. punkterna 26–33 ff. Där pläderas för att det, när det gäller gärningsmannens uppfattning om den framtida gärningens innebörd, är svårt att tänka sig en tillämpning av vanliga uppsåtsformer. Det är möjligt att man får se olika på saken i fall där gärningsmannen, såsom i rättsfallet, är mycket nära att utföra den sista gärningen, typiskt sett försök, och fall där denna ligger en bit in i framtiden, typiskt sett förberedelse och stämpling.)

Som ett illustrerande exempel av vad som krävs för att erforderligt uppsåt ska anses föreligga anges följande:

18. … För ansvar för försök till mordbrand fordras således att gärningsmannen har beslutat sig för att utföra den eller de återstående gärningarna (t.ex. tända en tändsticka och föra den till det brännbara materialet). Dessutom krävs att gärningsmannens uppfattning om gärningen innebär dels att eld kommer lös, dels att denna eld innebär fara för andra människors liv eller hälsa eller för omfattande förstörelse av annans egendom.

I det enskilda fallet ansågs dessa förutsättningar ha förelegat. Jfr, beträffande motsvarande fråga vid förberedelse, NJA 2011 s. 627 strax nedan.

I ”Bussen i Östberga” behandlas också frågan om försökspunktens placering. Här konstateras att det inte generellt går att knyta försökspunkten till en viss handling, utan att dess placering måste kunna påverkas av omständigheterna i det enskilda fallet (jfr den diskussion i doktrinen som kan sägas gälla frågan om försökspunkten kan vara nådd redan innan en tändsticka antänds[4]). Det konstateras vidare (i) att försökspunkten regelmässigt måste anses ha passerat när försöket är avslutat, (ii) att ledning i övriga fall primärt bör sökas i om gärningsmannen kan sägas hålla på att utföra den gärning som enligt straffbestämmelsen fordras för att brottet ska komma till fullbordan, men (iii) att det härutöver måste finnas ett utrymme för att finna att försökspunkten är nådd också i andra fall — dvs. där gärningsmannen inte direkt har gjort något som anknyter till brottsbeskrivningen — när gärningsmannen har utfört gärningar som tydligt visar att hen har börjat verkställa det som ibland kallas brottsplanen. I sistnämnda fall bör emellertid alltid krävas att gärningsmannen står i begrepp att någorlunda omedelbart fullborda brottet.

I det enskilda fallet ansågs försökspunkten vara nådd när gärningsmannen hade slagit sönder ett fönster i en dörr på en buss och därefter, genom det hål som uppstått, hällde ut brännbar vätska i bussen.

Se även, närmast som ett exempel på tillämpning av farerekvisitet, NJA 2011 s. 563. Rättsfallet behandlas i slutet på föregående avsnitt.

3.2.2 Förberedelse till brott

En samling föremål bestående i kemikalier, mätglas, glascylindrar, metallrör samt litteratur och egna anteckning om bombtillverkning ansågs i NJA 2011 s. 627 utgöra hjälpmedel vid tillverkning av bomber. Den prejudikatintressanta frågan var emellertid om dessa föremål kunde ses som hjälpmedel i förhållande till påstådda efterföljande brott (mord eller allmänfarlig ödeläggelse) eller om den befattning som tagits var att se som förberedelse till förberedelse vilken inte är straffbelagd. Högsta domstolen fann att föremålen kunde ses som hjälpmedel i förhållande till de efterföljande tilltänkta brotten eftersom de olika föremålen skulle ha ingått som beståndsdelar i bomberna (som otvetydigt hade utgjort hjälpmedel i förhållande till

[4] Se t.ex. Suzanne Wennberg, Försök till brott, 2 uppl. (2010) s. 156 f. med vidare hänvisningar.

dessa brott). (Jfr bedömningen i NJA 2007 s. 774 där föremålen i fråga bara var avsedda att användas som hjälpmedel för framställande av andra och från föremålen frikopplade hjälpmedel som skulle användas vid bedrägeribrottslighet.)

I rättsfallet tydliggörs också vad som gäller beträffande uppsåtskravet vid förberedelse (jfr vad som sagts ovan i anslutning till ”Bussen i Östberga” NJA 2017 s. 531 i föregående avsnitt). Högsta domstolen skriver i denna del:

> 10. För ansvar för förberedelse till brott krävs att gärningsmannen har haft uppsåt såväl i förhållande till förberedelsehandlingen som i förhållande till det efterföljande brottet. När det gäller uppsåt i förhållande till ett efterföljande brott räcker det med uppsåt att brott av ett visst slag ska komma till stånd, även om det ännu inte föreligger en konkret brottsplan. När det som i förevarande fall är fråga om egenförberedelse, dvs. när den som utför förberedelsehandlingen själv ska utföra brottet, måste vederbörande vid tidpunkten för förberedelsehandlingen ha beslutat att senare företa den handling som utgör brottet. Uppsåtsbedömningen kan i dessa fall inte göras med hjälp av de vanliga uppsåtsformerna. Det avgörande vid egenförberedelse är gärningsmannens avsikt att utföra brottet (se bl.a. Petter Asp, Från tanke till gärning, Del II, Förberedelse och stämpling till brott, 2007, s. 67 ff.).

Det sagda torde gälla också när det inte är fråga om egenförberedelse utan förberedelse för annans brott men där den förberedande personen ännu inte gjort allt som på hen ankommer för att fullgöra sin del av brottsplanen. Fråga blir då närmast om att den förberedande personen måste ha beslutat att senare företa den handling som avslutar hens del av brottsplanen. Antag t.ex. att A tar emot en pistol och ska lämna den till B som ska utföra ett mord. Precis som i rättsfallet måste då fordras att A verkligen har uppsåt att, såsom det står i bestämmelsen, främja brott, dvs. beslutat att lämna pistolen vidare.

I båda dessa fall krävs *också* att den A:s bild av den framtida gärningen är sådan att den motsvarar det aktuella brottet. Vid egenförberedelse kan ju t.ex. tänkas att A visserligen bestämt sig för att kasta ett explosivt föremål mot en folkmassa, men att hen inte alls har föreställt sig att det ska leda till annat än rädsla. På motsvarande sätt kan man vid förberedelse för annans brott föreställa sig att A visserligen bestämt sig för att lämna pistolen till B, men inte alls föreställt sig att B ska använda den för att döda (utan bara för att skrämmas).

I rättsfallet görs denna andra bedömning i förhållande till mord (se p. 12) genom att domstolen frågar sig om den tilltalade beslutat sig för använda bomberna och beslutat sig för att döda en polisman (i målet fanns omständigheter, bl.a. hot, som pekade mot att bomberna var avsedda att användas mot poliser). I det förra ledet (beslutat sig för att använda) blev svaret jakande, men i det senare (beslutat att döda) nekande. Därmed kunde åtalet för förberedelse till mord inte vinna bifall. Domstolen ansåg det emellertid visat att den tilltalade

hade för avsikt att åstadkomma en kraftig explosion och därigenom i vart fall framkalla fara för omfattande förstörelse av polismännens egendom. Följaktligen fälldes han till ansvar för förberedelse till allmänfarlig ödeläggelse.

Bedömningen av den tilltalades uppsåt är i sak antagligen alldeles riktig. Det finns emellertid möjligen skäl att sätta ett frågetecken inför hur bedömningen görs i det led som tar sikte på om den tilltalade beslutat sig för att döda en polisman. När man väl har gjort bedömningen av att den tilltalade beslutat sig för att företa den återstående gärningen (dvs. beslutat sig att använda bomberna), bör den andra bedömningen snarare avse frågan om den tilltalades uppfattning om den framtida gärning (dvs. den som hen beslutat sig för att utföra) är sådan att den motsvarar det aktuella brottet (beröva annan livet) än om denne beslutat sig för att döda. Rättsfallet har kommenterats av Christoffer Wong i JT 2012–13 s. 442 ff.

I NJA 2018 s. 512 I och II behandlades framför allt frågan om vad som kan utgöra hjälpmedel vid förövandet av brott. I ”Uppgörelsen i Kassmyra” NJA 2018 s. 512 I ansågs ett pappershäfte, som innehöll bl.a. en vägbeskrivning, en karta med en markering av platsen för en planerad uppgörelse mellan två grupper av fotbollssupportrar, instruktioner om hur deltagarna skulle undvika polisens uppmärksamhet och om hur de skulle agera när de kom till platsen, vara särskilt ägnat att använda som hjälpmedel vid brottet (misshandelsbrott). Däremot ansågs inte boxningslindor, som ju bl.a. har ett legalt användningsområde och inte heller kunde sägas vara särskilt farliga med hänsyn till risken för uppkomst av brott, vara hjälpmedel i förberedelsebestämmelsens mening.

Mer än ringa fara för fullbordan ansågs föreligga trots att brotten avvärjts genom att polisen kommit till platsen. Här konstaterades bara kort att om avvärjandet inte skett så hade uppgörelsen med all sannolikhet ägt rum och de fullbordade brotten kommit till stånd. Gärningarna ansågs heller inte vara mindre allvarliga och därför fria från ansvar.

I ”Anmälan till Skatteverket” NJA 2018 s. 512 II ansågs en elektronisk anmälan om registrering för redovisning av mervärdesskatt som innehöll oriktiga uppgifter i och för sig vara särskilt ägnad att använda som hjälpmedel vid brott (grovt skattebrott). Eftersom skatte- och avgiftsanmälan i sig inte har någon betydelse när avdragsyrkandet görs ansågs emellertid anmälan sakna en sådan koppling till själva skattebrottet att den kan utgöra hjälpmedel vid förövande av detta (jfr angående detta krav på koppling NJA 2007 s. 774).

Det kan möjligen diskuteras om inte kraven på att ett hjälpmedel ska vara *särskilt ägnat* — inte bara ägnat i största allmänhet — att användas vid brott sätts väl lågt i det sistnämnda rättsfallet (som ett särskilt ägnat hjälpmedel ansågs alltså en elektroniskt ingiven skatte- och avgiftsanmälan, och i de allmänna delarna av rättsfallet talas om att

bl.a. ett kontoinnehav kan utgöra ett hjälpmedel i lagens mening) och därigenom fråntas sin avgränsande funktion. Den funktionen saknade visserligen betydelse i detta fall, men det finns ju gott om andra fall där den kan vara avgörande. Rättsfallen har kommenterats av Dennis Andreev i JT 2018–19 s. 620 ff.

3.2.3 Medverkan och (med)gärningsmannaskap

I ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 ansågs fyra personer som bl.a. tejpat en person till händer och fötter och släpat runt honom i en skolas lokaler alla ha begått ofredande i medgärningsmannaskap trots att de alla inte rent fysiskt utfört allt som åtalet omfattade.

En person som, med insikt om vad som försiggick, förmedlade uppgifter och betalningar mellan en person som lämnade mutor och en trafikinspektör som mottog dem ansågs i NJA 2012 s. 307 inte böra betraktas som gärningsman till bestickning, utan den gärning som personen utfört bedömdes utgöra medhjälp till grovt bestickning. Personen ansågs ha medverkat endast i mindre mån och straffet sattes med tillämpning av 23 kap. 5 § till fängelse i fyra månader (dvs. under minimistraffet för brottet).

Av rättsfallet ”Företagsboten och fängelsestraffet” NJA 2012 s. 826 följer dels att det är möjligt att i medverkansbestämmelsens mening främja brott som förövas genom underlåtenhet (detta hade ifrågasatts av Ivar Strahl som emellertid hade medhåll från få andra), dels att en person inte enbart genom att ta ut pengar från ett bolag och förmedla dessa till bolagets ledning kunde anses ha främjat det bokföringsbrott som begicks när affärshändelserna inte bokfördes, inte ens genom att stärka gärningsmännen i deras uppsåt.

En medverkande som kört andra personer till en plats där försök till mordbrand förövades ansågs i ”Bussen i Östberga” NJA 2017 s. 531 ha gjort sig skyldig till medhjälp till mordbranden och inte till brott i medgärningsmannaskap. Den tilltalade fick visserligen anses ha deltagit i det brottsliga tilltaget på ett sådant sätt att det skulle kunna bli aktuellt att se honom som medgärningsman (jfr NJA 2006 s. 535), men det förutsätter — när fråga inte är om någon som deltar i gärningar som mer direkt anknyter till brottsbeskrivningen — inte bara en viss kvalitet på deltagandet utan också att det är visat att denne agerat tillsammans och i samförstånd med de övriga inblandade. Detta ansågs i fallet inte vara visat.

I NJA 2011 s. 799 tillämpades (se p. 42) beträffande en av de tilltalade bestämmelsen i 23 kap. 5 § om medverkan i mindre mån, varvid straffet för medhjälp till grovt narkotikabrott bestämdes till ett år (dvs. till en nivå under minimistraffet för brottet). Se, beträffande 23 kap. 5 §, även NJA 2012 s. 307 strax ovan; jfr även ”Bussen i Östberga” där 23 kap. 5 § inte tillämpades, men graden av delaktighet ändå beaktades vid straffvärdebedömningen.

De tilltalade i NJA 2012 s. 535 ansågs visserligen ha befunnit sig i en pressad situation, men situationen var enligt Högsta domstolen inte sådan som avses i 23 kap. 5 §. Fråga ansågs närmast vara om ett ”trångmål av ett slag som förmodligen inte är ovanligt vid inblandning i hantering och smuggling av större mängder narkotika”.

3.2.4 Underlåtenhet att avslöja brott

Av NJA 2017 s. 515 följer att ansvar för underlåtenhet att avslöja brott är uteslutet om det av utredningen framgår att den som underlåtit att avslöja brottet kan ha varit inblandad i brottet på ett sådant sätt att straffansvar kan aktualiseras. Högsta domstolen uttalar att fråga kan vara om delaktighet i själva brottet, på ett förberedelsestadium eller i efterföljande brottslighet. Att en person inledningsvis har misstänkts för delaktighet bör emellertid inte utesluta ansvar för underlåtenhet om hen i ett tidigt skede av utredningen har avförts som misstänkt.

Det nu sagda följer av kravet på att avslöjandet ska kunna ske utan fara för den handlande eller någon annan. I rättsfallet konstateras att vissa förarbetsuttalanden — som indikerar att bestämmelsen är av betydelse bl.a. som en reservbestämmelse i fall där någon misstänks för brott eller delaktighet i brott men inte kan överbevisas om annat än att ha känt till brottet — inte kan tas till intäkt för att en person ska kunna anses ha gjort sig skyldig till underlåtenhet att avslöja ett brott som hen misstänks ha begått. Förarbetsuttalandena måste enligt Högsta domstolen läsas mot bakgrund av den typ av brottslighet som bestämmelsen då i första hand var inriktad på (brottslighet som fordrar planering).

I rättsfallet bekräftas också det som sedan en tid allmänt antagits, nämligen att det för straffansvar inte krävs att det visas att avslöjandet skulle ha haft effekt, men väl att det funnits möjlighet att avslöjandet hade kunnat få någon effekt.

Principen bekräftades i ”Facebookmålet” NJA 2018 s. 562 där en person hade åtalats för medhjälp till samma våldtäktsgärning som yrkandet om ansvar för underlåtenhet att avslöja brott avsåg. Högsta domstolen uttalade:

> 15. När i ett åtal ett yrkande om ansvar för delaktighet i ett brott förenas med ett alternativt yrkande om ansvar för underlåtenhet att avslöja brottet, så bör redan det förra yrkandet som sådant innebära att en sådan fara som avses med bestämmelsen i 23 kap. 6 § BrB ska anses ha förelegat (jfr NJA 2017 s. 515 p. 27 och 28). Påståendet om delaktighet i brottet medför därför att yrkandet om ansvar för underlåtenhet att avslöja brottet ska ogillas.

Jfr i denna del särskilt hovrättens bedömning i rättsfallet. Fallen har kommenterats av Suzanne Wennberg i hennes artikel i Vänboken till Lena Holmqvist.

3.3 Straffbuds tillämpning i tiden

I NJA 2016 s. 649 tillämpades grunderna för 5 § andra stycket lagen (1964:163)[5] om införande av brottsbalken i ett fall där det straffbara området i tiden efter gärningen hade blivit inskränkt genom att en domstol upphävt en myndighets beslut att återkalla ett typgodkännande avseende en viltfälla. Bestämmelsen, som tar sikte på ändrade strafflagar, tillämpades alltså också på en ändring av det straffbara området som skett genom att domstol upphävt ett myndighetsbeslut som påverkat (utvidgat) det straffbara området och som gällt mot var och en. Av rättsfallet bör kunna dras den slutsatsen att motsvarande skulle gälla i fråga om själva myndighetsbeslutet om det i stället innebar att det straffbara området inskränktes. En annan sak är att man kan behöva överväga om undantagsregeln om vad som under viss tid varit straffbelagt på grund av då rådande särskilda förhållanden kan vara tillämplig.

Rättsfallet NJA 2011 s. 907 gäller noga taget inte ett straffbuds tillämpning i tiden, utan frågan om hur en lagstiftning som är av relevans för straffbarheten enligt bestämmelsen om häleri i 9 kap. 6 § ska tillämpas temporalt. I målet hade, enligt vad som påstods, en tavla först stulits från en nation i Uppsala och därefter sålts till A och därefter till B. A hade gjort sitt förvärv innan den skärpning av lagen (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre som gjordes den 1 juli 2003 medan B hade förvärvat tavlan först 2009. Hovrätten ogillade åtalen mot A och B på olika grunder (preskription respektive ej oaktsamhet) men fann, med hänsyn till att det i övergångsbestämmelserna anges att äldre bestämmelser gäller ifråga om förvärv som har gjorts före ikraftträdandet, att de nya reglerna skulle tillämpas vad gäller frågan om bättre rätt mellan B (som ostridigt förvärvat tavlan efter den relevanta tidpunkten) och nationen. Något godtrosförvärv kunde då inte anses möjligt att göra.

Högsta domstolen, som i huvudsak hade att ta ställning till frågan om bättre rätt till egendomen, slog emellertid fast att ett godtrosförvärv som gjorts före den 1 juli 2003 består även efter ikraftträdandet av de skärpta regler om godtrosförvärv som infördes vid nämnda tidpunkt. Övergångsbestämmelserna kan alltså inte ges den innebörden att ett godtrosförvärv som redan gjorts enligt äldre regler omintetgörs på grund av att det sker ytterligare ett förvärv efter de nya reglernas ikraftträdande. Som framgår saknade frågeställningen — i det konkreta fallet — straffrättslig relevans. Det är emellertid tydligt att motsvarande måste gälla också vid en straffrättslig bedömning.

Se även ”Brevinkastet” NJA 2018 s. 574, där det klargörs att den lindrigare lagens princip inte ska tillämpas i ett fall där straffet för grovt brott skärpts men där ändringen inte är avsedd att påverka gradindelningen (jfr hovrättens bedömning).

[5] Siffrorna avseende lagens nummer har i referatrubriken blivit omkastade.

3.4 Rättfärdigande och ursäktande omständigheter

3.4.1 Rättfärdigande omständigheter

Att cannabis odlats i smärtlindringssyfte ansågs i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 inte göra att gärningen var tillåten med stöd av bestämmelsen i 24 kap. 4 §. En nödsituation ansågs visserligen föreligga, men gärningen kunde, med hänsyn till att ansvarsfrihet på grund av nöd i princip måste förutsätta att det är fråga om en oförutsedd situation som lagstiftaren inte haft möjlighet att ta ställning till, inte anses försvarlig. Lagstiftaren har genom den reglering som avser kontroll av narkotika och genom systemet för godkännande och licensiering av läkemedel gjort avvägningar mellan intresset av effektiv smärtlindring och intresset av kontroll av narkotika. En gärning som innefattar narkotikabrott och som utförs för att lindra smärta kan därför vara försvarlig bara i akuta situationer när omedelbar tillgång till sedvanlig sjukhusvård saknas. Det noterades att det, med den utformning som bestämmelsen om excess har, saknades möjlighet att ta hänsyn till att den tilltalades gärning vid en mer allmän bedömning kan framstå som ursäktlig.

Det har ifrågasatts om det är rimligt att tala om en nödsituation i fall av detta slag, med närmast kronisk smärta. Det är emellertid svårt att se att enbart det förhållandet att ett oönskat tillstånd är mer utdraget skulle leda till en annan bedömning i den delen än om tillståndet är kortvarigt. Att det kan påverka försvarlighetsbedömningen illustreras emellertid tydligt av rättsfallet. Rättsfallet har kommenterats av Martin Borgeke i De lege 2018: Law and Society (2019) s. 63 ff.

Se, för en tillämpning av nödbestämmelsen i relation till skyddande av brottsling, rättsfallet NJA 2015 s. 31 som behandlas nedan i avsnitt 4.1.14.

I ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 ansågs en person, som sagt att han var med på att bli tejpad till händer och fötter av det skälet att han ville få det hela överstökat och för att inte andra, och värre, händelser skulle inträffa, inte ha samtyckt till gärningen. Samtycket, jfr 24 kap. 7 §, kunde under dessa omständigheter varken anses vara frivilligt eller allvarligt menat. (Se, beträffande rättsfallet, även nästkommande avsnitt.) Rättsfallet har kommenterats av Erik Svensson i JT 2013–14 s. 414.

Samtyckesbestämmelsen i 24 kap. 7 § ansågs i ”Uppgörelsen i Kassmyra” NJA 2018 s. 512 I inte göra ett förberedelsebrott bestående i misshandel (fråga var om en uppgörelse mellan två grupper av fotbollssupportrar) tillåtet. Här tillämpades sedvanliga kriterier för samtyckesbestämmelsens räckvidd: med hänsyn till att det varit fråga om förberedelse till misshandel som inte var ringa och gärningarna saknade godtagbart syfte ansågs gärningarna inte ha varit tillåtna.

En cross-checkning över nacken utdelad under en ishockeymatch, men utan direkt samband med spelet ansågs i rättsfallet ”Crosschecking” NJA 2018 s. 591 inte ha varit tillåten vare sig med stöd av

reglerna om samtycke eller social adekvans. Gärningen ansågs inte ha varit sådan att den omfattades av det samtycke till visst våld som den utsatte lämnat genom att frivilligt delta i spelet — det förutsätter att handlingen är tillåten enligt spelets regler eller ligger på gränsen därtill. Härutöver kan visserligen en vidare krets av handlingar — klara regelöverträdelser men som ändå ligger inom ramen för spelet — vara tillåtna med stöd av principen om social adekvans. Om någon sådan handling var det emellertid inte fråga.

Även vad gäller handlingar företagna utom spelet måste det enligt domstolen finnas ett visst utrymme för att bedöma dem som tillåtna. Slagsmålsliknande situationer under eller i anslutning till spelet bör sålunda i regel vara tillåtna redan med tillämpning av samtyckesregeln (jfr NJA 1993 s. 553). Härtill finns enligt avgörandet ett visst utrymme för att betrakta en gärning som tillåten också om den företas utom spelet och också då det inte föreligger något samtycke. Som exempel ges att spelare som nyss varit inblandade i en spelsekvens, på väg till avbytarbåset begår gärningar som i och för sig utgör ofredande. Gränsen för vad som kan vara tillåtet måste emellertid då sättas snävare än när det gäller handlingar som har en direkt koppling till spelet. Den i målet aktuella gärningen ansågs ha passerat gränsen för vad som kan anses tillåtet. I rättsfallet uttalar sig Högsta domstolen också om principen om social adekvans i allmänhet och dess relation till samtyckesbestämmelsen i 24 kap. 7 §. Rättsfallet har kommenterats av Jack Ågren i JT 2018–19 s. 404 ff.

Frågan om social adekvans behandlas relativt utförligt också i ”Fåtöljen” NJA 2018 s. 1051 (se nedan avsnitt 4.1.2). Högsta domstolen kan i de båda rättsfallen sägas betona dels att man bör använda social adekvans som grund för ansvarsfrihet bara då sådan inte låter sig motiveras på annat sätt (t.ex. genom sedvanliga tolkningsmetoder, genom tillämpning av allmänna principer om att ett orsakande som sker genom tillåtet risktagande inte ska föranleda ansvar, genom tillämpning av skrivna ansvarsfrihetsgrunder osv.), dels att social adekvans ofta kan ses som en allmän undantagsregel vid sidan av de enskilda straffbestämmelserna, men att det ibland kan vara lika naturligt att behandla det som ett skäl att reducera tillämpningsområdet för en viss straffbestämmelse. Också sambandet mellan social adekvans och samtycke berörs: samtycke kan vara en förutsättning för tillämpning av social adekvans, men ett samhälleligt intresse av att en viss gärning får utföras kan också påverka utfallet av en samtyckesbedömning.

Frågan om social adekvans berördes också i rättsfallet ”Studenternas förtalsbrott” NJA 2014 s. 808 där två studenter stod tilltalade för att i en uppsats ha förtalat en person. I rättsfallet konstateras att det vid förtal har ansetts finnas ett utrymme för ansvarsfrihet (jfr rubriken som talar om ”Straffrihet på annan grund?”) med stöd av allmänna principer om social adekvans, bl.a. när uppgiftslämnandet sker för att motverka ryktesspridning, framställa en dementi, påtala missförhål-

landen, påkalla utredning eller för att reparera eller förhindra någon sorts skadeverkan. Något sådant syfte fanns inte i detta fall. Inte heller i övrigt ansågs ansvarsfrihetsregeln om social adekvans kunna leda till ansvarsfrihet. Fråga var visserligen om studenter på ett universitet, varvid det kunde anses naturligt att tillåta misstag i en utbildningssituation, men kursen innehöll avsnitt om källkritik och de båda personerna hade sedan tidigare erfarenhet av utbildning på universitetsnivå.

Det förhållandet att ett köp av vapen skett i publicistiskt syfte ansågs i NJA 2015 s. 45 inte kunna göra gärningen tillåten. Ansvarsfrihet ansågs inte kunna följa av tryckfrihetsförordningen (sättet att anskaffa uppgifter föll utanför förordningens tillämpningsområde) eller med stöd av regeringsformens regler om yttrande- och informationsfrihet (i den senare delen uttalades att det vid en avvägning av de intressen som ligger bakom regleringen i vapenlagen (1996:67) mot de intressen som yttrandefriheten och informationsfriheten skyddar inte förelåg hinder mot att döma till ansvar). Inte heller ansågs det finnas utrymme för att bedöma gärningen som tillåten med hänvisning till s.k. social adekvans eller att ursäkta gärningsmannen med stöd av regeln om straffrättsvillfarelse i 24 kap. 9 §.

Se beträffande dessa båda rättsfall och om social adekvans som företeelse i straffrättsdogmatiken också Erik Svenssons artikel på temat i SvJT 2016 s. 399 ff.

Det kan finnas anledning att notera att undantagsreglerna i polislagen (1984:387) som vid de flesta brottstyper används för att rättfärdiga annars otillåtet handlande får en delvis annan betydelse vid tillämpning av bestämmelsen om tjänstefel. Skälet är att tjänstefelsbestämmelsen kriminaliserar att åsidosätta vad som gäller för uppgiften, vilket innebär att straffbestämmelsen inte kan tillämpas utan att man gör en bedömning av om handlandet varit godtagbart enligt reglerna i polislagen. Detta förändrar emellertid inte tillämpningen av regelverket. Se rättsfallet ”Polishunden” NJA 2017 s. 491 där det bl.a. framhålls att reglerna om excess i 24 kap. 6 § måste anses tillämpliga också i en situation där polislagens regler blir av relevans redan vid bedömningen av om straffbestämmelsens rekvisit är uppfyllda.

3.4.2 Putativa situationer

I ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 gjordes invändningar om putativt samtycke, dvs. att de tilltalade trott att den utsatte personen samtyckt till gärningarna. Beträffande majoriteten av de tilltalade godtogs emellertid inte invändningen. Enligt Högsta domstolen förstod de att den tejpade personen inte deltog frivilligt utan var pressad att säga att han samtyckte. En tilltalad gick emellertid fri från ansvar på grund av s.k. putativt samtycke. Det var inte klarlagt att denna person, som inte gick i samma klass som de andra, kände till målsägandens situation i

skolan och det ansågs bl.a. därför inte bevisat att han hade uppsåt till att målsäganden inte var med på tejpningen.

Någon bedömning av om gärningen, givet denna uppsåtsbrist, var försvarlig, görs inte uttryckligen. I utgången ligger emellertid att gärningen givet att samtycke förelegat varit försvarlig. I annat fall är ju det putativa samtycket inte ansvarsbefriande. (Se även föregående avsnitt.)

Den tilltalade i ”Knivhugget mot mopedisten” NJA 2016 s. 763 ansågs ha begått gärningen (synnerligen grov misshandel och vållande till annans död) i s.k. putativt nödvärn, dvs. hans uppsåt täckte inte att gärningen företagits i en situation där det inte förelåg ett rätt till nödvärn och ansvar för uppsåtligt brott förutsätter då att gärningen också bedömd utifrån hans bild av verkligheten är brottslig. Personens handlande ansågs emellertid, också vid en bedömning utifrån hans bild av verkligheten, vara uppenbart oförsvarligt och han ansågs heller inte kunna gå fri med stöd av bestämmelsen om excess (som är analogt tillämplig också vid putativt nödvärn). Den tilltalades felaktiga tro befriade därför inte från ansvar. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att det inte var fråga om någon putativ nödvärnssituation.

3.4.3 Ursäktande omständigheter

En invändning från den tilltalade att han inte kände till att det var straffbart att inneha ett bollträ i en bil på allmän plats behandlades (naturligt nog) i ”Bollträet” NJA 2011 s. 556 som en straffrättsvillfarelse. Det godtogs att den tilltalade befunnit sig i denna villfarelse, men den ansågs inte vara uppenbart ursäktlig.

I NJA 2012 s. 564 ansågs bestämmelsen om straffrättsvillfarelse inte kunna tillämpas i ett fall där en 17-åring som led av en allvarlig psykisk störning och fungerade på en nivå motsvarande tio till tolv års ålder inte förstod att de gärningar han utfört (gärningarna bedömdes utgöra våldtäkt mot barn) var otillåtna. Enligt bestämmelsen ska straffrättsvillfarelse leda till ansvarsfrihet om villfarelsen på grund av fel vid kungörandet eller av ”annan orsak” var uppenbart ursäktlig. Beträffande ”annan orsak” framhöll Högsta domstolen att det i allt väsentligt måste bli fråga om ”situationer som ligger nära de typer av fall som lagstiftningen bygger på och under alla förhållanden gälla enbart enskilda fall som är mycket särpräglade”. Mot denna generella norm bedömdes sedan det aktuella fallet:

> 18. Vid prövningen av F.S:s straffrättsliga ansvar är utgångspunkten att han vid gärningstillfällena inte visste att gärningarna var otillåtna (p. 11). F.S:s psykiska tillstånd är visserligen allvarligt men såvitt framgår av utredningen kan det inte sägas utgöra ett så särpräglat individuellt fall att det motiverar en tillämpning av regeln om frihet från ansvar på grund av straffrättsvillfarelse.

Två justitieråd var skiljaktiga i denna del och menade att bestämmelsen måste kunna tillämpas också i andra fall än de som omtalas i förarbetena och mer allmänt måste anses ta sikt på situationer av straffrättsvillfarelse i vilka ett åläggande av straffrättsligt ansvar framstår som orimligt. Enligt deras bedömning var det med hänsyn till den tilltalades tillstånd orimligt att lasta honom för att han inte kände till att hans handlande var otillåtet.

Se beträffande tillämpningen av 24 kap. 9 § även NJA 2015 s. 45 som behandlas ovan i avsnitt 3.4.1.

3.5 Uppsåt och oaktsamhet

3.5.1 Uppsåt och oaktsamhet vid rus

Regleringen av straffansvar vid rus kom under den nu behandlade tidsperioden att behandlas i ett antal avgöranden. Avgörandena kan sammanfattningsvis sägas innebära att den tidigare tolkningen (att uppsåt, vid självförvållat rus, inom vissa ramar kan fingeras eller uppsåtskravet efterges; jfr NJA 1973 s. 590) är övergiven och att det också i dessa fall ska göras en vanlig prövning av den tilltalades uppsåt.

I det första fallet, NJA 2011 s. 563, var det fråga om ansvar för försök till dråp. I de centrala delarna av domskälen gjorde Högsta domstolen (i p. 20–26) en öppen bedömning av om det fortsatt var motiverat att upprätthålla ett undantag från skuldprincipen vid fall av självförvållat rus.

Härvid tog man sin utgångspunkt i den grundläggande principen *nulla poena sine culpa*, skuldprincipen. Det konstaterades vidare att undantaget vid självförvållat rus hade sin grund i ett preventionsparadigm som sedan lång tid övergivits och att det inte (jfr den förstärkning av legalitetsprincipen som skedde 1994) får något starkt stöd av ordalydelsen i 1 kap. 2 § andra stycket. Till detta lades att Europakonventionen numera gäller som lag och att det av konventionen följer relativt strikta gränser för användandet av presumtioner bl.a. när det gäller uppsåt och oaktsamhet. Det konstaterades också att rättsfallet NJA 1973 s. 590 hade lett till åtskilliga oklarheter som primärt gäller hur långt avgörandet sträcker sig och att en tillämpning av vanliga uppsåtsregler i huvudsak leder till rimliga resultat. Mot denna bakgrund kom Högsta domstolen fram till att övervägande skäl talade för att det inte längre var motiverat att upprätthålla den särskilda ordning som kom till uttryck i 1973 års avgörande. Prövningen av uppsåt i fall av självförvållat rus ska i stället ske med tillämpning av vanliga regler.

Vid en sådan prövning ansågs (se p. 11–15) den tilltalade inte ha haft uppsåt att döda. Uppsåtsprövningen i målet är relativt utförlig och ger inte obetydlig vägledning om hur en sådan kan göras. Rättsfallet har kommenterats av undertecknad på InfoTorg. Se även den diskussion kring avgörandet och dess konsekvenser som i debattform publicerades i SvJT 2012 s. 337 ff. (och där Madeleine Leijonhufvud kan sägas ha företrätt en uppfattning och undertecknad och Magnus

Ulväng en annan). Så här mer än åtta år efter rättsfallet kan man kanske tillåta sig att konstatera att farhågorna om att rättsfallet i ett stort antal fall skulle leda till oacceptabla och upprörande konsekvenser inte har besannats.

Det kan i sammanhanget vidare noteras att det är långt ifrån givet att man ens med tillämpning av de principer som kom till uttryck i 1973 års avgörande kunde ha fällt den tilltalade för försök till dråp; det har nämligen, med fog, ansett finnas begränsningar för i vilken utsträckning uppsåt kunde fingeras eller uppsåtskravet efterges och en sådan begränsning gäller överskjutande uppsåt som t.ex. krävs vid stöld och spioneri — liksom vid just försök till brott. Att det är smått bisarrt att tillämpa ett försöksansvar på grundval av ett fingerat uppsåt framgår som tydligast om man noterar att försöksansvaret då bygger på en följd som inte har inträffat och ett uppsåt som inte har förelegat. Mot denna bakgrund kan hävdas att det inte var nödvändigt för Högsta domstolen att i just detta mål ta ställning till problematiken. Jfr emellertid även ”Lastbilssläpet” NJA 2011 s. 611 där Högsta domstolen tillämpade grundsatserna från NJA 2011 s. 563. Och i det målet var den nya tolkningen av 1 kap. 2 § definitivt av avgörande betydelse för utgången.

Grundsatserna i den s.k. rusdomen tillämpades någon tid senare i rättsfallet ”Samurajsvärdet” NJA 2012 s. 45 som gällde ett fall där en berusad och psykiskt störd gärningsman huggit en annan person upprepade gånger med ett samurajsvärd. Högsta domstolen konstaterade inledningsvis med stöd av NJA 2011 s. 563 att en vanlig uppsåtsprövning ska göras också i fall då gärningsmannen är berusad och lade också till att en vanlig uppsåtsprövning ska ske också när gärningsmannen är psykiskt störd. Dessa principer gäller både för de för brottet angivna brottsrekvisiten och för det uppsåtskrav som finns beträffande olika tillåtande omständigheter (att ansvar förutsätter att man inte felaktigt tror att man befinner sig i en situation som skulle ge rätt till nödvärn, nöd etc.; dvs. det som ibland kallas putativa eller inbillade ansvarsfrihetsgrunder). I sammanhanget diskuteras också beviskravet vid invändningar om att gärningen varit tillåten, om att gärningsmannen trott sig vara i en situation där den är tillåten eller om att gärningsmannen i en sådan situation svårligen kunde besinna sig (se p. 14–18). Vid bedömningen av det enskilda fallet kommer Högsta domstolen fram till:

— att den enskilde agerade med kontroll (och inte reflexmässigt),

— att det rent faktiskt inte förelegat någon nödvärns- eller nödsituation,

— att gärningsmannen med hänsyn till att våldsutövningen pågått under en inte obetydlig tid måste ha varit medveten om att det var en människa som han angrep (uppsåtet ansågs alltså omfatta misshandel),

— att det emellertid inte var visat att han agerade med uppsåt i förhållande till att den angripne skulle dö,

— att gärningsmannens invändning om att han trodde att han var utsatt för ett brottsligt angrepp inte var motbevisad,

— att gärningsmannen åtminstone efter det inledande skedet måste ha blivit i tillräcklig grad medveten om att han med svärdet angrep en person som inte gick till fysiskt angrepp mot honom och att det i detta skede var uppenbart oförsvarligt att fortsätta våldsutövningen, samt

— att gärningsmannen hade kunnat besinna sig och avsluta sitt handlande, och

— att gärningsmannen därför gjort sig skyldig till ett misshandelsbrott.

