

Reglerna för påföljdsbestämning — en juridik i förändring

Av justitierådet MARTIN BORGEKE

I uppsatsen behandlar författaren lagstiftningen och Högsta domstolens praxis på påföljdsbestämningsområdet. Reglerna för påföljdsbestämning har under hela 1900-talet och även efter millennieskiftet utvecklats påtagligt. Juridiken på området är också fortfarande i förändring. Med en hög förändringstakt finns det risk för att rättstillämparna inte riktigt hänger med och att därför gamla invanda föreställningar från förr lever kvar. I uppsatsen fokuseras på de regler som gäller för i vilka fall som villkorlig dom och skyddstillsyn ska tillämpas. Författaren anser att de regler som infördes år 1989 har fått en delvis ny innebörd genom Högsta domstolens praxis, men att denna inte fullt ut har fått genomslag i den praktiska rättstillämpningen. Han redovisar hur systemet bör uppfattas och ställer frågan, om något kan göras för att rättstillämpningen bättre ska anpassas till det som nu måste betraktas som gällande rätt. De frågor som diskuteras i uppsatsen är delvis samma som de som Fredrik Wersäll tar upp i sin artikel. Sammantagna visar uppsatserna på ett behov av utveckling och förändring, både av påföljdssystemet och av domstolarnas rättstillämpning.

1 En förbluffad hovrättsfiskal

En händelse som jag har burit med mig under mitt liv som domare inträffade i början av 1980-talet i det som då var tredje avdelningens sessionssal i suterrängplanet i gamla hovrättsbyggnaden i Malmö. Som ung fiskal och nybliven biträdande sekreterare i Fängelsestraffkommittén¹ var jag ombedd att hålla ett anförande vid ett s.k. lagmansmöte i Skånska hovrätten. Närvarande i salen var lagmännen i de tingsrätter som ingick i hovrättens domsaga, vilket på den tiden var ganska många, men också ett antal av domarna i hovrätten. Ämnet för min föreläsning var den nya lagstiftning som innebar att allmänna fängelseminimum hade sänkts från en månad till fjorton dagar. Förslaget hade lagts fram av Fängelsestraffkommittén hösten 1979 och hade blivit lag den 1 juli 1981. När jag hade presenterat reformen och beskrivit tankarna bakom den blev det en diskussion bland de närvarande domarna. Åsikterna om det förnuftiga i att sänka den sedan lång tid gällande minim tiden för

¹ Ordförande i kommittén var hovrättslagmannen Carl-Johan Cosmo och huvudsekreterare dåvarande hovrättsassessorn Axel Lundqvist. I kommittén ingick bl.a. som sakkunniga generaldirektören Bo Martinsson (Kriminalvårdsstyrelsen) och sedermera hovrättslagmannen Erland Aspelin.

fängelsestraffet var delade. Efter ett tag reste sig en sydsåkansk lagman och begärde ordet. Han sa, ganska ordagrant, så här: ”Vi har diskuterat det där med fjorton dagars fängelse på tingsrätten, och vi har talat också med nämnden, och vi har kommit fram till att det är ingenting för oss!”

Vad de andra domarna tyckte om den sydsåkanske lagmannens inlägg minns jag inte. Själv var jag så förbluffad över inställningen till lagstiftningens betydelse för påföljdsbestämningen att jag helt har glömt bort den fortsatta diskussionen. Med den inställning till fjorton dagars fängelse som lagmannen gav uttryck för förvandlades ju lagstiftningen från gällande normer till en sorts rekommendationer som domstolen kunde följa eller strunta i, allt efter som det behagade. Så kunde det väl inte förhålla sig?²

2 Uppsatsens innehåll

Nu var den här attityden inte allmän bland domare i slutet av förra seklet, och den är det inte alls i dag. Men fortfarande har jag en känsla av att inställningen till påföljdsbestämningsreglerna är en annan än den är exempelvis till bestämmelserna om de olika brotten och till reglerna om ansvar för försök, förberedelse och stämpling till brott och till medverkansregleringen i 23 kap. 4 § brottsbalken. Min erfarenhet är både att äldre föreställningar om påföljdernas funktion och tillämpningsområdet lever kvar och att lagstiftarens och Högsta domstolens genomslagskraft inte är lika stor på påföljdsområdet som på andra områden inom juridiken.

I denna uppsats ska ett centralt spörsmål inom påföljdsregleringen behandlas. Det har samband med förändringen av den grundläggande synen på påföljdernas funktion och verkningar som Petter Asp har tagit upp i sin för detta avsnitt inledande uppsats och som han har sammanfattat under rubriken Från behandling till förtjänst. Mera specifikt gäller frågan i vilken utsträckning som 1989 års lagstiftning beträffande valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn, och Högsta domstolens praxis på detta område, har slagit igenom i tingsrätter och hovrätter.

Som mycken annan juridik har straffrätten sin historia. Det finns anledning att börja med strafflagen.

