

Straffbegreppet

Av professor MAGNUS ULVÄNG

I artikeln diskuterar författaren hur begreppet straff har kommit att utvecklas de senaste etthundra åren. De straffrättsliga påföljderna har generellt sett kommit att bli alltmer lindriga samtidigt som brottsligheten minskar. Parallellt med denna utveckling har ett parallellt system med administrativa sanktioner vuxit fram, vilka ifråga om ingripandegrad till viss del är fullt jämförbara med straff. I artikeln undersöks vilka konsekvenser ett sådant parallellt sanktionssystem kan tänkas få i förlängningen.

1 Inledning

I min uppsats kommer jag att knyta an till ett av de temata som Peter Asp skisserar i sin inledningsartikel, närmare bestämt vad som utgör eller räknas som *ett straff* eller *bestraffning*. Vad jag letar efter är olika utvecklinjer under de senaste etthundra åren i vad gäller synen på vad som utmärker straff (eller bestraffande) i relation till andra sanktioner.

Utan att föregripa mina slutsatser skall ändock redan inledningsvis sägas att jag tror mig kunna se vissa viktiga förskjutningar under den aktuella perioden. En sådan handlar om hur straffrättsliga reaktioner, från att ha varit tämligen ensartade och mycket stränga, genom en lång rad reformer har kommit att gradvis bli mer humana, diversifierade och inriktade på annat än att endast beröva personer liv, frihet eller pengar. Ett sätt att försöka sammanfatta denna utveckling är beskrivningen av en *humanitetsprincip*. Ett annat huvuddrag kan sägas vara den motreaktion som succesivt har vuxit fram i kölvattnet efter 1989 års påföljdsreform, som i sig byggde på ett antagande om att bestraffning måste bygga på rättvis och proportionellt vedergällning inom ramen för ett i övrigt human system (och inte på prognoser om vad som utgjorde den lämpligaste påföljden ur behandlingsperspektiv). Kritiken har sammanfattats i termer av "preventionism", "law and order-rörelsen", "war on crimes" m.m. Det gemensamma för dessa senare inriktningar (som kunnat iakttagas i hela västvärlden sedan åtminstone början av 1990-talet) är en mer repressiv hållning när det gäller bestraffning med ökade krav på mer tydligt ingripande påföljder och kontroll. Denna utveckling konkurrerar med humanitetsprincipens krav när det gäller att förankra ett straffrättssystem på något slag absolut nivå, men är fullt förenlig med proportionalitetsprincipen och tanken på att all eventuell vedergällning skall vara i någon mån "rättvis".

Vänder man blicken mot den straffprocessuella historiska utvecklingen av straffbegreppet, ser man liknande förändringar i förhållnings-

sätt till straffbegreppet; det intressanta är dock att denna tendens går i motsatt riktning. Allt fler alternativa (icke-straffrättsliga) sanktioner som kan aktualiseras i samband med påstående om brottslig gärning räknas som bestraffning i någon mening. Vid förra seklets början var ett ”straff” (eller straffrättsliga reaktioner med anledning av brott i straffrättslig mening) något mycket begränsat och i alla avseenden parasiterande på den materiella rättens definitioner av begreppet. Problem rörande kanske framförallt *ne bis in idem*, handlade då i första hand om hur den brottsliga gärningen skulle identifieras och individualiseras. Vad som utgjorde en straffrättslig påföljd var egentligen inte ifrågasatt. Den tes som jag driver i denna uppsats är att det idag, av olika skäl, har skett en betydande förändring på det processuella planet i synen på vad som kan anses utgöra ett straff eller en straffrättslig reaktion. Denna utveckling har föranletts av bl.a. att lagstiftaren dels valt att knyta tillämpningen av sanktioner till det faktum att ett brott (eller i vart fall en brottslig gärning e.dyl.) anses vara förövat och till denna koppla sanktioner som inte direkt utgör straff (eller ens rättsverkan av brott), dels att Europadomstolen utifrån ett rättighetsperspektiv har valt att anse, att flera av dessa administrativa sanktioner har en straffrättslig karaktär. Konsekvensen av detta har bl.a. att flera av dessa (dock oklart exakt vilka) skall beaktas vid straffmätningen; likaså kan tillämpningen av sådana sanktioner blockera en senare lagföring som skulle medföra straffrättslig påföljd.