Med utgångspunkt i dessa bedömningar blev frågan sedan om brottet skulle bedömas som grov eller synnerligen grov misshandel. Med hänsyn till att brottet riktat sig mot en i det närmaste helt försvarslös person och innefattat våld som orsakat dödsångest och synnerligen svåra plågor samt bestående men i form av ärrbildning och värk ansågs brottet tveklöst, också med beaktande av att gärningsmannen inlett gärningen i tron att han var angripen, utgöra synnerligen grov misshandel. Rättsfallet illustrerar tydligt värdet av att göra en systematisk och stegvis bedömning av komplicerade situationer. (Påföljden bestämdes efter beaktande av 29 kap. 3 § första stycket 2 och 5 till fängelse i fem år.) Rättsfallet har kommenterats av undertecknad och Magnus Ulväng samt av Suzanne Wennberg i JT 2011–12 s. 867 ff. respektive 905 ff.

3.5.2 Uppsåt

I rättsfallet ”Knivhugget mot mopedisten” NJA 2016 s. 763 ansågs en person som huggit en kniv i ryggen på en annan person inte ha haft uppsåt till den andre personens död. I rättsfallet gör Högsta domstolen viktiga uttalanden om likgiltighetsuppsåtet och man anvisar också en (möjlig) prövningsordning. Till att börja med bidrar domstolen med klarlägganden kring hur den uppfattade sannolikheten påverkar likgiltighetsprövningen. Enligt tidigare praxis fordras normalt (undantag kan finnas) att risken för effekten enligt gärningsmannens föreställning varit avsevärd, dvs. det fordras normalt att den uppfattade sannolikheten ska vara stor eller betydande. Högsta domstolen konstaterar emellertid att uttrycket inte är entydigt vilket försvårar bedömningen av om likgiltighetsuppsåt har förelegat. Därefter uttalas följande:

16. Det finns anledning att fästa särskilt avseende vid det som gör att en uppsåtlig gärning framstår som mer klandervärd än en gärning som begås av oaktsamhet. Från denna utgångspunkt måste det tillmätas avgörande betydelse vad gärningsmannen i gärningsögonblicket tror, i betydelsen utgår från eller antar, beträffande effekten. I allmänhet är det nämligen knappast möjligt för den enskilde att skilja mellan de fall där han är säker på att en effekt kommer att inträffa och fall där han inte är säker, men tror att den

kommer att inträffa. Skillnaden har därför normalt inte någon betydelse för hur gärningsmannen kommer att handla.

17. Det ter sig också befogat att säga att den som tror att en effekt ska inträda, och ändå utför handlingen, i allmänhet är åtminstone likgiltig till effekten. Och även det motsatta gäller; gärningsmannen kan normalt sett inte konstateras vara likgiltig till effekten om han utför handlingen i tron att den inte ska inträda. Vad gärningsmannen har trott om effekten kan sålunda ofta ge besked om huruvida han har varit likgiltig. I de fall då gärningsmannen har trott att effekten skulle förverkligas, och ändå handlat, har förverkligandet av effekten typiskt sett inte utgjort ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen (jfr NJA 2004 s. 176).

Vad som sägs i dessa båda punkter anges vidare i princip vara tillämpligt såväl i förhållande till effekter som i förhållande till olika gärningsomständigheter.

Med detta sagt ger domstolen vissa anvisningar för prövningen i punkterna 19–24. Det som där sägs kan sammanfattas enligt följande:

— beviskravet är också avseende det andra ledet i likgiltighetsuppsåtet detsamma som gäller i övrigt (ställt utom rimligt tvivel),

— prövningen ska ske med utgångspunkt i omständigheterna vid gärningen,

— gärningsmannen har normalt varit likgiltig inte bara i de fall där hen uppfattade att det fanns en mycket hög sannolikhet utan också när hen annars trodde — i betydelsen utgick från eller antog — att effekten skulle inträda eller att gärningsomständigheten förelåg,

— gärningsmannen har i allmänhet inte varit likgiltig om hen inte trodde detta, och

— de omständigheter som brukar anses tala för att likgiltighet föreligger är endast bevisfakta som måste behandlas med försiktighet och urskillning; vilka förhållanden som är av betydelse växlar beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

I det enskilda fallet görs sedan bedömningen att det inte var visat att den tilltalade avsett att döda offret, men att han var medveten om att det fanns en risk av att denne skulle dö av hugget. Mot bakgrund av att han led av en psykisk störning ansågs emellertid inte visat att gärningsmannen vid tidpunkten för gärningen uppfattade att det förelåg en mycket hög sannolikhet för att personen skulle dö eller att han trodde (i betydelsen utgick ifrån, antog) att personen skulle dö. Några andra omständigheter som gjorde att det ändå, dvs. trots att gärningsmannen inte agerade i tro att offret skulle dö, var ställt utom rimligt tvivel att han var likgiltig inför offrets död hade inte lagts fram. Den tilltalade dömdes därför för synnerligen grov misshandel och grovt vållande till annans död.

Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att det var bevisat att gärningsmannen trodde, i betydelsen antog eller utgick ifrån, att den huggne skulle dö och att det heller inte fanns några omständigheter i övrigt som talade emot att gärningsmannen var likgiltig inför detta.

Rättsfallet kan tyckas vara svårt att placera in i tidigare praxis. För egen del tycker jag att det ligger närmast till hands att förstå det som en mindre dramatisk precisering av tidigare praxis. Preciseringen ligger framför allt däri att domstolen på ett nytt och kanske mer användbart sätt ger uttryck för den nivå av uppfattad sannolikhet där denna faktor i sig talar för likgiltighet. Där det tidigare talades om (insedd) avsevärd risk talas nu om vad gärningsmannen trott (i betydelsen utgått ifrån, antagit).[6] Detta kan nog vara rimligt såtillvida att det knappast är den exakta nivån av uppfattad sannolikhet som är av betydelse utan den nivå som är sådan att gärningsmannen utgår ifrån effektens inträde. Man kan möjligen också se fallet som en bekräftelse på att tron/den uppfattade sannolikheten i normalfallet är avgörande för likgiltighetsbedömningen och att det fordras särskilda förhållanden för att det ska vara på befogat att s.a.s. gå på tvärs med denna (att anse att likgiltighet är visat i ett fall där gärningsmannen inte trott att effekten skulle inträda och vice versa). Läst på detta vis ligger fallet väl i linje med ”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176. Det kan tilläggas att det också fortsättningsvis finns flera sätt att ge uttryck för en korrekt prövning av likgiltighetsuppsåtet; det viktiga är förstås inte att man skriver enligt någon viss terminologi utan att man gör riktiga bedömningar.

Till det sagda kommer att Högsta domstolen också på ett tydligt sätt betonar att det allmänna beviskravet inom straffrätten gäller också för det andra (och första naturligtvis) ledet i likgiltighetsuppsåtet: det ska vara ställt utom rimligt tvivel att gärningsmannen vid gärningsögonblicket var likgiltig inför den relevanta effektens inträde (inte bara inför risken att den skulle inträda). Man kan förvisso säga att det alltid är en bedömningsfråga om kraven för uppsåt är uppfyllda, men också vid denna bedömning har man alltså ytterst ett (högt ställt) beviskrav att falla tillbaka på. Rättsfallet har kommenterats av Suzanne Wennberg i JT 2016–17 s. 722 ff. med fortsatt diskussion i SvJT 2017 s. 93 ff. (Martin Borgeke), 182 ff. (Erik Svensson) och 269 ff. (Suzanne Wennberg).

Det har diskuterats om likgiltighetsuppsåtet inte, med utgångspunkt i fallet, hamnar väldigt nära ett sannolikhetsuppsåt. Det är väl i och för sig riktigt att skillnaden mellan ett likgiltighetsuppsåt formulerat på det sätt som sker i svensk rätt och ett sannolikhetsuppsåt med någorlunda kvalificerad tröskel inte är jättelik, men jag har svårt att se det som ett problem. För alla som funderat närmare på frågor om uppsåtets nedre gräns bör nämligen stå klart att utrymmet för ickelikgiltighet är litet när man kommer en bra bit upp på skalan för upp-

[6] Tro i denna mening som avses i rättsfallet ligger på en lägre nivå än vad som fordras för att s.k. insiktsuppsåt ska föreligga.

fattad sannolikhet, liksom att likgiltighet sällan föreligger när den uppfattade sannolikheten ligger långt ned på skalan. Poängen med ett likgiltighetsuppsåt är alltså inte att det ofta avviker från vad som skulle gälla med ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt, utan att det *kan* göra det i vissa fall. Det kanske enklaste exemplet på en sådan (enligt min mening befogad) avvikelse är det fall av rysk roulett med annans huvud som Högsta domstolen använder i ”HIV-fallet” NJA 2004 s. 176; här ger likgiltighetsuppsåtet utrymme för att bedöma gärningen som uppsåtlig trots att den uppfattade sannolikheten inte är hög. Vill man kan man mycket väl se likgiltighetsuppsåtet som ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt med ventiler i båda riktningar.

I NJA 2015 s. 811 tillämpades likgiltighetsuppsåtet i förhållande till den omständigheten att vissa olagliga affärshändelser varit bokföringspliktiga. Den tilltalade hade enligt Högsta domstolen förstått att det fanns en avsevärd risk för att det förelåg bokföringsplikt, vilket i sig talar för likgiltighet, och det ansågs inte finnas några andra omständigheter som talade emot att han var likgiltig inför att han var bokföringsskyldig.

En person som led av en psykisk störning (som inte var allvarlig) ansågs i NJA 2015 s. 1008 ha förövat falsk tillvitelse uppsåtligen.

Se även, beträffande täckningsprincipens tillämpning vid olaga frihetsberövande, ”Fåtöljen” NJA 2018 s. 1051 som behandlas nedan i avsnitt 4.1.2 och av vilket det framgår att det för att brott enligt 4 kap. 2 § ska vara förövat fordras att uppsåtet täcker att gärningen är olaga.

Frågan om täckning av uppsåt eller oaktsamhet vid underlåtenhet behandlas i NJA 2016 s. 702 som behandlas i nästa avsnitt. Se även NJA 2012 s. 886 som behandlas i avsnitt 4.1.7.

3.5.3 Oaktsamhet

En tilltalad som innehaft en tillståndspliktig laserpekare på allmän plats utan tillstånd frikändes i NJA 2011 s. 725 eftersom det saknades samband mellan hans oaktsamhet och bristande insikt om att laserpekaren krävde tillstånd. Högsta domstolen framhöll att det som gjorde att hans handlande måste bedömas som oaktsamt var att han inte försökte skaffa sig insikter om laserpekarens effekt genom att läsa märkningen med varningstext. Denna oaktsamhet ansågs emellertid sakna relevans för den bristande insikten eftersom varningstexten felaktigt angav att det inte krävdes tillstånd för att inneha laserpekaren. Därmed saknades samband mellan personens underlåtenhet att läsa texten och hans bristande insikt.

Avgörandet är till utgången tvivelsutan riktigt. Det kan emellertid diskuteras om inte slutsatsen snarare bör bygga på att det inte kunde krävas av den tilltalade att han skulle göra det som faktiskt kunde göras för att komma till insikt (t.ex. att gå till polisen och be om besked). Oaktsamhet i den mening som här är aktuell (personlig culpa) handlar ju om att personen borde ha insett (det som den inte har

insett); i det här fallet är det svårt att säga att personen varit oaktsam i den meningen att den borde ha insett (eftersom det krävs orimliga efterforskningar för detta).[7] När man skriver på det sätt som Högsta domstolen gör i fallet måste det förutsättas (jfr p. 7 i domskälen) att det, mot bakgrund av texten på laserpekaren, inte kunde krävas vidare efterforskningar om huruvida innehav av densamma förutsatte tillstånd. Under denna förutsättning är skrivsätten i och för sig ekvivalenta.

I ”Polishunden” NJA 2017 s. 491 görs en bedömning av den tilltalades oaktsamhet i ett fall där han i ett läge där det inte var motiverat släppt sin polishund mot en person som förövat skadegörelse. Polismannen ansågs ha möjligheter att komma till insikt om hur situationen såg ut och han borde också ha gjort det han kunde för att komma till sådan insikt.

I rättsfallet NJA 2016 s. 702 togs ställning till frågan om det vid en kriminalisering av underlåtenhet att göra något visst (i fallet: att anmäla en sammanstötning med ett vildsvin) bör krävas att gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet täcker det förhållandet att det förelåg en skyldighet att handla. Frågan besvarades jakande. I skälen hänvisades bl.a. till litteraturen och till att det, om man inte uppställer ett sådant krav, blir svårt att skilja uppsåtliga gärningar från oaktsamma. Utgången framstår som rimlig. Det kan emellertid ifrågasättas hur starkt det sistnämnda skälet är: skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet kan ju mycket väl avse de faktiska omständigheter som s.a.s. grundar en skyldighet att agera (jfr t.ex. att en person vet att den har kört på vilt, medan en annan bara har hört en konstig duns). Vid bedömningen i det enskilda fallet ansågs den tilltalade (som varit medveten om att det kunde finnas en anmälningsskyldighet och inte tagit reda på skyldighetens omfattning) ha varit grovt oaktsam. Fråga ansågs emellertid vara om ett ringa fall och den tilltalade frikändes därför från ansvar. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att tidsutdräkten inte varit sådan att den tilltalade varit grovt oaktsam. Rättsfallet har kommenterats av Dennis Martinsson i JT 2017–18 s. 146 ff.

Se även NJA 2011 s. 39 som behandlas nedan i avsnitt 4.2.5 (för en prövning av oaktsamhet vid oaktsamt miljöbrott) samt NJA 2013 s. 369 som behandlas i avsnitt 4.2.6 (för en prövning av kravet på grov oaktsamhet enligt bidragsbrottslagen, 2007:612).

3.6 Allmänna frågor om gradindelning

Under de nu aktuella åren har Högsta domstolen upprepade gånger återkommit till generella frågor om gradindelning (rubricering) och dess relation till straffvärde. Fråga har ofta varit om uttalanden om hur rättsläget måste förstås som sedan har legat till grund för gradin-

[7] Jfr här justitiesekreteraren Söderqvists betänkande som i dessa delar, dvs. vad gäller motiveringen av att oaktsamhet inte förelåg, ligger i linje med det skrivsätt som här förordas.

delningen i det enskilda fallet. I sammanhanget kan särskilt hänvisas till bl.a. ”Synnerligen grov misshandel?” NJA 2011 s. 89 (p. 9), ”Förarprovet” NJA 2016 s. 95 (p. 11–12), ”Bagagestölderna” NJA 2016 s. 1143 (p. 17), ”Lernacken I” NJA 2017 s. 806 (p. 8), ”Fem automatkarbiner” NJA 2017 s. 794 (p. 16–19), ”Skärpet” NJA 2017 s. 1129 (p. 8–9), ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378 (p. 15–17), ”Brevinkastet” NJA 2018 s. 574 (p. 19–20), ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634 (p. 9–10), ”Rånet i tobaksbutiken” och ”Rånet i guldsmedsbutiken” NJA 2018 s. 767 I–II (p. 6–7), ”Penningtvättshjälpen I” NJA 2018 s. 1010 I (p. 21–23) samt till ”Kvantumbranden” Högsta domstolens dom den 11 juni 2019 i mål nr B 6195-18 (p. 17–19) och ”Människorovet” den 19 juni 2019 i mål nr B 549-19 (p. 9–11).

Av rättsfallen framgår bl.a.:

— att det finns en klar prövningsordning där gradindelning föregår straffvärdebedömning (jfr hur 29 kap. 1 § är formulerad),

— att förekommande kvalifikationsgrunder inte får tillämpas såsom rekvisit (som nödvändiggör att brottet bedöms som grovt om de föreligger eller utesluter att det bedöms som grovt om de inte föreligger),

— att det för att ett brott ska bedömas som grovt när ingen av de angivna omständigheterna föreligger i princip fordras att omständigheterna i det enskilda fallet framstår som försvårande i motsvarande grad som normalt gäller i de fall som anges i lagens exemplifiering,

— att det i regel finns ett nära samband mellan gradindelning och straffvärde,

— att det gäller särskilt när det i lagtexten inte finns några kvalifikationsgrunder, men

— att det också när det finns kvalifikationsgrunder måste göras en samlad bedömning som innefattar en värdering av hur allvarlig brottsligheten är.

Vad gäller betydelsen av olika straffvärdefaktorer gäller:

— att de flesta straffvärdefaktorer kan ha påtaglig betydelse för gradindelningen, men

— att det bör hållas i minnet att det också finns straffvärdefaktorer som normalt inte påverkar gradindelningen (jfr t.ex. angående medverkan i mindre mån nedan i avsnitt 4.2.6 i anslutning till behandlingen av ”Penningtvättshjälpen I–III” NJA 2018 s. 1010 I–III; jfr också, angående betydelsen av skuldfaktorer, nedan i avsnitt 4.1.12 i anslutning till ”Förarprovet” NJA 2016 s. 95).

3.7 Konkurrens

Högsta domstolen har under den här aktuella tiden i ett par fall behandlat frågan om brottsenhet. Fallen kan sammantaget sägas illustrera att upprepat handlande ofta är att bedöma just som flera brotts-

enheter och att det fordras skäl för att se de olika handlingarna som en enda enhet.

I NJA 2012 s. 886 ansågs sålunda, vid bidragsbrott förövat genom underlåtenhet, ett brott vara förövat vid varje utbetalning (jfr i denna del även NJA 2007 s. 973). Se närmare nedan i avsnitt 4.1.7.

I rättsfallet ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378 ansågs på ett liknande sätt tillverkning av ett hundratal falska identitetshandlingar utgöra skilda brott när tillverkningen varit utspridd över tid och skett på beställning. Högsta domstolen pekade på att brottsenheten ytterst bestäms av den handlingsbeskrivning som straffbestämmelsen anger. Synsättet innebär att ett brott i regel är förövat så snart ett fullbordat brott föreligger. Undantag kan emellertid tänkas när det finns ett nära tidsmässigt eller rumsligt samband mellan de moment som annars skulle utgöra egna brottsenheter (vid förfalskning kan detta föreligga t.ex. vid fabriksmässig framställning av seriehandlingar).

Jfr även NJA 2014 s. 859 angående frågor om brottsenhet vid brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Vid sidan av frågor om brottsenhet har Högsta domstolen också bedömt frågor om konkurrens mellan olika regler.

När bokföringsbrott inte bedömdes som grova ansågs de i NJA 2012 s. 247 inte konsumera försvårande av skattekontroll (jfr NJA 1988 s. 481).

Av ”Cannabissmugglingsdomen” NJA 2012 s. 535 följer att man vid konkurrens mellan ett fullbordat narkotikabrott och ett försök till narkotikasmuggling i princip ska ge narkotikabrottet företräde. Högsta domstolen förser regeln med en viss reservation (den anges gälla då det i det enskilda fallet inte föreligger några omständigheter som talar emot det) som öppnar för att det kan finnas situationer då det finns skäl att döma för försöksbrottet. Ett tänkbart sådant fall är där gärningsmannen i mycket liten grad är delaktig i det fullbordade brottet och samtidigt har en central roll vad gäller smugglingsbrottet.

Den som har brukat narkotika som tidigare utgjort en del av ett innehav ska enligt ”Det delvis förbrukade narkotikainnehavet” NJA 2017 s. 415 dömas endast för innehavet (bruket konsumeras alltså). Eftersom det i målet inte fanns något påstående om eller utredning om hur mycket narkotika som brukats bestämdes straffvärdet med utgångspunkt i den mängd narkotika som den tilltalade innehade när han stoppades av polis.

I ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 bedömdes ett händelseförlopp där några elever bundit en annan elev med tejp så att han inte kunnat röra sig och sedan duschat, knuffat omkull och släpat runt personen i skolans allmänna utrymmen som ofredande och inte som misshandel. Enligt Högsta domstolen var det centrala i händelseförloppet att den bundna eleven fick sin frihet beskuren, vilket ledde till att han kunde

knuffas omkull och släpas runt. Han drabbades visserligen också av viss lindrigare kroppsskada och smärta, men dessa framstod ”som obetydliga i sammanhanget” och fick ”närmast ses som bieffekter”. Gärningen bedömdes som ofredande.

Man kan säga att Högsta domstolen i detta rättsfall visar att man inte slaviskt måste tillämpa de enkla tumregler som finns (bl.a. att misshandel konsumerar ofredande när båda brotten begås genom från vad som från konkurrenssynpunkt är att anse som en gärning), utan att det finns ett utrymme för att i det enskilda fallet bedöma hur konkurrensfrågan bäst bör bedömas för att rubriceringen ska motsvara det väsentliga. För att det ska vara rimligt att frångå de konkurrensmässiga tumreglerna på detta sätt måste förutsättas att straffskalan för det brott som normalt konsumeras ger utrymme för den straffmätning som gärningen motiverar (dvs. att straffskalan inte är betydligt snävare och begränsar straffmätningen på ett omotiverat sätt).

Det förhållandet att sexuellt ofredande uttryckligen (jfr lokutionen ”i annat fall än som avses förut i detta kapitel”) gjorts subsidiärt till de brott som regleras tidigare i 6 kap. ansågs i NJA 2016 s. 129 inte hindra tillämpningen av bestämmelsen i ett fall där gärningen också utgjorde försök till köp av sexuell handling av barn (jfr 6 kap. 9 och 15 §§). En annan hållning skulle bl.a. leda till att domstolen för att kunna döma för ett subsidiärt brott skulle behöva göra en bedömning av den tilltalades skuld i relation till brott som hen inte är åtalad för. I sammanhanget kan också jämföras med den risk för s.k. nedsubsumering som ibland anses finnas vid t.ex. kriminalisering av oaktsamhet i fall där också uppsåt är kriminaliserat eller kriminalisering av fara i fall där också skada är kriminaliserat. För att sådana risker ska kunna uppstå förutsätts naturligtvis att det straffbud som är subsidiärt (det gäller i regel oaktsamhets- och faredelikt av det slag som nu diskuterats) är möjligt att tillämpa också om förutsättningarna för ansvar enligt det primära straffbudet är (eller åtminstone kan vara) uppfyllda.

I rättsfallet ”Polishunden” NJA 2017 s. 491 aktualiserades betydelsen av subsidiaritetsregeln i 20 kap. 1 § fjärde stycket där det anges att vad som sägs i bl.a. första stycket inte ska gälla om gärningen är belagd med straff enligt någon annan bestämmelse. Det har ibland sagts att en så formulerad subsidiaritetsbestämmelse hindrar tillämpning av den sekundära bestämmelsen om brott enligt en annan bestämmelse är förövat (för att första stycket inte ska gälla räcker ju att gärningen är belagd med straff enligt annan bestämmelse; hinder skulle noga taget alltid föreligga när rekvisiten enligt straffbestämmelsen är uppfyllda, dvs. också om det av processuella skäl inte går att tillämpa den primära bestämmelsen). I rättsfallet uttalar emellertid Högsta domstolen att subsidiaritetsreglerna, inte ens när de är formulerade på detta sätt, ska läsas som annat än just konkurrensregler:

10. En subsidiaritetsregel av det slag som finns i bestämmelsen kan, trots att ordalydelsen skulle kunna indikera detta (jfr Magnus Ulväng, Brottslighetskonkurrens, 2013, s. 432 ff.), inte anses innebära att det är uteslutet att tillämpa bestämmelsen om tjänstefel på en gärning som även utgör brott enligt en annan straffbestämmelse. Båda straffbestämmelserna får i en sådan situation i och för sig anses vara tillämpliga, och om åklagaren åtalar för tjänstefel har domstolen att pröva åtalet i enlighet med åklagarens gärningsbeskrivning (jfr NJA 2016 s. 129).

Till detta kan läggas att subsidiaritetsklausulen i 20 kap. 1 § överhuvudtaget inte tycks tillämpas fullt ut. Åtal väcks inte sällan för brott mot 20 kap. 1 § där det är uppenbart att gärningen också utgör annat brott (t.ex. misshandel). Bakom denna informella praxis torde ligga en tanke om att tjänstefel åtminstone i vissa situationer där brott är förövat också enligt andra bestämmelser än en rubricering som bättre återspeglar vad tjänstemannen har gjort sig skyldig till. Jag kan inte se någon avgörande invändning mot en sådan tillämpning, även om den står i mindre god överensstämmelse med lagtexten.

4 Straffrättens speciella del

4.1 Allmän straffrätt (brottsbalken)

4.1.1 Brott mot liv och hälsa (3 kap.)

Att tejpa en person till händer och fötter så att han inte kunnat röra sig ansågs i ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 inte vara att försätta denna person i vanmakt.

I rättsfallet NJA 2013 s. 588 slogs fast att misshandel kan begås genom underlåtenhet samt att en styvförälder i visst fall inte befann sig i garantställning (rättsfallet har behandlats närmare ovan i avsnitt 3.1.2).

I övrigt har Högsta domstolen i ett antal fall bedömt frågan om hur misshandel ska rubriceras.

En tilltalad som tilldelat sin åttaåriga dotter ett slag över benen med ett skärp och därigenom orsakat kortvarig och lindrig smärta ansågs i rättsfallet ”Skärpet” NJA 2017 s. 1129 ha gjort sig skyldig till ringa misshandel. I fallet som refererades i gradindelningsfrågan hänvisar Högsta domstolen till NJA 2003 s. 537 och domstolen betonar också det samband som finns mellan bedömningen av gradindelningsfrågan och straffvärdebedömningen. Påföljden bestämdes till 100 dagsböter.

I ”Synnerligen grov misshandel?” NJA 2011 s. 89 hade två personer slagit eller sparkat omkull en tredje person och därefter tilldelat personen ett stort antal kraftiga sparkar mot kropp och huvud. Efter ett avbrott där de lämnade platsen en stund återkom de och fortsatte att sparka mot personens kropp och huvud. Under misshandeln yttrades bl.a. ord som ”du ska dö din jävel” och ”lever du din jävel”. Misshandeln bedömdes utgöra grov, men inte synnerligen grov, miss-

handel och straffet bestämdes i enlighet med straffvärdet till 3 års fängelse.

Vad gäller gradindelningen ansågs skadorna inte ha varit av sådan omfattning och art att misshandeln med hänsyn till dessa var att beteckna som synnerligen grov. Misshandeln hade heller inte varit livsfarlig. Den hade heller inte påstått att gärningen var överlagd eller annars haft ett instrumentellt syfte. De tilltalade hade visserligen — genom att fortsätta att sparka sedan offret blivit försvarslöst och genom att återvända och fortsätta misshandeln — visat en hänsynslös och råhet som går utöver den som ligger i att tillfoga de skador som orsakats. Hänsynslösheten kunde enligt Högsta domstolen inte anses vara så kvalificerad att den, tillsammans med skadorna, var tillräcklig för att kvalificera brottet som synnerligen grovt. I rättsfallet görs i punkterna 11–15 generella uttalanden om principerna för gradindelning.

I målet behandlade Högsta domstolen också den reform av 29 kap. 1 § som genomfördes år 2010 (se närmare nedan i avsnitt 5.1.1).

I NJA 2013 s. 1155 ansågs en misshandel — förövad gemensamt och i samförstånd med en annan person — som bestod i knytnävsslag och sparkar mot huvud och kropp såväl när offret stod upp som när denne legat på marken utgöra grov misshandel. Här beaktades att misshandeln inleddes på ett skrämmande sätt (överraskande bakifrån) och att offret fick ta emot slag och sparkar ifrån två gärningsmän när han var försvarslös. Även avsikterna bakom 2010 års reform angående skärpta straff för grova våldsbrott beaktades. (Jfr vad som sägs beträffande dessa i ”Synnerligen grov misshandel?” NJA 2011 s. 89.)

Grov misshandel ansågs också föreligga i ”Brevinkastet” NJA 2018 s. 574 där gärningsmännen kastat in en smällare genom brevinkastet till en lägenhet och där smällaren senare exploderat i målsägandens hand. Härvid beaktades att det hade varit fråga om ett oprovocerat angrepp i målsägandens hem och att hon tillfogats skador som varit betydande (även om de inte kunde betecknas som svåra i bestämmelsens mening). Genom att ha kastat en smällare i brevinkastet när målsäganden befann sig på andra sidan ansågs de tilltalade vidare ha visat likgiltighet inför vad som skulle drabba målsäganden och de ansågs genom sina handlingar ha visat hänsynslöshet och råhet.

Den kraftiga stöt med klubban över nacken som föranledde straffrättsligt ansvar i ”Cross-checking” NJA 2018 s. 591 bedömdes utgöra misshandel av normalgraden.

Se beträffande rubriceringsfrågan i fall av misshandel även NJA 2011 s. 563 (p. 28) och ”Samurajsvärdet” NJA 2012 s. 45 (p. 45–48) som behandlats ovan i avsnitt 3.5.1.

I NJA 2014 s. 699 prövades frågor om bevisprövning vid påstådd misshandel i form av skakvåld. Eftersom fallet har närmast processuell

betydelse ska jag inte gå närmare in på det här. Referatrubriken, som är tydlig och talande, förtjänar emellertid att citeras:

> För att det endast av det förhållande, att vissa kroppsskador föreligger, ska kunna vara ställt utom rimligt tvivel att dessa har orsakats av någon på ett visst angivet brottsligt sätt, måste krävas att slutsatsen vilar på en vetenskaplig ståndpunkt som det finns mycket starka belägg för. Samtidigt måste det vara i praktiken uteslutet att det finns någon annan tänkbar förklaring till skadorna.

Se beträffande fallet även Dag Victors artikel i SvJT 2015 s. 72 ff.

Se vidare, för en bedömning av oaktsamhet vid vårdslöshet i trafik och vållande till annans död, NJA 2011 s. 349. I fallet, som behandlas närmare i avsnitt 4.2.1, illustreras betydelsen av förtroendegrundsatsen vid bedömande av om en viss gärning kan anses vara oaktsam.

Frågan om det förelegat fara för smittoöverföring när en hivsmittad person med välinställd hivbehandling hade haft oskyddade samlag med en annan person prövades i ”Den välinställda hivbehandlingen” NJA 2018 s. 369. Se närmare ovan i avsnitt 3.1.3.

4.1.2 Brott mot frihet och frid (4 kap.)

En gärning som bestod i att den tilltalade stängt in en boende på ett kommunalt vård- och omsorgsboende på sitt rum genom att ställa en fåtölj utanför dörren ansågs i ”Fåtöljen” NJA 2018 s. 1051 inte vara tillåten med stöd av oskrivna regler om social adekvans. Det finns enligt Högsta domstolen visserligen ett utrymme också i det allmännas verksamhet att vidta åtgärder som annars är brottsliga med stöd av allmänna principer om social adekvans — regeringsformens krav på lagstöd kan inte anses innebära att det allmänna alltid skulle vara förhindrat att vidta åtgärder som skulle vara tillåtna för envar — men åtgärden ansågs i detta fall ha gått för långt.

I linje med vad som anförts bl.a. i förarbetena — motsvarande uppfattning kommer också till uttryck i litteraturen — ansågs emellertid ansvar för olaga frihetsberövande förutsätta att gärningsmannens uppsåt omfattat den omständigheten att frihetsberövandet varit olagligt. Eftersom den tilltalade i fallet utgått ifrån att åtgärden legat inom ramen för vad han som beredskapssjuksköterska haft befogenhet att göra frikändes han från ansvar. Rättsfallet illustrerar att det vid vissa typer av brott, där det rättsliga s.a.s. ligger i rekvisiten eller, i detta fall, snarare i rubriceringen, kan vara så att också den rättsliga klassificeringen dras in i det som ska uppsåtstäckas. För att så ska vara fallet förutsätts i regel att brottsrekvisiten på något sätt hänvisar till det rättsliga (jfr ”olaga” i detta fall, eller ”utan att vara berättigad därtill” i reglerna om olovlig körning). Det torde härutöver förutsättas att det inte på annat sätt (t.ex. av förarbetena) framgår att kravet på uppsåtstäckning begränsar sig till de faktiska omständigheter som ligger till grund för bedömningen att rekvisitet i fråga är uppfyllt. (Vad gäller

just olaga frihetsberövande fanns alltså, tvärtom, stöd i förarbetena för att ansvar inte ska träffa den som tror att frihetsberövandet är laga.)

I NJA 2013 s. 1227 ansågs en man på grund av upprepade överträdelser av ett kontaktförbud och ett olaga hot ha gjort sig skyldig till olaga förföljelse. Gärningarna var i och för sig lindriga och förövade under en begränsad tid och endast vid ett tillfälle hade gärningsmannen tagit direkt kontakt med målsäganden. Detta talade enligt Högsta domstolen emot att gärningarna skulle bedömas som olaga förföljelse. Med hänsyn bl.a. till att gärningsmannen tidigare utsatt målsäganden för kontakter i strid med ett kontaktförbud och för olaga hot och att överträdelserna innebar att han i stort sett dagligen under en dryg månad uppehöll sig i närheten av den plats där hon tillbringade sin tid bedömdes emellertid gärningarna utgöra olaga förföljelse. Rättsfallet har kommenterats av Johan Sørensson i JT 2013–14 s. 924 ff.

Av ”Webbkameran” NJA 2018 s. 844 följer att en upptagning sker i hemlighet på det sätt som krävs enligt straffbestämmelsen om kränkande fotografering i 4 kap. 6 a § också i sådana fall där den utsatte är medveten om att ljud- och bild överförs via de inblandades datorer (t.ex. vid ett videosamtal), men inte är medveten om att inspelning sker.

En gärning bestående i att en person tejpats så att den inte kunde röra sig och sedan knuffats omkull och släpats runt i en skola (och bl.a. duschats) bedömdes i ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397 som ofredande. Se beträffande ofredande även ”Den oönskade beröringen” NJA 2018 s. 443 och ”Den oönskade beröringen II” NJA 2018 s. 1091 där oönskad beröring av en kvinnas smalben utanpå kläderna respektive en kvinnas lår inte bedömdes utgöra ofredande (rättsfallen behandlas närmare i avsnitt 4.1.4) samt NJA. 2016 s. 880 (avsnitt 4.1.14).

En polisman som gjort sökningar på sig själv i polisens IT-system utan att detta varit nödvändigt för genomförandet av någon arbetsuppgift dömdes i NJA 2014 s. 221 för dataintrång. Utgångspunkten för bedömningen av om sökningarna skett olovligt ska enligt Högsta domstolen vara om de ”sker utan tillstånd av den som har rätt att förfoga över uppgiften och saknar stöd i gällande rätt”. Domstolen betonade också att det inte finns något krav på att intrånget sker i visst syfte.

4.1.3 Ärekränkning (5 kap.)

I ”Studenternas förtalsbrott” NJA 2014 s. 808 ansågs två studenter, genom att i en studentuppsats ha påstått fem olika saker om en person — bl.a. (felaktigt) utpekat honom som lagförd för ett visst brott riktat mot en viss person — ha förövat förtal. Fråga var om en uppgift som spridits och genom vilken den ifrågavarande personen utpekats som brottslig eller klandervärd. Högsta domstolen angav att bedömningen i denna del endast undantagsvis kunde påverkas av det förhållandet

att den utpekade begått annan brottslighet (i det aktuella fallet hade han fällts tre gånger för ekonomisk brottslighet) och att hens anseende därmed redan påverkats. Ett sådant undantagsfall var inte för handen i det aktuella fallet.