3 Strafflagen

När det första numret av SvJT kom ut år 1916 gällde på straffrättens område 1864 års strafflag. Strafflagen ersattes inte förrän år 1965 av brottsbalken, även om det under årens lopp hade genomförts ett flertal änd-

² Lagmannens uttalande ska i och för sig ses i belysning av att man vid den tingsrätt där han var chef dömde påfallande mildt genom att i hög grad tillämpa andra påföljder än fängelse för sådana brott där det annars var normalt att döma ut en månads fängelse (se Ulla V. Bondeson, Variationer i påföljdsval och straffmätning. Regionala skillnader mellan tingsrätter och hovrättsområden i Sverige, i Festskrift till Per Olof Bolding, 1993).

ringar både i lagen och genom att särskild lagstiftning, t.ex. om villkorlig dom, hade skapats vid sidan om strafflagen.

Som namnet antyder handlade strafflagen om när och hur straff skulle dömas ut. Det fanns ett flertal olika typer av straff. De viktigaste var de allmänna straffarterna dödsstraff, straffarbete, fängelse och böter. Dessa straffarter var svårare eller lindrigare i förhållande till varandra i den angivna ordningen (se 2 kap. 1 § strafflagen). Men det fanns också olika former av andra straff. Ett sådant var förklaring att den dömda hade förverkat medborgerligt förtroende. Vidare fanns de särskilda straffen för ämbetsmän, som var avsättning och mistning av ämbete på viss tid (suspension).

De olika straffen skulle bestämmas efter hur pass allvarlig brottsligheten var. I detta låg att straffet skulle reflektera brottet på så sätt att den tilltalade skulle straffas på det sätt som hans eller hennes gärning förtjänade. Genom att straffen i de allra flesta fallen kunde tilldelas i större eller mindre utsträckning, dvs. mätas ut, fanns det goda möjligheter att tillgodose kravet på proportionalitet mellan brott och straff. Det brukar sägas att strafflagen hade sin ideologiska grund i den klassiska straffrättskolan. Bakom förtjänsttänkandet låg uppfattningen att straffet också kunde motiveras av allmänpreventiva skäl.

Under strafflagens tid skedde gradvis en attitydförändring, särskilt under 1900-talet. Detta kan förklaras av att den sociologiska straffrättskolan under slutet av 1800-talet hade fått fäste i Europa. Idén var att den straffrättsliga reaktionen borde anpassas efter gärningsmannens individuella förhållanden och inte enbart efter brottets svårhet. Gärningsmannens sociala situation, tidigare brottslighet, brottsbenägenhet och samhällsfarlighet borde få ett avgörande inflytande på påföljdsbestämningen. Man ansåg att den straffrättsliga reaktionen var motiverad främst av individualpreventiva skäl. Målet var att genom påföljden motverka, eller till och med förhindra, att den dömda begick brott på nytt. Individualpreventionen kunde tillgodoses på olika sätt. Det viktigaste var att man lät den dömda bli föremål för behandlingsåtgärder av skilda slag, främst utanför men om det behövdes också i anstalt. Exempel på behandling i anstalt var ungdomsfängelse och tvångsuppfostran (uppfostringsanstalt). Inkapacitering var också en metod som tillämpades, t.ex. genom förvaring eller genom interneringsstraffet, vilket för övrigt beskrevs som ett omhändertagande i anstalt. Det ansågs också att det var betydelsefullt att brottspåföljden verkade individuellt avskräckande, vilket väl åtminstone typiskt sett gällde alla de påföljder som innebar anstaltsvistelse.

4 Brottsbalken

Vid införandet av brottsbalken var det individualpreventiva synsättet dominerande. Det gällde alltså för domstolen att anlägga ett i huvudsak

framåtblickande perspektiv vid påföljdsbestämningen. I den grundläggande bestämmelsen om påföljdsvalet, 1 kap. 7 § brottsbalken, angavs: "Vid val av påföljd skall rätten, med iakttagande av vad som kräves för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället." Bestämmelsen ansågs ge individualpreventiva bedömningar ett visst försteg. Enligt brottsbalkskommentaren var det tydligt, att lagstiftningen präglades av en strävan att sörja för att varje brottsling skulle få den vård som han eller hon behövde och att kriminalvård i frihet skulle väljas om en sådan påföljd inte mötte betänkligheter från allmänpreventiv synpunkt³.

Det individualpreventiva synsättet hade lett fram till det differentierade påföljdssystemet. Villkorlig dom var avsedd för tillfällighetsbrottslingar med god prognos, medan skyddstillsyn skulle tillämpas i de fall som övervakning av den dömdes ansågs individualpreventivt motiverad. I en dom på skyddstillsyn kunde beslutas att det i påföljden skulle ingå "behandling i anstalt". För ett sådant beslut krävdes att anstaltsbehandling bedömdes erforderlig för den tilltalades tillrättaförande eller annars. Behandlingen skulle, "enligt vad därom bestämmes under behandlingens gång", pågå i minst en månad och högst två månader (se dåvarande lydelsen av 28 kap. 3 § brottsbalken).