Huruvida det ovan antydda är en korrekt observation eller inte skall jag försöka utreda i resten av denna artikel. Likaså skall eventuella konsekvenser av en sådan eventuell förändring i synen på vad som utgör ett straff analyseras eller i vart fall skisseras. Formatet tvingar mig dock att bli kortfattad, summarisk, svepande och närmast rapsodisk i min beskrivning. Till mitt försvar kan dock sägas att jag inte försöker bevisa något i sak, utan mer illustrera en utveckling som jag tror är möjlig och t.o.m. sannolik samt ställa frågor om vad det beror på och vilka följder den kan få. Således kommer jag inte att gå in på frågor om varför vi överhuvudtaget bestraffar människor, huruvida staten borde bestraffa i större eller mindre utsträckning, vilket syfte eller ideologisk grund som en bestraffningsteori bör vila på etc. Flera av dessa frågor har en direkt koppling till straffbegreppet, men jag är i detta sammanhang i första hand inte intresserad av hur man kan förklara varför straffrättens påföljder har utformats som de har (eller hur de borde se ut); i stället begränsas undersökningen till själva definitionen av ett straff eller ”bestraffning” och vad som följer av denna.

2 Vad är ett straff?

Om man börjar med den mest elementära frågan — *vad är ett straff?* — så finner man omedelbart ett svar i 1 kap. 3 § brottsbalken. I bestämmelsen anges en teknisk definition av vad som utgör *straff* respektive

påföljd för brott i svensk rätt. Av ordalydelsen framgår att endast fängelse och böter utgör straff, medan övriga straffrättsliga påföljder består av villkorlig dom och skyddstillsyn samt överlämnande till särskild vård. Vid sidan av straff och andra påföljder måste man vidare skilja mellan olika slags rättsverkningar av brott. Med *annan rättsverkan* av brott förstås i svensk rätt endast skadestånd, vilket är en civilrättslig sanktion. Övriga former av rättsverkningar av brott (som följer av förvaltningsrättslig, arbetsrättslig, straffrättslig m.m. lagstiftning) benämns *särskild rättsverkan*. Med detta förstås bl.a. förverkande, företagsbot, utvisning, avskedande, återkallelse av körkort etc. Att sådan rättsverkan kan aktualiseras med anledning av brott framgår av 1 kap. 8 § brottsbalken.

Även om beskrivningen i 1 kap. 3 § brottsbalken är uttömmande, så säger den egentligen inte så mycket. Varför är inte skadestånd, förverkande e.dyl. ett straff eller en straffrättslig påföljd? Det enkla svaret är att vad som utgör ett straff — på samma sätt som beträffande vad som utgör ett brott — bestäms formellt av lagstiftaren och är i sin tur beroende av olika konventioner. Straff är det som vi säger att det skall vara.

Om svaret på frågan vad som är ett straff är konventionell, och vi i stället vänder blicken mot vad som utmärker ett straff får man delvis andra svar. Notera här att jag inte diskuterar vilka syften som straffet fyller eller vad som rättfärdigar detsamma. Dessa frågor är synnerligen komplicerade och torde förutsätta att man skiljer mellan olika slags nivåer i straffsystemet samt uppmärksammar skillnaden mellan skälen för *varför* man straffar (kriminaliserar, verkställer etc.) och skälen som bestämmer *hur* man skall bestraffa. (se t.ex. Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättsens grunder 2013 kap. 1).

Flera har försökt fånga straffbegreppets innebörd och närmare precisera vad det är som utmärker ett straff från andra sanktioner eller reaktioner. Gemensamt för de flesta är att straff skall medföra eller innebära någon form av *lidande* ("hard treatment") som avsiktligen tillfogas den dömda därför att han eller hon har begått ett brott (se t.ex. Hart, Punishment and Responsibility 2007. s. 4 ff. och Feinberg, Doing and Deserving 1970 kap. 5). Straff utdöms således närmast som en reflex av att ett brott konstateras vara begånget och utgör i så måtto ett slags vedergällning. Detta är dock inte en uttömmande beskrivning. Frågan varför lidande skall påföras hänger nära samman med bestraffningens brottspreventiva syfte.

Många skulle hävda att vad som särskilt utmärker ett straff (i jämförelse med andra sanktioner) är att det representerar ett förmedlande av *klander* (se främst von Hirsch, Proportionalitet och straffbestämning 2001, men också MacCormick, H.L.A. Hart 1981 s. 138). Det finns således ett moraliskt budskap som uttrycks i form av bestraffningen. Därmed är inte sagt att straffet måste ha en viss ingripandegrad för att duga som vedergällningsinstrument. Vad som kan utgöra ett straff är instru-

mentellt och konventionellt; det bestäms av hur vi uppfattar klander (se bl.a. Jareborg, Festskrift till Josef Zila 2013).