Enligt 5 kap. 1 § andra stycket ska det göras en bedömning av om det varit försvarligt att lämna uppgifterna och — om så befinnes vara fallet — en bedömning av om uppgiften var sann eller om uppgiftslämnaren hade skälig grund för den. I sammanhanget (universitetskontexten) ansågs det vara försvarligt att lämna uppgifterna. Beträffande två av de uppgifter som de lämnat (det felaktiga utpekande av personen som lagförd för visst brott och ett mer allmänt uttalande om att personen inte kunde sägas vara annat än kriminell sedan tidig ålder) ansågs de tilltalade inte ha visat att de hade skälig grund för uppgifterna. I övrigt ansågs de emellertid ha haft skälig grund för uppgifterna. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att fråga inte var om förtal. Härvid togs bl.a. hänsyn till att den utpekade, vid det tillfälle då han frikändes från det påstådda brottet, dömdes för brott riktade mot andra personer. Fråga var därför mindre om ett felaktigt påstående om brott än om ett felaktigt påstående om vem som var ett av personens många brottsoffer.

Gärningen ansågs inte kunna vara ansvarsfri med stöd av allmänna principer (se avsnitt 3.4.1). Studenterna fälldes följaktligen till ansvar för förtal.

4.1.4 Sexualbrott (6 kap.)

Att föra in fingrar i målsägandens underliv för att kontrollera om hon varit otrogen ansågs i NJA 2013 s. 548 utgöra en sexuell handling trots att den inte utförts i något sexuellt syfte. Högsta domstolen konstaterar i målet kort att vissa handlingar, såsom vaginala, orala och anala samlag, alltid ska ha en påtaglig sexuell prägel samt att till denna grupp hör också handlingar som att föra upp fingrar eller föremål i en kvinnas underliv. Man skulle (jfr här det tillägg som skrevs av referenten i målet) kunna säga att rättsläget innebär att vissa handlingar är att bedöma som sexuella redan med hänvisning till den kroppsliga kränkningen, och att syftet med en handling får betydelse främst när det gäller handlingar som inte på detta sätt utgör sexuella handlingar. Rättsfallet har kommenterats av Ulrika Andersson i JT 2013–14 s. 368 ff.

Som jag ser det är avgörandet fullt förenligt med ett synsätt där det som särskiljer sexualbrotten från andra kroppsliga kränkningar inte i första hand är ”det sexuella” i sig, utan det faktum att ”det sexuella” är särskilt nära kopplat till kroppslig integritet. Det som gör ett handlande motsvarande det som utfördes i rättsfallet särskilt straffvärt i relation till annat kroppsligt ofredande är alltså inte primärt att det är sexuellt utan att det innebär ett intrång i vad vi uppfattar som kropps-

ligt särskilt integritetsnära. Jfr t.ex. undertecknads argumentation i boken Sex & samtycke (2010) kap. 2.

I NJA 2016 s. 819 hade två män har var för sig, men i en följd, genomfört samlag och jämförliga sexuella handlingar med en målsägande som befann sig i en särskilt utsatt situation. Våldtäkten (bara den ena mannens gärning var föremål för bedömning i Högsta domstolen) bedömdes som grov med hänvisning till att fler än en person hade förgripit sig på målsäganden och med hänsyn till omständigheterna i övrigt. I vissa delar hade de båda männen tagit en gemensam del i händelseförloppet. I andra delar hade de genomfört övergreppen var för sig, men i en följd. Båda männen hade emellertid hela tiden befunnit sig i händelsernas omedelbara närhet. Att kvalifikationsgrunden (att flera deltagit i övergreppet) ansågs vara tillämplig och brottet att bedöma som grovt framstår inte som överraskande.

I NJA 2015 s. 536 ansågs det i ett visst fall inte ha förelegat ett sådant beroendeförhållande som avsågs i dåvarande 6 kap. 3 § mellan en kurator vid en ungdomsmottagning och en ung kvinna som där sökt hjälp för psykiska problem (numera ingår denna bestämmelse i den punktlista över situationer som finns i 6 kap. 1 § och där ett deltagande i en sexuell handling aldrig är frivilligt). Högsta domstolen framhöll att kuratorn genom kontakterna blivit en viktig person i målsägandens liv, att hon för honom berättat saker av privat karaktär, att han kommit att bli ett stöd för henne och att han var äldre och mer erfaren och därför hade ett övertag. Som stöd för slutsatsen att det, trots detta, inte förelåg ett relevant beroendeförhållande beaktades att det var fråga om en helt frivillig kontakt som när som helst kunde avbrytas, att kontakten med mottagningen var utan bindningar och att det fanns alternativ för målsäganden (både andra ungdomsmottagningar och andra personer på ungdomsmottagningen), att hon hade kontakt med ytterligare personer på mottagningen och att mötena ägde rum utanför mottagningstid och ibland också på andra platser än på mottagningen. Rättsfallet har kommenterats i artikelform av Ulrika Andersson och Linnea Wegerstad i JT 2016–17 s. 3 ff.

En 17-åring som led av en allvarlig psykisk störning (och intellektuellt var på en nivå motsvarande tio till tolv års ålder) dömdes i NJA 2012 s. 564 för våldtäkt mot barn förövad mot en tolvåring. Vad gäller regleringen i 6 kap. kan framför allt noteras — att de förövade gärningarna uppfyllde rekvisiten i 6 kap. 4 § rådde ingen tvekan om — att Högsta domstolen underlät att tillämpa 6 kap. 5 § redan genom en hänvisning till att det inte finns något egentligt utrymme för att tillämpa den bestämmelsen när den utsatte inte är mer än tolv år. Den tumregeln måste visserligen normalt anses gälla, men det måste ändå ifrågasättas om den hindrar en tillämpning av 6 kap. 5 § i ett sådant atypiskt fall som det som bedömdes i rättsfallet, dvs. ett fall där gärningsmannen visserligen hade en faktisk ålder om 17 år men befann

sig på en mental nivå som motsvarade målsägandens. Den tilltalade ansågs ha agerat uppsåtligen och reglerna om straffrättsvillfarelse ansågs av Högsta domstolen (ett justitieråd) inte vara tillämpliga. Påföljdseftergift meddelades med hänvisning till att den tilltalade skulle drabbas oskäligt hårt av ett straff utmätt efter brottslighetens straffvärde (se 29 kap. 5 § första stycket 8, som vid tidpunkten för fallet var första stycket 6) och med hänsyn till vad den tilltalade tvingats genomgå under processens gång (se 29 kap. 5 § första stycket 9, som vid tidpunkten för fallet var första stycket 8). Två justitieråd var skiljaktiga och menade att omständigheterna inte var så speciella att det fanns förutsättningar att meddela påföljdseftergift. Påföljden borde enligt dem bestämmas till villkorlig dom. Två andra justitieråd var skiljaktiga och ville frikänna den tilltalade med hänvisning till bestämmelsen om straffrättsvillfarelse i 24 kap. 9 §.

Ett samlag mellan en 19-årig man och en 14 år och sex månader gammal flicka bedömdes i NJA 2015 s. 948 utgöra sexuellt utnyttjande av barn. Det hade visserligen inte varit fråga om ett sådant fall där samlaget byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet (mycket tydde på att målsäganden inte velat ha samlag). Vad som framkommit gav emellertid inte underlag för någon annan bedömning än att mannen uppfattat samlaget som frivilligt från flickans sida. Med utgångspunkt i detta (också de omständigheter som läggs till grund för bedömningen av rubriceringen måste ju vara uppsåtstäckta; jfr dock 6 kap. 13 § angående ålder) och med beaktande av de bådas ålder ansågs gärningen inte vara så allvarlig att den skulle bedömas som våldtäkt mot barn.

Att vid ett videosamtal på Skype förmå ett barn att utföra sexuella handlingar på sig själv ansågs i NJA 2015 s. 501 uppfylla rekvisitet att genomföra en sexuell handling med barnet. I avgörandet konstaterar Högsta domstolen att det framstår som klart att lagstiftaren avsett att handlandet skulle omfattas av bestämmelsen (här hänvisas till förarbetena) samt att en sådan tillämpning måste anses ligga inom ramen för det normala betydelseområdet för uttrycket att genomföra en sexuell handling med en annan person, varför det heller inte skulle strida mot legalitetsprincipen att tillämpa bestämmelsen på detta sätt. Man kan alltså genomföra en sexuell handling med någon som befinner sig på andra sidan av en webkamera. Rättsfallet har i artikelform kommenterats av Ulrika Andersson och Linnea Wegerstad i JT 2016–17 s. 3 ff.

Att förmå ett barn att senare och i ensamhet utföra en sexuell handling på sig själv, filma detta och sedan överföra videosekvensen har emellertid i NJA 2018 s. 1103, med hänsyn till de krav som följer av legalitetsprincipen, inte ansetts omfattas av rekvisitet att genomföra en sexuell handling med ett barn. Högsta domstolen framhåller att rekvisitet måste anses ”innefatta ett krav på att gärningsmannen är närvarande, inte på så sätt att gärningsmannen och målsäganden

måste befinna sig på samma fysiska plats, utan i den bemärkelsen att gärningsmannen på något sätt deltar under den del av händelseförloppet som innehåller det agerande av målsäganden som kan kvalificera handlingen som sexuell".

Det kan kanske förtjäna att noteras att avgörandet naturligtvis inte hindrar ett medverkansansvar för den som förmår annan att förgripa sig på ett barn (på ett sätt som uppfyller kraven för straffansvar) i syfte att det sedan ska överföras en inspelning till den anstiftande. Avgörandet kan heller inte anses hindra att en sådan anstiftare rubriceras som gärningsman i enlighet med allmänna principer om utvidgat gärningsmannaskap. Ytterst torde i en sådan situation också tanken på medelbart gärningsmannaskap kunna aktualiseras. (Det sagda bygger på att sexualbrotten inte längre ses som egenhändiga brott.) I sammanhanget bör också erinras om reglerna om utnyttjande av barn för sexuell posering.

Bestämmelsen om sexuellt ofredande var föremål för bedömning i "Rulltrappan" NJA 2017 s. 393. I målet vare en person åtalad för att i en rulltrappa ha fotograferat en kvinnas underliv under hennes kjol. Högsta domstolen kom till skillnad från tingsrätten och hovrätten fram till att gärningen kunde bedömas som sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § andra stycket.

I avgörandet uttalas till att börja med att det inte, för att handlingen ska ha en sexuell inriktning och kunna bedömas som sexuellt ofredande, kan uppställas ett krav på att gärningen ska syfta till att reta gärningsmannens sexualdrift (jfr här bestämmelsens förarbeten som talar om en sådan begränsning). I stället ska det på ett objektiverat sätt bedömas om gärningen typiskt sett duger för att kränka den utsattes sexuella integritet.

Av avgörandet följer vidare att det vid sexuellt ofredande av detta slag — när den utsatte inte uppfattar gärningen — inte fordras någon direkt beröring av kroppen utan ett "ofredande" i bestämmelsens mening kan föreligga också när gärningen sker i omedelbar närhet av den angripne och utgör ett tydligt intrång i den angripnes rätt att bestämma över sin kropp. Till avgörandet är fogat ett tillägg där de deltagande justitieråden noterar att det mot bakgrund av att bestämmelsen om sexuellt ofredande kan användas endast i fall där fotograferingen sker i omedelbar närhet av den utsatte kan finnas anledning att överväga om integritetskränkande fotografering bör vara kriminaliserad i vidare omfattning än vad som följer av gällande rätt. Rättsfallet har kommenterats av Ulrika Andersson och Linnea Wegerstad i JT 2017–18 s. 652.

Att upprepade gånger söka förmå en person att ha sexuellt umgänge mot ersättning ansågs i NJA 2016 s. 129 utgöra sexuellt ofredande. Den tilltalades handlande hade haft en klar sexuell inriktning och målsäganden hade tydligt avböjt hans förslag och visat att hon tog avstånd från tanken att ha sex med honom. Trots det hade den till-

talade upprepat och närgånget framhärdat i sin begäran att få köpa sex. Hans handlande bedömdes ha utförts på ett sådant sätt som ofredat målsäganden och varit ägnat att kränka hennes sexuella integritet. I fallet aktualiserades också betydelsen av en sådan konkurrensklausul som finns i 6 kap. 10 § (”i annat fall än som avses förut i detta kapitel”), se härom avsnitt 3.7 ovan. Rättsfallet har kommenterats av Ulrika Andersson och Linnea Wegerstad i JT 2017–18 s. 652 ff.

Kravet på en tydlig sexuell inriktning vid sexuellt ofredande ansågs inte vara uppfyllt i ”Den oönskade beröringen” NJA 2018 s. 443. Det som lades den tilltalade till last var att han utanpå kläderna hade smekt målsäganden på hennes underben och uttryckt att det var mysigt att hon var där (målsäganden var en ung flicka, en generation yngre än mannen, som under kortare tid bodde hos mannen därför att hon ville kunna prata med någon som kände hennes pojkvän väl). Handlandet ansågs alltså, även om flickan kunde ha uppfattat handlandet som ett närmande, och trots att det fanns efterföljande faktorer som talade för att det möjligen också varit det, inte haft en sådan karaktär att ansvar för sexuellt ofredande kunde komma ifråga. Handlingarna ansågs heller inte utgöra så kännbara fridskränkningar att de skulle föranleda ansvar för ofredande.

Inte heller i ”Den oönskade beröringen II” NJA 2018 s. 1091 ansågs kravet på tydlig sexuell inriktning uppfyllt. I rättsfallet hade en man lagt sin ena hand på en kvinnas lår i samband med att de satt i sällskap med andra och talade efter en middag. Med hänsyn till att beröringen var kortvarig och upphörde så snart kvinnan uttryckte sin ovilja mot den ansågs gärningen heller inte ha utgjort ett sådant hänsynslöst beteende som förutsätts för ofredande.

Genom de båda rättsfallen klargörs att det — också om skyddet för den kroppsliga integriteten är mycket stark — finns en viss tröskel som måste passeras för att en ovälkommen beröring ska vara straffrättsligt relevant.

Frågor om bevisprövning vid sexualbrott har behandlats i NJA 2010 s. 671 och NJA 2017 s. 316 (I och II).

4.1.5 Brott mot familj (7 kap.)

Egenmäktighet med barn (fråga var om en flicka som vid gärningarna var drygt tolv år gammal) enligt 7 kap. 4 § första meningen ansågs i ”Barnet i Norge” NJA 2017 s. 557 inte vara förövat i ett fall där barnets mor som bodde i Norge stod åtalad för underlåtenhet att överlämna barnet till fadern som enligt domstols beslut fått vårdnaden om barnet. Med hänsyn till barnets mognad och ålder ansågs inte kunna krävas att hon genomdrev ett överlämnande till pappan mot barnets vilja och det var heller inte visat att modern kunde ha gjort mer för att påverka barnets uppfattning om fadern och om var hon borde bo. Något skiljande genom underlåtenhet kunde under de förutsättningarna inte anses föreligga.

4.1.6 Stöld, rån och andra tillgreppsbrott (8 kap.)

I ”Bagagestölderna” NJA 2016 s. 1143 hade den tilltalade begått ett större antal stölder som alla förövats genom tillgrepp av handbagage som målsägandena hade placerat på bagagehyllan, ovanför eller snett ovanför den plats vid vilken de satt. Stölderna ansågs inte ha varit av särskilt hänsynslös art (jfr kvalifikationsgrunderna i 8 kap. 4 §) och de ansågs heller inte ha skett så systematiskt och planerat att de på den grunden skulle bedömas som grova. I sistnämnda hänseende pekade Högsta domstolen på en tydlig återhållsamhet i praxis och uttalade att det, för att sådana förhållanden ska föranleda en gradhöjning, normalt bör krävas att brotten har en frekvens och präglas av en förslagenhet som klart går utöver vad som gäller för annan, i och för sig upprepad och likartad, brottslighet. Det bör i sammanhanget betonas att man utan en viss återhållsamhet härvidlag kan hamna i en situation där man får ett mycket stort antal grova brott — vilket i vart fall utan korrigeringar vid straffvärdebedömningen som kan kräva att man går under minimistraffet — riskerar att leda till en orimligt sträng straffmätning. Jfr i denna del även ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634 p. 20. Kvalifikationsgrunderna i 8 kap. 4 § har ändrats år 2017 vilket har inneburit att möjligheterna att betrakta stölder av detta slag som grova har ökat. Numera hänvisas inte till att stölden avsett en sak som målsäganden bar på sig, utan till att den avsett en sak som målsäganden hade i sin omedelbara närhet (se prop. 2016/17:131).

I ”Det grova överfallsrånet” NJA 2011 s. 466 ansågs ett rån som tre personer förövat utgöra grovt rån. De tre personerna hade, efter att ha sökt igenom offrets fickor, under hot tvingat denne att uppge sin adress och därefter hållit offret frihetsberövad under hotfulla och skrämmande former medan bostaden genomsöktes. Högsta domstolen betonade i rättsfallet att gradindelningsfrågan ska prövas genom en allsidig bedömning av samtliga omständigheter. Vid bedömningen i det enskilda fallet togs hänsyn till att händelsen inte avslutades med gaturånet, att rånet utfördes av tre personer vid och i målsägandens hem, att det inte var fråga om ett impulsstyrt händelseförlopp (utan om ett rån som utfördes på ett metodiskt sätt) samt att ovissheten om det fortsatta händelseförloppet varit särskilt skrämmande för målsäganden.

Frågan om rubricering av rånbrott prövades också i ”Rånet i tobaksbutiken” och ”Rånet i guldsmedsbutiken” NJA 2018 s. 767 I och II.

I ”Rånet i tobaksbutiken” bedömdes rånet ha varit av normalgraden, bl.a. med hänsyn till att våldet som använts inte varit livsfarligt eller livshotande, att gärningsmännen inte visat synnerlig råhet och med beaktande av den återhållsamhet som präglat rättstillämpningen när det gäller att bedöma rånbrott som grova. Straffvärdet bedömdes ligga i övre delen av den praktiskt tillämpliga straffskalan för brott av

normalgraden (dvs. den del av skalan som sträcker sig upp till minimistraffet för grovt rån) och motsvara fängelse i fyra år.

Grovt rån ansågs emellertid föreligga i ”Rånet i guldsmedsbutiken”. Härvid beaktades bl.a. att gärningsmännen var flera och beväpnade med tillhyggen samt skjut- och eggvapen, att rånet genomfördes med våld som gav upphov till personskador, att förloppet måste ha framstått som skrämmande för samtliga drabbade och att det tillgreps egendom för relativt betydande värden (i vart fall runt 380 000 kr). Av särskild betydelse angavs vara att rånet genomfördes med användande av en skarpladdad halvautomatisk pistol som en av personerna på olika sätt använde vid rånet och som gjorde att rånet hade inslag som måste betraktas som livsfarliga. Härtill kom att rånet präglades av en betydande grad av planering. Även om inga av de båda sistnämnda omständigheterna tagna för sig motiverade att rånet bedömdes som grovt ledde de sammantaget med övriga omständigheter till att rånet bedömdes som ”så kvalificerat allvarligt” att det skulle bedömas som grovt. Straffvärdet för rånet översteg emellertid inte minimistraffet.

4.1.7 Bedrägeri och annan oredlighet (9 kap.)

Bedrägeri ansågs i NJA 2016 s. 39 kunna förövas genom att en person lämnat falska bud på en bostadsrätt vilket påverkat det pris som köparna fick betala för bostadsrätten. Fråga ansågs alltså vara om ett vilseledande som ledde till en disposition som i sin tur medförde skada och vinning. Vad gäller frågan om vilseledande konstaterar Högsta domstolen att det visserligen måste vara tillåtet i viss utsträckning att inte vara helt uppriktig vid affärsförhandlingar och liknande och att det skulle föra för långt om uppgifter om konkurrerande bud skulle anses utgöra ett vilseledande så fort de inte är helt korrekta. I princip kan sägas att det Högsta domstolen diskuterar är vilseledanden som — även om felaktig tro orsakas — måste anses tillåtna med hänsyn till livets realiteter, dvs. tillåtna med hänvisning till någon form av social adekvans. Att vid en öppen budgivningsprocess avseende försäljning av en bostadsrätt avge falska bud som syftar till att driva upp priset ansågs emellertid utgöra ett handlande som ligger klart utanför vad som är acceptabelt.

Vad gäller frågan om skada och vinning — som är besvärlig eftersom bostadsrätten erhålls som motprestation och inte har något givet värde — ansågs redan det förhållandet att budgivningsprocessen satts ur spel ha inneburit skada och vinning i bedrägeribestämmelsens mening. I det enskilda fallet var det dessutom utrett att köparnas bud skulle ha blivit lägre om de falska buden inte hade lagts. Man kan säga att Högsta domstolen anger att det rätta priset för en bostadsrätt är det som erhålls vid en korrekt budgivningsprocess och att differenser från detta kan utgöra skada och vinning i bedrägeribestämmelsens mening. Rättsfallet har kommenterats av Erik Svensson i JT 2016–17 s. 455.

I NJA 2012 s. 886 ansågs såväl bidragsbrott som bedrägeri kunna begås genom passivitet. Den tilltalade ansågs genom sin underlåtenhet att anmäla ändrade förhållanden ha hållit Försäkringskassan kvar i dess felaktiga uppfattning på ett sätt som uppfyllde kravet på vilseledande. Fråga var om periodiska utbetalningar och beträffande frågan om brottsenhet gjorde Högsta domstolen, i linje med NJA 2007 s. 973, bedömningen att det varit fråga om en gärning avseende ett mindre belopp vid varje utbetalningstillfälle. Delvis som en konsekvens av detta bedömdes varje brott, de enskilda utbetalningarna uppgick till högst ca 13 500 kr, som brott av normalgraden vilket innebar att preskription inträtt för en del av gärningarna. Den tilltalade frikändes även i övrigt eftersom det inte ansågs visat att han — som led av Huntingtons sjukdom — haft uppsåt till att han varit skyldig att anmäla de ändrade förutsättningarna (och det inte gjorts gällande ansvar på grund av grov oaktsamhet).

En person som tagit emot gåvor från sin syster som led av en psykisk sjukdom ansågs i NJA 2013 s. 1130 inte ha gjort sig skyldig till ocker. Beträffande ett par gåvor ansågs inte visat att personen förmått eller påverkat systern att vidta dispositionerna. Beträffande en tredje överföring — som gällde medel som skulle användas för att skapa förutsättningar för en gemensam bostad för systrarna — var inte visat att systern handlat i oförstånd i ockerbestämmelsens mening. Systern stod emellertid i beroendeställning på sätt som kan aktualisera ansvar för ocker. I denna del kom emellertid domstolens majoritet fram till att det inte var klarlagt vare sig att det var systerns beroendeställning som föranlett överföringen eller att förmånen stod i ett uppenbart missförhållande till vederlaget. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att personen utnyttjat systerns oförstånd på sätt som utgör ocker.

I rättsfallet ”Pälshäleriet” NJA 2013 s. 654 behandlades frågorna om påföljdsval, gradindelning och straffmätning vid grova förmögenhetsbrott. Vad gäller gradindelningen kom Högsta domstolen fram till att den i rättspraxis utbildade hållpunkten, som innebär att en stöld (ett bedrägeri och en förskingring) många gånger är att bedöma som ett grovt brott om värdet av det tillgripna motsvarar fem basbelopp, bör kunna accepteras samt att det i det hänseendet saknades skäl att behandla häleribrottslighet på något annat sätt. Domstolen betonade emellertid samtidigt vikten av att det vid gradindelningen och straffmätningen görs en nyanserad bedömning av alla omständigheter. (Se beträffande frågan om påföljdsval nedan i avsnitt 5.2.1.)

4.1.8 Förskingring, annan trolöshet och mutbrott (10 kap.)

En anställd som hade behörighet att göra betalningar för sin arbetsgivare genom uttag från dennes bankkonto ansågs i NJA 2011 s. 524 inte ha haft besittning till medlen på arbetsgivarens konto och kunde därför inte hållas ansvarig för förskingring. Detta motiverades i relation till tidigare praxis med att det inte enbart genom att den an-

ställde hade fullmakt att förfoga över egendomen hade skett en sådan rådighetsövergång till den anställde så att denne utåt kunde uppträda som ägare och som legitimerad att i eget intresse förfoga över egendomen (jfr NJA 1994 s. 480 där en komplementär i ett kommanditbolag hade gjort uttag av medel som felaktigt hade krediterats bolagets postgirokonto). När medlen väl överförts till den anställdes eget konto kunde denne visserligen sägas ha besittning till medlen, men i den delen hade besittningen inte uppkommit på det sätt som förskingringsstadgandet förutsätter (dvs. genom någon form av överlämnande i förtroende). Två justitieråd var skiljaktiga och menade med hänvisning till 1994 års fall att besittning till kontomedlen måste anses föreligga; det förhållandet att den anställde i detta fall var behörig företrädare för bolaget i stället för ställföreträdare (jfr 1994 års fall) borde enligt de skiljaktiga inte tillmätas någon betydelse för bedömningen av besittningsfrågan.

Avgörandet i NJA 2011 s. 524 är mycket kort (8 punkter), liksom skiljaktigheten (6 punkter), men det kompletteras av ett långt (49 punkter) tillägg av ett av de deltagande justitieråden. Rättsfallet har behandlats bl.a. av Suzanne Wennberg i JT 2011–12 s. 644 ff. samt av undertecknad i den tvådelade uppsatsen Om skillnaden mellan en madrass och ett konto — del I och II (se Festskrift till Stefan Lindskog respektive Festskrift till Göran Millqvist).

Bestickningss- och mutbrottsgärningar (motsvarande vad som numera utgör givande och tagande av muta enligt 10 kap.) som avsåg betalningar till en trafikinspektör för att hon skulle godkänna av bestickarna anvisade körkortselever bedömdes i NJA 2012 s. 307 utgöra grova brott. Frågan var knappast besvärlig vad gällde mutbrottet; i denna del hänvisade Högsta domstolen bl.a. till att fråga var om myndighetsutövning och till den för trafiksäkerheten viktiga uppgift som gärningsmannen haft som trafikinspektör. Vad gäller bestickningsgärningarna framhölls att de visserligen avsåg färre fall, lägre belopp och kortare tidsperioder än mutbrottsgärningarna. De tilltalade i denna del hade heller inte själva haft någon förtroendeställning. Med hänsyn till att de var initiativtagare till det brottsliga upplägget och att deras agerande varit av avgörande betydelse för att den från trafiksäkerhetssynpunkt riskfyllda brottsliga verksamheten kommit till stånd bedömdes brotten likväl som grova.

4.1.9 Brott mot borgenärer (11 kap.)

Utbetalning av upparbetad och marknadsmässig lön till ägaren av ett aktiebolag på obestånd ansågs i NJA 2013 s. 822 inte utgöra ett avhändande i den mening som avses i 11 kap. 1 §. Gärningen ansågs emellertid — eftersom den syftade till att tillgodose ägarens intressen trots att det kunde gå ut över övriga fordringsägare, ha skett i otillbörligt syfte och medförde en påtaglig fara för att en annan borgenärs

rätt skulle förringas avsevärt — utgöra otillbörligt gynnande av borgenär enligt 11 kap. 4 §.

Att bokföringsbrott genom underlåtenhet att bokföra affärshändelser kan aktualiseras också om verksamheten i sig är olaglig framgår av NJA 2015 s. 811. I målet var fråga om olaglig förmedling av hyresrätter mot betalning. Utgångspunkten är enligt Högsta domstolen att det föreligger bokföringsskyldighet för samtliga affärshändelser och det utgör enligt domstolen ingen nödvändig förutsättning för bokföringsskyldighet att de olagliga affärshändelserna företas som en integrerad del i en annars laglig näringsverksamhet (jfr NJA 2004 s. 519).

Eftersom bokföringsbrott enligt 11 kap. 5 § bokföringslagen (1999:1078) förutsätter bokföringsskyldighet ”enligt bokföringslagen” ansågs företrädare för ett utländskt bolag som var bokföringsskyldigt endast enligt lagen (1992:160) om utländska filialer i NJA 2016 s. 169 inte ha förövat bokföringsbrott när bokföringsskyldigheten åsidosatts. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att reglerna ska läsas så att också för ett utländskt bolag med filial i Sverige följer själva bokföringsskyldigheten direkt av bokföringslagen. Reglerna har sedermera ändrats så att det klart framgår av bokföringslagen att också ett utländskt bolag som ska bedriva näringsverksamhet i Sverige genom en filial är bokföringsskyldigt.

Bokföringsbrott förövade under drygt två års tid bedömdes i NJA 2012 s. 247 inte utgöra grova brott. Fråga var om verksamhet med en årlig omsättning om ca 5,6 miljoner och ett femtontal anställda. Åsidosättandet av bokföringsskyldigheten hade pågått under inte obetydlig tid, men det var inte fråga om brottslighet som utövats systematiskt. Åsidosättandet hade under ett år avsett ca 580 000 kr och under de två andra åren ca 780 000 kr. Beloppen var inte så stora att de vare sig i sig, och oberoende av verksamhetens omsättning, eller i relation till omsättningen var att anse som mycket betydande. Brotten syntes vidare ha sin bakgrund i att den tilltalade, som saknat kunskaper om bokföring, tappat kontrollen till följd av en svår personlig situation och präglades inte av förslagenhet eller planering. Vidare hade intäkterna varit relativt enkla att kontrollera och brotten hade inte givit den tilltalade några ekonomiska fördelar. När bokföringsbrottet inte bedömdes vara grovt dömdes också för försvårande av skattekontroll. Straffvärdet för dessa brott och för ett grovt skattebrott bedömdes efter viss nedsättning med stöd av 29 kap. 3 § första stycket 2 motsvara fängelse i fyra månader.

Av ”De försenade årsredovisningarna” NJA 2018 s. 77 I–III följer att avgränsningen mellan bokföringsbrott av normalgraden och ringa bokföringsbrott fortsatt bör göras enligt de kriterier som utvecklades i NJA 2004 s. 618 och NJA 2007 s. 451. I linje med syftet med den åtalsprövningsregel som infördes 2013 finns det dock enligt rättsfallet anledning till en något mindre sträng bedömning av bokföringsbrott som har bestått enbart i att årsredovisningen har upprättats för sent.

Högsta domstolen ställde sig också bakom en utgångspunkt av innebörd att förseningar på mer än fem månader normalt bör leda till att det finns anledning att bedöma det som brott av normalgraden. Det betonas emellertid att en samlad bedömning måste göras. I fallen bedömdes (I) en försening på strax under fem månader som bokföringsbrott av normalgraden (bl.a. med hänsyn att bolaget de senaste två åren haft ett inte obetydligt negativt rörelseresultat varför en försening var ägnad att få menliga följder för bolagets intressenter), (II) en försening på mer än nio månader som bokföringsbrott av normalgraden samt (III) en försening på strax under fem månader som bokföringsbrott av normalgraden (bl.a. med hänsyn till att bolaget hade en förhållandevis omfattande redovisad omsättning, att det gått med inte obetydlig förlust det sista räkenskapsåret och att det egna kapitalet vid räkenskapsårets utgång var negativt).

4.1.10 Skadegörelsebrott (12 kap.)

Olovlig avverkning av fyra uppvuxna tallar på en annan persons fastighet bedömdes i NJA 2015 s. 199 utgöra skadegörelse av normalgraden. Bedömningen skedde mot bakgrund av hur skadan värderats vid skadeståndsprövningen (ersättningen beräknades i den delen med ledning av värdet på fastigheten med respektive utan tallar). Skadeståndet hade bestämts till 33 600 kr och det fanns enligt Högsta domstolen inte skäl att vid en straffrättslig bedömning värdera skadan på annat sätt. Med den utgångspunkten var det — också om gränsen mellan skadegörelse och grov skadegörelse vid ett rent värderesonemang ligger lägre än gränsen mellan stöld och grov stöld — klart att fråga inte var om skadegörelse avseende en sak av stor ekonomisk betydelse i den mening som avses i 12 kap. 3 §. Inte heller på någon annan grund fanns skäl att bedöma brottet som grovt. Påföljden bestämdes till dagsböter.

4.1.11 Allmänfarliga brott (13 kap.)

I ”Lastbilssläpet” NJA 2011 s. 611 ansågs en brand som anlagts i ett lastbilssläp ha inneburit fara för omfattande förstörelse för annans egendom. Risken för förstörelse inskränkte sig visserligen till lastbilen, släpet och lasten, men det sammantagna värdet på ekipaget uppskattades till drygt tre miljoner kronor (jfr NJA 1980 s. 191). Faran ansågs därför avse omfattande förstörelse av annans egendom. Gärningsmannen ansågs emellertid inte ha haft sådant uppsåt som krävs för mordbrand och det ansågs av processuella skäl inte finnas förutsättningar att pröva ett påstående om allmänfarlig vårdslöshet.

Ett försök till mordbrand bedömdes i ”Bussen i Östberga” NJA 2017 s. 531 ha avsett mindre grov mordbrand. Mordbranden skulle om den fullbordats ha avsett fyra större fordon (en buss och tre lastbilar), men det fanns ingen fara för ytterligare spridning eller någon

fara för liv eller hälsa. Inte heller stod några betydande ideella värden på spel.

I fallet hänvisas, på ett sätt som möjligen kan tyckas oortodoxt, också till att mordbranden, om den hade fullbordats, hade haft ett straffvärde understigande två år. Vid den samlade bedömning som alltid måste göras vid gradindelning är det emellertid ofrånkomligt att göra en sammanvägd bedömning av svårheten hos den ifrågavarande brottsligheten och det är svårt att se att detta kan göras efter någon annan skala än den som gäller straffvärdet. Genom att inte frikoppla gradindelningen från straffvärdefrågan skapas ju f.ö. också förutsättningar för koherens i systemet. Det sagda hindrar förstås inte att gradindelning i princip föregår straffvärdebedömningen, att det finns skillnader mellan straffvärde och gradindelning — vissa faktorer som är straffvärderelevanta saknar betydelse för gradindelningen — och att man vid gradindelningen ibland har vissa särskilda faktorer (s.k. kvalifikationsgrunder) att förhålla sig till. Se, angående relationen mellan gradindelning och straffvärde, de rättsfall som tas upp i avsnitt 3.6.

4.1.12 Förfalskningsbrott (14 kap.)

Frågan om gradindelning avseende upprepade förfalskningsbrott behandlades i ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378. De handlingar det var fråga om (bl.a. identitetskort) var i och för sig sådana som bör åtnjuta ett särskilt starkt straffrättsligt skydd. De utgjorde emellertid inte handlingar av sådant särskilt skyddsvärt slag som pekats ut i förarbetena till 14 kap. 3 § i anslutning till bestämmelsen om ”särskilt farlig art”. Gärningarna ansågs inte heller på annat sätt ha varit av särskilt farlig art. Gärningarna ansågs visserligen — på grund av handlingarnas karaktär och brottens delvis systematiska karaktär — ha ett förhöjt straffvärde jämfört med minimistraffet för brott av normalgraden (motsvarande två till fyra månader), men de ansågs var och en inte utgöra grov urkundsförfalskning. Det samlade straffvärdet bedömdes motsvara fängelse i ett år och sex månader varvid brottens systematiska karaktär beaktades för att ge asperationsprincipen ett något mindre genomslag än vanligt. Se, för motsvarande tillämpning av asperationsprincipen, även ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634.

I ”Förarprovet” NJA 2016 s. 95 ansågs missbruk av urkund utgöra grovt brott i ett fall där en person använt en annan persons identitetshandlingar för att vid ett förarprov kunna ”köra upp” åt denne. Med hänsyn till syftet bakom brottet, dvs. att se till att någon fick körkort utan att hans färdigheter var kontrollerade, med hänsyn till att det fanns en fara för att brottsplanen skulle lyckas och med hänsyn till vikten av att endast de som blivit godkända som bilförare ges rätt att köra bil bedömdes gärningarna utgöra grova brott. Straffvärdet bedömdes motsvara fängelse i fyra månader. Vid påföljdsvalet konstate-

rades att brottsligheten inte kunde anses vara av sådan art att det fanns skäl att göra undantag från den grundläggande presumtionen mot fängelse. I rättsfallet finns även vissa generella partier som rör straffvärde och gradindelning. Det kan särskilt noteras att det följer av fallet att skuldfaktorer, som mer generellt brukar anges påverka straffvärdet men inte gradindelningen, i vissa fall kan ha stor betydelse för såväl straffvärdet som gradindelningen. I detta fall var det motivet bakom brottet, att erhålla körkort utan att ha utfört förarprov, som tillmättes betydelse i båda avseendena (jfr NJA 1996 s. 63 där syftet med gärningarna tillmättes betydelse i andra riktningen).