Unga lagöverträdare, främst sådana som var mellan 18 och 21 år, fick dömas till ungdomsfängelse "såframt med hänsyn till [den unges] personliga utveckling,andel och levnadsomständigheter i övrigt sådan fostran och utbildning som avses med ungdomsfängelse prövas lämplig" (dåvarande 29 kap. 1 § brottsbalken). Verkställighet av ungdomsfängelse ägde rum i och utom anstalt och fick pågå i högst fem år, varav högst tre år i anstalt. Hur länge ungdomsfängelse skulle pågå var alltså inte bestämt i förväg, även om det utvecklades en viss ganska fast praxis för detta.

Också interneringspåföljden var tidsobestämd. Domstolen kunde döma till internering om fängelse i två år eller mer kunde följa på brottsligheten. En ytterligare förutsättning var att "med hänsyn till den tilltalades brottslighet, sinnesbeskaffenhet,andel och levnadsomständigheter i övrigt ett långvarigt frihetsberövande utan på förhand bestämd tid [var] påkallat för att förebygga fortsatt allvarlig brottslighet från [den tilltalades] sida (dåvarande 30 kap. 1 § brottsbalken). Domstolen skulle bestämma en viss minsta tid, lägst ett och högst tolv år, för frihetsberövandet. Även beträffande internering uppstod det en ganska förutsebar praxis som innebar att den dömdes ofta överfördes till vård utom anstalt i anslutning till den av domstolen angivna minsta tiden för anstaltsvistelsen.

³ Se Nils Beckman m.fl. Kommentar till Brottsbalken III. Påföljder m.m., 1967, s. 9 ff.

Hur kriminalvården skulle gestaltas i det enskilda fallet bestämdes av olika nämnder. Liksom i dag fanns det lokala övervakningsnämnder, men det fanns också nämnder med hela landet som verksamhetsområde. Det var Kriminalvårdsnämnden, Ungdomsfängelnsnämnden och Interneringsnämnden.

Brottsbalkens påföljdssystem byggde på uppfattningen att det med straffrättsliga påföljder går att påverka och hjälpa den dömda så att han eller hon i framtiden får bättre förutsättningar att leva laglydigt. Man tänkte sig också att det är möjligt att bedöma vilken påföljd av de som stod till buds som säkrast skulle leda till att den tilltalade inte skulle fortsätta att begå brott. Visserligen var man vid införandet av balken medveten om att dess påföljdssystem inte vilade på alldeles fast mark. I en artikel i SvJT 1963 s. 1, med rubriken Brottsbalken, betonade dåvarande justitieministern Herman Kling att kunskaperna om brottsligheten och dess orsaker var mycket bristfälliga. Han framhöll att den kriminologiska forskningen först på senare år hade kommit igång på allvar och att forskningsarbetet därför varken i Sverige eller utomlands hade avsatt några mera betydelsefulla resultat som kunde vara vägledande för det praktiska reformarbetet. Men denna bristande kunskap fick enligt Herman Kling inte vara något skäl för att låta reformarbetet ligga nere. Å andra sidan borde det leda till att man undvek alltför stora omkastningar.

5 Kritiken mot behandlingstanken

Herman Klings ord avspeglar att det redan när brottsbalken infördes i början av 1960-talet fanns kritik mot de grunder som påföljdssystemet vilade på. Men det dröjde till mitten av 1970-talet innan kritiken formulerades tydligt och på ett sätt som fick genomslag i debatten. Det skedde genom en rapport från Brottsförebyggande rådets kriminalpolitiska arbetsgrupp⁴. Titeln på rapporten var "Nytt straffsystem. Idéer och förslag". Den var ett frontalangrepp mot individualpreventionen som bärande idé för straffsystemet och särskilt mot behandlingstanken. Arbetsgruppen riktade en rad invändningar mot behandlingstanken. Huvuddragen i kritiken var att behandlingstanken leder till dålig rätts-säkerhet, till att konflikter mellan lagbrytare och samhälle och mellan lagbrytare och offer döljs och till en falsk uppfattning om kriminalitetens orsaker. Behandlingsresultaten var dessutom dåliga.

En viktig grund för Brå-arbetsgruppens ställningstagande var det som hade kommit fram inom den kriminologiska forskningen beträffande påföljdernas verkningar och om möjligheterna för domstolen att bedöma vilken påföljd som är bäst ägnad att motverka fortsatt brotts-

⁴ När rapporten lämnades ingick följande personer (med dåvarande titlar) i gruppen. Rättschefen Per Jermsten, hovrättsrådet Erland Aspelin, hovrättsfiskalen Sten Heckscher, generaldirektören Bo Martinsson, riksåklagaren Holger Romander, lagmannen Carl-Edvard Sturkell, professorn Knut Sveri och professorn Hans Thornstedt.

lighet. Slutsatserna var att ingen påföljd i detta hänseende är särskilt mycket gynnsammare än någon annan och att det allmänt sett ger bättre resultat ju mindre ingripande påföljden är. Dessutom hade det visat sig att det är mycket svårt att med någorlunda säkerhet på individnivå förutspå framtida brottslighet; de prognoser som görs ger ofta inte mycket bättre träffbild än slumpen.