Vid sidan av den klandrande funktionen skulle flera hävda att straffrätten — och straffet — har en *kommunicerande funktion*. Att bestraffa någon innebär att man talar med ett visst språk och därmed kommunicerar med hela samhället och inte enbart den dömda (se bl.a. Duff, Punishment, Communication, and Community 2001). Således skapas ett slags kollektivt medvetande eller en känsla av att straffet är något annat än endast ett korrektiv som följer av underlåtenheten att följa ett visst påbjudet sätt att handla. Flera sociologer menar att användandet av straff innefattar ”a signifying process” eller förmedlar ”ein kollektiven Gefühl” (se bl.a. Durkheim, Garland, Foucault). Det är alltså skillnad mellan att å ena sidan döma ut straff eller straffrättsliga påföljder och å andra sidan att döma ut ett skattetillägg, hålla någon ansvarig för avtalsbrott och förplikta någon att ersätta en motpart ett visst belopp eller förverka någons rätt till viss egendom e.dyl. Praktiken att ådöma personer straff har därför ett särskilt utvecklat språkspel, där medborgare tvingas in ett särskilt beteendemönster (disciplineras). De som inte följer förelagda normer skall mötas av klander och något form av obehag.

Av det sagda följer vissa premisser. Dels måste ett straff antas ha en klandrande karaktär, dels måste straff eller alternativa påföljder uppfattas som tillräckligt ingripande för att duga för att förmedla detta. Fallerar endera premissen, så försvinner särarten hos straffrätten. Straff utan (personligt) ansvar förtjänar inte klander; likaså fungerar (i praktiken) inte rent symboliska sanktioner för att förmedla klander. Straffrätten har sedan lång tid tillbaka haft, om inte patent så i vart fall den självklara rollen att legitimera de mest ingripande åtgärder som staten kan påföra medborgare. Vad som krävs är relativt, men straffrättens monopol på pinande av medborgarna har lett till att tillämpningen omgärdas av en rad särskilda rättsskyddsgarantier. Allt detta har goda skäl för sig, men det förutsätter också att bestraffning verkligen uppfattas som det främsta uttrycket för klander och innebär ett lidande som intar en särställning i förhållande till andra reaktioner. När det gäller fängelse, och då särskilt långvarigt frihetsberövande, uppfyller straffet säkerligen denna funktion. Betydligt mera tveksamt är det med alternativa påföljder.

3 Straffets utveckling den senaste hundra åren

3.1 ”Zug zur Milde”

Som redan sagts är svaret frågan vad som kan utgöra ett straff beroende av konventioner och därmed också knutet till en särskild rättsordning eller rättstradition. Detta kan givetvis se mycket olika ut, och är i sin helhet beroende av att det hos mottagaren — och samhället i övrigt — uppfattas som ett obehag e.dyl. Men givet att det accepteras, får straff

(och andra straffrättsliga påföljder) sitt innehåll av vad som anses vara ”tillräckligt (ingripande)”.

Om man nu tittar på vad som i modern straffrätt har ansetts duga för att utgöra bestraffning, kan man se vissa mönster i utvecklingen. Ursprungligen fanns endast mycket repressiva straff i form av dödsstraff, frihetsberövande (straffarbete eller fängelse) eller böter (även om frihetsberövande var en tämligen ny företeelse under 1800-talets första hälft).¹ Att dessa i sin tillämpning var tillräckligt ingripande för att fylla ovan diskuterade funktioner är det nog ingen som betvivlar. Under inflytande av ett mera utvecklat preventionstänkande kom emellertid floran av olika slags straff respektive påföljder att förändras tämligen dramatiskt. År 1906 infördes villkorlig dom och villkorlig frigivning. Även om tillämpningen av dessa inledningsvis var försiktig och förutsatte att särskilda förutsättningar var för handen, kan man ändå se detta som en inledning på en allmän humanisering av straffrätten. Med individualprevention som ledstjärna och under starkt inflytande av den s.k. sociologiska skolan fanns det ett stort (och växande) intresse av att anpassa alternativa påföljder till vad som bäst kunde tänkas avhålla den dömda från fortsatt brottslighet. Olika kategorier av brottslingar ansågs ha olika behov, och bestraffningen behövde anpassas beroende på dessa.