Frågan om brottslighetens art vid brukande av falsk urkund behandlas i NJA 2010 s. 358 (se avsnitt 5.2.1 nedan).

4.1.13 Brott mot allmän ordning (16 kap.)

NJA 2011 s. 45 gällde frågan om pokerspel i tre former (en huvudturnering, en sidoturnering och kontantspel) var sådant att spelets utgång till väsentlig del berodde på slumpen i den mening som avses i bestämmelsen om dobbleri 16 kap. 14 §. Högsta domstolen kom fram till att prövningen ska göras mot arrangemangets upplägg i stort och inte endast mot enstaka moment som ingår i detta. Mot denna bakgrund kom Högsta domstolen fram till att utgången i huvudturneringen och sidoturneringen — som pågick i tre dagar respektive två till tre timmar — inte till väsentlig del kunde anses ha berott på slumpen. Av betydelse här var att det både i huvudturneringen och sidoturneringen spelades ett stort antal spelomgångar, vilket gjorde att det slumpmoment som består i hur korten fördelas spelade en underordnad roll i relation till skicklighetsmomentet. Vid kontantspelen, där spelarna själva kunde bestämma det antal spel de deltog i, fanns emellertid ingen annan möjlighet än att beakta varje spelomgång för sig, varvid utgången till väsentlig del ansågs ha berott på slumpen. För den som någon gång spelat poker med en skicklig spelar framstår utgången som rimlig. Mot en sådan motspelare kan man vinna enstaka givar, men man får det betydligt svårare över tid. Bestämmelserna om dobbleri och grovt dobbleri har i tiden efter rättsfallet upphört att gälla (se numera spellagen, 2018:1138, där frågor om slumpens betydelse kan vara av relevans; formuleringarna är dock inte desamma som i dobbleribestämmelserna).

4.1.14 Brott mot allmän verksamhet m.m. (17 kap.)

I NJA 2015 s. 668 bekräftade Högsta domstolen att det för tillämpning av våldsdelen i 17 kap. 1 § om våld mot tjänsteman fordras s.k. ”våld å person”, dvs. misshandel eller ett praktiskt taget fullständigt betvingande av kroppens rörelsefrihet. I fallet hade den tilltalade sparkat en polis på benet. Till följd av att polisens byxor varit försedda med skydd hade sparken emellertid inte lett till annat än ett mindre

kroppsligt obehag, vilket innebar att den tilltalade frikändes i denna del.

Förgripelse mot tjänsteman ansågs i NJA 2016 s. 880 inte vara förövat när sten kastades mot en parkeringsvakt med anledning av att denna utfärdat en kontrollavgift enligt lagen (1984:318) om kontrollavgift vid olovlig parkering. När en sådan kontrollavgift utfärdas är det inte fråga om myndighetsutövning och befattningen var, såvitt hade framkommit, heller inte sådan att den enligt 17 kap. 5 § hade samma straffrättsliga skydd som myndighetsutövning. Gärningen ansågs emellertid utgöra ofredande.

Övergrepp i rättssak ansågs i NJA 2012 s. 614 inte vara förövat i ett fall när en person presenterat sig som representant för en viss organisation (Black Cobra) och, via ett vittnes mor, erbjudit sig att betala en skuld i utbyte mot att en utsaga i en rättegång togs tillbaka. Riksåklagaren gjorde gällande att handlandet innefattade en gärning som medförde lidande eller olägenhet för vittnet *eller* att handlandet innebar hot om en sådan gärning. Som skäl för den ogillande domen angavs att det i sig inte är kriminaliserat som övergrepp i rättssak att erbjuda betalning för att någon ska ändra en utsaga inför domstol (det medför varken lidande eller olägenhet). Inte heller hade det kommit fram att personen, när han presenterade sig, hade nämnt Black Cobra på ett sådant sätt att det gav anledning att uppfatta omnämnandet som ett straffbart angrepp. Hans agerande hade därför inte innefattat ett angrepp mot vittnet eller ett hot om angrepp mot denne som har medfört lidande eller olägenhet på det sätt som förutsätts för ansvar för övergrepp i rättssak.

Av NJA 2017 s. 966 följer att bestämmelsen om övergrepp i rättssak ska förstås så att det är samtliga uppgifter i utsagan som har straffrättsligt skydd, inte enbart sådana uppgifter som har betydelse för utredningen. Bestämmelsen ansågs i fallet kunna tillämpas i fråga om en uppgift om att en tilltalad hade alkoholproblem.

Förutsättningarna för ansvar för skyddande av brottsling enligt 17 kap. 11 § behandlades i NJA 2015 s. 31. I fallet ansågs hjälp till brottslingen som bestod i vård av en huvudskada ha skett i nöd och därför ha varit tillåten. Genom att, direkt efter gärningen (som bestod i försök till mord), följa med i en bil tillbaka till Holland där de tilltalade bodde ansågs emellertid de båda tilltalade ha utgjort en resurs som kunde utnyttjas på olika sätt och som medförde att brottslingens möjligheter att undkomma stärktes. Gärningarna bedömdes emellertid som tillåtna med stöd av den undantagsregel om ansvarsfrihet vid ringa fall som finns i 17 kap. 11 § femte stycket. De båda tilltalade var nära släkt med brottslingen och stod honom också rent faktiskt nära och de ansågs därför omfattas av ansvarsfrihetsregeln också i den mer syntetiska skrivning som är gällande sedan 1988 (dessförinnan hade de direkt omfattats av den uppräkning som bestämmelsen innehöll). Av viss betydelse kan ha varit att hjälpen inte bestod i undanröjande

av bevis utan endast i relativt indirekt hjälp att undkomma (jfr p. 16 i skälen).

4.1.15 Tjänstefel m.m. (20 kap.)

I NJA 2013 s. 336 dömdes en polis som planerade en ”prejning genom trängning” för tjänstefel när detta skett utan att han dessförinnan rapporterat detta till vakthavande befäl. Det konstaterades i fallet att polisen agerat i strid med de föreskrifter som gällde och att gärningen inte kunde anses som ringa (i denna del framhölls att syftet med reglerna var att åtgärderna ska ledas av någon annan än den som utför prejningen och att korrekt rapportering är en förutsättning för att den uppgiften ska kunna fullgöras). Polismannen frikändes från en första prejning som skett eftersom det inte fanns tillräckligt stöd för att den planerats av polismannen (händelseförloppet var i denna del mycket hastigt) liksom från ett åtal om förföljande trots order om avbrytande (i denna del ansågs ett följande på visst avstånd och utan ljud- och ljussignaler inte utgöra ett förföljande).

En orosanmälan från en förskola eller någon som är verksam där sker enligt NJA 2014 s. 910 vid myndighetsutövning och kan därför föranleda ansvar för tjänstefel. Som skäl för denna bedömning angavs framför allt de indirekta rättsliga konsekvenser som en anmälan har och att den står i mycket nära samband med socialnämndens myndighetsutövning.

En åklagare och en domare som inte uppmärksammade att förutsättningar för häktning inte längre förelåg dömdes i NJA 2016 s. 453 för tjänstefel. En person hade häktats såsom på sannolika skäl misstänkt för grovt rattfylleri och på grund av flyktfara. Av ett analysresultat som inkom framgick att mannen inte längre kunde misstänkas för grovt rattfylleri (det utvisade en blodalkoholhalt om 0,44 promille och det brott som kunde misstänkas var följaktligen inte häktningsgrundande enligt 24 kap. 1 § rättegångsbalken). De båda ansågs, genom att inte ha hävt häktningsbeslutet under de respektive tider de varit ansvariga för beslutet, av oaktsamhet ha åsidosatt vad som gällde för uppgiften och gärningarna kunde inte bedömas som ringa.

I ”96-timmarsfristen” NJA 2017 s. 842 hade den s.k. 96-timmarsfristen överskridits till följd bl.a. av att en handläggare felaktigt utgått ifrån att det var tiden för anhållandet och inte tiden för gripandet som utgjorde utgångspunkt för fristen. Rådmannen höll häktningsförhandling och häktade de båda personerna och åtalades dels för sin underlåtenhet att häva anhållningsbeslutet, dels för att sitt beslut att hålla häktningsförhandling och häkta de båda personerna. Högsta domstolen kom fram till att det inte fanns anledning att frånkänna de häktningsbeslut som fattats rättsverkan endast av det skälet att förhandlingen hållits efter 96-timmarsfristen. Med den utgångspunkten hade rådmannen likväl, genom att inte kontrollera att 96-timmarsfristen upprätthölls och genom att underlåta att hos åklagare initiera

att anhållningsbesluten hävdes, av oaktsamhet åsidosatt vad som gällde för uppgiften. Med hänsyn till att de frihetsberövanden som uppstod på grund av felet varade endast några timmar och med beaktande av att rådmannen hade en mycket pressad arbetssituation den aktuella dagen bedömdes gärningarna, trots den restriktivitet som råder när det gäller felaktigheter vid frihetsberövanden, som ringa och de skulle därför inte medföra straffansvar. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att åklagarens häktningsyrkande får anses ha förfallit när 96-timmarsfristen löpt ut och att frihetsberövandet därför omfattade även den tid som de båda personerna suttit häktade till följd av beslutet. Också de skiljaktiga bedömde emellertid att gärningen var ringa och därför inte skulle föranleda ansvar. Rättsfallet har kommenterats av Simon Andersson i JT 2018–19 s. 120 ff.

I ”Polishunden” NJA 2017 s. 491 dömdes en polisman som släppt sin hund efter en klottrare för tjänstefel. Rättsfallet illustrerar att de allmänna reglerna om polisens rätt att använda våld i 10 § polislagen (1984:387) vid tillämpning av tjänstefelsbestämmelsen blir en integrerad del av bedömningen av om den tilltalade åsidosatt vad som gäller för uppgiften (jfr t.ex. ett åtal för misshandel där 10 § polislagen blir en undantagsregel som kan göra det annars otillåtna, misshandeln, tillåtet). I det aktuella fallet var det enda skäl som fanns för att släppa hunden den klottergärning som förövats. Denna relativt lindriga brottslighet ansågs inte motivera åtgärden att släppa hunden (en åtgärd som medförde överhängande risk för personskada).

Åsidosättandet av vad som gällde för uppgiften ansågs vidare ha skett av oaktsamhet. Den tilltalade hade i den delen gjort gällande att han trott att det var fråga om grov skadegörelse (dvs. att han trott att situationen varit allvarligare än den var). Högsta domstolen konstaterade emellertid att det funnits utrymme för en ytlig besiktning av tunnelväggarna och en snabb bedömning av situationen och därmed för honom att se hur det förhöll sig. Han borde därför ha insett att han genom sin åtgärd åsidosatte vad som gällde för uppgiften. Förhållandena var inte heller sådana att den tilltalade kunde freda sig med hänvisning till bestämmelsen om excess och gärningen var heller inte att anse som ringa. Rättsfallet har kommenterats av Annika Norée i JT 2017–18 s. 589 ff.

4.2 Specialstraffrätt

4.2.1 Lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott

I NJA 2011 s. 349 ogillades ett åtal för vårdslöshet i trafik och vållande till annans död. Bakgrunden var att en lastbil som påbörjat en vänstersväng blev påkörd av en mötande personbil som kom körande i ”uppseendeväckande hastighet”. Högsta domstolen pekade på att en förare som bedömer risken med en vänstersväng ”får … utgå från att övriga trafikanter beter sig någorlunda normalt och [denne] behöver inte räkna med allvarliga regelöverträdelser; all biltrafik bygger på ett

samspel mellan trafikanterna". Här ges alltså ett konkret exempel på hur förtroendegrundsatsen blir av relevans vid culpabedömningen. Den tilltalade bedömdes mot den bakgrunden inte ha varit straffbart oaktsam när han bedömde att han skulle kunna genomföra svängen utan risker för mötande trafik. Prövningen i Högsta domstolen görs i detta fall gemensamt för vårdslöshet i trafik och vållande till annans död; det bör framhållas att det inte alls är otänkbart att bedömningarna utfaller olika (jfr NJA 1996 s. 590).

I NJA 2011 s. 77 ansågs en person som en kortare sträcka suttit på en moped och sparkat sig fram utan att ha den funktionsdugliga motorn påslagen, ha fört ett motordrivet fordon i den mening som avses i 4 § trafikbrottslagen. Vid bedömningen utgick domstolen från tidigare rättspraxis (NJA 1935 s. 354, NJA 1936 s. 69 och NJA 1947 s. 253; jfr även NJA 1958 s. 39, NJA 1973 B 11 och NJA 1978 s. 458 som avsåg fordon med funktionsodugliga motorer). Två justitieråd var skiljaktiga och menade att det i fallet inte kunde anses vara fråga om ett motordrivet fordon i trafikbrottslagens mening.

Av NJA 2012 s. 191 följer att ett rattfylleribrott med en moped klass I normalt bör anses vara av normalgraden även om föraren har haft en alkoholkoncentration som överstiger 1,0 promille i blodet eller 0,50 mg/l i utandningsluften. För en annan bedömning bör krävas att det föreligger försvårande omständigheter av betydelse för trafiksäkerheten. Även om mopeder tillhörande klass I är konstruerade för en högre hastighet än vad tidigare reglering och praxis utgått ifrån är riskerna med att köra moped i alkoholpåverkat tillstånd normalt (för andra än föraren) påtagligt mindre än när fordonet exempelvis är en bil. I det enskilda fallet bedömdes brottet vara av normalgraden.

4.2.2 Narkotikastrafflagen (1968:64) m.m.

Att enbart avlägsna blad, avskilja bark och mala ned växtmaterial från växten Mimosa hostilis — som inte är narkotikaklassad men som innehåller ämnen som är klassificerade som narkotika — ansågs i rättsfallet "DMT I" NJA 2014 s. 259 inte medföra att materialet blivit narkotika. Det förhållandet att en växt innehåller narkotika innebär inte i sig att växten är narkotikaklassificerad (jfr NJA 1995 s. 219 och p. 8 och 9 i det nu aktuella avgörandet). Inte heller ansågs rensning och malning utgöra sådan bearbetning att narkotika hade tillverkats (se p. 10–14). Slutligen var delarna heller inte att anse som beredningar enligt artikel 3.1 i 1971 års konvention om psykotropa ämnen; fråga var varken om blandningar eller lösningar eller om en avdelning i doser (jfr artikel 1 f i konventionen).

I det senare rättsfallet "DMT II" NJA 2018 s. 983 gjordes en bedömning av om pulver av mald rotbark från växten Mimosa hostilis samt torkade blad från växten Diploterys cabrerana utgjorde narkotika enligt psykotropkonventionen. För att fråga skulle vara om narkotika förutsattes i fallet att det var fråga om avdelade doser av ämnet

(”ett eller flera psykotropa ämnen avdelade i doser”; se artikel 1 f i konventionen). För att fråga ska vara om en dos bör enligt rättsfallet krävas dels att det är fråga om en mängd som i sig är avsedd för konsumtion vid ett tillfälle, dels att den avdelade mängden kan tillföras brukaren utan någon åtgärd som inte är direkt kopplad till tillförseln. Vid en bedömning enligt dessa kriterier ansågs pulvret med mald rotbark ha varit avdelat i doser, medan det motsatta ansågs gälla de torkade bladen eftersom det där inte var visat annat än att det krävdes en längre tids hantering för att den psykotropa substansen (DMT) skulle kunna tillföras brukaren.

Vid sidan av dessa båda fall har Högsta domstolen under de år som behandlas i denna rättsfallsöversikt avgjort ett flertal mål som gällde straffvärdebedömningen vid narkotikabrott. Genom rättsfallen kan Högsta domstolen på ett ganska påtagligt sätt sägas ha ritat om kartan, framför allt därigenom att domstolen, åtminstone såvitt gäller allvarligare narkotikabrott, har tonat ned betydelsen av sort och mängd.

Det första av de fall som hör till denna skara är NJA 2011 s. 357, den s.k. ”Mefedrondomen”. I målet lagfördes två personer för bl.a. grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling avseende mefedron. Straffet bestämdes i tingsrätten till sex års fängelse efter att domstolen gjort bedömningen att mefedron i farlighetshänseende bör jämställas med amfetamin. I hovrätten skärptes straffen till 14 års fängelse, vilket i allt väsentligt torde ha berott på att hovrätten fann att mefedron — på sätt som åklagaren gjort gällande — borde jämställas med ecstasy i farlighetshänseende. Man kan med visst fog säga att de båda bedömningarna i tingsrätten och hovrätten illustrerar vådan av ett alltför tabellbundet tänkande vid straffvärdebedömningen: om tingsrätten och hovrätten hade gjort en straffvärdebedömning i stället för att försöka placera in mefedron i redan existerande tabeller håller jag det för uteslutet att de kunnat nå så skilda resultat. En sådan hypotetisk jämförelse är naturligtvis orättvis (vid tidpunkten för underrätternas avgörande fanns ju tabellerna och de ansågs vara styrande för straffvärdebedömningen), men den tydliggör ändå värdet av att Högsta domstolen nu tog tag i problemet.

Högsta domstolen kan i rättsfallet sägas göra framför allt två saker. För det första betonar Högsta domstolen att andra faktorer än sort och mängd ofta har stor betydelse åtminstone vid allvarligare brottslighet:

> 28. När det gäller de övre delarna av straffskalan för grovt brott får mot bakgrund av det anförda tabeller utifrån art och mängd anses fylla en begränsad funktion. I sådana fall utgör den mängd narkotika som den tilltalade har tagit befattning med i första hand en indikation på huruvida hanteringen har ”utgjort ett led i en verksamhet som har bedrivits i större omfattning eller yrkesmässigt” (jfr härtill även 29 kap. 2 § 6 BrB).[8]

[8] Jfr här även de än tydligare uttalandena i referentens tillägg.

För det andra görs bedömningen att det inte finns underlag för att se allvarligare på mefedron i farlighetshänseende än att drogen närmast är att jämställa med amfetamin (samtidigt betonas också att bedömningen av ecstasy enligt de tabeller som då fanns var påtagligt sträng). Rättsfallet har kommenterats av undertecknad i SvJT 2011 s. 659 ff. och — i kombination med viss efterföljande praxis — av Malin Sjöstrand i JT 2012–13 s. 175 samt av Anders Perklev och Bob Nilsson Hjorth i SvJT 2012 s. 131 ff. respektive 845 ff. Se även den omfattande artikeln av Martin Borgeke i SvJT 2013 s. 1 ff. samt Bob Nilsson Hjorths och Magnus Ulvängs artiklar i samma tidskrift 2014 s. 149 ff. respektive 2015 s. 440 ff.

Det förhållandet att Högsta domstolen i bl.a. detta fall har betonat betydelsen av andra faktorer betyder förstås inte att faktorer som sort och mängd saknar betydelse, och det förkommer fortfarande tabelliknande sammanställningar av riktpunkter (jfr framför allt den s.k. Drogpraxisgruppen riktpunkter).

I NJA 2011 s. 675 I och II följdes mefedrondomen upp med två avgöranden som gällde MDPV. Av avgörandena (se p. 12 och 23 respektive p. 12 och 19) framgår att MDPV inte på något för straffvärdebedömningen avgörande sätt skiljer sig från amfetamin i fråga om generell farlighet och att det inte heller i mängdhänseende finns skäl att bedöma MDPV eller metylon annorlunda än amfetamin.

I båda målen kan Högsta domstolen vidare sägas ytterligare illustrera hur en mer nyanserad straffmätning och gradindelning — där hänsyn tas också till andra faktorer än sort och mängd — bör gå till. Jfr i denna del även NJA 2011 s. 799 som rörde sju personer som alla medverkat i internetförsäljning av mefedron och MDPV.

Förvaring av 490 gram amfetamin i ett källarförråd ansågs i NJA 2012 s. 70 inte utgöra grovt narkotikabrott utan narkotikabrott av normalgraden. Vid bedömningen beaktades att narkotikahanteringen inte hade varit av mer sofistikerat slag eller haft inslag av särskild hänsynslöshet, att den tilltalades inblandning varit tillfällig och kortvarig, att han inte lovats någon ersättning (även om han räknade med att dra fördelar av förvaringen), att hans delaktighet varit passiv och okvalificerad och att han inte haft någon fysisk eller administrativ befattning med narkotikan. Straffvärdet bedömdes motsvara fängelse i ett år och sex månader. Den tilltalade dömdes också för bl.a. innehav av 127 gram amfetamin för eget bruk och straffvärdet för den samlade brottsligheten ansågs vara ett år och nio månader.

I NJA 2012 s. 115 hade den dömde förvärvat 350 gram MDMA (ecstasy) i överlåtelsesyfte, varav han förvarat drygt 300 gram, överlåtit minst 50 gram och bjudit ut 6–7 gram samt innehaft drygt 4 gram amfetamin och därtill försökt förvärva narkotika för eget bruk. Beträffande relationen i farlighetshänseende mellan MDMA (ecstasy) och amfetamin uttalade Högsta domstolen att det saknas hållfast stöd för att anse skillnaden vara mer än begränsad. De gärningar som avsåg

MDMA ansågs böra bedömas som ett brott. Brottet hade begåtts inom ramen för en organiserad narkotikahandel vilket den tilltalade hade full insikt om. Hans roll var av avgörande betydelse för att narkotikahandeln skulle fungera. Handeln ägde rum via internet och var ägnad att leda till omfattande spridning av narkotika och delaktigheten skedde i syfte att tjäna pengar. Även om det inte rörde sig om det allvarligaste slaget av organiserad narkotikahandel ansågs brottet ändå vara så allvarligt att det var att bedöma som grovt narkotikabrott. Straffvärdet bedömdes motsvara tre års fängelse. I rättsfallet uttalar Högsta domstolen den i och för sig ganska självklara slutsatsen att den mer nyanserade tillämpning som följer av bl.a. ”Mefedrondomen” NJA 2011 s. 357 omfattar samtliga narkotiska preparat när det gäller grova brott.

Straffvärdet för transport, förvaring och innehav av 97 kg cannabisharts bedömdes i NJA 2012 s. 144 motsvara fyra års fängelse. Högsta domstolen sammanfattar här sin praxis avseende betydelsen av sort och mängd i relation till frågan om grovt brott på följande sätt.

> 18. Det sagda innebär dels att beteckningen grovt brott ska reserveras för de narkotikabrott som verkligen kan sägas vara allvarliga, dels att den övre delen av straffskalan för grovt brott ska förbehållas fall i vilka man kan tala om brottslighet som har präglats av en verkligt betydande farlighet eller hänsynslöshet. En följd av detta är att det s.k. mängdrekvisitet visserligen, även ensamt, i vissa fall bör kunna motivera att ett narkotikabrott ska bedömas som grovt. Det bör även kunna ligga till grund för ett straff som är klart högre än minimistraffet för grovt narkotikabrott. Men enbart mängden bör i allmänhet inte föranleda bedömningen att straffvärdet motsvarar ett fängelsestraff som sträcker sig mer än några år över ministraffet för grovt brott. Det bör dock framhållas att den betydelse som tillmäts mängden narkotika måste tillåtas variera något med preparatets farlighet.

Högsta domstolen pekar här i relativt försiktiga ordalag på att det finns ett tak för betydelsen av mängden narkotika (dvs. att mängden normalt inte bör kunna föranleda att man hamnar i straffskalans översta skikt). Tanken på något slags tak för mängdens betydelse för straffvärdet föranledde sedermera (2016) att brottsbeteckningen synnerligen grovt narkotikabrott infördes. I förarbetena till den ändringen klargjordes att sort- och mängdfaktorn visserligen bör ha en allteftersom avtagande effekt på straffvärdet, men att mängden inte vid någon viss kvantitet har spelat ut sin roll som straffvärdefaktor (se prop. 2015/16:111 s. 19 f. och 39), dvs. det klargjordes att något tak för betydelsen av mängd inte finns.

I det enskilda fallet bedömdes brottet vara grovt och straffvärdet motsvara fängelse i fyra år. Härvid beaktades den synnerligen stora mängden, att cannabis är en mindre farlig narkotika än t.ex. kokain och heroin, att den tilltalades ersättning inte var särskilt stor, att han när han gav sig in i det hela trodde att det var fråga om en avsevärt mindre mängd narkotika, att hans roll var begränsad samt att han inte

hade någon närmare kännedom om den bakomliggande brottsligheten.

I ”Bagageutrymmesdomen” NJA 2012 s. 510 var fråga om en person som mot en ersättning om 50 ecstasytabletter skulle förvara 4 973 sådana tabletter under ungefär ett dygn. Förvaringen skedde i bagageutrymmet på den tilltalades bil. Vad gäller farligheten hos ecstasy byggde Högsta domstolen vidare på vad som tidigare sagts och uttalade att det är berättigat att i straffvärdehänseende behandla ecstasy och amfetamin som tillhöriga samma kategori. Enligt Högsta domstolen kan man av NJA 2012 s. 70 dra slutsatsen att hantering av ca 500 gram amfetamin många gånger — och under förutsättning att det inte förekommer omständigheter som talar i motsatt riktning — kan vara att bedöma som ett grovt brott. Eftersom den aktuella mängden ecstasy i princip motsvarade 500 gram amfetamin (i båda fallen ca 5 000 missbruksdoser) gjorde sig motsvarande tumregel gällande i detta fall. Också i detta fall ansågs emellertid finnas faktorer som gjorde att brottet inte skulle bedömas som grovt. Här anfördes att det var fråga om en kort tids förvaring, att delaktigheten i och för sig varit självständig, men också passiv och okvalificerad samt att den tilltalade inte hade någon del av vinningen av brottsligheten. Straffvärdet ansågs motsvara fängelse i ett år och sex månader. Det förhållandet att den tilltalade beträffande majoriteten av tabletterna endast bedömdes ha likgiltighetsuppsåt ansågs inte i nämnvärd grad påverka straffvärdet. (Den tilltalade som gjort sig skyldig också till annan brottslighet dömdes för den samlade brottsligheten till fängelse i två år och sex månader.) Ett justitieråd var skiljaktigt beträffande motiveringen och ville för sin del ge en väsentligt kortare motivering av avgörandet.

I NJA 2012 s. 528 bedömdes innehav av 87 gram kokain i överlåtelsesyfte utgöra grovt narkotikabrott. I rättsfallet uttalas att kokain är farligare än amfetamin och ecstasy och därför inte kan hänföras till samma kategori av preparat. Om inga andra omständigheter av betydelse har kommit fram gäller, enligt Högsta domstolen, som riktpunkt för grovt brott att en hantering av ungefär 100 gram, som utgör strax över 1 000 missbruksdoser, kan vara att hänföra till grovt brott. I fallet var fråga om innehav för försäljning utan koppling till eget missbruk och det utpräglade försäljnings- och vinstsyftet ledde — trots att mängden alltså något var något mindre än den riktpunkt som domstolen uppställt för vad som kan utgöra grovt brott — domstolen till bedömningen att straffvärdet översteg minimistraffet för grovt narkotikabrott med tre månader.

I ”Cannabissmugglingsdomen” NJA 2012 s. 535 behandlas bedömningen av s.k. kurirer. De båda tilltalade hade transporterat drygt 67 kg cannabis en sträcka i Danmark och sedan, på färja, över gränsen till Sverige och Helsingborg. I fallet konstateras att en gärning som innefattar att narkotika förs in i landet får anses ha ett visst högre straffvärde än gärningar som saknar ett sådant moment. Samtidigt be-

tonar Högsta domstolen att kuriren många gånger hålls ovetande om verksamhetens organisation, att det i regel utgår begränsad ersättning i relation till den risk som kuriren tar och att det inte sällan framstår som att kuriren utnyttjas av den eller de som står bakom narkotikahandeln. I sammanhanget konstateras också att det får accepteras i vad man skulle kunna kalla de kontextlösa fallen (se härom undertecknad i SvJT 2011 s. 666 f.) att sort och mängd av narkotika blir avgörande både för gradindelningen och för straffvärdet. Vad gäller riktpunkter för grovt brott anges, med hänvisning till NJA 2012 s. 144, att cannabis är en mindre farlig drog än amfetamin och riktpunkten vid amfetamin satts vid ca 500 gram motsvarande ungefär 5 000 missbruksdoser. Mot den bakgrunden angavs att en riktpunkt för cannabis kan vara att en hantering av ca 5 kg (motsvarande 12 000 missbruksdoser mellan 0,3 och 0,5 gram) ofta är att bedöma som grovt brott.

I fallet tas också åter upp frågan om det finns ett tak för betydelsen av mängden narkotika och Högsta domstolen förtydligar här vad som sagts i NJA 2012 s. 144, nämligen att det finns en gräns för hur högt man kan komma enbart med stöd av mängden narkotika. Vad gäller cannabis sägs att mängden, om det inte rör sig om alldeles extrema fall, inte bör kunna föranleda ett så strängt straff som fängelse fem år. Se i den delen vad som sagts om införandet av synnerligen grovt narkotikabrott i anslutning till NJA 2012 s. 144 strax ovan.

I det enskilda fallet bedömdes brotten som grova med ett straffvärde motsvarande fängelse i fyra år och sex månader. Domstolen beaktade bl.a. att gärningarna omfattat en mycket stor mängd narkotika, att narkotikan genom gärningarna transporterats in i Sverige samtidigt som det inte framkommit att de haft någon närmare kännedom om hur den bakomliggande brottsligheten varit upplagd eller om vilken omfattning den haft.

Högsta domstolen återkom i NJA 2012 s. 650 till bedömningen av mefedron. I detta fall låg fokus på gränsdragningen mellan brott av normalgraden och ringa brott.

Vad gäller rubriceringsfrågan uttalar Högsta domstolen följande:

> 6. Av 2 § narkotikastrafflagen framgår att arten och mängden narkotika är av betydelse när det gäller bedömningen av om ett narkotikabrott ska anses som ringa. I förarbetena till 1993 års ändringar i bestämmelsen framhölls att ett narkotikabrott ska anses som ringa endast om det med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som lindrigt och att arten och mängden narkotika därvid har särskild betydelse. Det ringa brottet bör, sades det, i huvudsak vara förbehållet gärningar som består i eget bruk eller innehav för eget bruk. I fråga om innehav för eget bruk av amfetamin uttalades t.ex. att den då enligt praxis gällande gränsen åtta gram borde sänkas något. (prop. 1992/93:142 s. 16 f.) HD har därefter med hänvisning till nämnda förarbetsuttalanden bedömt ett innehav av åtta gram amfetamin som narkotikabrott av normalgraden (NJA 1997 s. 522; se även HD:s dom den 20 september 2012 i mål B 1607-11 p. 6 [NJA 2012 N 28]). Redan i ett tidigare rättsfall, NJA 1986 s. 736, hade innehav av en påse med fem–tio gram

amfetamin bedömts som narkotikabrott och inte som narkotikaförseelse (den tidigare benämningen på ringa brott).

I en senare punkt (p. 18), vid bedömningen av det enskilda fallet, uttalas mot denna bakgrund att innehav av fem gram eller mer ska bedömas som narkotikabrott av normalgraden, att innehav av upp till åtta gram motsvarar minimistraffet om fjorton dagar, att innehav av tio gram motsvarar fängelse i en månad och innehav av femton gram motsvarar fängelse två månader.

I målet uttalar Högsta domstolen vidare (p. 8–11) att det också vid narkotikabrott av normalgraden, när straffvärdet inte är högre än en månad, kan komma i fråga med villkorlig dom i förening med dagsböter eller skyddstillsyn. Till följd bl.a. av att skyddstillsyn är en mer ingripande påföljd än villkorlig dom och att skyddstillsyn kan förenas med olika slags föreskrifter som kan ge påföljden ytterligare skärpa finns ett något större utrymme att döma till skyddstillsyn. Vid högre straffvärden finns, i princip, skäl för fängelse, men en icke-frihetsberövande påföljd kan likväl komma ifråga om den kan förenas med samhällstjänst (eller, kan man tillägga, det föreligger andra särskilda skäl). En icke-frihetsberövande påföljd i förening med samhällstjänst kan enligt rättsfallet komma ifråga om det väsentligen gäller innehav av narkotika för eget bruk, dvs. fråga får inte vara om distribution av narkotika, och straffvärdet inte är högre än att det motsvarar fängelse i tre månader.

I det enskilda fallet bestämdes, beträffande tre tilltalade som gjort sig skyldiga till flera brott (vissa av normalgraden och vissa ringa brott), påföljden till villkorlig dom i förening med samhällstjänst. Beträffande två av de tilltalade som gjort sig skyldiga till grov narkotikabrottslighet (bl.a. smuggling) bestämdes påföljden till längre fängelsestraff.

Innehav av 50 tabletter ecstasy bedömdes i ”Femtiotablettersdomen” NJA 2012 s. 849 utgöra brott av normalgraden — här byggde Högsta domstolen på att det vid amfetamin fordras ungefär 50 missbruksdoser för att nå upp till normalgraden — medan innehav av fem tabletter vid två tillfällen bedömdes utgöra två ringa brott. Det förhållandet att fem av de 50 tabletterna överlåtits ansågs, med hänsyn till att det rörde sig om en begränsad mängd och att den skedde till nära bekanta som missbrukade, inte ses som beaktansvärt försvårande. Straffvärdet för den samlade brottsligheten bedömdes motsvara 21 dagars fängelse. Högsta domstolen uttalade här att bötesbrottslighet normalt har liten eller ingen påverkan på den samlade brottslighetens straffvärde, men att det finns ett större utrymme för att låta bötesbrottslighet påverka det samlade straffvärdet när det ligger nära fängelseminimum. Det ansågs visserligen föreligga billighetsskäl (bestående i att den tilltalade berättat frivilligt om de båda innehaven om fem tabletter), men dessa ansågs inte leda till att straffmätningsvärdet

skulle motsvara endast fjorton dagar. I enlighet med vad som uttalats i NJA 2012 s. 650 ansågs det finnas förutsättningar för att utdöma en icke-frihetsberövande påföljd och påföljden bestämdes till villkorlig dom och böter. Vad gäller straffmätningen av böterna följer av fallet att brottslighetens art av systematiska skäl bör kunna föranleda ett högre antal dagsböter — ”[b]rottets art är en faktor som kan tala för en strängare påföljd än villkorlig dom” och det är ”då rimligt att domstolen i det enskilda fallet först använder de möjligheter som finns för att skärpa den villkorliga domen, innan den konstatera att en strängare påföljd måste användas”. Eftersom gränsen för när villkorlig dom med böter kan användas går vid en månad bör det maximala antalet dagsböter (200) då utdömas. Vid 21 dagars straffmätningsvärde ska antalet dagsböter bestämmas till 140.

I NJA 2016 s. 279 var gränsdragningen mellan ringa brott och brott av normalgraden avgörande för om två fall av narkotikasmuggling avseende bl.a. svamp innehållande psilocin var preskriberade. Psilocin (och psilocybin) ansågs i farlighets- och straffvärdehänseende närmast vara att jämställa med ecstasy (och LSD och amfetamin). Gränsdragningen mellan ringa brott och brott av normalgraden ansågs mot bakgrund av Högsta domstolens tidigare praxis avseende bl.a. ecstacy, amfetamin och mefedron böra göras på motsvarande sätt, dvs. vid 50 missbruksdoser. Vad gäller storleken på en missbruksdos var underlaget bräckligt och obestämt; en missbruksdos kunde ligga någonstans mellan ett och tre gram torkad svamp. Högsta domstolen höll sig i mitten och angav att som utgångspunkt bör gälla att narkotikasmuggling bör anses som ringa vid mängder understigande 100 gram. Med den utgångspunkten var båda de åtalade gärningarna att bedöma som ringa brott och därmed preskriberade.

Som redan nämnts infördes år 2016 rubriceringen synnerligen grovt narkotikabrott. Frågan om ett brott utgjort ett sådant synnerligen grovt brott bedömdes för första gången i ”Grillen” NJA 2017 s. 814. I målet var fråga om en person som bedrivit organiserad handel med kokain och cannabis bl.a. i anslutning till en grillkiosk. Mängden narkotika uppgick till drygt ett kilo kokain och 700 gram cannabis. Mängden kokain fick i och för sig anses vara en särskilt stor mängd, men inte synnerligen stor och cannabisen var av underordnad betydelse för rubriceringen. Den tilltalade hade ett bestämmande inflytande över åtminstone en del av verksamheten. Verksamheten hade bedrivits i relativt stor omfattning och varit ägnad att ge vinst. Den hade också haft en viss grad av organisation med en tydlig rollfördelning, men fråga var samtidigt om en lokal verksamhet som bedrevs av ett mindre antal personer. Mot den bakgrunden kunde verksamheten inte betecknas som ett led i en särskilt kvalificerad form av organiserad brottslighet. Försäljningsmetoden ansågs heller inte vara särskilt effektiv eller hänsynslös. Vid en samlad bedömning kom Högsta domstolen fram till att det varit fråga om en mycket allvarlig

narkotikabrottslighet, men att den inte kunde kvalificeras som ett synnerligen grovt brott. Straffvärdet ansågs motsvara fängelse i fem år och sex månader och påföljden bestämdes, efter att det beaktats att den tilltalade varit häktad med restriktioner, till fängelse i fem år och fyra månader.