Det ska väl sägas att alla inte höll med arbetsgruppen. Det fanns de som menade att man överdrev behandlingstankens genomslag i brottsbalken och som framhöll att behandlingstanken inte alls, som arbetsgruppen menade, hade fått ett oinskränkt herravälde över påföljdsbestämningen. Huvudprincipen enligt balken var att brott skulle följas av en påföljd huvudsakligen i proportion till brottets allvar och att de avsteg som man i vissa fall kunde göra från denna princip var värdefulla. Det kunde, enligt arbetsgruppens kritiker, inte vara fel att bl.a. i humanitetens intresse sälla undan de fall där det var angeläget att välja en lindrigare påföljd än brottsligheten egentligen borde föranleda. Man ansåg att arbetsgruppens förslag skulle försvåra ett hänsynstagande till individen.

6 Påföljdsbestämningsreformen

Brå-arbetsgruppens förslag ledde så småningom till att reglerna för påföljdsbestämning ändrades den 1 januari 1989. Även om bilden inte är entydig kan man säga, att lagstiftaren hade rört sig i riktning mot den klassiska straffrättskolan. Beteckningen nyklassicism låg därför nära till hands.

Det bör nämnas att redan före reformen hade de tidsbestämda påföljderna ungdomsfängelse (år 1980) och internering (år 1981) avskaffats liksom anstaltsbehandlingen vid skyddstillsyn (år 1980). Detta sistnämnda inslag i påföljdssystemet ersattes med ett tidsbestämt fängelsestraff på högst tre månader (28 kap. 3 § brottsbalken). Tillämpningen av både ungdomsfängelse och internering hade för övrigt minskat kraftigt innan påföljderna avskaffades, som det får förstås på grund av att domstolarna tog intryck av den kritik som riktades mot tidsbestämda frihetsberövande påföljder.

Den nya lagstiftningen innebar att bestämmelsen i 1 kap. 7 § brottsbalken för påföljdsvalet utmönstrades. Påföljdsvalet skulle fortsättningsvis inte avgöras efter utfallet av olika preventionsbedömningar. I stället betonades tydligt att straffvärdet måste vara grunden för påföljdsbestämningen (29 kap. 1–3 §§ brottsbalken) liksom att de krav på humanitet som var ett viktigt argument för behandlingstanken nu skulle tillgodoses för att det är skäligt eller rimligt eller ”billigt” att göra det (29 kap. 5 § brottsbalken) och inte utifrån förmenta nyttopunkter. Dessutom klargjordes att fängelse är en strängare påföljd än villkorlig dom och skyddstillsyn (30 kap. 1 § brottsbalken) och att fängelse inte får väljas

som påföljd av några behandlingsskäl. Endast brottslighetens straffvärde eller art eller den tilltalades tidigare brottslighet skulle här duga som skäl (30 kap. 4 § brottsbalken).

Reformen år 1989 var betydelsefull. Någon total omläggning av påföljdsbestämningen innebar den emellertid inte. Förarbetena i prop. 1987/88:120 är också skrivna på ett sådant sätt att det inte är alldeles lätt att förstå hur lagstiftaren egentligen har resonerat. Det finns uttalanden som pekar åt olika håll och intrycket är, att man samtidigt har försökt att tillfredsställa synpunkter som har gått i delvis skilda riktningar. Det hindrar dock inte att det går att se en huvudinriktning. Möjligen kan man jämföra propositionen med en lätt impressionistisk målning, där helhetsintrycket blir viktigare än enskilda penseldrag.

Beträffande preventionsteoriernas betydelse för påföljdsbestämningen konstateras i propositionen (prop. 1987/88:120) att domstolens möjligheter att förutse och jämföra vilka effekter i preventivt hänseende som olika alternativa påföljder kan förväntas få i det enskilda fallet är ytterst begränsade. I fråga om villkorlig dom och skyddstillsyn framhölls att det är helt uppenbart att skyddstillsyn är en för den enskilde mer ingripande påföljd än villkorlig dom. Ändå graderades inte påföljderna i förhållande till varandra på det sättet.

Att påföljderna inte graderades (se 30 kap. 1 § brottsbalken) så att skyddstillsyn angavs vara en strängare påföljd än villkorlig dom hade att göra med de kriterier för tillämpningen av påföljderna som man bestämde sig för (30 kap. 7 respektive 9 § brottsbalken). Förutsättningen för villkorlig dom kan sägas ha varit att den tilltalade hade god prognos medan förutsättningen för skyddstillsyn var att påföljden i någon mån kunde vara brottsavhållande. Men man framhöll samtidigt att skyddstillsyn har ett brett tillämpningsområde genom att påföljden är utesluten endast om det helt saknas anledning att anta att den kan bidra till att den tilltalade avhåller sig från fortsatt brottslighet. I det sammanhanget uttalade man också att valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn snarare torde ske utifrån behovet av stöd och hjälp än med hänsyn till den förmodade prognosen i det enskilda fallet. (Se prop. 1987/88:120 s. 45 f. och 105.)