Det finns i detta sammanhang ingen anledning att gå in på detaljer när det gäller påföljdernas utveckling under 1900-talet. Det är väl känt att påföljderna succesivt kom att reformeras i betydande mån. Som ett axplock kan nämnas avskaffandet av straffarbete som en särskild form av frihetsberövande, det förhållandet att villkorlig dom delades upp i villkorlig dom respektive skyddstillsyn, övergången från att betrakta villkorlig dom som en påföljd med ett reellt innehåll till att se den som ett slags varningsstraff, viljan att i möjligaste mån ersätta ungdomsstraff med skyddsåtgärder eller vård, vilket även skulle gälla de dömda som led av allvarliga psykiska störningar.² Utvecklingen har fortsatt, även om man inte kan säga att det saknats kritiker av utvecklingen eller att den varit särskilt konsekvent (jfr strax nedan). Man kan t.ex. se de många olika tilläggssanktioner som kan kombineras med de icke frihetsberövande påföljderna som ett uttryck för intresset att minimera användningen av fängelse. På verkställighetsnivå uppnår man liknande effekter genom möjligheterna att använda elektronisk intensivövervakning. Listan kan göras lång.

¹ Vid sidan av dessa huvudstraff fanns därutöver s.k. *bistaff*, vilka kunde bestå i bl.a. förlust av medborgerligt förtroende, civilrättslig konfiskation, skadestånd eller särskilda föreskrifter om t.ex. skärpning av straffarbete genom inneslutande i mörkt enrum. Därtill kom vissa former av *särskilda straff* i form av avsättning och förlust av ämbete på viss tid, vilka idag närmast motsvarar arbetsrättsliga sanktioner.

² Inget av det sagda ändrar på det faktum att flera av de påföljder som strafflagen (och senare brottsbalken) erbjöd kunde leda till stränga och ingripande reaktioner mot dem som kom att bli föremål för dessa. Som ett uppenbart exempel kan nämnas internering.

I takt med den starka kritik som växte fram mot behandlingsideologin under 1960- och 70-talen, är det enligt min mening vidare rättvisande att säga att det har skett en uttunning i fråga om de ”behandlande” eller kvasi-repressiva inslagen i de alternativa påföljderna. Likaså har benägenheten att undanröja påföljder som antingen missköts eller då ny lagföring aktualiseras varierat. Generellt kan dock sägas att återfallnumera har sin huvudsakliga betydelse i samband med påföljdsbestämningen av den nya brottsligheten. Förstagångsförbrytare anses normalt kunna klandras tillräckligt genom att dömas till icke frihetsberövande påföljder trots att lidandet är högst måttligt.

Att individualpreventionen som ideologi (på goda grunder) har kommit att ifrågasättas som ratio för hur påföljdsbestämning bör ske i enskilda fall ändrar inte på det faktum att straffrättsanvändningen har gått i en riktning som innebär att vi generellt sett bestraffar brottslingar lindrigare idag än när den moderna straffrätten var ny under andra hälften av 1800-talet. Samhället tycks kunna fungera bra med en relativt måttlig repressionsnivå, där brottsligheten t.o.m. minskar (generellt sett) trots att straffen blir lindrigare. I tysk rätt talar man ibland om *ein Zug zur Milde*. Utvecklingen har också sammanfattats den redan nämnda *humanitetsprincipen*, vilken kan sägas vara det som blir kvar av individualpreventionens påverkan på den straffrättsliga sanktionsläran om man tar bort tankar på att bestraffning skall behandla och vårda enskilda brottslingar i ett syfte minimera fortsatt brottslighet. Frågan är nu bara om den har gjort bestraffningen alltför lindrig för att den skall uppfattas som ”tillräcklig”.

3.2 *Tough on crimes*

Att det går att identifiera en normativ, begränsande princip av det slag som diskuterats ovan innebär givetvis inte att det finns andra utvecklingslinjer som löpt parallellt och som målar upp en helt annan bild av vad som anses utgöra ett tillräckligt ingripande för att kallas ”straff”. Om man förflyttar sig till slutet av 1900-talet, dyker nämligen en konkurrenadedeologisk inriktning upp, vilken i stora delar utmanar en mer human inriktning. Flera författare talar om en *preventionism* eller *offensiv straffrättspolitik* (se bl.a. Asp, SvJT 2007 och Jareborg, Inkast i straffområdet 2006), för att beskriva ett förhållningssätt till straffrättsanvändning som bygger på att man kan uppnå större effektivitet genom att använda strängare straff. Logiken bakom en sådan inriktning är att vår (känsla av) säkerhet anses vara hotad om vi inte straffar strängare, kontrollerar mer eller förebygger risker med straffrättens hjälp. Att repressionsnivån anses böra höjas behöver med denna utgångspunkt inte ens motiveras med att det skulle leda till ökad avskräckning eller minskad brottslighet; det anses inte sällan finnas skäl att överhuvudtaget inte acceptera nuvarande straffnivåer eller straffformer; de är inte ”tillräckligt