Högsta domstolen gjorde motsvarande bedömning i ”Lönnfacken II” NJA 2018 s. 677 där den tilltalade hade smugglat 19,95 kg metamfetamin. Mängden ansågs vara särskilt stor, men inte synnerligen stor. Förfaringssättet ansågs ha präglats av viss förslagenhet, men inte sådan särskild förslagenhet som krävs för att brottet ska bedömas som synnerligen grovt. Sammantaget ansågs vara fråga om mycket allvarlig narkotikasmuggling som emellertid inte kunde kvalificeras som synnerligen grov. Straffvärdet ansågs motsvara fängelse i fem år och sex månader varvid mängden gavs betydelse (i skärpande riktning) också inom ramen för straffskalan för grovt brott.

I ”Lönnfacken I” NJA 2018 s. 150 bedömdes emellertid smuggling av 10 093 gram heroin, 7 047 gram kokain och 1 914 gram cannabisharts redan med hänsyn till mängden farlig narkotika utgöra synnerligen grov narkotikasmuggling. Straffvärdet ansågs för en av de tilltalade motsvara fängelse i sju år och för den andre fängelse i åtta år. Sorten och mängden ansågs, med hänsyn till att dessa omständigheter varit avgörande för rubriceringen, bara i begränsad omfattning kunna ges ytterligare betydelse inom ramen för den tillämpliga högre straffskalan. Fråga hade emellertid varit om sådana mängder heroin och kokain att sorten och mängden borde få visst genomslag också vid straffvärdebedömningen inom skalan. Att den ena tilltalade dömdes till ett strängare straff än den andre berodde på att han i högre grad än den andre varit delaktig, bl.a. medverkat i planeringen, haft en aktiv roll och tagit egna initiativ för att underlätta smugglingsbrottet.

I ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 bedömdes ett narkotikabrott bestående i framställning av narkotika i smärtlindringssyfte av flera skäl — syftet var inte att åstadkomma rus utan att lindra smärta, narkotikan hade låg THC-halt och risken att narkotikan skulle komma i händerna på andra var i princip utesluten — som atypiskt, varvid mängden narkotika inte tillmättes någon egentlig betydelse vid rubriceringen (dvs. domstolen följde inte gränsvärdena enligt tabell). Gärningen bedömdes som ringa. Straffvärdet bedömdes med utgångspunkt i gärningens atypiska karaktär och med beaktande av 29 kap. 3 § första stycket 5 ligga inte obetydligt under fängelseminimum.

När sort och mängd ges stor betydelse för straffvärdebedömningen (och det ges dessa faktorer även efter Högsta domstolens nya narkotikapraxis), så får man på köpet frågan hur man ska se på narkotikans renhetsgrad. Samma mängd narkotika kan motsvara 100 eller 200 gram beroende på t.ex. hur den är utblandad. Av NJA 2013 s. 321 följer att det ska beaktas om ett narkotiskt preparat har en halt verksam

substans som tydligt skiljer sig från vad som är vanligt. Högsta domstolen framhåller *att* det ofta finns anledning att utgå ifrån en relativt normal renhetsgrad, *att* mindre variationer i renhetsgraden inte är ägnade att påverka den straffrättsliga bedömningen i någon mer betydande utsträckning, men *att* det bör beaktas om preparatet har en renhetsgrad som påtagligt skiljer sig från vad som är vanligt. Renhetsgradens betydelse är normalt störst vid allvarligare narkotikabrottslighet, men den måste, enligt domstolen, kunna påverka bedömningen också vid ringa brott. I rättsfallet bekräftas också tumregeln att utrymmet för att bedöma ett narkotikabrott som ringa är begränsat om narkotika har överlåtits eller om den har innehafts i överlåtelsesyfte.

Se även beträffande straffvärdebedömningen vid grovt dopningsbrott NJA 2016 s. 859.

4.2.3 Skattebrottslagen (1971:69)

Av NJA 2016 s. 891 framgår att det i enlighet med allmänna principer för domstols prövning åligger allmän domstol att i ett brottmål självständigt ta ställning till frågor om skattskyldighet och att det gäller även om saken har prövats inom ramen för skatteprocessen. Det betyder, även om allmän domstol vid bedömning av rent skatterättsliga frågor normalt kan utgå från det resultat som en förvaltningsdomstol har kommit fram till, att det inte finns något principiellt hinder mot att den som ansetts vara icke-skattskyldig i visst avseende döms för skattebrott. I målet gjordes en sådan självständig prövning med just ett sådant resultat.

Det förhållandet att ett likartat förfarande upprepas innebär, enligt ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634, inte taget för sig att brottsligheten kan bedömas vara systematisk på det sätt som krävs för att det ska vara fråga om grovt skattebrott (i fallet var fråga om upprepade oriktiga uppgifter om utgående och ingående mervärdesskatt). Det systematiska inslag som funnits beaktades i stället inom ramen för straffvärdebedömningen, och i enlighet med ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378, som ett skäl att vid tillämpningen av asperationsprincipen ge mindre reduktion än annars. Jfr även NJA 2016 s. 1143 som behandlas ovan i avsnitt 4.1.6.

En person som underlåtit att lämna kontrolluppgifter avseende anställd personal ansågs i NJA 2010 s. 306 inte ha förövat skattebrott, utan skatteredovisningsbrott enligt 7 § skattebrottslagen. Skälet till detta var att han gjort skatteavdrag för de anställda och att det mot den bakgrunden inte kunde anses visat att han haft uppsåt till att det skulle ske något skatteundandragande. Ett krav på uppsåt till skatteundandragande ansågs av Högsta domstolen böra uppställas med hänvisning till bestämmelsens tillkomsthistoria och förarbeten, trots att bestämmelsens ordalydelse närmast talar för att det är tillräckligt med uppsåt till fara för skatteundandragande.

Försvårande av skattekontroll enligt 10 § skattebrottslagen förutsätter enligt NJA 2013 s. 1067 att åsidosättandet av bokföringsskyldigheten leder till fara för att myndighets kontrollverksamhet försvåras i den rörelse som är bokföringspliktig. Tillräckligt är alltså inte att kontrollverksamhet avseende t.ex. rörelsens fakturamottagare försvåras. I målet ansågs inte relevant fara ha visats.

4.2.4 Lagen (2000:1225) om straff för smuggling

I NJA 2015 s. 24 ansågs ett fullbordat smugglingsbrott vara förövat när narkotika som förts in till Sverige via post anlänt till tullen eftersom någon anmälan om införseln inte hade gjorts.

Smuggling vid tre tillfällen avseende icke rabiesvaccinerade hundar från ett land där det finns en beaktansvärd risk för rabiessmitta ansågs i ”Hundsmugglingen” NJA 2018 s. 456 utgöra tre fall av grov smuggling. Härvid beaktades särskilt det starka intresset av att hålla Sverige fritt från rabies och att brottsligheten redan från början utövats med viss systematik och i vinningssyfte. Straffvärdet för de enskilda brotten ansågs motsvara minimistraffet om sex månaders fängelse och straffvärdet för den samlade brottsligheten fängelse i nio månader.

4.2.5 Miljöbalken

NJA 2011 s. 39 gällde ett åtal för oaktsamt miljöbrott enligt 29 kap. 1 § miljöbalken. Högsta domstolen framhöll att 29 kap. 1 § innehåller tre olika slags brott:

(i) utsläpp av ett ämne som i det enskilda fallet medför en miljöskadlig förorening,

(ii) utsläpp av ett ämne som i det enskilda fallet kan medföra en miljöskadlig förorening, och

(iii) utsläpp av ett ämne som typiskt sett kan medföra en miljöskadlig förorening.

Konstruktionens ansågs av Högsta domstolen innebära att (i) utgör ett skadedelikt, (ii) ett faredelikt och (iii) närmast ett delikt med presumerad fara.

Vid tillämpning av (iii), som det var fråga om i målet, krävs enligt domstolen inte att det i det enskilda fallet visas att det förelegat någon fara för miljöskadlig effekt. Det behöver exempelvis inte visas att den mottagande miljön är av viss beskaffenhet. Det avgörande är ämnets miljöskadlighet i sig och utsläppets storlek. Det utsläpp av bensin som det var fråga om ansågs uppfylla kraven enligt (iii).

I målet prövades också gärningsmannens oaktsamhet. Det konstaterades att den tilltalade befunnit sig i förarhytten under en del av den tid utsläppet pågick. Om han hade ägnat påfyllningen den uppmärksamhet han borde skulle han ha kunnat förhindra en betydande del av utsläppet (och den delen var inte av ringa betydelse). Av rätts-

fallet kan i oaktsamhetsdelen direkt utläsas att gärningen att inte övervaka påfyllningen var oaktsam (gärningen var gärningsculpös): han borde ha övervakat påfyllningen och det skulle ha hindrat utsläppet. I dessa skrivningar ligger emellertid också ett indirekt konstaterande av personlig oaktsamhet, dvs. att den tilltalade borde ha insett att utsläppet skulle ha kunnat ske: om han hade övervakat påfyllningen så hade han insett att bensin läckte ut och eftersom han borde ha gjort det som skulle ha lett till insikt är han personligt oaktsam. Vi kan också se att det är den personliga oaktsamheten (frånvaron av insikt) som leder till att personen förövar en gärning som är oaktsam (eftersom han inte inser ens risken för utsläpp så vidtar han inte de åtgärder som skulle ha förhindrat en betydande del av utsläppen). Rättsfallet har kommenterats av Dennis Martinsson i JT 2012–13 s. 651 ff.

Ett artskyddsbrott bestående i försäljning av en uppstoppad duvhök ansågs i ”Duvhöken” NJA 2012 s. 281 inte utgöra ringa brott. Duvhöken hade antagligen blivit uppstoppad någon gång på 1960-talet och inte dödats genom jakt. De intressen som avses bli skyddade genom straffbestämmelsen, bl.a. att skydda arter av vilda djur och växter och säkerställa deras bevarande genom kontroll av handeln med dem, ansågs vara av stor betydelse och därtill togs hänsyn till att möjligheterna till förhandskontroll genom myndigheternas försorg hade uteslutits. Rättsfallet har kommenterats av Stefan Karlmark i JT 2012–13 s. 434 ff.

I NJA 2016 s. 746 behandlades frågorna om TV-apparater och en bil utgjorde avfall i den mening som avses i 2008 års direktiv om avfall liksom om visst försök till export skett för återvinning (båda frågorna besvarades jakande). Eftersom fråga var om försök till otillåten avfallstransport och den tilltalade endast ansågs ha agerat med oaktsamhet ogillades åtalet (eftersom försök till brott förutsätter uppsåt).

4.2.6 Övrig specialstraffrätt

Utlänningslagen (2005:716)

I NJA 2010 s. 237 var frågan om det utgjorde människosmuggling att hjälpa två personer, som saknat pass och de tillstånd som krävts för inresa i Sverige, att med flyg resa in från Bangkok till Arlanda. Eftersom de ansökt om asyl vid en gatekontroll på flygplatsen ansågs de inte inresta i landet; för att så ska vara fallet fordras vid passering av yttre gräns att man har eller borde ha passerat gränskontrollen. Så hade alltså inte skett. Målet visades åter till hovrätten för behandling av frågan om medhjälp till organiserande av människosmuggling var förövat (brottet tar sikte på den som hjälper en utlänning att resa till Sverige utan pass eller de tillstånd som krävs för inresa i landet under förutsättning att den hjälpande inser eller har skälig anledning att anta att resan anordnats i vinstsyfte och genom sådan organiserad verksamhet som kriminaliseras i bestämmelsens första stycket). Se

även rättsfallet ”Tillstånd på felaktiga grunder” NJA 2017 s. 189 som behandlas ovan i avsnitt 3.1.1.

Frågan om rubricering av människosmuggling behandlas i ”Lernacken I” NJA 2017 s. 806. Av rättsfallet följer att människosmuggling i regel bör anses utgöra ringa brott om annat inte är bevisat än att det rör sig om en engångsföreteelse, brottet avser enstaka utlänningar och sker utan ersättning, allt under förutsättning att det inte finns några omständigheter som talar för en annan bedömning. Som omständigheter som kan tala för en annan bedömning utpekas bl.a. att gärningen varit planerad i mer påtaglig utsträckning samt att transport sker genom flera länder. I det enskilda fallet hade den tilltalade utan ersättning hjälpt två personer att olovligen komma in i landet och annat var inte visat än att gärningen skett utan ersättning och att fråga var om en engångsförseelse som varit föranledd av en stundens ingivelse att hjälpa två personer som befann sig i ett prekärt läge. Gärningen bedömdes utgöra ringa brott och påföljden bestämdes till böter (varvid det förhållandet att gärningen avsett två personer beaktades i höjande riktning). Jfr även bedömningarna i ”Lernacken II” NJA 2018 s. 229 I och II där de uppdragna riktlinjerna tillämpades (i båda fallen bedömdes fråga vara om brott av normalgraden). Också i ”Lernacken III” NJA 2018 s. 1073 — där tre journalister i samband med arbete med en programserie för TV tagit med sig en 15-årig flykting från Grekland till Sverige — ansågs vara fråga om brott av normalgraden eftersom resan gick genom flera länder varunder viss planering av resan skedde.

Vapenlagen (1996:67) och lagen (1988:254) om förbud mot knivar och andra farliga föremål

Ett vapenbrott där den tilltalade innehaft en skarpladdad pistol på allmän plats bedömdes — då inga andra omständigheter förelåg som starkt talade i annan riktning — i NJA 2016 s. 553 utgöra grovt vapenbrott (jfr de s.k. kvalifikationsgrunderna som särskilt pekar på innehav på vissa platser däribland allmän plats). Straffvärdet ansågs motsvara fängelse i ett år och två månader (det tillämpliga ministraffet var vid denna tid ett år). Motsvarande bedömning gällande rubriceringen gjordes i ”Den korta remisstiden” NJA 2018 s. 743.

Transport av fem automatkarbiner, magasin och närmare 400 skarpa patroner i bagageutrymmet på en taxi som de tilltalade åkte med bedömdes i ”Fem automatkarbiner” NJA 2017 s. 794 utgöra grovt, men inte synnerligen grov brott. Straffvärdet bestämdes till två år och sex månader och det tillämpliga minimistraffet för synnerligen grovt brott var tre år. Vid bedömningen beaktade domstolen att fem vapen bara med tvekan kan sägas vara ett stort antal vapen (jfr kvalifikationsgrunderna för grovt brott, ”flera vapen” och synnerligen grovt brott, ”stort antal vapen”, i lagtexten) samt att det finns ett behov att skapa utrymme för differentiering inom den givna straffskalan. Två

justitieråd var skiljaktiga och menade att vapenbrott borde bedömas som synnerligen grovt med ett straffvärde på tre år. Det kan med hänsyn till att rättsfallet blev omdiskuterat förtjäna att framhållas att alla domstolar såvitt avsåg bedömningen av brottets svårhet låg inom ett mycket begränsat intervall (från två år och sex månader till tre år).

I rättsfallet ”Bollträet” NJA 2011 s. 556 ansågs att ett bollträ (av en modell som var klart kortare än ett regelrätt basebollträ) omfattades av förbudet i 1 § lagen om förbud beträffande knivar och andra farliga föremål. Rättsfallet har kommenterats av Christoffer Wong i JT 2012–13 s. 442 ff.

Medförande av en matlagningskniv i en handväska på allmän plats ansågs i NJA 2016 s. 30 vara befogat och därför inte brottsligt enligt lagen om förbud beträffande knivar och andra farliga föremål. Den tilltalade hade haft med sig en kniv som var avsedd att användas både som bestick och för matlagningsändamål. Hon hade haft den med sig i syfte att använda den för att skära rabarber vid festförberedelser hos en vän. När hon var på väg hem, utan några planer på fortsatt uteliv, fick hon syn på några personer som slogs. Hon ställde ifrån sig handväskan och försökte avstyra bråket. När polis kom till platsen var hon mycket upprörd och hon kom därför att omhändertas varvid kniven uppmärksammades. Högsta domstolen framhöll att knivar måste kunna medföras till och från användande av olika fritidsaktiviteter där knivar är både naturligt och invändningsfritt från allmän synpunkt. Kniven förvarades dessutom på ett sätt som gjorde att risken att den skulle komma till användning var liten. I fallet går Högsta domstolen (se p. 19–26), med ledning av förarbetsuttalanden och tidigare praxis, igenom olika typfall och ger anvisningar om hur de bör bedömas. Det görs också vissa generella uttalanden om den ansvarsfrihetsregel som avser ringa fall (och som inte aktualiserades i målet). Rättsfallet har kommenterats av Andreas Anderberg i JT 2016–17 s. 119 ff.

Principiellt kan diskuteras om en typfallsgenomgång av det slag som görs i detta avgörande är något som bör ingå i ett prejudikat; bl.a. kan hävdas att Högsta domstolen här närmast tar på sig en normgivande roll (mycket lik bl.a. den som lagstiftaren intar vid skrivande av förarbeten) avseende situationer som inte aktualiseras av det fall domstolen har framför sig. Det kan emellertid svårligen förnekas att rättsfallet härigenom kommer att ge mer och vidare ledning än det annars hade gjort. Personligen tror jag att inte att det är önskvärt att inta någon ytterlighetsposition i detta avseende. Frågan kompliceras dessutom av att den rättsliga kontexten inte sällan kan vara av stor betydelse för bedömningen av det enskilda — och av att det inte finns några givna gränser för vilken kontext som är relevant vid bedömningen av en viss fråga.

Specialstraffrätt med ekonomisk inriktning

En person som fått skatteåterbäring och inte uppgivit detta vid en ansökan om försörjningsstöd ansågs i NJA 2013 s. 369 inte ha varit grovt oaktsam i den mening som avses i bidragsbrottslagen (2007:612). Högsta domstolen konstaterar i målet att straffansvaret för grovt oaktsamma gärningar i linje med förarbetena i första hand bör förbehållas beteenden som är ett utslag av medveten oaktsamhet, låt vara att det inte är uteslutet att beteckna också en omedveten oaktsamhet som grov. I målet ansågs inte visat att den tilltalade insett risken för att de uppgifter hon lämnade var oriktiga (dvs. att hon var skyldig att redovisa skatteåterbäringen). Medveten oaktsamhet förelåg alltså inte. Den tilltalade hade visserligen varit omedvetet oaktsam genom att inte förvissa sig om hur det förhöll sig, men utrymmet för att bedöma omedveten oaktsamhet som grovt angavs vara begränsat. Rättsfallet har kommenterats av Andreas Anderberg i JT 2014–15 s. 130 ff.

I NJA 2013 s. 987 ansågs det inte klarlagt att ett antal transaktioner bestående av köp av aktier på en reglerad marknad till stigande kurs varit otillbörliga på det sätt som förutsattes enligt 8 § i den då gällande lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att agerandet var ägnat att otillbörligt påverka priset på aktierna.

I ”Penningtvättshjälpen I–III” NJA 2018 s. 1010 I–III behandlades frågan om gradindelning och straffvärdebedömning vid penningtvättsbrott. Av rättsfallen följer att den norm som följer av ”Pälshäleriet” NJA 2013 s. 654 och som anger att en stöld (ett bedrägeri eller en förskingring) många gånger är att bedöma som ett grovt brott om värdet av det tillgripna motsvarar fem basbelopp kan användas också vid rubricering av penningtvättsbrott. Domstolen betonar emellertid också att det ska göras en nyanserad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, varvid det i första hand blir förhållandena vid själva penningtvättbrottet som kommer att vägas in vid sidan av det värde som brottet avser. I ”Penningtvättshjälpen I” och ”Penningtvättshjälpen II” ansågs redan med hänsyn till värdet att brotten var att bedöma som grova. I ”Penningtvättshjälpen III” låg värdet någonstans omkring den nivå vid vilken värdet i sig talar för att brottet ska bedömas som grovt (brottet avsåg 235 000 kr), men med hänsyn bl.a. till att den tilltalade mottagit pengarna utan uppsåt till deras brottsliga ursprung, och därför inte dömts för att ha ställt sitt konto till förfogande (gärningen var på så sätt atypisk), och att han intagit en underordnad roll och utfört penningtvättsgärningarna efter påtryckningar bedömdes brottet vara av normalgraden. Värt att notera är att den omständigheten att en person haft en underordnad roll beaktades vid rubriceringen trots att det är en sådan omständighet som normalt påverkar straffvärdet men inte gradindelningen (jfr ”Vakthållningen” NJA 2006 s. 577). I den delen framhåller Högsta domstolen, med hänvisning till NJA 2004 s. 354, att det vad gäller brottstyper

som är konstruerade så att personer som medverkar i ett brottsupplägg själva begår brott i gärningsmannaskap måste finnas utrymme att beakta den tilltalades roll i det större brottsupplägget också vid rubriceringen.

Övrigt

En person som tillhandahållit lokal för spelterminaler och organiserat spelverksamheten ansågs i NJA 2011 s. 858 ha anordnat automatspelet (i Sverige). Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att anordnandet av spelet skett av annan och att den tilltalades handlande möjligen var att anse som medverkan till ett lotteri som olovligen anordnats av annan (detta hade emellertid inte påstått s i målet).

I NJA 2012 s. 369 hade Högsta domstolen att (efter 2010 års reform av sjöfyllerilagstiftningen) ta ställning till om straffet för sjöfylleri skulle bestämmas till samma antal dagsböter som normalt ådöms för rattfylleri vid motsvarande alkoholkoncentration (80 vilket hade yrkats av riksåklagaren) eller om straffet skulle sättas lägre. Högsta domstolen uttalade att praxis som utvecklats vid rattfylleri inte omedelbart kan tjäna som vägledning. Som skäl anfördes bl.a. att någon generell skärpning av straffen för sjöfylleri inte kan antas ha varit avsedd av lagstiftaren, att förhållandena i sjötrafiken kan variera samt att det typiskt sett får anses föreligga en något mindre fara vid onykterhet i sjötrafik än i vägtrafik. Påföljden bestämdes till 50 dagsböter.

I NJA 2012 s. 634 ansågs anordnandet av en viss danstillställning inte kräva tillstånd varför ett åtal mot ordningslagen (1993:1617) ogillades. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att tillställningen åtminstone under kvällen utvecklats till en sådan tillställning som krävt tillstånd och att det då ålegat arrangörerna att avbryta tillställningen.

Frågan huruvida en tv-utsändning av ett idrottsevenemang hade verkshöjd hade i NJA 2015 s. 1097 betydelse för ett åtal för brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Så ansågs inte vara fallet.

Ett dopningsbrott, där innehavet mängdmässigt (gärningen avsåg ca 133 000 enheter) klart översteg vad som fick anses utgöra en särskilt stor mängd (jfr kvalifikationsgrunderna i 3 a § första stycket lagen, 1991:1969, om förbud mot vissa dopningsmedel), ansågs även om den tilltalades inblandning varit förhållandevis okvalificerad och haft visst samband med eget missbruk, i NJA 2016 s. 859 vara att bedöma som grovt. I fallet görs också (se p. 5–9) vissa generella uttalanden om rubricering och straffvärdebedömning när det gäller dopningsbrott varvid det bl.a. uttalas att det riktvärde om 50 000 enheter som växt fram i praxis kan tjäna till viss vägledning när det gäller att avgöra vad som ska bedömas som grovt dopningsbrott, låt vara att man vid dopningsbrott måste vara än mer försiktig än vid narkotikabrott med att tillmäta mängden betydelse.

Att i en överklagandeskrift ge uttryck för att tingsrättens ledamöter baserat en fällande dom enbart på det förhållandet att den tilltalade hade en viss etnisk bakgrund och baserat bedömningen på medvetet eller omedvetet rasistiska värderingar ansågs i NJA 2018 s. 215 inte ligga inom ramen för det betydande utrymme att lämna skriftliga synpunkter som finns för en part och dennes ombud. Agerandet ansågs följaktligen utgöra rättegångsförseelse enligt 9 kap. 5 § rättegångsbalken.

5 Påföljder, särskild rättsverkan m.m. (25–38 kap. brottsbalken)

5.1 Straffmätning och påföljdseftergift

5.1.1 Allmänna frågor om straffvärde

Straffvärdet för mord

Under den tid som denna rättsfallsöversikt avser har Högsta domstolen vid flera tillfällen berört straffmätningen vid mord. Bakgrunden kan beskrivas på följande sätt. I NJA 2007 s. 194 angavs tidsbestämt straff som en tydlig huvudregel. Livstidsstraffet skulle enligt avgörandet förbehållas de allvarligaste fallen. Rättsfallet ska läsas mot bakgrunden att andelen livstidsstraff hade ökat samtidigt som nådepraxis från ungefär år 1993 och framåt blivit strängare så att ett livstidsstraff kommit att motsvara 18–25 års fängelse i stället för (som tidigare) 12–16 års fängelse. Vid denna tidpunkt var straffskalan för mord vidare konstruerad på så sätt att den omfattade fängelse på tio år eller på livstid. Valet stod alltså mellan ett tidsbestämt straff på tio år eller ett livstidsstraff som i praktiken motsvarade 18 år. (Jfr i sammanhanget även lagen, 2006:45, om omvandling av fängelse på livstid.)

År 2009 ändrades straffskalan för mord (och vissa andra brott med livstid i straffskalan) på så sätt att det gjordes möjligt att döma till tidsbestämda straff på mellan tio och arton år; detta skedde genom att straffskalan konstruerades så att den omfattade fängelse på viss tid, lägst tio och högst arton år, eller på livstid.

Till detta ska läggas att bestämmelsen i 29 kap. 1 § under år 2010 ändrats i syfte att åstadkomma en skärpning av straffet för allvarliga våldsbrott (se prop. 2009/10:147 och bestämmelsens andra stycke enligt vilket det särskilt ska beaktas om gärningen har inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person).

I ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376 tillämpade Högsta domstolen den nya straffskalan och angav, på ett sätt som får sägas vara ganska normgivningsliknande, hur den skulle användas:

> 28. Utgångspunkten är alltså att den som gör sig skyldig till uppsåtligt dödande ska dömas för mord. För att gärningen ska vara att bedöma som dråp krävs att brottet är att anse som mindre grovt (se p. 10 och 24), dvs. omständigheterna sammantagna ska vara sådana att de framstår som klart förmildrande. Då bör utgångspunkten vara att straffvärdet motsvarar fängelse åtta år. Fängelse sex år bör tillämpas bara i de fall där omständigheterna är mycket förmildrande. Minimistraffet för mord, fängelse tio år, bör också re-

serveras för fall där den samlade bedömningen av de omständigheter som ska påverka straffet leder till att dessa är förmildrande, dock inte så klart förmildrande att ett fängelsestraff understigande tio år ska dömas ut (och gärningen ska bedömas som dråp).

29. En läsning av endast förarbetena till ändringen av straffskalan för mord (prop. 2008/09:118) leder till bedömningen att lagstiftaren då får antas ha haft uppfattningen att utgångspunkten för mord skulle vara fängelse tolv år. Efter lagändringarna den 1 juli 2010 är det dock berättigat att dra slutsatsen, att utgångspunkten för mord numera ska vara fängelse fjorton år. Livstids fängelse ska tillämpas endast i de undantagsfall då ett tidsbestämt fängelsestraff på arton år inte är tillräckligt, t.ex. då gärningsmannen har mördat mer än en person eller då omständigheterna annars är synnerligen försvårande.

30. Att utgångspunkten ska vara att straffet för ett mord ska bestämmas till fängelse fjorton år innebär att straffet normalt ska bestämmas till fängelse tolv år då omständigheterna sammantagna i någon mån talar för ett lägre straff och, som har nämnts i det föregående, tio år när det kan sägas att omständigheterna är förmildrande. För att straffet ska bestämmas till fängelse sexton år bör det tvärtom krävas att det kan konstateras att omständigheterna sammantagna tydligt talar för ett högre straff medan fängelse arton år bör tillämpas endast i de fall då omständigheterna är mycket försvårande, samtidigt som de inte är av sådant slag att livstids fängelse bör dömas ut. Att fängelse arton år ska tillämpas restriktivt har att göra bl.a. med att livstids fängelse enligt lagen (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid kan omvandlas till fängelse arton år samtidigt som livstids fängelse är ett svårare straff än ett tidsbestämt fängelsestraff.

I det enskilda fallet ansågs det i och för sig finnas skäl för livstids fängelse, men med hänsyn till gärningsmannens psykiska tillstånd vid gärningstillfället (personen led av en psykisk störning som emellertid inte var allvarlig på ett sådant sätt att 30 kap. 6 § kom i spel) och med stöd av 29 kap. 3 § bestämdes straffet till fängelse i arton år. Rättsfallet har kommenterats av Andreas Anderberg i JT 2013–14 s. 134.

Mot bakgrund av bl.a. avgörandet i ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376 och en allmän önskan om att fler som döms för mord ska dömas till livstids fängelse reformerades 3 kap. 1 § år 2014. Lagtexten ändrades då på följande sätt:

”fängelse på viss tid, lägst tio och högst arton år, eller på livstid” ändrades till

”fängelse på viss tid, lägst tio och högst arton år, eller, om omständigheterna är försvårande, på livstid”.

Vid tillämpning av dessa regler kom Högsta domstolen i ”Mordstraffskalan” NJA 2016 s. 3, inte utan fog, fram till att förändringen i lagtexten inte gav stöd för en ökad användning av livstidsstraffet på det sätt som förarbetena gav uttryck för och kom fram till att rättsläget inte ändrats genom reformen. I sammanhanget kan finnas skäl att fram-

hålla att lagstiftningstekniken var sällsam: genom att införa ett rekvisit som ska vara uppfyllt för användningen av livstidsstraffet skulle man indikera att livstidsstraffet skulle användas i ökad utsträckning. Straffet för mordet bestämdes till fängelse i 16 år med tillämpning av de riktlinjer som följer av ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376.

Två justitieråd var skiljaktiga och menade att det var möjligt att tillämpa bestämmelsen på ett sätt som var förenligt med det syfte som kom till uttryck i förarbetena. Också deras bedömning låter sig förstås försvaras: om man läser lagtexten utan att relatera den till den tidigare regleringen beror tillämpningsområdet på vad man lägger in i att ”omständigheterna är försvårande” och med den utgångspunkten fanns onekligen ett utrymme att följa förarbetena.

Rättsfallet är av principiell betydelse framför allt såtillvida att det indikerar att legalitets- eller förutsebarhetshänsyn kan ha betydelse också på påföljdsområdet (låt vara att det kan diskuteras om man, på sätt som sker i rättsfallet, bör hänföra de hänsyn som tas omedelbart till legalitetsprincipen).

Rättsfallet har utförligt kommenterats av undertecknad i Juridisk publikation 2016 s. 147 ff. och av Martin Sunnqvist i SvJT 2016 s. 541 ff.

Från politiskt håll var man av naturliga skäl inte nöjd med utfallet och i skrivande stund håller en reform av bestämmelsen på att genomföras, se prop. 2018/19:138. Förslagen i propositionen innebär att det i straffbestämmelsen om mord anges omständigheter som särskilt ska beaktas vid bedömningen av om ett livstidsstraff ska dömas ut, vilket — givet utformningen av de aktuella omständigheterna — antas leda till att mord som tidigare legat i den allra översta delen av intervallet tio till arton år i stället kommer att föranleda ett livstidsstraff. Enligt propositionen ska som skäl för livstid särskilt beaktas om gärningen föregåtts av noggrann planering, präglats av särskilt förslagenhet, syftat till att främja eller dölja annan brottslighet, inneburit svårt lidande för offret eller annars varit särskilt hänsynslös. Enligt uppgift pågår för närvarande också arbete inom riksdagen avseende lagstiftning som skulle innebära att ytterligare grunder för att utdöma livstidsstraff anges.

I NJA 2016 s. 809 tillämpades de principer som drogs upp i ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376 och gärningen, som rubricerades som mord, bedömdes ha ett straffvärde motsvarande fängelse i tolv år. Vid bedömningen beaktades bl.a. att det hade varit ett snabbt händelseförlopp, att våldet varit kortvarigt, att gärningen begicks med likgiltighetsuppsåt och att den fick antas vara åtminstone delvis föranledd av att gärningsmannen strax före hugget blivit slagen till marken och han som en följd av detta haft vissa svårigheter att kontrollera sitt handlande.

Rättsfallet ”Mordet vid återvinningsstationen” NJA 2018 s. 975 handlar primärt om bedömningen av den tilltalades psykiska tillstånd

(se närmare avsnitt 5.3), men i målet bestäms också straffvärdet för mordet. I målet förelåg flera påtagligt försvårande omständigheter, och straffvärdet bestämdes till 16 år efter beaktande av att den tilltalade led av en psykisk störning med en i viss mån nedsatt impulskontroll (jfr 29 kap. 3 §).

I det s.k. ”Balkongmålet” NJA 2015 s. 702, som i huvudsak fokuserar på frågor om bevisprövning, bestämdes påföljden för försök till mord till 14 år. Straffvärdet för ett fullbordat brott hade enligt Högsta domstolen varit 16 år och det förhållandet att brottet inte fullbordades ansågs böra föranleda endast en begränsad reduktion av straffvärdet (brottet bestod i att den tilltalade burit ut målsäganden på en balkong och därefter släppt eller kastat ned henne från sjätte våningen; försöket var alltså fulländat). Rättsfallet har kommenterats av Christian Diesen i JT 2015–16 s. 666 ff.

2010 års reform av 29 kap. 1 §

I ”Synnerligen grov misshandel?” NJA 2011 s. 89 behandlar domstolen den reform av 29 kap. 1 § som genomfördes år 2010 och enligt vilken det vid bestämmande av straffvärdet särskilt ska beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person. Högsta domstolen ifrågasatte den valda lagstiftningstekniken men framhöll samtidigt att det var klart att reformen syftade till en markerad höjning av straffnivåerna för allvarliga våldsbrott och att detta syfte bör respekteras inom ramen för vad som är förenligt med de genomförda lagändringarna (se p. 7 och 8). Domstolen kom också fram till att de förskjutningar som följer av reformen bör påverka inte endast straffvärdet utan också gradindelningen (se p. 9 och 10). (Att detta var tanken med reformen torde inte kunna ifrågasättas och slutsatsen är naturlig också mot bakgrund av det samband som finns mellan straffvärde och gradindelning.)

Betydelsen av 2010 års reform har sedermera påverkats av straffskaleskärpningar som gör att reformen i vissa delar förlorat sin betydelse. I rättsfallen ”Rånet i tobaksbutiken” och Rånet i guldsmedsbutiken” NJA 2018 s. 767 I och II uttalade Högsta domstolen, i två fall som gällde rån, följande (jfr ”Det grova överfallsrånet” NJA 2011 s. 466 p. 6):

29. I samband med 2017 års reform berördes förhållandet till 2010 års reform. Trots viss kritik av 2010 års reform fanns det enligt regeringen tillräckligt underlag för att dra slutsatsen att reformen haft viss effekt, men att det inte var visat att den lett till den generella höjning av straffen för allvarliga våldsbrott som eftersträvades. Av skäl som hade med straffrättskipningens stabilitet att göra kunde det enligt regeringen emellertid inte komma i fråga att överge 2010 års reform. Vad som enligt regeringen återstod var därför att genom punktvisa insatser förstärka effekten av 2010 års reform genom en skärpning av straffskalorna för de brottstyper som den avsåg. (Se [prop. 2016/17:108] s. 27, jfr s. 44.)

30. De reformer som har skett beträffande straffvärde och straffskalorna för bl.a. grovt rån får så förstås att skärpningen av straffskalorna är ägnad att åstadkomma den höjning av straffen för allvarliga våldsbrott som eftersträvades med 2010 års reform, dvs. att generellt höja straffnivån för sådana brott. De konkreta uttalanden som gjordes vid 2010 års reform rörande förändrade straffvärdenivåer får därmed anses vara överspelade när det gäller brott som omfattas av 2017 års ändringar.