De förändringar som lagtextmässigt genomfördes år 1989 i fråga om kriterierna för villkorlig dom och skyddstillsyn var små, det rörde sig om bara smärre justeringar. Fortfarande skulle brottets svårhet inte ges någon betydelse för vilken av dessa påföljder som skulle tillämpas i det enskilda fallet. I stället hade kriterierna anknytning till den tilltalades person och personliga förhållanden.⁵ Detta visar att samtidigt som det

⁵ Att lagstiftaren valde en principiellt annan ordning i fråga om relationen mellan villkorlig dom och skyddstillsyn när det gäller omröstningsreglerna (29 kap. rättegångsbalken), reglerna om ansvaret för rättegångskostnader i högre rätt (31 kap. 10 § rättegångsbalken) och bestämmelserna rörande förbudet mot reformatio in pejus (51 kap. 25 §

kan sägas att det nyklassiska synsättet som helhet dominerar den nya regleringen, så har man behållit inslag som har drag av brottsbalkens ursprungliga system. Sannolikt är detta en förklaring till vissa av de problem som vi ser i dag.

7 Högsta domstolens tolkning av 1989 års reform

Det finns alltså inbyggda spänningar i brottsbalkens regler för påföljdsbestämning. Helt naturligt råder det därför också olika uppfattningar om hur man bör se på regelsystemet. Frågan som kan ställas är om vi, när det gäller påföljdsvalet, har en nyklassisk reglering med tonvikt på att brott ska följas av straffrättslig påföljd efter förtjänst eller om påföljdsvalsreglerna fortfarande genomsyras av tanken, att domstolen ska sträva efter att välja en påföljd som är ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället? Eller har vi möjligen hamnat i ett mellanläge?

Högsta domstolen har i flera viktiga avgöranden behandlat grundläggande frågor om hur påföljdsbestämmningsregleringen ska förstås. Främst bör nämnas socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314, skärtorsdagsdomen, NJA 2008 s. 359 och de kinesiska kullagren, NJA 2014 s. 559. Dessa ska redovisas i det följande. Men innan dess finns det skäl att påminna om vad Högsta domstolen uttalade i en helt annan dom, nämligen rusdomen, NJA 2011 s. 563.

I rusdomen, NJA 2011 s. 563 argumenterade Högsta domstolen på olika plan för att innebörden av bestämmelsen i 1 kap. 2 § andra stycket brottsbalken är en annan än den som Högsta domstolen tidigare hade gett uttryck för i barnvagnsfallet, NJA 1973 s. 590. Enligt den sistnämnda domen skulle kravet på uppsåt eller oaktsamhet i viss mån efterges vid självförvållat rus och liknande tillstånd. Ett av argumenten i rusdomen för en annan ordning på detta område var (se p. 21 och 22) att det under senare år har skett en kriminalpolitisk kursförändring som innebär att skuldprincipen mera har kommit i fokus än tidigare. Enligt Högsta domstolen är den nya regleringen i 29 och 30 kap. brottsbalken inte anpassad till gärningar för vilka de sedvanliga kraven på uppsåt eller oaktsamhet inte gäller. Högsta domstolen förklarade detta bl.a. med att den nya lagstiftningen på påföljdsbestämningsområdet har inneburit att den tidigare kortfattade och splittrade regleringen, med sin centrala bestämmelse i 1 kap. 7 § brottsbalken om påföljdsvalet (och enligt förarbetsutalanden även i viss mån om straffmätningen) som en avvägning mellan allmän- och individualpreventiva intressen, har ersatts av en reglering enligt vilken överväganden om preventiva effekter har en helt underordnad roll för beslutsfattandet i enskilda fall. I stället betonas i det nya systemet intressena av legalitet, rättslig likabehandling och proportiona-

rättegångsbalken) framstår i och för sig som naturligt. Det strider dock mot hur påföljdsbestämningsreglerna formellt utformades.

litet. Det centrala begreppet i regleringen och utgångspunkten för påföljdsbestämningen är enligt Högsta domstolen gärningens straffvärde.

Så över till de tre ”påföljdsbestämningsdomarna”.

Socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314, gällde påföljdsbestämning för bl.a. olaga frihetsberövande. Gärningsmannen var 20 år och Högsta domstolen antecknar i slutet av sin dom att hans agerande inte hade präglats av planmässighet eller beräkning utan mer framstod som utslag av tillfälligt ungdomligt oförstånd i en personligt pressad situation. Straffvärdet motsvarade fängelse i ett år, men med ungdomsreduktion enligt 29 kap. 7 § brottsbalken skulle ett kortare straff dömas ut, fängelse i åtta månader.

Det viktiga i rättsfallet är inte domslutet, utan det som Högsta domstolen uttalar på vägen dit, bl.a. under rubriken *Villkorlig dom och skyddstillsyn som alternativ till fängelse*. Först konstaterar Högsta domstolen att skyddstillsyn är en för den dömde generellt sett mer ingripande påföljd än villkorlig dom. Sedan uttalar domstolen att följderna av detta är att det finns ett större utrymme för skyddstillsyn än villkorlig dom som alternativ till fängelse. Högsta domstolens uttalande, som framstår som följdriktigt, kan inte gärna uppfattas på något annat sätt än att det som textmässigt underförstås i 30 kap. 1 § brottsbalken, nämligen att villkorlig dom och skyddstillsyn inte ska vara graderade inbördes i svårhetshänseende, inte kan gälla — i vart fall inte fullt ut. Kontentan är att skyddstillsyn kan användas i situationer där kravet på straffrättsligt ingripande är sådant att villkorlig dom (och böter) inte är en tillräckligt ingripande påföljd. Och detta inte bara i de fall då den tilltalades tidigare brottslighet är sådan att det är uteslutet att döma till villkorlig dom.