ingripande”; den dömde förtjänar ”mer av straff”. En tuffare inställning till vad ett straff anses böra vara eller måste innefatta kan förmärkas i hela västvärlden. Det gemensamma är att kraven på längre straff, mer ingripande straffformer, mer kontroll etc. går hand i hand med tanken på människor idag generellt sett är utsatta för större faror eller skador jämfört med tidigare och att vi behöver använda straffrätten (i större utsträckning) för att skydda oss. Inte sällan används en retorik som aluderar på att samhället befinner sig i en kris, att det pågår ett krig etc. Massmedias aldrig sinande intresse för enskilda brottmål medför att många säkerligen upplever sig som ständigt omgivna av våldtäktsmän, mördare och andra våldsverkare; detta är en attityd som lånar sig åt populism. Enskilda straff beskrivs — inte enbart av opinionsbildare och den bildade allmänheten utan även av jurister — ofta som ”löjligt låga” eller verkningslösa. Effektivitetssträvandena har inneburit en renässans för de relativa preventionsteorierna, dock utan att det finns tillräckliga empiriska belägg för att detta skulle vara rationellt eller motiverat av normativa skäl. Det finns säkerligen flera förklaringar till intresset av en ökad repressionsnivå. En sådan — som framstår som en paradox — skulle kunna vara att flertalet människor har fått en betydligt högre levnadsstandard under de senaste etthundra åren (socialt, ekonomiskt etc.) — samhället utsätts totalt sett ett mindre lidande; likafullt anser vi oss behöva strängare reaktioner. Krav på ökad användning av straff förklaras av att det behövs mindre (konkret) skada eller fara för att det skall uppfattas som en kränkning hos brottsoffer. Vi har i så fall, enkelt uttryckt, blivit mer känsliga på grund av att vi har fått det bättre. En annan förklaring skulle kunna vara den ökade fokuseringen på brotts-offret och dennes berättigade krav på upprättelse. Statens monopol på bestraffning, och påföljdsbestämningens instrumentella och numera mycket komplicerade karaktär, har nog till viss del berövat människor känslan av att grunden för ett straffanspråk många gånger i första hand emanerar från en konflikt mellan olika människor sinsemellan (och inte en konflikt mellan stat och medborgare). Den som själv har varit utsatt för brott har inte sällan några andra intressen än vedergällning när det kommer till att bedöma vad som är ett tillräckligt straff. Det finns en uppenbar risk att man utifrån ett sådant perspektiv underlåter att ta en rad andra grundläggande principer på tillräckligt stort allvar (likabehandling, humanitet, proportionalitet, effektivitet, rationell användning av samhälleliga resurser etc.).

Jag går inte närmare in på denna gradvisa förskjutning i synen på varför och hur vi bör bestraffa. Vad som intresserar är i stället om den beskrivna pendelrörelsen har några implikationer för vad som utgör ett straff eller en straffrättslig reaktion.

På ett sätt tror jag att den utmaning som en mer offensiv straffrätt har inneburit gentemot den mer humanitetsinriktade straffrättsanvänd-

ningen har kommit att få vissa märkbara konsekvenser. Det handlar inte om något paradigmskifte eller ens en tydlig förskjutning inom det ideologiska ramverket. Men det är en tendens som man bör vara uppmärksam på. Vad det i grunden handlar om är att acceptera att det finns en mer eller mindre uttalad kritik mot det straffrättsliga reaktionssystemet. Om straffet (eller andra påföljder) skall kunna fylla funktionen av att utgöra statens yttersta maktmedel och den främsta förmedlaren av klander, är det helt avgörande att sanktionerna upplevs som tillräckliga och trovärdiga. Även om det finns alla skäl att tro att det s.k. allmänna rättsmedvetandet inte reflekterar en korrekt bild av hur straff rent faktiskt bestäms, utdöms och verkställs, går det inte att bortse från att andra sanktioner kan komma att fylla rollen att vara högste uttolkare av vad som behövs för att vara tillräckligt kännbart i vedergällningssyfte och för att reaktionen skall uppfattas som rättvis. En sådan utveckling vore djupt olycklig.