Med hänsyn till Högsta domstolens uttryckliga uttalanden om 2017 års ändringar kan nämnas att den reformen innebär skärpta minimistraff för brottstyperna grov misshandel, synnerligen grov misshandel, grovt olaga tvång, grovt olaga hot, grovt rån och grov utpressning samt skärpta straff för brott mot lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor.

Av NJA 2015 s. 1024 följer att bestämmelsen kan påverka straffvärdebedömningen för vissa typer av våldtäkter (där det har rört sig om ett angrepp direkt riktat mot en annan person som har bestått i eller innefattat uppsåtlig allvarligare våldsanvändning). I det enskilda fallet ansågs emellertid den våldtäkt som var föremål för bedömning inte vara av sådant slag att det fanns skäl att tillämpa bestämmelsen. Straffvärdet ansågs, eftersom det saknades både försvårande och förmildrande omständigheter, motsvara minimistraffet för våldtäkt av normalgraden (två års fängelse).

I ”Sjuttioåringen” NJA 2017 s. 138 bedömdes 2010 års reform ha betydelse också för straffvärdebedömningen avseende vårdslöshet i trafik. Högsta domstolen pekade på att lagstiftaren framhållit att skärpningen avsågs medföra ett strängare straff än tidigare för vållande till annans död genom vårdslös bilkörning i berusat tillstånd samt att det inte fanns skäl att utgå ifrån att reformen skulle innebära en ökad skillnad mellan sådana fall där en gärning blott innebär fara för liv och hälsa och en gärning som innebär att faran realiseras.

Straffmätning vid flerfaldig brottslighet

I NJA 2011 s. 675 I och II ansågs det vid tillämpning av asperationsprincipen, med hänsyn till att det var fråga om flera missbruksrelaterade brott avseende narkotika med starka tidsmässiga samband, finnas skäl för en betydande avvikelse från vad som skulle följa av en ren kumulation av straffen. Bestämmelsen i 29 kap. 2 § 6 föranledde i NJA 2011 s. 675 I inte någon annan bedömning; när fråga är om upprepade förvärv av narkotika som beror på eget missbruk är sambandet mellan brotten i regel inte sådant att brottsligheten är systematisk i den mening som avses i bestämmelsen.

Av ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378 framgår att det förhållandet att flera mindre allvarliga brott förövats systematiskt kan beaktas som ett skäl, vid tillämpning av asperationsprincipen, att låta mängdreduktionen bli något mindre en annars och att detta kan ske inom ramen för den efterkontroll som alltid ska göras efter att

man ”räknat” fram straffvärdet för flerfaldig brottslighet. Motsvarande tillämpning sker i ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634.

Det kan diskuteras hur man ska se på betydelsen av ett samband mellan brotten vid straffmätningen avseende flerfaldig brottslighet. Som synes har Högsta domstolen uttalat att frånvaron av ett samband mellan brotten gör skälen för att avvika från kumulation svagare (jfr även ”Skärtorsdagsdomen” NJA 2008 s. 359 och NJA 2009 s. 485), dvs. samband är ett skäl för att låta asperationsprincipen få genomslag. Samtidigt kan sägas att förhandenvaro av ett samband kan vara en faktor som gör att det finns skäl att bedöma straffvärdet i ett sammanhang (det kan t.ex. gälla vid seriebrottslighet i närmast industriell skala liksom i fall där man förövar ett brott stegvis, t.ex. stjäl något värdefullt genom att ta en del i taget eller i fall där brottsligheten riktar sig mot samma målsägande och detta påverkar den skada brottsligheten orsakar), jfr här ”De upprepade förfalskningarna”. I detta sammanhang kan inte göras annat än att konstatera att det inte framstår som alldeles självklart hur man ska skilja olika falltyper ifrån varandra; så mycket torde emellertid kunna sägas att ett samband som drar mot det systematiska i regel minskar skälen för asperation, medan ett rent tidsmässigt samband som beror på en viss livssituation talar för en mer generös tillämpning av asperationsprincipen.

Vad gäller bedömande av det samlade straffvärdet för dels brottslighet på fängelsenivå, dels brottslighet på bötesnivå uttalade Högsta domstolen i ”Femtiotablettersdomen” NJA 2012 s. 849 att bötesbrottslighet normalt har liten eller ingen påverkan på den samlade brottslighetens straffvärde, men att det finns ett större utrymme för att låta bötesbrottslighet påverka det samlade straffvärdet när det ligger nära fängelseminimum. I fallet ansågs ett brott av normalgraden med ett straffvärde om något mer än 14 dagar och två bötesbrott ha ett samlat straffvärde på 21 dagar.

Andra allmänna frågor om straffvärde

Av NJA 2010 s. 592 följer att man vid straffmätningen kan slå i taket av straffskalan trots att det föreligger beaktansvärda billighetsskäl. Det har ibland ansetts att detta inte skulle vara möjligt eftersom straffvärdet inte kan vara högre än vad som anges i straffskalans maximum. I fallet godtar emellertid Högsta domstolen tanken att ”olika brott (av samma typ och grad) som alla har ett straffvärde som motiverar straffmaximum, ändå, såsom angetts i det föregående, kan ha mycket olika straffvärde”. Ett mycket högt straffvärde härvidlag kan när det gäller billighetsskälen då inverka på den skälighetsbedömning som ska göras enligt 29 kap. 5 §, på ett sådant sätt att förekomsten av billighetsskäl inte nödvändigtvis innebär att straffet ska sättas under straffmaximum. Det ska sägas att frågan sällan aktualiseras vid annan brottslighet än narkotikarelaterad sådan och problemet bör även såvitt avser sådan brottslighet ha blivit mindre framträdande efter Högsta dom-

stolens normalisering av straffmätningen vid narkotikabrott. Rättsfallet har kommenterats av Sandra Friberg i JT 2010–11 s. 713 ff. (Se även undertecknad i Ikke kun straf, Festskrift til Vagn Greve (2008) s. 21 ff.)

I NJA 2015 s. 45 beaktades det publicistiska syfte som funnits med ett vapeninköp (vapen inköptes av en journalist för att belysa hur lätt det var att skaffa vapen) vid straffvärdebedömningen av ett vapenbrott. Här hänvisades bl.a. till den allmänna bestämmelsen i 29 kap. 1 § andra stycket enligt vilken det ska beaktas vilken fara gärningen inneburit och de avsikter och de motiv som den tilltalade haft. Det hänvisades också till bestämmelsen i 29 kap. 3 § andra stycket och den regel som där finns om att straffminimum kan underskridas som det är motiverat med hänsyn till straffvärdet (det förutsätts inte att någon av punkterna i 29 kap. 3 § är tillämplig för att andra stycket ska kunna tillämpas). Vapenbrottet bedömdes på flera sätt som atypiskt. Innehavet var kortvarigt och omfattade inte ammunition. Avsikten var att omedelbart överlämna vapnet till polisen (vilket också skedde). Det fanns ingen risk för att vapnet skulle komma till användning och därtill hade innehavet samband med ”ett brett upplagt reportagearbete, avsett att spegla olika aspekter av ett allvarligt samhällsproblem”. Sammantaget ansågs finnas förutsättningar att gå under straffminimum och döma till böter. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att vapenbrottet skulle bedömas som ringa brott och att antalet dagsböter skulle sättas lägre. (Förutsättningar för påföljdseftergift ansågs inte finnas. Detta följer nog redan av att sådan bara kan meddelas med hänvisning till sådana skäl som anges i 29 kap. 5 §, dvs. billighetsskäl. I detta fall var det i princip uteslutande straffvärdeskäl som talade i mildrande riktning.)

Straffvärdebedömningen avseende särskilda brott

3 kap. Straffvärdet för grovt vållande till annans död behandlades i ”Rydaholmsfallet” NJA 2012 s. 79. Vid bedömningen beaktades att den tilltalade haft en mycket hög promillehalt vid gärningen (klart över 2,5 promille) och att körningen varit påtagligt vårdslös. Vidare gavs den skärpning av minimistraffet som skedde år 2010 och som hade sin grund i en skärpt syn på allvarliga våldsbrott och därmed sammanhängande brottstyper genomslag vid bedömningen. Straffvärdet för den samlade brottsligheten som inkluderade flera andra brott ansågs motsvara fängelse i tre år. Härvid konstaterades att de straffvärdepåverkande omständigheterna var gemensamma för flera av de brott mannen dömdes för och att de därför inte kan ges fullt genomslag för vart och ett av brotten när den samlade brottslighetens straffvärde ska bedömas.

4 kap. I NJA 2013 s. 1227 ansågs straffvärdet för olaga förföljelse, ofredande och överträdelse av kontaktförbud i visst fall motsvara fängelse i fyra månader.

5 kap. Ett grovt förtalsbrott som bestod i en livesändning av en våldtäkt på Facebook ansågs i ”Facebookmålet” NJA 2018 s. 562, efter visst beaktande av att den dömde hade en funktionsnedsättning som gjort att han haft nedsatt förmåga att inse gärningens innebörd och dess konsekvenser (jfr 29 kap. 3 § första stycket 3), ha ett straffvärde motsvarande fängelse i fyra månader. (Påföljden innefattade också ett ringa narkotikabrott som emellertid angavs sakna nämnvärd betydelse för påföljdsbestämningen.)

6 kap. Straffvärdet för en grov våldtäkt bedömdes i NJA 2016 s. 819 motsvara fängelse i fyra år och åtta månader. Med hänsyn till att den tilltalade också gjort sig skyldig till narkotikasmuggling och narkotikabrott bestämdes straffet för den samlade brottsligheten till fängelse i fem år.

Straffvärdet för sexuellt utnyttjande av barn vid tio tillfällen ansågs i NJA 2014 s. 990 motsvara fängelse i fyra månader. Härvid beaktades att gärningarna var begångna inom ramen för en ömsesidig kärleksrelation, att samlagen var helt frivilliga och att målsäganden skulle fylla 15 år om drygt ett halvår och en jämförelse gjorde med den straffvärdebedömning som gjorts i NJA 2006 s. 79 I.

I NJA 2015 s. 948 bedömdes straffvärdet för sexuellt utnyttjande av barn motsvara närmare åtta månader med beaktande dels av de omständigheter som haft betydelse för rubriceringen, dels av det förhållandet att den tilltalades handlande i någon mån stått i samband med hans bristande utveckling (29 kap. 3 § första stycket 3).

Straffvärdet för samlag med avkomling ansågs i ”Samlag med avkomling” NJA 2015 s. 826 motsvara sex månader. Hänsyn togs bl.a. till att fadern och dottern inte hade levt tillsammans under någon del av dotterns liv och att de haft mycket begränsad kontakt under uppväxten, men också till att dottern befunnit sig i en utsatt situation den aktuella kvällen och natten och att fråga varit om fyra oskyddade samlag under vilka fadern dock inte fått utlösning.

8 kap. Påföljden för 24 stölder av normalgraden, 26 bedrägerier av normalgraden, narkotikabrott och ringa narkotikabrott bestämdes i ”Bagagestölderna” NJA 2016 s. 1143 till fängelse i två år och tre månader.

9 kap. Se ”Pälshäleriet” NJA 2013 s. 654 beträffande frågorna om gradindelning och straffmätning vid häleri (rättsfallet behandlas i detta avseende närmare ovan i avsnitt 4.1.7). Utöver vad som där sägs om gradindelningsfrågan uttalar Högsta domstolen också att man vid

häleribrottslighet, utifrån värdet på godset, når upp till ett straffvärde på ett år när godsets värde är ungefär 18 basbelopp.

Av ”Penningtvättshjälpen I–III” NJA 2018 s. 1010 I–III, som ansluter till ”Pälshäleriet, kan utläsas att vid penningtvättsbrott:

— ett värde om ungefär fem basbelopp talar för ett straffvärde på sex månader (jfr hänvisningarna till ”Pälshäleriet” samt III),

— ett värde om ungefär 18 basbelopp motsvarar ett straffvärde på ungefär ett år (jfr hänvisningarna till ”Pälshäleriet”),

— ett värde om ca 40 basbelopp talar för ett straffvärde motsvarande ungefär ett år och sex månader (jfr II), samt

— ett värde om ca 650 basbelopp talar för ett straffvärde motsvarande ungefär tre år och sex månader (jfr I).

I rättsfallen uttalas också att omständigheter täckta av oaktsamhet i princip kan beaktas vid straffvärdebedömningen av ett uppsåtsbrott under förutsättning att gärningen är kriminaliserad också om den har begåtts av oaktsamhet (och att omständigheten förs in i processen), se ”Penningtvättshjälpen I” p. 18 (motsvarande punkt finns också i II och III). I det enskilda fall där detta möjligen kunde ha blivit aktuellt (”Penningtvättshjälpen III”), hade emellertid inte gjorts gällande att gärningen i de delar som inte var uppsåtliga hade begåtts av oaktsamhet.

10 kap. Vad gäller straffvärdet för flera fall av grovt mutbrott och grov bestickning (numera grovt tagande respektive givande av muta) som avsåg brott begångna för att påverka bedömningarna vid förarprov för körkort anslöt sig Högsta domstolen i NJA 2012 s. 307, beträffande tre av tilltalade, till den straffvärdebedömning som hovrätten gjort. Straffvärdet ansågs motsvara fängelse i två år, fängelse i ett år respektive fängelse i åtta månader. Beträffande en tilltalad som gjort sig skyldig till medhjälp tillämpades 23 kap. 5 § för att underskrida straffminimum och straffvärdet bedömdes motsvara fängelse i fyra månader (se avsnitt 3.2.3).

11 kap. Se, beträffande straffvärdet för grovt bokföringsbrott, ”Företagsboten och fängelsestraffet” NJA 2012 s. 826.

12 kap. Straffvärdet för olovligt fällande av fyra uppvuxna tallar på en annan persons mark ansågs i NJA 2015 s. 199 motsvara 80 dagsböter.

14 kap. Straffvärdet för förfalskning av identitetskort och liknande handlingar bedömdes i ”De upprepade förfalskningarna” NJA 2018 s. 378 i varje enskilt fall ha ett straffvärde motsvarande fängelse i två till fyra månader.

Straffvärdet för missbruk av urkund där en person använt en annan persons identitetshandlingar för att ”köra upp” bedömdes i ”Förarprovet” NJA 2016 s. 95 motsvara fängelse i fyra månader.

15 kap. Flera fall av falsk tillvitelse (avseende bl.a. våldtäkt, misshandel, grov våldtäkt) som bl.a. lett till att förundersökning om brott inletts och till frihetsberövande av målsäganden bedömdes i NJA 2015 s. 1008 som utgångspunkt ha ett straffvärde motsvarande fängelse i tio månader. I rättsfallet anges att det därutöver i förmildrande riktning ska beaktas att den tilltalade haft nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande, jfr 29 kap. 3 § första stycket 2 (det anges emellertid inte i vilken utsträckning detta påverkar straffvärdet).

Trafikbrottslagen. Vid grovt rattfylleri med en alkoholkoncentration som är mycket hög medför, enligt NJA 2015 s. 895, alkoholkoncentrationen i sig att straffvärdet för gärningen överstiger fängelse i en månad även om inga andra försvårande omständigheter föreligger. I fallet var fråga om förande av bil med 3,0 promille. Även om några andra försvårande omständigheter inte förelåg ansågs straffvärdet motsvara fängelse i två månader.

Straffvärdet för grovt rattfylleri och grov vårdslöshet i trafik ansågs i ”Sjuttioåringen” NJA 2017 s. 138 motsvara fängelse i sex månader. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att straffvärdet låg på nio månader.

Immaterialrättslig lagstiftning. Vad gäller straffvärdebedömningen vid varumärkesintrång framhöll Högsta domstolen i ”De kinesiska kullagren” NJA 2014 s. 559 att det primära skyddsintresset är varumärkesinnehavarens rätt att bestämma över användningen av varumärket, men att det vid sidan härav bör beaktas om det finns en tredje man (eller flera tredje män) som köpt en annan vara än hen antagit, med de risker det kan innebära. Högsta domstolen öppnar vidare för att också andra negativa effekter av intrånget kan vara att beakta.

I avgörandet konstaterade Högsta domstolen också — vilket framstår som naturligt — att det för straffvärdebedömningen saknar betydelse att det i varumärkeslagen (2010:1877) finns en åtalsregel som innebär att åtal bara ska väckas i vissa fall. Straffvärdet för de aktuella brotten — som bl.a. bestod i att saluföra kopior av kullager av känt märke — bedömdes motsvara fängelse i åtta månader.

Straffvärdet för ett trettiotal brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (som avsåg fildelning av drygt 100 filmer och serier) i kombination med delaktighet i administrationen och utvecklingen av den ifrågavarande fildelningstjänsten ansågs i ”Biosalongen” NJA 2017 s. 446 motsvara fängelse i sex månader. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att straffvärdet motsvarade fängelse i åtta månader.

Påföljden för 51 brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (bestående i fildelning av filmer) bestämdes i NJA 2014 s. 859 i enlighet med straffvärdet till 180 dagsböter. Brottsenheten bestämdes i princip utifrån den upp- och nedladdning som skett i ett tidsmässigt sammanhang. Även om brottsligheten förutsatt en ”användning” av nätverk som ingår i större organiserad brottslighet och även om brottsligheten varit upprepad och likartade kunde den enligt Högsta domstolen, bl.a. med hänsyn till att den tilltalade inte haft något kommersiellt syfte och till att brotten inte kunde begås på annat sätt än som skett, inte anse vara sådan att 29 kap. 2 § 6 var tillämplig. Även om brottsligheten varit tämligen omfattande ansågs påföljden, bl.a. med beaktande av principen om flerbrottslighetens avtagande betydelse, böra bestämmas till ett kraftigt bötesstraff.

Vapenlagen. I NJA 2016 s. 553 ansågs straffvärdet för ett grovt vapenbrott motsvara fängelse i ett år och två månader, dvs. något överstiga vad som enligt den tillämpliga lagstiftningen utgjorde minimistraffet för grovt brott (minimistraffet har sedermera höjts till två år). Här beaktades bl.a. att innehavet avsåg en skarpladdad halvautomatisk pistol med relativt hög eldkraft. Vapnet fanns lättillgängligt och var klart att använda. Han innehade vapnet efter att ha intagit narkotika och kände sig enligt egen uppgift påverkad och oförmögen att tänka klart. I någon mån inverkande i sänkande riktning var att vapnet innehafts endast en kortare tid.

I ”Fem automatkarbiner” NJA 2017 s. 794 bedömdes innehav av fem automatkarbiner med tillhörande skarpladdad ammunition (transport i taxi genom Stockholm) ha ett straffvärde motsvarande två år och sex månader. Se närmare ovan avsnitt 4.2.6.

Brott enligt jordabalken. Straffvärdet för grova brott mot förbudet avseende förmedling mot ersättning i 12 kap. 65 a § jordabalken ansågs i NJA 2016 s. 540 vara åtta månader avseende en tilltalad och tio månader avseende en annan (de båda hade förövat sex brott tillsammans och därtill hade den förstnämnde förövat ett och den sistnämnde tre brott ensam). Den senare hade också gjort sig skyldig till grovt bokföringsbrott och straffvärdet för den samlade brottsligheten bedömdes, med tillämpning av de principer som följer av ”Skärtorsdagsdomen” NJA 2008 s. 359 och NJA 2009 s. 485 I–III (sambandet mellan brotten betonades), motsvara fängelse i ett år. (I sammanhanget kan noteras att tillämpningen av asperationsprincipen möjligen kan leda till olika utfall beroende på om man utgår ifrån de brott som avser 12 kap. 65 a § jordabalken eller om man utgår ifrån det grova bokföringsbrottet liksom om man behandlar de förra som en klump eller ser vart och ett av dem som ett mindre allvarligt brott.)

5.1.2 Försvårande och förmildrande omständigheter

Av NJA 2011 s. 563 framgår att det förhållandet att en person på grund av självförvållad berusning haft nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande i allmänhet inte ska beaktas som en förmildrande omständighet (jfr 29 kap. 3 § första stycket 2). Jfr även ”Samurajsvärdet” NJA 2012 s. 45 där alkoholreaktionen inte ansågs vara självförvållad.

I ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376 anges att de bevisbörderegler som gäller vid nödvärn (att bevisbördan ligger på åklagaren och att det för att åklagaren ska ha motbevisat en invändning krävs att bevisningen är sådan att invändningen framstår som obefogad) i princip gäller också vid en invändning om en sådan psykisk störning som aktualiserar en tillämpning av bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 2. Det anges emellertid särskilt att de bevissvårigheter som kan förekomma i sammanhanget särskilt bör beaktas.

Bestämmelsen om särskild skyddslöshet i 29 kap. 2 § 3 tillämpades i ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397. I fallet beaktades också att flera personer var inblandade i övergreppet samt att det var fråga om ett utdraget händelseförlopp med flera kränkande inslag i målsägandens skolmiljö.

Bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 2 ansågs i NJA 2012 s. 247 kunna tillämpas också i en situation då en psykisk störning visserligen påverkat gärningsmannen på ett påtagligt sätt, men där denna påverkan inte omedelbart gick att hänföra till en bristande förmåga att kontrollera sitt handlande. I målet var fråga om en person som bl.a. levt under stark psykisk press, som drabbats av flera tragedier i familjen och som insjuknat i en depression. Också i NJA 2013 s. 1090 tillämpades bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 2 varvid straffvärdet bedömdes vara två månader lägre (sex månader) än det som tingsrätten och hovrätten kommit fram till (åtta månader). Bestämmelsen tillämpades även i ”Samurajsvärdet” NJA 2012 s. 45, NJA 2015 s. 1008 samt i ”Mordet vid återvinningsstationen” NJA 2018 s. 975.

Bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 3 tillämpades i NJA 2015 s. 948 och i ”Facebookmålet” NJA 2018 s. 562.

När en polis som i och för sig haft rätt att ingripa mot pågående brottslighet gjort mer än vad som varit tillåtet tillämpades bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 5, se ”Polishunden” NJA 2017 s. 491. Bestämmelsen tillämpades också i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 där den tilltalade i och för sig ansågs ha agerat i nöd, men på ett sätt som var oförsvarligt samt i ”Samurajsvärdet” NJA 2012 s. 45.

5.1.3 Återfall

I ”Rydaholmsfallet” NJA 2012 s. 79 behandlade Högsta domstolen bestämmelsen i 29 kap. 4 § i dess lydelse efter reformen 2010. Högsta domstolen gick här igenom bestämmelsens historia och konstaterade att man i den ursprungliga propositionen (1989) hade pekat på tre

typsituationer i vilka straffmätningen bör skärpas med hänvisning till att fråga är om återfall:

— när tidigare straff inte föranlett någon villkorlig frigivning (dvs. vid bötesbrottslighet, vid övergång från böter till fängelse och när ett fängelsestraff varit så kort att någon villkorlig frigivning inte skett),

— när villkorlig frigivning skett men förverkande inte kunde ske av någon anledning (t.ex. att åtal inte väckts i tid), och

— när förverkande visserligen kunde ske, men inte i sådan utsträckning att intresset av ett skärpt straff tillgodoses (jfr prop. 1987/88:120 s. 57 f.).

Vid 2010 års reform valde lagstiftaren att inte genomföra det förslag som lämnats av Straffnivåutredningen och som innebar att straffskärpning skulle ske oberoende av om återfallet beaktades genom förverkande av villkorligt medgiven frihet. Däremot genomfördes en mer försiktig förändring av lagtexten dels på så sätt att tidigare brottslighet skulle beaktas ”i skärpande riktning” (denna förändring måste anses sakna betydelse då beaktande i motsatt riktning inte torde ha föresvävat någon), dels genom att det i lagtexten infördes ett tydligt förbud mot att beakta återfall vid straffmätningen i de situationer återfallet påverkat påföljdsvalet (förändringen torde emellertid inte heller i denna del vara betydande), dels på så sätt att man tog bort orden ”i skälig utsträckning” (för att understryka att skärpning ska ske när ingen av undantagsreglerna som anges i bestämmelsen är tillämpliga). Högsta domstolens slutsats var att det som uttalades i samband med 1989 års reform i huvudsak fortsatt gäller; att straffskärpning ska ske om förverkande av villkorligt medgiven frihet inte kan ske eller kan ske i otillräcklig utsträckning var ju i princip vad som sades vid reformen 1989.

I det enskilda fallet ansågs återfallet kunna beaktas i tillräcklig utsträckning genom förverkande av villkorlig medgiven frihet (en månad).

5.1.4 Billighetsskäl och påföljdseftergift

29 kap. 5 § första stycket 2. I NJA 2010 s. 485 ansågs att det förhållandet att den tilltalade led av Crohns sjukdom inte skulle beaktas vid straffmätningen avseende grov misshandel: ”Med beaktande av brottets art och straffvärde samt den restriktivitet som anbefalls i lagens förarbeten kan nu angivna förhållanden inte anses vara sådana att de enligt 29 kap. 5 § första stycket 6 [numera 2] BrB bör påverka vare sig påföljdsvalet eller straffmätningen.” Två justitieråd erinrade i ett tillägg om att det förhållandet att vissa omständigheter åberopats inför domstol ”utan att detta påverkat påföljdsbestämningen inte innebär att dessa inte skulle kunna vara av betydelse inom ramen för ett nådeärende”. I ett sådant ärende finns bl.a. möjlighet att beakta utvecklingen efter dom och förebringa en närmare utredning. Dessutom

begränsas beslutsfattandet inte av de krav på restriktivitet som gäller vid påföljdsbestämningen. Rättsfallet har kommenterats av Jack Ågren i JT 2010–11 s. 725 ff.

Frågan om lindring på grund av hög ålder behandlades i rättsfallet ”Sjuttioåringen” NJA 2017 s. 138. I rättsfallet ansågs det inte finnas skäl att tillämpa bestämmelsen i 29 kap. 5 § första stycket 2, om att det vid straffmätningen i skälig omfattning ska beaktas om den tilltalade till följd av hög ålder skulle drabbas oskäligt hårt av ett straff utmätt efter brottets straffvärde. Straffvärdet för brottet bedömdes av majoriteten motsvara fängelse i sex månader och den tilltalade var vid tiden för lagföringen 70 år gammal.

Högsta domstolen framhöll i domskälen att ålderns betydelse för straffmätningen främst ligger däri att det med hög ålder följer vissa typiska svagheter som kan göra avtjänandet av ett fängelsestraff mer kännbart än för yngre personer. Av betydelse är också att den återstående förväntade livslängden blir kortare med ökad ålder. Mot den bakgrunden framhölls att det främst är fängelsestraffets längd och den tilltalades ålder vid lagföringen som bör beaktas. Det uttalades också att individuella krämpor som inte är av det slaget att de skulle föranleda en lindring av hälsoskäl någon gång kan behöva beaktas samt att lindring normalt inte bör komma ifråga om påverkan på straffmätningsvärdet skulle vara marginell eller motsvara endast någon eller ett par månader (möjligen med undantag för det allra översta åldersskiktet). Som en generell riktlinje angavs vidare att lindring i regel blir aktuell först när den tilltalade är några år äldre än 65 år och också då främst vid förhållandevis långvariga fängelsestraff.

29 kap. 5 § första stycket 3. I NJA 2013 s. 63 tog Högsta domstolen ställning till om det skulle beaktas att det gått mycket lång tid (12–15 år) sedan brotten förövades, fråga var om två våldtäktsbrott riktade mot ett litet barn, och i vilken utsträckning detta i så fall skulle ske. Högsta domstolen bedömde att den tid som gått var ovanligt lång även med beaktande av att målet gällde sexualbrott förövade mot ett barn. Det förhållandet att ett skäl till tidsutdräkten var målsägandens oro för konsekvenserna för familjen av en polisanmälan ansågs emellertid utgöra skäl att i mindre utsträckning än annars beakta den långa tid som förflutit sedan brotten. Straffvärdet bestämdes till fängelse i fem och ett halvt år (vilket var ett halvt år mer än vad hovrätten kommit fram till), men fängelsestraffets längd reducerades med stöd av 29 kap. 5 § första stycket 7 (numera 3) med ett år. Sammantaget innebar detta att hovrättens domslut fastställdes. Ett justitieråd var skiljaktigt beträffande motiveringen.

Också i NJA 2016 s. 540 beaktades omständigheten att det gått förhållandevis lång tid sedan brotten begicks. I ”Hundsmugglingen” NJA 2018 s. 456 ansågs emellertid det inte ha gått så lång tid fram till åtal att det borde beaktas vid straffmätningen (brotten var i fallet be-

gångna runt årsskiftet 2013/14 och åtal väcktes i april 2016). Inte heller ansågs det i handläggningen ha förekommit något dröjsmål som borde beaktas.

Jfr även NJA 2012 s. 1038 som behandlas ovan i avsnitt 2.2.2 angående frågan om påföljdslindring som kompensatoriskt rättsmedel för överträdelse av rätten till rättegång inom skälig tid.

29 kap. 5 § första stycket 4. I NJA 2011 s. 39 som gällde miljöbrott (se avsnitt 4.2.5) bestämdes påföljden till lägsta antalet dagsböter med hänsyn till att gärningsmannen omgående vidtagit åtgärder som gjorde att så gott som all bensin kunde samlas upp varför utsläppet i princip inte orsakade någon skada (se 29 kap. 5 § första stycket 4).

I rättsfallet NJA 2014 s. 859 som gällde brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk bestående i fildelning hävdade den tilltalade att han agerat för att minska skadan genom att flytta filmerna så snart de laddats ned, minska överföringshastigheten och begränsa antalet filmer som kunde laddas upp. Dessa åtgärder hade, enligt Högsta domstolen, inte inbegripit något förebyggande eller någon begränsning av de skadliga verkningarna av brottet i den mening som avses i 29 kap. 5 § första stycket 4.

29 kap. 5 § första stycket 5. Billighetsskäl i form av självangivelse ansågs i och för sig föreligga i NJA 2012 s. 849, men dessa skäl var inte sådana att de påverkade straffmätningsvärdet i sådan mån att det ansågs befogat att gå från 21 dagar till 14 dagar.

I rättsfallet ”Lönnfacken I” NJA 2018 s. 150 aktualiserades frågan om olika punkter i 29 kap. 5 § skulle tillämpas. Den ene av de tilltalade ansågs inte ha medverkat i utredningen på ett sådant sätt att det skulle påverka straffmätningen (jfr 29 kap. 5 § första stycket 5). Den andre ansågs, med hänsyn till att han saknade egentlig koppling till någon av Schengenstaterna inte förorsakas ett beaktansvärt men genom registrering på spärrlistan eller genom utvisningen (jfr p. 6). Båda de tilltalade hade vidare varit häktade med restriktioner. Den tid de tilltalade varit häktade var emellertid kortare än sex månader och det ansågs inte vara en så lång tid att det fanns skäl att beakta häktningen vid straffmätningen (jfr p. 9). Inte heller i ”Lönnfacken II” NJA 2018 s. 677 ansågs den tilltalade ha medverkat i utredningen på ett sådant sätt att det skulle påverka straffmätningen (jfr p. 5).

29 kap. 5 § första stycket 6. Se ”Lönnfacken I” som behandlas under föregående punkt.

29 kap. 5 § första stycket 7. Att en trafikinspektör förlorat jobbet till följd av att hon tagit emot mutor för att godkänna körkortselever beaktades i NJA 2012 s. 307 på så sätt att straffet nedsattes från fängelse i två år till fängelse i ett år och sex månader.

I NJA 2016 s. 859 ansågs i viss mån böra beaktas att den tilltalade blivit av med sin anställning till följd av brottsligheten. Omständigheten ansågs emellertid inte vara tillräcklig för att bryta den presumtion för fängelse som följde av brottslighetens art.

29 kap. 5 § första stycket 8. I ”Företagsboten och fängelsestraffet” NJA 2012 s. 826 bekräftas att bedömningen av om ett meddelat näringsförbud ska beaktas enligt reglerna om sanktionskumulation beror på en individualiserad bedömning. I fallet behandlas också betydelsen att det har gått lång tid sedan brottet förövades liksom betydelsen av att den tilltalade avskedats till följd av brottet. I fallet tas viss hänsyn till att ett näringsförbud meddelats och, i förhållande till en tilltalad, till att det gått lång tid sedan brottsligheten förövades. I förhållande till en annan tilltalad beaktas att han blivit avskedad från sitt arbete (låt vara att det också med beaktande av detta ansågs saknas skäl för att mildra den av hovrätten bestämda påföljden).

Det förhållandet att näringsförbud meddelats ansågs, med hänsyn till att det framkommit att personen i fråga fortsatt bedrev näringsverksamhet, i rättsfallet ”De kinesiska kullagren” NJA 2014 s. 559 ha endast en mindre betydelse som billighetsskäl vid straffmätningen (se p. 16). Näringsförbudet beaktades emellertid som ett skäl för att välja villkorlig dom i stället för den mer ingripande påföljden skyddstillsyn (se p. 40).

Det förhållandet att näringsförbud meddelats angavs därefter i och för sig vara en faktor som talade emot att den villkorliga domen förenades med böter, dvs. närmast som en fråga om sanktionskumulation enligt 29 kap. 5 § första stycket 5 (numera p. 8). Eftersom denna omständighet utgjort ett skäl till att påföljden kunnat stanna vid villkorlig dom ansågs den emellertid ha beaktats tillräckligt.

I NJA 2016 s. 540 ansågs ett beslutat näringsförbud och de därmed följande svårigheterna i någon mån böra beaktas.

29 kap. 5 § första stycket 9. Det förhållandet att den tilltalades utsatts för otillbörlig bevisprovokation beaktades i NJA 2011 s. 638 som ett billighetsskäl med stöd av 29 kap. 5 § första stycket 9 (då 8) och andra stycket. Detta ledde till att straffet för det mord som den tilltalade förövats ansågs böra nedsättas med två år (från tio till åtta år). Med hänsyn till att endast den tilltalade överklagat hovrättens dom, där straffet bestämdes till sju år, fastställdes emellertid hovrättens domslut. Rättsfallet har kommenterats av Jack Ågren i JT 2011–12 s. 916 ff.

I NJA 2011 s. 675 I ansågs den långa häktningstiden och de konsekvenser som hennes frihetsberövande hade fått för hennes fyraårige son (sonen hade under häktningstiden, liksom tidigare, bott hos morföräldrarna) inte vara sådana att de med tillämpning av 29 kap. 5 § första stycket 9 (då 8) påkallade en reduktion av fängelsestraffets längd. På motsvarande sätt ansågs inte konsekvenserna för sonen till en av de tilltalade i NJA 2011 s. 799 utgöra ett relevant billighetsskäl.

I NJA 2012 s. 564 tillämpade reglerna i 29 kap. 5 och 6 §§ för att meddela påföljdseftergift i ett fall rörande våldtäkt mot barn (se om rättsfallet ovan i avsnitt 4.1.4).

I rättsfallet NJA 2013 s. 321 hade den tilltalade suttit häktad under längre tid (mer än fem månader) än vad som svarade mot den utdömda fängelsetiden (en månad). I fall av detta slag saknas möjlighet för domstolen att förklara fängelsestraffet verkställt genom frihetsberövandet (jfr dåvarande 33 kap. 6 § brottsbalken och nuvarande 3 § lagen, 2018:250, om tillgodoräknande av tid för frihetsberövande). Högsta domstolen beaktade i denna situation frihetsberövandet genom tillämpning av generalklausulen i 29 kap. 5 § första stycket 9 (som då utgjorde bestämmelsens åttonde punkt). Det framhölls att punkten primärt bör användas vid förhållanden av samma typ som de som anges i de övriga punkterna, men att den även bör kunna ses som en ”ventil” som domstolarna kan utnyttja för att undvika resultat som framstår som orättfärdiga. I fallet användes bestämmelsen för att understiga minimistraffet för narkotikabrott av normalgraden och döma till dagsböter (ett straff som fick anses helt verkställt genom den tid den tilltalade varit frihetsberövad i målet). Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att påföljdseftergift borde meddelas, medan ett annat justitieråd var skiljaktigt och menade att påföljden borde bestämmas till villkorlig dom.

Bestämmelsen i 29 kap. 5 § första stycket 9 (som då utgjorde bestämmelsens åttonde punkt) tillämpades också i NJA 2013 s. 1227 i ett mål om olaga förföljelse. Straffvärdet bedömdes vara fyra månader, men med hänsyn till att den tilltalade suttit häktad i mer än fem månader utdömdes endast ett straff om 30 dagsböter, som med tillämpning av 33 kap. 6 § ansågs vara helt verkställt genom frihetsberövandet. Det ansågs med hänsyn till ”de brott som [den tilltalade] gjort sig skyldig till” inte finnas förutsättningar att efterge påföljden, dvs. det var med hänsyn till brottsligheten inte uppenbart oskäligt att döma till påföljd.