Högsta domstolens slutsats rörande förhållandet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn gjorde det nödvändigt för domstolen att diskutera hur kriterierna i 30 kap. 7 och 9 §§ brottsbalken för villkorlig dom respektive skyddstillsyn ska uppfattas. Frågan tas i rättsfallet upp lite längre fram i texten under samma rubrik. Högsta domstolen uttalar att enligt de angivna bestämmelserna ska domstolen som skäl för villkorlig dom beakta om det saknas särskild anledning att befara att den tilltalade kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet och som skäl för skyddstillsyn att det finns anledning att anta att denna påföljd kan bidra till att den tilltalade avhåller sig från fortsatt brottslighet. Sedan säger Högsta domstolen att innebörden av bestämmelserna får antas vara att villkorlig dom är utesluten endast i de fall då det finns särskild anledning att befara att den dömde kan komma att återfalla, medan skyddstillsyn är utesluten endast om det helt saknas anledning att anta att påföljden kan bidra till att den dömde avhåller sig från fortsatt brottslighet. Innebörden av detta är enligt Högsta domstolen att det i många fall finns möjlighet att bestämma påföljden till såväl villkorlig dom som skyddstillsyn. Det avgörande för påföljdsvalet blir då lämplighetsövertväganden av olika slag. I det sammanhanget framhåller Högsta domstolen

att möjligheterna att undvika ett fängelsestraff och de skadeverkningar för den dömda som ett sådant kan medföra är en faktor som kan påverka påföljdsvalet.

Slutsatsen är alltså att villkorlig dom och skyddstillsyn i stora delar har ett gemensamt tillämpningsområde och att domstolen, i fall då villkorlig dom (och böter) inte räcker som påföljd, i många fall kan döma till skyddstillsyn i stället för villkorlig dom och därigenom undvika ett fängelsestraff. Därmed blir i praktiken villkorlig dom och skyddstillsyn graderade inbördes. Skyddstillsyn ska alltså ses som en mera ingripande påföljd än villkorlig dom. I de fall då en tilltalad i och för sig uppfyller kraven för villkorlig dom ska domstolen, om det krävs ett ingripande som är strängare än som motsvaras av en villkorlig dom (och böter), ställa frågan om den tilltalade inte kan dömas till skyddstillsyn i stället och om inte detta i så fall skulle vara tillräckligt.

I *Skärtorsdagsdomen*, NJA 2008 s. 359, bekräftar Högsta domstolen under rubriken *Sammanfattande bedömning* de ställningstaganden som domstolen gjorde i socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314. Målet gällde två yngre män som hade begått ett stort antal förmögenhetsbrott, bl.a. inbrott i bilar. Vid prövningen av om det var möjligt att välja ett alternativ till fängelse gjorde Högsta domstolen dock bedömningen att varken en villkorlig dom eller en ”vanlig” skyddstillsyn skulle vara tillräckligt ingripande. Påföljden bestämdes därför till skyddstillsyn med föreskrift om samhällstjänst.⁶

I *de kinesiska kullagren*, NJA 2014 s. 559, är problematiken aktuell på nytt. Det målet avsåg brott mot varumärkeslagen i form av import och försäljning av kullager från Kina med felaktigt varumärke (SKF). Straffvärdet av brottsligheten motsvarade fängelse i åtta månader. Den tilltalade var inte dömd tidigare på sådant sätt som påverkade påföljdsbestämningen. Inte heller var brottslighetens art av betydelse för påföljdsvalet. Också i detta rättsfall (p. 15 och 39) påminner Högsta domstolen om de uttalanden som gjordes i socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314. Högsta domstolen för också resonemanget en bit längre. Eftersom skyddstillsyn är en för den dömda generellt sett mer ingripande påföljd än villkorlig dom, och det därmed finns ett större utrymme för skyddstillsyn än villkorlig dom, kan skyddstillsyn tillämpas vid högre straffvärden (straffmätningensvärden) för att minska den mycket betydande tröskeleffekt som annars uppstår när straffvärdet (straffmätningensvärdet) närmar sig grän-

⁶ Eftersom det endast var straffvärdet, som var högre än motsvarande fängelse ett år, som talade för fängelse är det något förvånande att Högsta domstolen fann det nödvändigt att förena skyddstillsynen med en föreskrift om samhällstjänst när billighetsskäl (och beträffande en av de två tilltalade dennes ungdom) ledde till att ett fängelsestraff kunde stanna vid åtta månader. Jag har behandlat denna fråga i uppsatsen *Skärtorsdagsdomen* — en ny dom från Högsta domstolen som påverkar domstolarnas påföljdsbestämning, SvJT 2008 s. 763. Den aktualiseras också i artikeln *Straffmätningensvärdet — en replik* i SvJT 2015 s. 281. Den förbigås dock här.

sen fängelse i ett år jämfört med de fall där det motsvarar fängelse i ett år, och påföljden därför ska bestämmas till ett fängelsestraff av denna längd. Eftersom den tilltalade fick näringsförbud, var det emellertid inte aktuellt med skyddstillsyn i det fallet.