Det finns ett antal reformer, lagförslag och avgöranden som talar för att användningen av moderna straffformer är satt ifråga. Jag skall nämna blott ett par exempel. Ett uppenbart sådant är artbrottens närmast inflationsartade utbredning efter 1989 års reform. Det blev ganska snart klart att det beträffande vissa brott inte ansågs vara tillräckligt att använda sig av några alternativ tillfängelse; en hänvisning till brottslighetens art blev snabbt ett sätt att uttrycka en form av nolltolerans mot viss brottslighet (som i sig inte var särskilt straffvärd). Ett annat exempel som till stor del är förknippat med artbrottsproblematiken är tillämpningsområdet för samhällstjänst och andra förstärkta tilläggssanktioner. Om kombinationen av straffvärde, artvärde eller förekomsten av tidigare brottslighet är av en viss dignitet, måste påföljden förstärkas med ett skärpande inslag. Detta har krympt området för användningen av icke frihetsberövande påföljder avsevärt. Ett ytterligare exempel är behandlingen av unga lagöverträdare. 2007 års reform avseende 32 kap. brottsbalken vittnar inte endast om att omyndiga lagöverträdare primärt måste bestraffas på ett sätt som innebär någon form av lidande (och inte vård), men även att vissa förmodat mer ingripande påföljder eller straffrättsliga sanktioner som oavlönat arbete på ens fritid (ungdomstjänst) kan användas helt utan att det krävs några särskilda skäl (vilket dock hade varit fallet om det varit en myndig lagöverträdare — jfr samhällstjänst).

Vid sidan av dessa faktiska förändringar har lagstiftaren lagt fram flera förslag om skärpta straffnivåer, såväl generellt som för enskilda brottstyper. I särskilt fokus har allvarliga våldsbrott stått, men även andra typiskt sett integritetskränkande brott har fått — eller föreslagits få — nya straffminimum enbart i syfte att höja straffnivåerna som beträffande dessa brott framstår som orimligt låga. Likaså har användningen av fängelse på livstid kommit att öka efter det att lagstiftaren ändra huvudregeln för straffets bestämmande vid mord. Vidare: Påföljdsutredningens

omfattande förslag om att ersätta dagens villkorliga dom och skyddstillsyn med *villkorligt fängelse* är i vart fall i vissa avseenden ett uttryck för en förändrad syn på vad som krävs för att något skall betraktas som ett straff.³ När det gäller brott begångna av psykiskt störda lagöverträdare har åtminstone tre statliga utredningar lagt fram förslag om att återinföra ett krav på tillräknelighet. En sådan förändring är i flera avseenden väl motiverad utifrån rättsstatliga skäl liksom också mer förenligt med grundläggande straffrättsliga principer. Det går emellertid inte att blunda för det faktum att det i praktiken skulle innebära att en stor del av de allvarligt psykiskt störda lagöverträdarna som idag döms till vård, i framtiden skulle komma att dömas till (ofta långa) fängelsestraff.

Motiveringen till samtliga dessa förändringar eller förslag är att straffen eller innehållet i påföljderna måste vara trovärdiga; för att vara detta måste de vara tillräckligt ingripande. Därefter slutar logiken och övergår i empiriska antaganden. Vad är tillräckligt? Vad krävs för att förmedla klander? Vad krävs för att straffrätten skall behålla sin särart?

3.3 Några reflektioner

Jag har naturligtvis inte svaren på någon av dessa frågor, men jag tror att man måste uppmärksamma att åtminstone ett av skälen för varför straff ibland kanske uppfattas som oskäligt lindriga är att de har fått en påtaglig konkurrens av sådana civilrättsliga, administrativa eller skatterättsliga reaktioner som helt otvivelaktigt är mer — eller i vart fall likvärdigt — ingripande än det straff som kommer att följa på samma gärning. Det finns inte anledning att rikta någon kritik mot de enskilda reformer eller förslag som ovan nämnts. I sina delar, eller i sin helhet, kan de säkerligen vara rimliga givet utgångspunkten att verklighetsbeskrivningen uppfattas som korrekt och att man är säker på att respektive lösning inte skapar fler problem än de man redan har. Men. Vad som är intressant är att notera hur vi vid sidan av straffrättsanvändningen har fått ett parallellt sanktionssystem som i flera avseenden konkurrerar i ingripandegrad med det faktiska straffet. Jag skall endast ge några enkla exempel på vad dessa kan innehålla.