Också en långvarig häktning med restriktioner som inneburit isolering har i ”Häktningsrestriktionerna” NJA 2015 s. 769 ansetts vara en sådan omständighet som kan beaktas som ett billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § första stycket 9. Med hänsyn till reglerna om avräkning av häktestid ska 29 kap. 5 § normalt inte tillämpas vid frihetsberövanden som räknas av mot ett utdömt fängelsestraff; det fordras enligt Högsta domstolen att det föreligger omständigheter i det enskilda fallet av särskild tyngd. Sådana omständigheter kan alltså enligt rättsfallet föreligga i fall där den tilltalade under lång tid — i flera månader — har varit underkastad restriktioner som inneburit isolering från andra. I det enskilda fallet ansågs häktningen (fråga var om flera tilltalade) motivera en straffnedsättning motsvarande två månaders fängelse.

Också i ”Grillen” NJA 2017 s. 814 beaktades att den tilltalade suttit häktad med restriktioner (vilket gav två månaders avdrag på ett längre

fängelsestraff). Se även ”Lönnfacken I” som behandlas ovan under punkt 5.

Det förhållandet att större delen av en utdömd skyddstillsynspåföljd hade genomförts beaktades som ett billighetsskäl i NJA 2016 s. 553 varpå fängelsestraffets längd bestämdes till ett fyra månader kortare straff än det som motsvarade straffvärdet (tio månader i stället för fjorton). Minimistraffet underskreds men med hänsyn till att såväl straffvärdet som brottslighetens art talade för fängelse påverkades inte påföljdsvalet.

I ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 beaktades som ett billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § första stycket 9 att den tilltalade efter gärningens förövande — fråga var om en person som hade odlat cannabis i smärtlindringssyfte — beviljats en enskild licens avseende ett cannabisbaserat läkemedel. Domstolen framhöll att gärningens straffvärde inte kan påverkas av att en licens har utfärdats i tiden efter gärningen. Utfärdandet av licensen fick likväl anses innebära ett visst erkännande av den intressekonflikt den tilltalade stått inför och dessutom byggde utfärdandet på en värdering av de mot varandra stående intressena som åtminstone till en del motsvarade den värdering som den tilltalade gjort. Detta tillmättes, med stöd av 29 kap. 5 § första stycket 9, betydelse vid den slutliga straffmätningen. (Att man kan ha olika uppfattningar om vad som utgör billighetsskäl respektive straffvärdeskäl framgår om man jämför denna slutsats med Martin Borgekes synpunkter på rättsfallet i De lege 2018: Law and Society 2018 s. 63 ff. För egen del har jag emellertid svårt att se hur efterföljande omständigheter — i detta fall utfärdandet av licensen — kan påverka straffvärdet hos en redan begången gärning.)

29 kap. 6 §. Av NJA 2014 s. 245 framgår att möjligheten att meddela påföljdseftergift i 29 kap. 6 § bör ses som en mer allmän möjlighet att undvika uppenbart oskäliga resultat vid påföljdsbestämningen när andra möjligheter saknas. I målet meddelade domstolen påföljdseftergift i en situation där en person verkställt ett i tingsrätten utdömt kort fängelsestraff genom intensivövervakning med elektronisk kontroll varefter hovrätten ändrade påföljden till villkorlig dom i förening med dagsböter. Att undanröja hovrättens dom och låta tingsrättens dom gälla ansågs bl.a. med hänsyn till att den, enligt hovrätten, var för sträng inte komma ifråga; det skulle också stå i mindre god överensstämmelse med grunderna för 51 kap. 25 § rättegångsbalken. Det ansågs heller inte — bl.a. med hänsyn till att en villkorlig dom är förenad med en prövotid — lämpligt att enbart upphäva det bötesstraff som den villkorliga domen i hovrätten förenats med. I den uppkomna situationen fanns heller inte möjlighet att utdöma ett bötesstraff och förklara det verkställt (jfr NJA 2013 s. 321). Högsta domstolen använde då i stället 29 kap. 6 § som en möjlighet att åstadkomma ett resultat som inte var oskäligt.

Det bör betonas att möjligheten att använda 29 kap. 6 § på något vis måste kunna kopplas till bestämmelsen om billighetsskäl i 29 kap. 5 §; möjligheten bör sålunda inte anses stå till buds om oskäligheten är kopplad till t.ex. rena straffvärdeskäl (då bör i stället straffvärdet justeras och ytterst en frikännande dom meddelas). Jfr i denna del slutet av föregående punkt angående det förhållandet att det inte nödvändigtvis behöver vara lätt att skilja straffvärdeskäl från billighetsskäl.

Se även NJA 2012 s. 564 (ovan under 29 kap. 5 § första stycket 9).

5.1.5 Ungdomsreduktion

Enligt NJA 2012 s. 16 ska viss ungdomsreduktion enligt 29 kap. 7 § ges också när personer i åldersgruppen 18–20 år har begått brott som förskyller dagsböter. Som skäl angavs bl.a. att de allra kortaste fängelsestraffen efter reduktion ska ersättas av böter och att de högsta dagsbotsnivåerna därför bör förbehållas dessa situationer samt att lagtexten heller inte gör någon skillnad inom åldersintervallet 15–20 år. Bakgrunden var att det i Riksåklagarens riktlinjer för tillämpning av 29 kap. 7 § anges att det normalt saknas skäl att tillämpa regeln om ungdomsreduktion vid brott som ska föranleda dagsböter för gärningsmän som är 18–20 år. Ett justitieråd var skiljaktigt beträffande antalet dagsböter.

I NJA 2014 s. 658 ansågs bestämmelsen i 29 kap. 7 § inte medföra att påföljden för en 17-åring som (i enlighet med straffvärdet) dömts till 30 dagsböter för narkotikabrott skulle sättas ned till penningböter. I avgörandet framhölls att det enligt praxis — och i linje med de skäl som ligger bakom ungdomsreduktionen — inte ges någon ungdomsreduktion vid de lägsta bötesstraffen. För att lägga om denna praxis fordrades, enligt Högsta domstolen, starka skäl. Sådana skäl ansågs inte föreligga.

I ”Cannabissmugglingsdomen” NJA 2012 s. 535 tillämpades 29 kap. 7 § i relation till en s.k. kurir som var drygt 20 år och sex månader vid gärningen. Straffet sattes ned från fyra år och sex månader till fyra år.

Påföljden för bl.a. grov narkotikasmuggling förövad av en 19-åring sattes i NJA 2012 s. 650 ned med stöd av 29 kap. 7 § från fängelse i två år och sex månader till fängelse i ett år och åtta månader.

Bestämmelsen i 29 kap. 7 § tillämpades i NJA 2015 s. 948 i relation till en 19-åring som gjort sig skyldig till sexuellt utnyttjande av barn. Fängelsestraffets längd sattes ned från åtta till sex månader. Högsta domstolen betonades att det enligt bestämmelsen (som ju bygger på ett slags schablon) är den faktiska åldern som ska beaktas, inte den unges utvecklingsnivå.

Bestämmelsen tillämpades också i NJA 2015 s. 1008. Fråga var där om en 20-åring som gjort sig skyldig till falsk tillvitelse (se ovan avsnitt 5.1.1) och ungdomsreduktionen bör ha föranlett en nedsättning motsvarande en eller ett par månader. En exakt uppgift kan inte ges eftersom Högsta domstolen inte tydligt särskiljer nedsättningen enligt

29 kap. 7 § från den nedsättning som skedde med stöd av 29 kap. 3 § första stycket 2.

I NJA 2015 s. 1024 ansågs straffmätningsvärdet avseende en våldtäkt av normalgraden förövad av en person som var 18 år och fyra månader vara fängelse i ett år i ett fall där straffvärdet motsvarade fängelse i två år. Den tilltalade hade visserligen varit något äldre än 18 år (vilket talade för ett något högre straffmätningsvärde), men å andra sidan kunde det enligt Högsta domstolen finnas skäl att, i enlighet med vad som sägs i NJA 2000 s. 421, sätta ned straffet något mer än vad som följer av schablonen vid långvariga fängelsestraff.

Se även ”Fem automatkarbiner” NJA 2017 s. 794.

Frågan om hur bestämmelsen ska tillämpas i ett fall där den tilltalades ålder inte är klarlagd behandlades i NJA 2016 s. 719 (som primärt rörde ett fall av grov misshandel). Högsta domstolen uttalar att åklagaren i princip inte har någon bevisbörda när det gäller omständigheter av betydelse för påföljdsbestämningen vid sidan av sådana som har att göra med graden av skuld. Inte heller är det adekvat att resonera i termer av beviskrav. I stället har rätten ett ansvar för att den utredning som krävs finns tillgänglig. Det hindrar förstås inte att det kan ligga i parternas intresse och ankomma på parterna att uppmärksamma rätten på förhållanden som kan ha betydelse och att parterna kan ha betydligt enklare att lägga fram utredning av sådant slag. När det gäller frågan vilket krav som ska ställas på utredningen för att en uppgift som har betydelse för påföljdsbestämningen ska kunna läggas till grund för densamma hänvisade Högsta domstolen till NJA 2004 s. 702 där det sägs att domstolen, när det gäller frågan om fängelseförbudets tillämpning, har att bedöma om övervägande skäl talar för att det förhåller sig på ett visst sätt (dvs. om övervägande skäl talar för att den tilltalade har begått brottet under påverkan av en allvarlig psykisk störning). I fråga om ålder — som ju inte är fråga om en situation där det kan förhålla sig på endera av två sätt — passar emellertid en sådan regel mindre väl och domstolen kom därför fram till att domstolen får bedöma vilken ålder som är mest sannolik. Om olika slutsatser är möjliga får man falla tillbaka på allmänna grundsatser och välja den bedömning som är förmånligast för den tilltalade. Vad gäller sådana omständigheter som innebär att det inte är tillåtet att döma till påföljd eller till påföljd av visst slag (jfr t.ex. 1 kap. 6 § och 29 kap. 7 § andra stycket om förbud mot livstidsstraff) måste dock ställas högre krav på utredningen; beträffande sådana åldersgränser måste utredningsläget vara sådant att det är klarlagt att reglerna inte hindrar den tänkta rättstillämpningen. Med tillämpning av dessa principer bedömde Högsta domstolen att den tilltalade vid brottet var strax över tjugo år gammal. Med hänsyn till den tilltalades ungdom sänktes längden på fängelsestraffet från ett år och sex månader till ett år och tre månader. Ett justitieråd var skiljaktig beträffande bedömningen av vilken ålder som var mest sannolik. Rättsfallet har kom-

menterats av Simon Andersson i JT 2016–17 s. 712 ff. Jfr även Karin Wistrand i SvJT 2016 s. 332 ff.

5.2 Påföljdsval

5.2.1 Påföljdsval avseende vuxna

Vid en misshandel som avsåg ett slag med en bok på en sambos överarm och där brottet hade ett straffvärde om en månad ansågs det i NJA 2015 s. 386 inte finnas skäl för fängelse med hänvisning till brottslighetens art. Eftersom det i grunden inte fanns skäl för fängelse skulle den villkorliga domen inte förenas med samhällstjänst; Högsta domstolen understryker alltså huvudregeln att samhällstjänst ska användas endast när alternativet är ett fängelsestraff, dvs. när det vid en första prövning enligt 30 kap. 4 § finns skäl för fängelse. Den villkorliga domen förenades, med hänsyn till att den tilltalade varit frihetsberövad i målet, inte med några böter.

I NJA 2013 s. 922 dömdes en person för misshandel med ett straffvärde motsvarande fängelse i tio månader. Med hänsyn till straffvärdet och brottslighetens art ansågs det oundgängligen påkallat att en ådömd skyddstillsyn förenades med fängelse. I rättsfallet tydliggörs att brottslighetens art, trots att lagtexten i 30 kap. 11 § endast talar om straffvärde och tidigare brottslighet, kan ha betydelse för om påföljdskombinationen ska användas. Fråga måste emellertid vara om att påföljdskombinationen används för att undvika ett längre fängelsestraff.

Att brottslighetens art talar för fängelse vid våldtäkt står klart. Frågan behandlas bl.a. i NJA 2015 s. 1024 där följande sägs:

> 26. Det råder inte någon tvekan om att våldtäkt är en brottstyp där omständigheterna generellt sett är sådana att brottslighetens art starkt talar för fängelse och därmed emot villkorlig dom eller skyddstillsyn, och det även om en sådan påföljd förenas med en föreskrift om samhällstjänst. Att våldtäkt inte nämns i förarbetena till påföljdsreformen år 1989 (se prop. 1987/88:120 s. 100) som exempel på en brottstyp av sådan art att särbehandling bör ske vid påföljdsvalet, torde hänga samman med det höga minimistraffet. När det är aktuellt att döma ut ett fängelsestraff på ett år eller mer spelar nämligen brottslighetens art ingen roll för bedömningen. Då räcker straffmätningsvärdet som skäl för fängelse. Och som framgått är ju minimistraffet för våldtäkt av normalgraden fängelse i två år. Det sagda hindrar inte att en nyanserad bedömning alltid måste göras. Rör det sig om våldtäkt som är mindre grov (6 kap. 1 § tredje stycket BrB) kan det i ett enskilt fall vara så att brottets art inte leder till att fängelse måste dömas ut (jfr NJA 2014 s. 990).

Beträffande relationen mellan villkorlig dom och skyddstillsyn bekräftas vidare i rättsfallet att de har ett stort överlappande tillämpningsområde och att utrymmet för att välja skyddstillsyn är större än att välja villkorlig dom eftersom den förra påföljden är mer ingripande. Det sagda gäller trots att 30 kap. 1 § och förarbetena till påföljdsre-

formen är lätta att läsa — och ursprungligen var tänkta att läsas — så att de båda påföljderna är jämställda från ingripandesynpunkt.

Av NJA 2014 s. 990 följer att brottslighetens art visserligen tillmäts väsentlig betydelse vid brott av det slag det var fråga om (sexuellt utnyttjande av barn), men att presumtionen för fängelse inte är lika stark vid lägre straffmätningsvärden. I det aktuella fallet var straffvärdet fyra månader och straffmätningsvärdet tre månader (jfr NJA 2006 s. 79 I där straffvärdet låg på sex månader) och det ansågs då finnas utrymme för ”en nyanserad bedömning av vilken betydelse som brottets art bör ges vid olika straffvärdenivåer (jfr NJA 1999 s. 561)”. Högsta domstolen framhöll med denna utgångspunkt att det inte är uteslutet att döma till villkorlig dom och böter för sexuellt utnyttjande av barn. Detta måste emellertid förutsätta att brottsligheten har ett så lågt straffvärde att tillämpning av ansvarsfrihetsregeln i 6 kap. 14 § inte legat långt borta. En ren villkorlig dom eller skyddstillsyn ansågs i det aktuella fallet inte motsvara det krav på straffrättsligt ingripande som kunde ställas. Däremot ansågs en villkorlig dom i förening med samhällstjänst vara tillräckligt ingripande. Man skulle, för att infoga avgörandet i den beslutsstruktur som finns på påföljdsområdet, kunna uttrycka det som Högsta domstolen säger på så sätt att det visserligen fanns en presumtion för fängelse med stöd av brottslighetens art av sådan styrka att vare sig ”ren” villkorlig dom eller skyddstillsyn utgjorde ett alternativ, men att denna presumtion kunde brytas eftersom den tilltalade samtyckte till samhällstjänst (vilket utgör ett ”särskilt skäl” för villkorlig dom). Det som sägs beträffande möjligheten att utdöma villkorlig dom och böter i fall där man inte varit långt ifrån tillämpning av 6 kap. 14 § måste anses innebära att brottslighetens art i dylika fall inte talar för fängelse med någon egentlig styrka (varvid ”rena” icke-frihetsberövande påföljder kan komma ifråga).

Samlag med avkomling är enligt rättsfallet med samma namn, NJA 2015 s. 826, inte brottslighet av sådan art att påföljden som utgångspunkt ska bestämmas till fängelse. Högsta domstolen konstaterade att det inte finns några uttalanden i förarbetena om påföljdsmässig särbehandling av brottstypen och det ansågs heller inte finnas något särskilt behov av normbildning när det gäller avståndstagandet från samhällets sida i fråga om vuxenincest eller annars några skäl för särbehandling. Påföljden bestämdes till villkorlig dom och dagsböter.

Rättsfallet ”Pälshäleriet” NJA 2013 s. 654 handlar enligt rubriken om bl.a. påföljdsvalet vid häleri. I detta avseende tillämpar domstolen ettårsgränsen avseende straffvärdets betydelse för påföljdsvalet och anger en hållpunkt för när denna gräns nås vid ett värdemässigt resonemang (ca 18 basbelopp). Det bekräftas också att häleri inte utgör brottslighet av sådan art att det finns skäl för fängelse.

Mutbrott och bestickning (numera tagande respektive givande av muta) i ett fall där fråga var om att påverka utfallet av en trafikinspektörs arbete med att bedöma körkortselever ansågs i NJA 2012 s. 307 —

till skillnad från vad som normalt gäller vid sådan brottslighet — vara brottslighet av sådan art att det förelåg en presumtion för fängelse. Utrymme ansågs finnas för att döma till villkorlig dom och samhällstjänst beträffande en person som varit medhjälpare och vars brottslighet hade ett straffvärde om fyra månader, men inte beträffande en bestickare vars brottslighet hade ett straffvärde om åtta månader. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att det finns anledning att vara mycket försiktig med att med hänsyn till speciella omständigheter bedöma ett brott som ett artbrott.

Att bokföringsbrott och skattebrott är brottslighet av sådan art att de kan leda till ett fängelsestraff bekräftas i NJA 2012 s. 247. Eftersom skäl för fängelse i princip förelåg i målet hade frågan om samhällstjänst aktualiserats. Den tilltalade hade emellertid angivit att hon inte orkade med att utföra samhällstjänst. Påföljden bestämdes därför till fängelse utmätt i enlighet med straffvärdet (fyra månader).

I NJA 2016 s. 540 bekräftas också att det vid bokföringsbrott som har ett straffvärde om fängelse i sex månader krävs alldeles särskilda skäl för att bestämma påföljden till annat än fängelse och alltså avvika från den presumtion för fängelse som följer av brottslighetens art (jfr NJA 2000 s. 195 och NJA 2001 s. 397). I fallet som gällde bokföringsbrott (artbrottslighet) och brott mot förbudet mot förmedling av hyreslägenheter mot betalning (ej artbrottslighet, se strax nedan) ansågs på grund av sambandet mellan brotten inte finnas förutsättningar att döma till olika påföljder för de båda brottstyperna.

Brottslighetens art ansågs i ”Bussen i Östberga” NJA 2017 s. 531 inte göra det oundgängligt att välja fängelse i ett fall av medhjälp till mindre grov mordbrand med ett straffvärde på åtta månader. Att gärningen utgjorde ett mycket snabbt återfall efter en villkorlig dom ansågs i och för sig tala emot att den tilltalade på nytt skulle dömas till en icke-frihetsberövande påföljd, men med beaktande av att den tilltalade varit frihetsberövad närmare två månader ansågs det inte uteslutet att välja en annan påföljd än fängelse varvid en hänvisning skedde till 30 kap. 11 §. Påföljden bestämdes, efter att domstolen beaktat också att det skett en förbättring av den tilltalades sociala situation, till skyddstillsyn med föreskrift om deltagande i ett brottspreventivt program. Det förhållandet att någon varit frihetsberövad kan alltså dels beaktas som ett billighetsskäl vid påföljdsvalet (jfr t.ex. NJA 2013 s. 321), men man kan också på det sätt som sker i rättsfallet beakta det som ett skäl för att anse att en dom på (ren) skyddstillsyn i praktiken motsvarar en skyddstillsyn i förening med fängelse.

I NJA 2010 s. 358 ansågs brukande av falsk urkund i ett asylärende inte utgöra brottslighet av sådan art att fängelse ska väljas som påföljd för brottet. I skälen angav Högsta domstolen att varken fast praxis eller uttalanden i förarbetena talade för en sådan tillämpning. Behovet av att inskärpa vikten av att inte bruka falska handlingar i asylärenden ansågs inte, vid sidan av det faktum att beteendet är kriminaliserat,

motivera en presumtion för fängelse. Motsvarande bedömning gjordes beträffande missbruk av urkund i ”Förarprovet” NJA 2016 s. 95.

Frågan om brottslighetens art vid barnpornografi behandlas i rättsfallet NJA 2011 s. 386. I rättsfallet hade en person utnyttjat unga flickor för sexuell posering och gjort sig skyldig till barnpornografibrott, både genom framställning av bilder och innehav som avsåg dessa tillfällen och genom att han i en dator haft ett stort antal barnpornografiska bilder. Vissa bilder hade också spritts. Straffvärdet för den samlade brottsligheten ansågs motsvara fängelse i sex månader. Högsta domstolen fann mot bakgrund av tidigare praxis (se NJA 2002 s. 265 och NJA 2003 s. 307 av vilka det följer att åtminstone grovt barnpornografibrott utgör brottslighet av sådan art att påföljden som utgångspunkt ska bestämmas till fängelse) att barnpornografibrottsligheten, sedd isolerad, inte hade ett sådant straffvärde eller var av sådan art att det förelåg en presumtion för fängelse. Frågan blev då om det förhållandet att personen också gjort sig skyldig till utnyttjande av barn för sexuell posering gav anledning till en annan bedömning när det gäller påföljdsvalet.

Enligt Högsta domstolen borde de principer som dragits upp beträffande barnpornografibrottet kunna tillämpas också när det gäller utnyttjande av barn för sexuell posering. Det betydde att inte heller utnyttjandet av barn för sexuell posering i det enskilda fallet och tagna för sig var att se som sådan brottslighet vid vilken det råder en presumtion för fängelse. Frågan blev då om brotten sammantagna kunde anses vara av sådan art att påföljden som utgångspunkt borde bestämmas till fängelse. I den delen skrev Högsta domstolen följande som konklusion:

> 14. När flera brott är av en sådan art att en presumtion för fängelse föreligger vid straffvärden som motsvarar fängelse i sex månader eller mer ligger det nära till hands att anse att en sådan presumtion gäller också vid ett samlat straffvärde om sex månader eller mer även om en sådan presumtion inte gäller för de enskilda brotten. I förevarande fall gäller detta desto mer som kriterierna för grovt brott såväl för barnpornografi som för utnyttjande av barn för sexuell posering är utformade så att brottslighetens omfattning är av betydelse för rubriceringen och att i vad mån brottsligheten delas upp på olika åtalspunkter ofta torde bero på tillfälliga faktorer som knappast är av betydelse i påföljdshänseende.

I det aktuella fallet ansågs det mot bakgrund av den slutsatsen föreligga en presumtion för fängelse. Redan med hänsyn till att den tilltalades rätt till rättegång inom skälig tid ansågs ha kränkts (jfr ”Fondmäklaren på Alfred Berg” NJA 2003 s. 414) fann HD emellertid att fängelsepresumtionen var bruten och att påföljden skulle bestämmas till en inte frihetsberövande påföljd. Den tilltalade hade samtyckt till att skyddstillsynen förenades med s.k. kontraktsvård med inriktning på att behandla den sexuella störning som låg bakom brotten. Efter-

som en föreskrift om kontraktsvård är avsedd att kunna användas som ett medel att ge en skyddstillsyn erforderlig skärpa för att kunna användas som alternativ till fängelse i fall där fängelse annars skulle ha blivit påföljden fanns emellertid i detta fall inte förutsättningar för att förena en skyddstillsyn med en föreskrift om kontraktsvård. Däremot ansågs det inte finnas hinder mot att förena skyddstillsynen med en föreskrift enligt 26 kap. 15 § första stycket 3 om att delta i motsvarande program.

Vid falsk tillvitelse finns, enligt NJA 2015 s. 1008, inte tillräckliga skäl för en särbehandling vid påföljdsvalet med hänsyn till brottslighetens art. I skälen jämförs falsk tillvitelse med mened och det konstateras bl.a. att falsk tillvitelse inte på samma sätt som mened ger uttryck för lagtrots och att risken för att brottet ska få allvarliga konsekvenser typiskt sett är lägre vid falsk tillvitelse. Den tilltalade, som led av en psykisk störning som inte var allvarlig, dömdes till skyddstillsyn med föreskrift om psykiatrisk behandling.

Narkotikapraxis har redogjorts för ovan i avsnitt 4.2.2. Här ska blott rekapituleras några av de centrala rättsfallen avseende påföljdsval (av naturliga skäl gäller de mindre allvarlig brottslighet).

Av NJA 2012 s. 650 följer att det också vid narkotikabrott av normalgraden, när straffvärdet inte är högre än en månad, kan komma i fråga med villkorlig dom eller skyddstillsyn samt att en icke-frihetsberövande påföljd i förening med samhällstjänst kan komma i fråga om det väsentligen gäller innehav av eget bruk och straffvärdet inte är högre än att det motsvarar fängelse i tre månader.

Av NJA 2013 s. 321 följer att brottslighetens art ”med styrka” talar för fängelse vid narkotikahantering inom kriminalvårdsanstalter och att detta bör gälla både ifråga om införande av narkotika och hantering av narkotika på en sådan anstalt.

Påföljden för narkotikasmuggling bestämdes i NJA 2015 s. 24 till villkorlig dom och dagsböter. Här tillämpades den tumregel som följer av NJA 2012 s. 650 p. 9 och som säger att en icke frihetsberövande påföljd kan väljas vid mindre allvarlig narkotikabrottslighet av normalgraden såvitt förutsättningarna i övrigt för en sådan påföljd är uppfyllda. Antalet dagsböter bestämdes i linje med ”Femtiotabletters-domen” NJA 2012 s. 849.

I ”0,34 gram heroin” NJA 2017 s. 45 ansågs påföljden för främst innehav i överlåtelsesyfte av nämnda mängd heroin, med ett straffvärde motsvarande fängelse i två månader, kunna bestämmas till skyddstillsyn i förening med samhällstjänst. Högsta domstolen skriver här:

> 9. När narkotika innehas i överlåtelsesyfte är presumtionen för fängelse klart starkare än vid innehav för eget bruk. Bara i sällsynta undantagsfall är då villkorlig dom, även om den förenas med samhällstjänst, en tillräckligt ingripande påföljd. Skyddstillsyn kan däremot vid låga straffvärden komma i fråga också i sådana fall, om det finns något särskilt skäl för en sådan på-

följd (se NJA 2012 s. 650 p. 11). Ett sådant särskilt skäl kan utgöras av ett förhållande som anges i 30 kap. 9 § andra stycket brottsbalken.

Med denna utgångspunkt kunde påföljden alltså bestämmas till skyddstillsyn med samhällstjänst. Ett justitieråd var skiljaktigt och menade att enbart det förhållandet att det finns förutsättningar för samhällstjänst inte utgör ett tillräckligt skäl för att avvika från presumtionen för fängelse; för att inte presumtionen ska bli för svag borde krävas att det föreligger personliga förhållanden som tydligt talar för skyddstillsyn.

I rättsfallet ”De kinesiska kullagren” NJA 2014 s. 559 slog Högsta domstolen fast att varumärkesintrång enligt varumärkeslagen (2010:1877) inte utgör brottslighet av sådan art att arten utgör skäl för fängelse. I domen (se även det tillägg som referenten skrev) görs en ordentlig genomgång av bakgrunden till begreppet brottslighetens art och Högsta domstolen uttalar också åtskilligt som är av generell betydelse för bedömningen av om ett visst brott är sådant att dess art utgör skäl för fängelse. Dessa generella riktlinjer präglas, vilket nog får sägas vara naturligt i ett påföljdssystem byggt på proportionalitet, av en tydlig restriktivitet som har lett till att Högsta domstolen i flera efterkommande avgöranden kommit fram till motsvarande slutsats beträffande andra brottstyper.

Två justitieråd var skiljaktiga beträffande motiveringen.

Inte heller upphovsrättsintrång utgör sådan brottslighet att det finns skäl till särbehandling vid påföljdsvalet med hänvisning till brottslighetens art, se ”Biosalongen” NJA 2017 s. 446.

Detsamma gäller, enligt ”Lernacken II” NJA 2018 s. 229 I och II vid människosmuggling av normalgraden.

Brottslighetens art utgör enligt NJA 2016 s. 540 inte ett skäl att välja fängelse som påföljd vid brott mot förbudet mot förmedling mot ersättning i 12 kap. 65 a § jordabalken. Att en av de tilltalade varit frihetsberövad under två veckors tid medförde i rättsfallet att en villkorlig dom inte förenades med dagsböter. Också i ”Cross-checking” NJA 2018 s. 591 avstod Högsta domstolen från att förena en villkorlig dom med böter — i detta fall med hänvisning till det disciplinstraff som den tilltalade fått av Svenska Ishockeyförbundets disciplinnämnd (avstängning i tio matcher varav fyra omvandlades till böter om 12 000 kr).

Överträdelse av näringsförbud ansågs i ”Hårförlängningsverksamheten” NJA 2018 s. 431 vara brottslighet av sådan art att det är motiverat med särbehandling vid påföljdsvalet. Vid dylika överträdelser föreligger alltså en presumtion för fängelse som påföljd.

Att smuggling utgör brottslighet av sådan art att det finns starka skäl för särbehandling i fråga om påföljdsvalet bekräftas i NJA 2012 s. 1038 I och ”Hundsmugglingen” NJA 2018 s. 456.

I NJA 2016 s. 859 bestämdes påföljden för grovt dopningsbrott med ett straffvärde motsvarande åtta månaders fängelse till skyddstillsyn i förening med en månads fängelse. Högsta domstolen konstaterade att brottslighetens art gjorde att påföljden normalt borde bestämmas till fängelse, men tillade att särskilda skäl, hänförliga till omständigheterna vid brottet eller gärningsmannens person kan föranleda en annan bedömning (jfr NJA 1995 s. 89 I och II). I målet angavs i ett frivårdsyttrande att en skyddstillsyn skulle kunna bidra till att avhålla den tilltalade från fortsatt brottslighet och att hans personliga och sociala situation påtagligt förbättrats. Det ansågs mot den bakgrunden finnas tillräckligt starka skäl att välja skyddstillsyn som påföljd, men med hänsyn till brottslighetens straffvärde och art ansågs det oundgängligen påkallat att förena skyddstillsynen med en månads fängelse. Rättsfallet ger viss ledning för när s.k. 28:3-fängelse kan användas men det framstår fortsatt som delvis oförklarat hur påföljdskombinationen ska infogas i tankestrukturen vid påföljdsbestämningen och vad de grundläggande förutsättningarna för att påföljden överhuvudtaget ska kunna komma ifråga är: i vilken utsträckning fordras att det finns särskilda omständigheter (ungdom, påtaglig förbättring, särskilda behov) för att skyddstillsyn i förening med fängelse ska kunna ersätta ett längre fängelsestraff och vilka omständigheter kan i så fall vara relevanta?

5.2.2 Påföljdsval avseende unga lagöverträdare

I NJA 2015 s. 948 bestämdes påföljden för en 19-åring som gjort sig skyldig till sexuellt utnyttjande av barn. Högsta domstolen konstaterade att brottslighetens art enligt fast praxis tillmäts en väsentlig betydelse vid påföljdsvalet. Presumtionen för fängelse innebär emellertid inte att annan påföljd är utesluten, men att det vid straffvärden om sex månader eller mer kan komma i fråga med en icke frihetsberövande påföljd endast om alldeles speciella omständigheter talar för detta (här hänvisas till NJA 2006 s. 79 I, med en jämförhänvisning till NJA 2014 s. 990). Med hänsyn till den tilltalades ålder (jfr 30 kap. 5 § andra stycket) och hans bristande utveckling och personliga förhållanden i övrigt fanns emellertid möjlighet att döma till annan påföljd än fängelse. En ren villkorlig dom eller skyddstillsyn ansågs emellertid inte vara tillräckligt ingripande, varför påföljden bestämdes till villkorlig dom i förening med en föreskrift om samhällstjänst.

Påföljden för en 18-åring som gjort sig skyldig till våldtäkt av normalgraden bestämdes i NJA 2015 s. 1024 till skyddstillsyn i kombination med tre månaders s.k. 28:3-fängelse. I fallet talade straffvärdet för fängelse. Straffvärdet var två år och straffmätningsvärdet ett år efter beaktande av ungdomsreduktionen och Högsta domstolen använder i detta fall i princip den tumregel som anger att straffvärdet talar för fängelse när det efter avdrag av ungdomsreduktion motsvarar fängelse i ett år eller mer (och det anges också att motsvarande i allmän-

het gäller om det är billighetsskäl som motiverar straffsänkningen). Bara med hänsyn till straffmätningsvärdet ansågs det i och för sig inte vara omöjligt att bestämma påföljden till villkorlig dom eller skyddstillsyn i förening med samhällstjänst. Med beaktande också av brottslighetens art ansågs att en icke-frihetsberövande påföljd i förening med samhällstjänst inte var tillräckligt ingripande. När brottslighetens art talar för fängelse och straffmätningsvärdet är sex månader eller mer måste det till alldeles särskilda skäl för att döma till något annat än ett fängelsestraff utmätt efter brottslighetens straffmätningsvärde. Sådana skäl ansågs i fallet kunna utgöras av att en skyddstillsyn förenades med fängelse (28 kap. 3 § och 30 kap. 11 §). Beträffande tillämpningen av påföljdskombinationen skrev Högsta domstolen följande:

> 35. Med hänsyn till föreskrifterna i 30 kap. 4 och 5 §§ BrB är det rimligt att anta att syftet med bestämmelsen i 30 kap. 11 § är att beträffande främst unga lagöverträdare skapa en större möjlighet än en vanlig skyddstillsyn erbjuder att undvika ett längre fängelsestraff (jfr ”Socialkontorsfallet” NJA 2000 s. 314, särskilt s. 322). Detta gäller också i situationer där brottslighetens art starkt talar för fängelse. När straffmätningsvärdet som här motsvarar fängelse i ett år måste dock den maximala tiden om tre månader för fängelsestraffet enligt 28 kap. 3 § tillämpas.

I rättsfallet ”Tejpningen” NJA 2013 s. 397, som refererades på andra frågor, bestämdes påföljd för ofredande för flera unga lagöverträdare (i denna del hänvisas läsaren till domskälen eftersom prejudikatfrågorna i målet var andra; referatet innehåller också ett särskilt tillägg av referenten i denna del).

5.3 Överlämnande till särskild vård

I NJA 2013 s. 1090 bedömdes förutsättningarna för ett beslut om särskild utskrivningsprövning inte föreligga. Härvid beaktades bl.a. att vart och ett av de förövade brotten varit av måttlig svårhetsgrad samt brottens karaktär (fråga var bl.a. om våld, hot och förgripelse mot tjänsteman, olaga förföljelse och misshandel). Vid tidpunkten för huvudförhandlingen i Högsta domstolen hade den tilltalades tillstånd förbättrats på ett sådant sätt att förutsättningarna för överlämnande till rättspsykiatrisk vård inte längre förelåg. Med hänsyn till att den tilltalade varit häktad och undergått rättspsykiatrisk vård förklarades den tilltalade vara fri från påföljd med stöd av 30 kap. 6 § tredje stycket.

I rättsfallet ”Mordet vid återvinningsstationen” NJA 2018 s. 975 ansågs övervägande skäl tala för att en person som förövat ett mord inte hade begått gärningarna under påverkan av en psykisk störning som kan betraktas som allvarlig. I målet förelåg ett rättspsykiatriskt utlåtande, enligt vilket gärningen begåtts under påverkan av en allvarlig psykisk störning, samt ett yttrande från Rättsliga rådet, enligt vilket

gärningen begåtts under påverkan av en psykisk störning som emellertid inte var allvarlig.

Eftersom den tilltalade inte heller vid prövningen kunde anses lida av en allvarlig psykisk störning bestämdes påföljden till fängelse. (Påföljden hade i underrätterna bestämts till rättspsykiatrisk vård, men bara drygt tio dagar efter att den dömde överförts till en rättspsykiatrisk klinik uttalade klinikens chefsöverläkare att det helt saknades behov av psykiatrisk vård förenad med frihetsberövande och annat tvång.)