I de kinesiska kullagren, NJA 2014 s. 559 (p. 15) förtydligar Högsta domstolen att socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314 innebär att ett bedömt behov av övervakning inte är en förutsättning för att rätten ska kunna döma till skyddstillsyn.

Genom den tolkning av 1989 års reform som Högsta domstolen har gjort i dessa tre rättsfall har regleringen fått en innebörd som är mera sammanhängande och logisk än den som man kan sluta sig till vid en läsning av endast lagtexten. Frågan är emellertid hur rättsfallen har tagits emot.

8 Genomslaget för Högsta domstolens praxisbildning

Det torde vara helt klart att Högsta domstolens uttalanden avseende hur villkorlig dom och skyddstillsyn förhåller sig till varandra i stränghets-hänseende — och beträffande hur kriterierna för villkorlig dom och skyddstillsyn ska uppfattas — innebär att rättsutvecklingen har tagit ytterligare ett steg bort från brottsbalkens ursprungliga behandlingstanke⁷. Detta innebär att påföljdsvalsreglerna i 30 kap. brottsbalken mera har anpassats till det synsätt som präglar 29 kap. brottsbalken.

Vad som emellertid är ägnat att förvåna är att domstolarna fortfarande genomgående resonerar kring den tilltalades eventuella övervakningsbehov och ofta ställer upp ett sådant behov som en förutsättning för att skyddstillsyn ska kunna väljas som påföljd. När jag läser sådana domsmotiveringar får jag ofta i tankarna den sydskanse lagmannens ord, lätt travesterade: det där som Högsta domstolen har sagt i påföljdsdomarna (dvs. socialkontorsfallet, NJA 2000 s. 314, skärtorsdagsdomen, NJA 2008 s. 359 och de kinesiska kullagren, NJA 2014 s. 559), om att skyddstillsyn är en för den dömde generellt sett mer ingripande påföljd än villkorlig dom, det är ingenting för oss! Men resultatet blir då, i de fall man anser sig kunna konstatera att ett övervakningsbehov inte finns, att den tilltalade anses diskvalificerad för skyddstillsyn och i stället kvalificerad för fängelse i alla de fall då villkorlig dom (och böter) inte räcker till. Visserligen kan ett fängelsestraff många gånger undvikas genom att den villkorliga domen förenas med en föreskrift om samhällstjänst. Men det går inte alltid och för övrigt är ju villkorlig dom med samhällstjänst

⁷ Att behandlingstanken inte anses kunna tjäna som grund för valet av påföljd innebär självfallet inte att man under verkställigheten av den utdömda påföljden ska låta bli att satsa på åtgärder som kan leda till att den dömde anpassar sig i samhället och inte fortsätter att begå brott. Tvärtom finns det goda skäl för att på olika sätt försöka hjälpa den dömde att fortsättningsvis leva ett laglydigt liv. Behandlingstanken är viktig på verkställighetsnivån. Det som kritiken mot behandlingstanken tar sikte på är att den fungerar dåligt på domstolsnivån som grund för påföljdsvalet.

en strängare påföljd, både i sig genom sitt innehåll (skyldigheten att utföra samhällstjänst) och genom att risken för undanröjande är större. När det gäller det sistnämnda kan hänvisas till NJA 2015 s. 155.

Ett problem som bör uppmärksammas i detta sammanhang är hur de yttranden som lämnas av Kriminalvården enligt lagen (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål är utformade. I yttrandena besvaras genomgående frågan, om den misstänkte har ett behov av övervakning eller inte. I och för sig är detta kanske inte så förvånande. I personutredningslagens 1 § anges att yttrande ska inhämtas om det för avgörande av påföljdsfrågan behövs en särskild utredning om en misstänkts personliga förhållanden eller om åtgärder som kan antas bidra till att han eller hon avhåller sig från fortsatt brottslighet. Ordalagen i bestämmelsen anknyter väl till lagtexten i 30 kap. 9 § första stycket brottsbalken, som de ju bör göra. Men när nu lagtexten i 30 kap. 9 § första stycket brottsbalken genom Högsta domstolens praxis har fått en mera preciserad innebörd framstår det som självklart, att yttrandena ska svara på den fråga som domstolarna ska ställa sig när de överväger att bestämma påföljden till skyddstillsyn, nämligen om det *helt saknas anledning att anta att påföljden kan bidra till att den dömde avhåller sig från fortsatt brottslighet*. Antaganden om övervakningsbehov är inte särskilt relevanta. Det behövs alltså en rättsutveckling även i fråga om tolkningen av 1 § personutredningslagen.