Ett beslut om *skattetillägg* innebär att den som lämnat oriktig uppgift i en deklaration påförs en avgift motsvarande 40 procent av den inkomstskatt som undanhållits (och 20 procent om det avser mervärdesskatt eller arbetsgivaravgifter). Att avgiften beräknas procentuellt innebär att om beloppet som undanhållits är stor, blir avgiften motsvarande hög; den administrativa sanktionen kan avse miljontals kronor. Som jämförelse kan sägas att osant intygande normalt föranleder böter eller på sin höjd villkorlig dom eller skyddstillsyn. Mer omfattande brottslighet

³ Givet att utredningens förslag om hur artbrottslighet och återfall skall hanteras inom det föreslagna systemet (särskilt i samband med ny brottslighet), skulle flertalet av problemen med en repressionsökning dock kunna neutraliseras.

rörande (särskilt grova) bokföringsbrott eller skattebrott föranleder normalt fängelse, men längden på dessa bestäms inte sällan i intervallet 6–10 månader.

S.k. *företrädaransvar* innebär att en fysisk person under vissa omständigheter kan bli personligt betalningsansvarig för en juridisk persons skattskyldighet. Typiskt sett handlar detta om situationer där en person inträder som legal ställföreträdare och övertar styrelsens skyldigheter och ansvar (t.ex. en likvidator). Givet att personen i fråga — uppsåtligt eller av grov oaktsamhet — har underlåtit att betala skatter i rätt tid och inte heller vidtagit verksamma åtgärder för att tillgodose samtliga borgenärens intresse, kan företräddaren bli skyldig att tillsammans med den juridiska personen betala det belopp som den juridiska personen svarar för. Flera av de åtgärder som efterfrågas (i form av handling eller underlåtenhet) kan utgöra brott enligt såväl 11 eller 15 kap. brottsbalken som skattebrottslagen. Vad som i detta sammanhang dock är ett observandum är att ett företrädaransvar (som avser samma gärning) kan komma att innebära att personen ifråga görs personligt ansvarig för skatteskulder, vilka kan uppgå till hundratal miljoner kronor.

Förverkande innebär att egendom (utbyte, ekonomiska fördelar, brottsverktyg etc.) konfiskeras från någon och indras till staten. I praktiken handlar det om att beröva någon något som denne inte anses böra få behålla. Skälen för varför man väljer att beröva någon egendom är flera, men i första hand handlar det om ren allmänprevention. Obehörig vinning eller farliga saker anses inte kunna förbli hos en person alldeles oavsett om vederbörande döms för brott eller inte. Det är inte svårt att instämma i tanken att t.ex. beslag i form av vapen, narkotika eller pengar som härrör från brott inte bör vara kvar hos en person som det har påträffats hos, vilket gäller alldeles oavsett om denne döms för ett visst brott eller inte. Förverkandesanktionen har emellertid ett mer vidsträckt område än så och kan omfatta även utbyte av en icke närmare definierad brottslighet. Typiskt sett handlar det om att konfiskera tillgångar från personer som har begått allvarliga brott, och där tillgångar som personen besitter förmodas ha ett samband med kriminell verksamhet. I praktiken finns mycket få begränsningar för vad som kan förverkas på denna grund; det krävs inte att utbytet kan kopplas till någon konkret brottslighet. Förverkande kan därmed framstå som minst lika ingripande som straff.

Jag skall inte ytterligare fördjupa exemplifieringen av de olika sanktionerna som kan komma att aktualiseras i samband med brott. Också denna lista kan göras lång: återkallelse av körkort eller andra legitimationer/tillstånd, utvisning, avskedande eller uppsägning, skadestånd (kränkingsersättning), företagsbot, marknadsstörningsavgift, konkurrensskadeavgift etc. Till denna kategori av kvasi-repressiva sanktioner kan även läggas olika former av internationella s.k. riktade sanktioner

i form av t.ex. "frysning av tillgångar" och "svartlistning". Därmed växer floran av icke-straffrättsliga sanktioner, vars ingripandegrad motsvarar nog så mycket lidande ("hard treatment", "punitive bite" etc.) att de inte bara är jämförbara med straff utan många gånger kan vara mer ingripande än den bestraffning som kan komma att följa på det aktuella brottet som eventuellt är förövat. Skillnaden är dock att dessa sanktioner främst eller enbart tjänar ett allmänpreventivt syfte. Det är inte säkert att det krävs någon form av personligt ansvar för att sanktionerna skall utlösas. Inte heller behöver samma beviskrav gälla. De syftar till att vara avskräckande och effektiva — inte till att förmedla (uttrycka) klander eller kommunicera några särskilda moraliska värderingar.