5.4 Avräkning m.m.

Av NJA 2012 s. 968 följer att något avräknande för processuella frihetsberövanden med anledning av brott som prövas genom domen inte ska ske vid bestämmande av antalet timmar samhällstjänst. I korthet kan sägas att ett frihetsberövande kan beaktas som skäl för att välja en icke frihetsberövande påföljd eller avräknas mot ett fängelsestraff. Det bör enligt Högsta domstolen inte komma i fråga att därutöver beakta frihetsberövandet när antalet timmar samhällstjänst bestäms.

5.5 Sammanträffande av brott

Av rättsfallet NJA 2010 s. 3 framgår att det är möjligt att förordna att en tidigare utdömd skyddstillsyn ska avse också andra brott även när det pågår ett förfarande om undanröjande av skyddstillsynen. I rättsfallet bekräftas också att vad som utgör en tidigare utdömd påföljd i den mening som avses i 34 kap. 3 § kan ställa sig olika mellan instanserna. Även om huvudregeln om att döma särskilt gör att det i dag mindre ofta blir aktuellt att låta en tidigare utdömd skyddstillsyn omfatta annan brottslighet (det förutsätts att det är fråga om nyupptäckt brottslighet som är utan nämnvärd betydelse i relation till den som omfattas av den tidigare domen, jfr 34 kap. 3 §) torde rättsfallet fortsatt vara av betydelse.

Det förhållandet att det, när frågan om förverkande av villkorligt medgiven frihet aktualiseras, har skett en klart konstaterbar mildring av påföljdspraxis efter den tidigare domen ska, enligt NJA 2015 s. 1129 I–III, beaktas vid bedömningen av om ett förverkande framstår som oskäligt.

Frågan aktualiserades av den normalisering av straffmätningen vid narkotikabrott som Högsta domstolen inledde genom ”Mefedrondomen” NJA 2011 s. 357. När någon dömts före en praxisändring av detta slag till ett längre fängelsestraff än denne hade fått efter praxisändringen finns normalt ingen möjlighet att korrigera den påföljd som dömts ut. Att praxis har ändrats är inte ett skäl för resning. Av det nu aktuella rättsfallet följer emellertid att det finns utrymme att beakta förändringen av påföljdspraxis inom ramen för den skälighetsbedömning som ska göras vid förverkande av villkorligt medgiven fri-

het. I fallet betonas emellertid att det endast i undantagsfall — där det har skett en klart konstaterbar praxisändring eller en sådan ändring har manifesterats genom lagstiftning — kan komma ifråga att väga in en mildrad syn på viss brottslighet vid förverkandefrågan. Rättsfallet har kommenterats av Elin Carbell Brunner i JT 2015–16 s. 907 ff.

I ”Brevinkastet” NJA 2018 s. 574 behandlas tillämpningen av 34 kap. efter 2016 års ändringar. Av rättsfallet framgår att det i princip finns tre situationer som kan aktualiseras (se p. 38–42). Fråga kan vara:

(1) om att det brott som ska prövas i målet har begåtts efter en tidigare meddelad dom, men innan påföljden enligt den domen helt har verkställts (34 kap. ska då tillämpas och det är fråga om ett nytt brott)

—— Tidigare dom —— Brottet —— Prövning avseende Brottet ——>

(34 kap. tillämpas; Brottet utgör ett nytt brott)

(2) om att det brott som ska prövas i målet har begåtts före någon tidigare meddelad dom (34 kap. ska då tillämpas och det är fråga om ett nyupptäckt brott)

—— Brottet —— Tidigare dom —— Prövning avseende Brottet ——>

(34 kap. tillämpas; Brottet utgör nyupptäckt brott)

(3) om att det varken är fråga om (1) eller (2) (i dessa fall aktualiseras inte någon tillämpning av 34 kap.; det gäller även om nya brott har tillkommit i andra mål och domar har meddelats i dessa mål efter den fällande domen avseende Brottet i tingsrätten[9] men före prövningen av målet avseende Brottet i högre rätt).

—— Brottet —— Nya brott —— Prövning avseende Brottet ——>

I dessa fall spelar det ingen roll om det har kommit en dom avseende de nya brotten förutsatt att den domen är meddelad senare än domen i det mål som är aktuellt (dvs. förutsatt att domen avseende de nya brotten inte utgör en tidigare meddelad dom). Det kan se ut på följande sätt

—— Brottet —— Nya brott (Brott 2) —— Dom avseende Brottet —— Ny dom avseende Brott 2 —— Prövning av Brottet i överrätt ——>

—— Brottet —— Dom avseende Brottet —— Nya brott (Brott 2) —— Ny dom avseende Brott 2 —— Prövning av Brottet i överrätt ——>

(34 kap. aktualiseras ej)

[9] Om de meddelats före domen i tingsrätten hade ju dessa domar utgjort tidigare meddelade domar. Det kan tilläggas att jag här skriver tingsrätten, men det är ju fullt möjligt att den första fällande domen (den tidigare meddelade domen) meddelas i hovrätt.

Det bör noteras att detta tredje fall inkluderar de enkla återfallssituationer där den tilltalade begått ett brott efter en tidigare meddelad dom och efter att den där utdömda påföljden är helt verkställd (jfr det förhållandet att definitionen av nytt brott i 34 kap. 1 § — till skillnad från definitionen av nyupptäckt brott — inkluderar att påföljden inte helt har verkställts).

Som framgår av avgörandet (se p. 36 och 37) ligger brytpunkten vad gäller gränsen mellan ny och nyupptäckt brottslighet vid den först meddelade dom som är fällande. Detsamma måste förstås gälla när det gäller frågan om det överhuvudtaget finns en tidigare dom av relevans. Den process i vilken man först når fram till en fällande dom är att betrakta som den tidigare och det gäller även om det vid prövningen i t.ex. hovrätten i den processen skulle finnas domar avseende andra brott som begåtts före eller efter tingsrättsdomen.

5.6 Preskription

I ”Lastbilssläpet” NJA 2011 s. 611 ansågs för preskriptionsavbrott krävas inte bara att den misstänkte har fått del av en gärningsbeskrivning som kan anses innefatta påstående om brott enligt en viss straffbestämmelse utan också att denne har fått reda på att denna straffbestämmelse kan vara tillämplig (och därigenom haft möjligheter att anpassa sitt försvar därefter). (Denna grundsats försågs emellertid med en reservation: ”Undantag kan gälla i vissa situationer, t.ex. vid gradindelade brott och vid andra brott där förhållandet mellan olika straffbestämmelser är sådant att tillämpningsområdet för en straffbestämmelse ligger helt inom ramen för en annan straffbestämmelses tillämpningsområde.”)

Den tilltalade var i underrätterna åtalad för mordbrand, men i Högsta domstolen justerades åtalet så att det omfattade också allmänfarlig vårdslöshet — detta skedde emellertid efter att preskriptionstiden för allmänfarlig vårdslöshet av normalgraden gått ut. I fallet var, enligt Högsta domstolens bedömning, endast aktuellt med ansvar för allmänfarlig vårdslöshet av normalgraden, dvs. enligt 13 kap. 6 § första stycket (jfr p. 14). Eftersom något påstående om att ansvar skulle kunna komma ifråga för allmänfarlig vårdslöshet inte hade framförts inom preskriptionstiden för brott av normalgraden lämnades talan utan bifall.

Två justitieråd var skiljaktiga och menade att det var tillräckligt att den misstänkte före preskriptionstidens utgång har fått del av en gärningsbeskrivning som innefattar ett påstående om brott enligt den ifrågavarande straffbestämmelsen. Eftersom den ursprungliga gärningsbeskrivningen (avseende mordbrand) fick anses innefatta ett påstående om allmänfarlig vårdslöshet kunde det enligt de skiljaktiga prövas om den tilltalade kunde dömas för detta brott.

I NJA 2016 s. 880 ansågs emellertid möjligt att pröva ett påstående om ofredande som förts in i processen genom en åtalsjustering som

skett först efter att preskriptionstiden för det brottet löpt ut. I målet ansågs finnas ett sådant samband mellan påståendet om ofredande och det ursprungliga gärningspåståendet om förgripelse mot tjänsteman (det senare brottet kan beskrivas som en kvalificerad form av ofredande) att undantagsregeln från 2011 års fall kunde anses tillämplig.

Preskription för olovlig kraftavledning sker enligt NJA 2013 s. 467 successivt, dvs. det ska dömas bara för den del av brottet som ligger inom den tillämpliga preskriptionstiden (jfr NJA 1938 s. 69 som gällde obehörigt utövande av läkarkonsten).

Se även NJA 2012 s. 886 för en illustration av hur bedömningen av frågor om brottsenhet kan påverka preskriptionsfrågan.

5.7 Förverkande, företagsbot och näringsförbud

5.7.1 Förverkande

I NJA 2010 s. 374 behandlade Högsta domstolen förutsättningarna för s.k. utvidgat förverkande enligt 36 kap. 1 b §.

Av avgörandet kan utläsas för det första att skattebrottslighet kan utgöra sådan brottslig verksamhet som avses i regleringen (liksom i det bakomliggande rambeslutet).

För det andra följer av avgörandet att det för sakförverkande är tillräckligt att det framstår som klart mera sannolikt att egendomen härrör från brott än att så inte är fallet; det krävs inte, vilket lagtexten talar för, att det är klart mer sannolikt att egendomen utgör utbyte av brottslig verksamhet. Lagtextens uttryck skulle visserligen kunna förstås så att möjligheten till sakförverkande är begränsad till en viss delmängd av sådan egendom som härrör från brott, nämligen konkret utbyte av brott och egendom som trätt i sådan egendoms ställe. Men enligt Högsta domstolen ska den alltså inte läsas på detta sätt.

I ett tillägg av justitierådet Victor pekas på att svensk rätt också i övrigt begränsar möjligheterna till sakförverkande på ett sätt som knappast är motiverat och som ligger mindre väl i linje med hur internationella instrument om förverkande är utformade.

Sedlar motsvarande ungefär 8 000 kr förverkades i NJA 2016 s. 641 med stöd av reglerna om utvidgat förverkande. Det förverkandeutlösande brottet bestod i förvärv i huvudsakligt överlåtelsesyfte och innehav av drygt 6,7 kg kat och innehav av drygt 2,8 kg kat. Med hänsyn till att den tilltalade saknade inkomst, att det i huvudsak var fråga om en större mängd hundrakronorssedlar och att han samtidigt med sedlarna transporterade en större mängd kat bedömdes det som klart mera sannolikt att sedlarna utgjorde utbyte från brottslig verksamhet än att så inte var fallet.

Genom rättsfallet NJA 2014 s. 14 klargjordes att lagen (1994:1478) om förverkande av barnpornografi är tillämplig på lagringsmedel (t.ex. minneskort och hårddiskar) som innehåller barnpornografi. Den principiella frågan var om lagtexten, som talar om att en skild-

ring av barn i pornografisk bild kan förklaras förverkad, kunde tolkas så att den också omfattar informationsbäraren. Förverkande av informationsbärarna ansågs, bl.a. med hänsyn till osäkerheten rörande möjliga raderingsåtgärders effektivitet och att den enskilde fått tillgång till övrigt material på en DVD-skiva, inte vara oskäligt. Inte heller ansågs egendomsskyddet enligt artikel 1 i första tilläggsprotokollet utgöra hinder mot förverkande.

I ”Vargskinnen” NJA 2016 s. 680 (som refererades på en annan fråga) upphävdes ett av hovrätten fattat beslut om förverkande med hänvisning till att kraven i 36 kap. 5 § inte var uppfyllda.

Enligt NJA 2016 s. 202 ska man vid bestämmande av det belopp som ska förklaras förverkat som utbyte vid överlåtelse av narkotika normalt göra avdrag för inköpskostnader. Enligt tidigare praxis har Högsta domstolen haft som utgångspunkt att hela vederlaget i och för sig kan förverkas, men att utgifter för förvärvet bör beaktas vid bedömningen av om det vore uppenbart oskäligt att förverka hela vederlaget (varvid inköpskostnader typiskt sett ska dras av från vederlaget). I linje med denna praxis följer av 2016 års rättsfall — fast, som det får förstås, på ett mer direkt sätt än tidigare — att avdrag ska göras för inköpskostnader. Övriga utgifter och kostnader för försäljningen bör inte beaktas i vidare mån än att de kan motivera en viss avrundning nedåt av det belopp som förklaras förverkat. Av rättsfallet följer också att sedvanliga regler om bevisbörda i brottmål inte ska tillämpas vad gäller nettoförtjänsten, utan här finns utrymme för domstolen att uppskatta nettoförtjänsten om bevisning inte har kunnat föras eller detta skulle vara förenat med alltför stora svårigheter. Rättsfallet har kommenterats av Gustaf Almkvist i JT 2016–17 s. 700 ff.

Att domännamn utgör egendom som, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, kan förverkas framgår av rättsfallet ”Domännamnsförverkandet” NJA 2017 s. 1070. I fallet konstateras också att det inte föreligger något principiellt hinder mot att betrakta ett domännamn som ett hjälpmedel vid brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk , men det görs ingen prövning av om domännamnen i det enskilda fallet har utgjort sådant hjälpmedel.

5.7.2 Företagsbot

Företagsbot ansågs i NJA 2016 s. 429 inte kunna åläggas då arbetsmiljöbrott begåtts i samband med undervisning i en kommunal grundskola. Fråga kunde, bl.a. på grund av att det var obligatorisk verksamhet som inte byggde på ett ömsesidigt förpliktande avtal, inte anses vara om näringsverksamhet i den mening som avses i 36 kap. 7 §. Lagstiftaren syntes inte heller ha tänkt sig att situationen skulle omfattas av reglerna om företagsbot. En tillämpning enligt vilken företagsbot skulle kunna utdömas skulle visserligen inte strida mot legalitetsprincipen (den skulle kunna inordnas under lagtexten), men den ansågs av ovan angivna skäl ändå inte böra väljas. Ett justitieråd var skiljaktigt

och menade att det var fråga om näringsverksamhet. (Lagstiftningen håller i skrivande stund på att reformeras. Jfr här förslagen i SOU 2016:82, En översyn av lagstiftningen om företagsbot och i prop. 2018/19:164. Enligt vad som föreslås ska företagsbot också kunna åläggas i offentlig verksamhet som kan jämställas med näringsverksamhet.)

Om ett brott som kan ligga till grund för företagsbot har begåtts av en enskild näringsidkare och denne döms till fängelse för brottet bör, enligt NJA 2012 s. 826, den straffrättsliga påföljden kunna ges företräde framför företagsbot.

I rättsfallet NJA 2014 s. 139 I–IV behandlade Högsta domstolen i fyra avgöranden (som i tre fall gällde arbetsmiljöbrott bestående i vållande till kroppsskada och i det fjärde brott mot livsmedelslagen, 2006:804) frågan om företagsboten skulle bestämmas till det belopp som hovrätten beslutat eller om det borde sättas lägre, dvs. domstolen kan sägas ha behandlat ”straffmätningen” vid utfärdande av företagsbot. Avgörandena (se särskilt NJA 2014 s. 139 I) innehåller en generellt hållen genomgång av reglerna som kan vara av intresse för den som har att tillämpa reglerna eller annars förhålla sig till dem på något sätt liksom (naturligtvis) en bedömning av vilken nivå boten skulle bestämmas till i de olika fallen.

En enskild näringsidkare hade haft en utlänning utan arbetstillstånd anställd och skulle på grund av det betala en särskild avgift enligt 20 kap. 12 § utlänningslagen (2005:716) om 44 000 kronor. I denna situation eftergavs, i NJA 2015 s. 885, den företagsbot som det i och för sig fanns förutsättningar för eftersom den samlade reaktionen annars skulle bli oproportionerligt sträng (se 36 kap. 10 § första stycket 1 och andra stycket).

Av det senare rättsfallet NJA 2016 s. 994 följer att samma utgångspunkt gäller när det är ett aktiebolag som har anställt utlänningen. Det avgörande är att avgiften och företagsboten riktas mot (eller snarare skulle komma att riktas mot) samma rättssubjekt. I rättsfallet öppnas också för att det kan finnas situationer där omständigheterna är särskilt försvårande och den schabloniserade avgiften framstår som mindre väl avpassad och otillräcklig (ett exempel anges vara att en näringsidkare mer systematiskt anställer utlänningar som inte har rätt att vistas i Sverige).

5.7.3 Näringsförbud

I ”Hårförlängningsverksamheten” NJA 2018 s. 431 ansågs en person som mottagit nio uppdrag under cirka fyra månader ha återkommande mottagit uppdrag i den mening som avses i 11 § 12 lagen (2014:836) om näringsförbud. I rättsfallet ges också vissa riktlinjer för hur ett näringsförbud ska förlängas. Det framhålls att en förlängning, enligt förarbetena, som regel bör motsvara den tid som överträdelsen har pågått. Samtidigt bör överträdelsetiden inte ges ett direkt genom-

slag på så sätt att man bryter ner förlängningen i veckor eller månader. En rimlig utgångspunkt anges vara att förlängningstiden som utgångspunkt inte bör understiga ett år. Om emellertid överträdelsen har skett precis i slutet av förbudstiden kan det finnas skäl att begränsa förlängningen till ett halvår.

Näringsförbud ansågs i ”De upprepade skattebrotten” NJA 2018 s. 634 vara påkallat även om brotten inte ansågs vara grova och presumtionsregeln i 8 § andra stycket lagen om näringsförbud inte var tillämplig. Härvid anfördes bl.a. att de åsidosättanden som låg den tilltalade till last, med utgångspunkt i de intressen som bär upp lagstiftningen om näringsförbud, inte framstod som mindre allvarliga än om det sammanlagda beloppet undandragits vid ett enda tillfälle och brottet därför rubricerats som grovt. Två justitieråd var skiljaktiga i denna del och ville ogilla yrkandet om näringsförbud.

5.8 Undanröjande av icke-frihetsberövande påföljder

Frågan om en skyddstillsyn skulle undanröjas på grund av misskötsamhet (jfr 28 kap. 8 §) prövades i NJA 2011 s. 511. Högsta domstolen framhöll med utgångspunkt i förarbetena att undanröjande som sanktion är avsedd att tillämpas bara i fall av grov misskötsamhet och först när frivårdens resurser kan anses uttömda. Den dömde hade bl.a. underlåtit att ringa sin övervakare vid rätt tid, sjukanmält sig vid ett möte med övervakaren och uteblivit från ett annat sådant möte. Han hade därtill uteblivit från två möten med övervakningsnämnden och erhållit en åtalsunderlåtelse för narkotikabrott. Detta ansågs inte utgöra sådan allvarlig misskötsamhet som ska föranleda att skyddstillsynen undanröjs.

Eftersom frågan om påföljder för åsidosättande av åligganden i samband med skyddstillsyn ska bedömas med hänsyn till förhållandena vid tiden för domstolens beslut (här hänvisades till NJA 1986 s. 78) och eftersom det vid den tidpunkten hade skett en betydande förbättring och stabilisering av den dömdes förhållanden fanns det heller inte skäl att överväga förutsättningarna att meddela honom en varning.

I NJA 2015 s. 155 uttalade Högsta domstolen att det normalt är fråga om grov misskötsamhet som kan ligga till grund för undanröjande när en samhällstjänst har misskötts. För att undanröjande ska kunna ske bör emellertid — på grund av kravet att det ska kunna antas att åtgärder som övervakningsnämnden får vidta blir utan verkan — normalt krävas att övervakningsnämnden har vidtagit åtminstone någon åtgärd, t.ex. meddelat en varning som har visat sig verkningslös.

5.9 Omvandling av bötesstraff

Omvandling av böter till fängelse (se 25 kap. 8 § andra stycket) ansågs inte böra ske i NJA 2012 s. 22. Den till böter dömde hade gjort sig

skyldig till upprepade överträdelser av trafiklagstiftningen. Vid bedömningen av om böterna skulle omvandlas togs hänsyn till att det inte var visat att den dömde haft förmåga att betala böterna under de år som var aktuella, att det inte var fråga om brott där fängelse varit ett alternativ att överväga vid lagföringen (utan om brott som beivras med penningböter), att överträdelserna var förhållandevis lindriga, att det inte var fråga om ett särskilt flagrant fall av upprepad brottslighet samt att den dömde inte gjort sig skyldig till några brott sedan 2008. Sammantaget bedömdes det inte vara stötande för den allmänna rättskänslan att underlåta förvandling av böterna.

5.10 Omvandling av livstidsstraff

I NJA 2011 s. 872 omvandlades ett livstidsstraff som avsåg sju mord och tre mordförsök (se NJA 1995 s. 48) till fängelse i trettio år. Varken den tid som avtjänats, återfallsrisken (som bedömdes vara låg), den dömdes beteende i anstalt eller de omständigheter som legat till grund för straffmätningen ansågs hindra att omvandling skedde. Vid bestämmande av fängelsestraffets längd beaktades framför allt att det varit fråga om flera mord samt att det fanns en adekvat tid till att förbereda frigivningen.

5.11 Utvisning enligt utlänningslagen (2005:716)

I rättsfallet ”Butiksstölden på Datavägen” NJA 2014 s. 415 gjordes bedömningen att stöld i butik av varor värda ca 2 000 kr inte utgjorde skäl att utvisa en EES-medborgare som tidigare gjort sig skyldig till ytterligare två tillgreppsbrott. Högsta domstolen framhöll, efter en genomgång av relevant lagstiftning och praxis (från bl.a. EU-domstolen), att brott som innefattar ett angrepp på äganderätten i och för sig är sådana att de kan föranleda utvisning också av EES-medborgare, men att det fordras att brotten utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen och som går utöver den ordningsstörning som varje lagöverträdelse innebär. Det aktuella brottet ansågs inte uppfylla dessa krav. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att bl.a. det förhållandet att personen inom en kort tid lagförts för tre tillgreppsbrott gjorde att det kunde antas att han skulle komma att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet i Sverige. Den dömdes personliga beteende innebar enligt de skiljaktiga ett tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse som går utöver den ordningsstörning som varje lagöverträdelse innebär. Jfr i sammanhanget även ”Fickstölden” NJA 2009 s. 559.

Inte heller i ”Smugglingen på M/S Wawel” NJA 2018 s. 491 ansågs det finnas tillräckliga skäl för utvisning av två EES-medborgare enligt 8 a kap. 5 § utlänningslagen. Brotten, som avsåg smuggling av alkohol och tobak, ansågs i och för sig vara av sådant slag att de kunde ligga till grund för utvisning med hänvisning till allmän ordning, men det betonades att kopplingen till allmän ordning i fall av smuggling är

indirekt, vilket inte minst gäller när smugglingen avser tobak. Också vad gäller alkohol är kopplingen indirekt men här kan den allmänna ordningen störas mer påtagligt genom att tillgången eller priset på alkohol påverkas vilket kan få konsekvenser av social karaktär. Högsta domstolen kom fram till att det, för att utvisning av en EES-medborgare ska vara motiverad vid brottslighet av detta slag, måste förutsättas antingen att brottsligheten är allvarligare än den som var aktuell i rättsfallet (straffvärdet motsvarade fängelse i fyra månader beträffande den ene och fängelse i sju månader beträffande den andre tilltalade) eller att det finns starka skäl att tro att hen kommer att göra sig skyldig till framtida brottslighet av upprepad karaktär. I rättsfallet görs också en relativt ingående genomgång av hur de allmänna kraven i utlänningslagen förhåller sig till de särskilda krav som gäller EES-medborgare.

6 Internationell straffprocessrätt

6.1 Utlämning enligt lagen (1957:668) om utlämning för brott m.m.

I NJA 2011 s. 13 hade en person blivit häktad i ett utlämningsärende enligt den särskilda nordiska utlämningslagen, lagen (1959:254) om utlämning för brott till Danmark, Finland, Island och Norge. Därefter häktades personen också i ett brottmål i Sverige. Under den tid personen var häktad i brottmålet gällde enligt 12 § nyss nämnda lag (jfr 16 § andra stycket i den allmänna utlämningslagen) inte häktningsbeslutet i utlämningsärendet. Ett överklagande av häktningsbeslutet i utlämningsärendet upptogs ändå till prövning av Högsta domstolen och det angavs också att personen skulle komma att ha möjlighet att, efter att häktningsbeslutet i ärendet åter blivit gällande, begära ny förhandling i häktningsfrågan. Numera gäller i förhållande till de nordiska länderna lagen (2011:1165) om överlämnande från Sverige enligt en nordisk arresteringsorder.

Proportionalitetsprincipens tillämpning vid häktning i ett utlämningsärende prövades i NJA 2011 s. 518. Utlämningsframställan grundades i detta fall på misstankar om folkmord, medhjälp till folkmord och brott mot mänskligheten genom mord och utrotning.

I fallet hade beslut om utlämning fattats av regeringen i juli 2009. Den eftersökte hade emellertid vänt sig till Europadomstolen och detta hade föranlett ett beslut om att verkställighet av utlämningsbeslutet, i avvaktan på Europadomstolens prövning, tills vidare inte fick ske. Vid tidpunkten för Högsta domstolens beslut i häktningsfrågan i juli 2011 fanns ett besked om att en prövning i Europadomstolen kunde förväntas ske i september samma år, dock utan angivelse om vad detta innebar beträffande tidpunkten för Europadomstolens slutliga ställningstagande. Den eftersökte hade då varit frihetsberövad, först som anhållen och sedan som häktad, från och med den 16 juli 2008.

Högsta domstolen framhöll att proportionalitetsprincipen på ett allmänt plan betyder att den tilltänkta åtgärden inte får vara mer ingripande, omfattande eller varaktig än att den står i rimlig proportion till vad som kan vinnas med åtgärden. Skälen för ett frihetsberövande ska ställas i relation till de olägenheter som det skulle medföra för den misstänkte (jfr 24 kap. 1 § tredje stycket rättegångsbalken). Det framhölls vidare att det för bedömningen är av betydelse vilka straffprocessuella tvångsmedel som står till buds (jfr 25 kap. 1 § andra stycket rättegångsbalken), att det vid fortsatt häktning är av betydelse hur länge frihetsberövandet har pågått och hur länge det kan förväntas bestå (ju längre frihetsberövandet har pågått desto starkare måste skälen för fortsatt häktning vara), samt att brottslighetens svårhetsgrad är av betydelse för styrkan i den främmande statens intresse av en utlämning. Om intresset av utlämning är mycket starkt kan en förhållandevis långvarig häktningstid godtas. Därefter skrev domstolen följande:

> 19. Grundläggande är dock att en häktning aldrig får fortgå längre än vad som är nödvändigt med hänsyn till syftet. Ett uttryck för det är bestämmelsen i 24 kap. 18 § första stycket RB, vari föreskrivs att när ett beslut om häktning föregår ett åtal ska rätten sätta ut den tid inom vilken åtal ska väckas, en tid som inte får vara längre än vad som är oundgängligen nödvändigt. Tanken bakom denna restriktion bör tjäna till ledning även i ärenden om utlämning.
>
> 20. I kravet på att en häktning inte får fortgå längre än vad som är nödvändigt ligger, att berörda myndigheter eller organ ska med rimlig effektivitet verka för att häktningstiden blir så kort som möjligt. Det är av betydelse hur det förfarande som den fortsatta häktningen är beroende av (t.ex. en förundersökning eller som här ett ärende i Europadomstolen) har fortskridit och kan förväntas fortlöpa. Hänsyn ska sålunda tas till det sätt på vilket berörda myndigheter eller organ har agerat eller inte har agerat, liksom till om de fortsättningsvis kan förväntas agera med den skyndsamhet som är påkallad med hänsyn till såväl den misstänktes intresse som intresset av att ärendet blir ordentligt utrett och avgörs på ett säkert underlag.
>
> 21. Om utredningen i ärendet inte ger stöd för bedömningen att tillräcklig skyndsamhet har iakttagits, utgör det ett skäl mot fortsatt häktning. Den misstänkte ska alltså inte bära bördan av oklarheter i detta hänseende.

Mot denna bakgrund framhöll Högsta domstolen att den eftersökte visserligen var misstänkt för synnerligen allvarlig brottslighet, men att han hade varit häktad i mer än tre år (vilket, om hänsyn togs till svenska regler om villkorlig frigivning, innebar att minimistraffet för fullbordat brott överskridits) samt att det inte lämnats någon förklaring till den utdragna handläggningstiden i Europadomstolen. Sammantaget kom Högsta domstolen, också med beaktande av att Rwanda hade ett synnerligen starkt intresse av utlämning och att det

saknades andra effektiva tvångsmedel, fram till att det inte var godtagbart att den eftersökte skulle vara fortsatt häktad.

I NJA 2013 s. 88, som gällde en begäran om utlämning för lagföring till Schweiz, ansågs sannolika skäl inte föreligga där den tilltalade åberopat alibibevisning och någon motbevisning inte åberopats gentemot denna.

Hinder mot utlämning för straffverkställighet till Iran ansågs föreligga i NJA 2014 s. 413. Eftersom det inte finns någon sådan överenskommelse som avses i 9 § tredje stycket utlämningslagen mellan Sverige och Iran fordrades att domen stöddes av utredningen och inte heller i övrigt föranledde allvarlig erinran (se 9 § första stycket utlämningslagen). Av domen framgick inte att den eftersökte varit närvarande vid rättegången. Någon muntlig bevisning hade inte åberopats. Domen vilade i stället på att den eftersökte erkänt under förundersökningen, vilket denne förnekade. Vid en sammantagen bedömning — där det beaktades vad som var känt om rättsväsendet i Iran — ansågs den dom som låg till grund för utlämningsframställningen inte uppfylla de krav som följer av 9 § första stycket utlämningslagen.

I NJA 2015 s. 41 ansågs hinder mot utlämning till Schweiz föreligga när det gällde en person som i sin utevaro dömts till ett långt fängelsestraff utan att ha underrättats om hur anklagelserna mot honom slutligt kom att utformas och efter att ha delgetts kallelse till förhandlingen endast genom kungörelsedelgivning. Den dömdes rätt att försvara sig ansågs under dessa förhållanden inte ha blivit nöjaktigt tillgodosedd (jfr 9 § tredje stycket utlämningslagen). (Schweiz har tillträtt 1957 års utlämningskonvention och utlämning hade alltså enligt 9 § tredje stycket varit möjlig om det hade lämnats en försäkran om att den dömde har möjlighet att påkalla ny domstolsprövning som tillgodoser hans rätt att försvara sig. Schweiz hade emellertid förklarat att någon sådan försäkran inte kunde ges.)

Hinder mot utlämning till Bosnien och Hercegovina (som tillträtt 1957 års utlämningskonvention) ansågs i NJA 2016 s. 80 inte föreligga i ett fall där den dom som låg till grund för utlämningsframställningen grundades på en överenskommelse mellan den dömde och åklagaren (s.k. plea bargaining). Domen ansågs inte vara uppenbart oriktig och det ansågs heller inte föreligga hinder enligt artikel 6 i Europakonventionen (om rätten till en rättvis rättegång) eller artikel 2 i konventionens sjunde tilläggsprotokoll (om rätten att överklaga en brottmålsdom). I fallet noteras också att humanitära skäl hänförliga till annan än den eftersökte i princip inte faller under 8 § i utlämningslagen utan är något som regeringen får beakta vid den slutliga prövningen av om utlämning ska beviljas eller ej.

I NJA 2017 s. 677 behandlas frågan om när ett brott mot artikel 6 i Europakonventionen vid utlämning ska anses vara sådant att en utlämning skulle stå i strid med konventionen. Högsta domstolen uttalar i denna del, efter en genomgång av Europadomstolens praxis, att

det inte är tillräckligt att överträdelsen i mottagarlandets domstol har varit (vid utlämning för verkställighet) eller kan förväntas vara (vid utlämning för lagföring) sådan att den skulle ha utgjort brott mot artikel 6 om den inträffat i det egna landet. Vad som krävs är ett brott mot kravet på rättvis rättegång som är så grundläggande att rätten som garanteras av artikeln helt tillintetgörs eller att kärnan i rätten ödeläggs. Tröskeln är alltså hög och det ankommer på den som gör gällande att utlämning skulle stå i strid med artikel 6 att visa att kravet är uppfyllt. Som kommentar till fallet kan sägas att det är naturligt att tröskeln för att en utlämning ska utgöra brott mot artikel 6 är hög, men att det inte är självklart hur bokstavligt de mycket högt ställda kriterierna ska läsas och tillämpas. I rättsfallet var fråga om utlämning för verkställighet och det ansågs inte finnas tillräckligt underlag för att anse att en utlämning skulle vara oförenlig med artikel 6 i Europakonventionen. (Jfr i denna del även Högsta domstolens beslut den 9 juli 2018 i mål Ö 2479-19, p. 53–54).

I NJA 2017 s. 975 behandlas relationen mellan utlänningslagstiftningen och utlämningslagen. Högsta domstolen uttalar här att syftet med införandet av 7 § var att uppnå samstämmighet mellan utlännings- och utlämningsbestämmelserna vad gäller flyktingar (personer som fått asyl), vilket innebär att om en utlänning har beviljats flyktingstatus (se 4 kap. 3 § utlänningslagen, 2005:716) med hänvisning till att hen hyser en välgrundad fruktan för förföljelse av allvarlig beskaffenhet i ett visst land av något sådant skäl som anges i 7 § utlämningslagen, så bör den av svensk myndighet redan gjorda bedömningen normalt väga mycket tungt vid prövningen av utlämningsframställningen. Motsvarande överensstämmelse finns emellertid inte när det gäller personer som har förklarats vara skyddsbehövande. I det fallet måste, enligt rättsfallet, göras en självständig bedömning av om risken för förföljelse har sin grund i någon av de orsaker som anges i 7 § utlämningslagen. I ärendet ansågs 7 § innebära hinder för utlämning till Turkiet.

Se även rättsfallet NJA 2014 s. 399, beträffande rätten till ersättning när någon varit frihetsberövad i ett utlämningsärende och utlämningsbegärande sedan avslagits.

6.2 Internationell rättslig hjälp

I NJA 2013 s. 867 behandlades bl.a. frågan hur ett beslag på begäran av utländsk myndighet ska hanteras i ett fall när beslaget är omfattande och också innehåller information som saknar betydelse för den utländska utredningen liksom när det innehåller företagshemligheter och uppgifter om personliga och ekonomiska förhållanden för vilka sekretess gäller enligt svensk rätt. I målet behandlar Högsta domstolen hur rättens prövning av ett beslags laglighet ska gå till (se p. 13–15 och 25–27) och hur villkor om användningsbegränsningar kan användas för att uppnå skydd för känsliga uppgifter (se p. 16–18 och 28–

32). I målet konstateras också att åklagaren — eftersom det är åklagaren som bevakar sådana beslag som har skett på begäran av utländsk myndighet (jfr, beträffande beslag enligt rättegångsbalken, 27 kap. 7 § och 8 § första stycket) — har möjlighet att häva beslaget också sedan det har prövats av rätten. Det konstateras vidare att egendomen ska återlämnas när det utländska förfarandet är avslutat och att villkor om detta bör uppställas.

6.3 Överförande av straffverkställighet

För att straffverkställighet ska kunna överföras till ett annat land enligt lagen (2015:96) om erkännande och verkställighet av frihetsberövande påföljder inom Europeiska unionen fordras bl.a. att en överföring av straffverkställigheten är lämplig. Inom ramen för den bedömningen utgör de begränsningar som följer av artikel 5 i Europakonventionen en yttersta gräns. I ”Straffverkställigheten i Polen” NJA 2017 s. 300 ansågs det förhållandet att straffverkställigheten vid ett överförande, på grund av skillnader i reglerna om villkorlig frigivning, skulle kunna komma att förlängas med ett år och tio månader inte innebära att kravet på att det ska vara lämpligt att överföra straffverkställigheten inte var uppfyllt; i detta låg alltså också en bedömning av att det inte skulle stå i strid med Europakonventionen att överföra verkställigheten till ett land där verkställigheten riskerade att bli längre.

Samma bedömning gjordes i ”Straffverkställigheten i Lettland” NJA 2017 s. 784 där tiden på anstalt kunde komma att förlängas med som mest tre år och elva månader. Ett justitieråd (undertecknad) var skiljaktigt och menade att det med hänsyn till risken för en mycket påtagligt förlängd anstaltstid måste anses olämpligt att översända domen till Lettland för verkställighet.

I ”Straffverkställigheten i Polen” behandlas också vissa generella frågor dels om när det gäller ett krav på medgivande från den andra staten och ett samtycke från den dömde, dels om vad som ligger i kravet på att den sociala återanpassningen främjas av ett överförande.