Bedömningen bör för övrigt inriktas i första hand på frågan, om den misstänkte genom handling har visat att han eller hon inte kommer att medverka under verkställigheten av skyddstillsynen. För i så fall bör det normalt kunna sägas att det helt saknas anledning att anta att påföljden kan bidra till att den dömde avhåller sig från fortsatt brottslighet. En skyddstillsyn skulle då kunna beskrivas som ”ett slag i luften”. I andra situationer torde domstolen emellertid inte kunna vara så kategorisk i sin bedömning.

I ingressen till denna uppsats ligger frågan, om domstolarna har hängt med i de förändringar som har genomförts. Som framgått är det mitt intryck att domstolarna delvis lever kvar i gamla invanda föreställningar från förr om hur och varför påföljderna ska användas. Eller är det möjligen så att de, som den sydsånske lagmannen, känner att de har en större frihet när det gäller att bestämma påföljd för brott än de har på andra rättsområden. I och för sig är jag inte främmande för att det kan förhålla sig så. En annan möjlig förklaring kan vara att påföljdsbestämning är en central del i de flesta domares arbete och att vanan har en betydande makt. En och annan kan kanske också känna sig besvärad av att en ny tolkning av reglerna skulle kunna uppfattas som om hans eller hennes tidigare dömande på området har varit oriktigt.

Hur som helst är naturligtvis Högsta domstolens praxis på påföljdsbestämningsområdet en juridik värd att ta på allvar. Domstolarna är vis-

serligen inte skyldiga att följa Högsta domstolens prejudikat, men en strävan hos den enskilde domaren måste vara att göra sitt bästa för att ta till sig Högsta domstolens resonemang och att anpassa sitt dömande efter Högsta domstolen. För detta talar inte minst den enskildes berättigade krav på likabehandling och rättssäkerhet.

9 Ett nytt lagstiftningsprojekt?

En följdfråga är förstås om inte kriterierna i 30 kap. 7 och 9 §§ brottsbalken bör skrivas om (och därmed också 1 § personutredningslagen). Det naturliga svaret på frågan är att lagtexten bör vara formulerad på ett sätt som överensstämmer med hur rätten har utvecklats. Omodern lagtext är aldrig bra. Men då finns det kanske fler otydligheter i lagen som bör avhjälpas och fler bestämmelser som bör justeras eller kompletteras?

Sedan 1989 års reform genomfördes har ett par stora ansatser gjorts för att ändra de centrala delarna av påföljdssystemet. Straffsystemkommittén lade i mitten av 1990-talet fram sitt betänkande *Ett reformerat straffsystem* (SOU 1995:91) och Påföljdsutredningen kom år 2012 med sitt betänkande *Nya Påföljder* (SOU 2012:34). Visserligen ledde Straffsystemkommitténs förslag till vissa lagändringar (se prop. 1997/98:96). Men de flesta förslagen fördes inte fram till lagstiftning. Inte heller Påföljdsutredningens förslag, som är byggda kring idén om villkorligt fängelse, förefaller leda till lagstiftning annat än i begränsad utsträckning.

Det verkar som om det finns starka krafter som håller tillbaka regeringen, oavsett politisk färg, från att föreslå genomgripande förändringar av påföljdssystemet. Det är nog bara att acceptera att stora lagstiftningsprojekt på påföljdsområdet är svåra att genomföra.

Detta behöver dock inte betyda att det inte skulle vara möjligt att genomföra mindre reformer inom systemets ram. Det är inte oviktigt att lagstiftaren tar ansvar för och följer upp den lagstiftning som man tidigare har beslutat om. Med tanke på vikten av att legalitetsprincipen upprätthålls kan det finnas skäl för lagstiftning även om denna skulle gå ut endast på att den praxis, som har utbildats genom Högsta domstolens avgöranden, bekräftas. En modern och följdriktig lagstiftning är den främsta garanten för en god rättstillämpning.

Fredrik Wersäll argumenterar i sin uppsats för att, när ingen mera genomgripande reformering av påföljdssystemet kan förväntas inom överskådlig tid, Högsta domstolen bör kunna fortsätta att driva rättsutvecklingen i sådan riktning att systemet blir mera logiskt och rättvist. Han fokuserar särskilt på tillämpningen av brottets art som skäl för påföljdsvalet och de tröskeeffekter som det nuvarande systemet ger upphov till i vissa situationer. Det är säkert så att Högsta domstolen kan göra mera. Det är bara att hålla med om att tillämpningen av brottets art som argument för fängelse är minst sagt problematisk.

Men det ska observeras att 1989 års lagstiftning syftade till att domstolarnas påföljdsbestämning i ökad utsträckning skulle vila på lagbestämmelser med en tydlig innebörd. Uppfattningen att det är en god sak att påföljdsreglerna är någorlunda utförliga och klagörande — och på ett korrekt sätt redovisar det som är gällande rätt — bör naturligtvis inte överges. Det förutsätter att lagstiftaren tar sitt ansvar genom att justera och komplettera lagstiftningen. Sådana ansträngningar är inte bortkastad möda. Det nuvarande påföljdssystemet är i stora delar ändamålsenligt och väl värt att arbeta vidare med och att fortlöpande underhålla.