Det sagda väcker tanken att all utvärdering av hur repressivt ett straffrättssystem är, bör beakta den stora mängd *sanktioner och reaktioner* med anledning av brott som *inte är straff*. Nu skulle man i och för sig kunna säga att vad som skiljer "ett straff" från en annan sanktion är just förmedlandet av *klander*. I så fall kan man kanske acceptera skillnaderna i ingripandegrad. Men det finns ändock ett genomgående problem med parallella system, eftersom det normalt är samma straffbelagda *gärning* som utlöser respektive reaktion. Om straffet (och den moraliska kommunikativa, klandrande funktionen) är lindrigare än de konkurrerande sanktionerna, så degraderas det och riskerar att bli sekundärt, åtminstone om man mäter hur mycket det påverkar enskilda personers livskvalitet. Därmed har man ett problem, vilket i första hand handlar om relationen mellan relativ proportionalitet och repressionsnivå. Straff kan rangordnas relativt hur precist som helst. Men utan en gradindelning som ställs i relation till något, riskerar rangordningen (straffmätningen) att förlora i betydelse. Mer eller mindre fingerade skillnader i t.ex. straff eller straffrättsliga påföljder tenderar att drunkna i förhållande till skillnader som finns i förhållande till andra reaktioner. En naturlig följd av detta kan i framtiden bli att den straffrättsliga repressionsnivån anses böra höjas för att kunna behålla sin klandrande karaktär. Alternativet är att straffrätten förlorar sin roll av att förmedla juridiska (och också moraliska) berättelser om var gränserna mellan rätt och fel går. Som framgår bygger skälen på att öka repressionen inte på att man direkt stödjer sig på brottspreventiva skäl. I stället kan de bygga på en relativ jämförelse mellan olika slags sanktioner, vilken kan förse en mer repressiv hållning med argument för att höja ingripandegraden hos de straffrättsliga påföljderna (som uppfattas som nedvärderade). Annorlunda uttryckt: det är ett slags proportionalitetsargument som utgår från att straffrätten är den disciplin som skall distribuera de strängaste sanktionerna. Indirekt är det dock allmänpreventiva skäl som har orsakat behovet av korrigerande på det relativa planet. De alternativa sanktionerna och deras utformning styrs nästan enbart utifrån intresset att tillhandahålla effektiva och avskräckande medel för att motverka ett visst beteende.

Vad jag har sagt hittills är inte att uppfatta som att jag menar att straffrättens position är direkt hotad eller att humanitetsskäl fullständigt har fått vika för en preventionsideologi. Diskussionen har främst syftat till att identifiera vissa tendenser som utmanar vår syn på vad som utgör straff och vilka funktioner vi antar att det skall fylla. Det vittnar dock om en farlig distansering från humanitetssträvanden och intresset av att begränsa straffrättsanvändningen på ett rationellt sett. En vederläggningbaserad straffrätt utan en humanitetsprincip har få normativa begränsningar; vad som återstår är oftast ekonomiska intressen som kan ge anledning att hålla repressionsnivån nere, t.ex. kostnaderna för anstaltsbehandling.

4 Det straffprocessuella straffbegreppet

Om man vänder blicken mot hur man inom processrätten har behandlat straffbegreppet, kan man notera vissa annan utveckling än den som skett på den materiella straffrättsens område. Reglerna rörande brottmålsprocessen parasiterar på den materiella straffrätten såtillvida att den senare bestämmer vad som utgör ett brott eller ett straff samt hur reglerna skall tillämpas. Inom straffprocessen finns dock en rad bestämmelser som syftar till att tillförsäkra att prövningen av ansvar och utdömandet av straff sker under rättssäkra former. Till följd av det förhållandet att utdömandet av straff endast är repressivt och ett uttryck för de mest ingripande åtgärder som staten är tillåten att företa mot medborgarna, har en rad andra kompletterande principer och normer uppställts för att tillförsäkra att straffrätten inte missbrukas, tillämpas på ett orättvist sätt (inte minst beroende på obalansen i partsförhållandet) etc. Man behöver bara påminna om oskuldspresumtionen, regleringen rörande bevisbörda, beviskrav och åberopsbörda, regler om brottmålsdomens rättskraft samt kraven på vad en gärningsbeskrivning måste innehålla för att se att frågor om ansvar och bestraffning ytterst är beroende av att en rad andra än rent straffrättsliga regler eller principer respekteras.

På senare tid har den straffprocessuella regleringen i flera delar kommit att genomgå en ganska radikal transformering. Det är i första hand inte lagstiftaren som föranlett denna, utan i stället rättstillämpningen. Under starkt inflytande av Europadomstolens praxis har regleringen rörande bl.a. kriterier för gärningsidentitet, regler rörande vad åtal och gärningsbeskrivning måste innehålla samt omfattningen av ett tidigare avgörandes rättskraft kommit att drastiskt förändras.

Vad som är intressant i detta sammanhang är att utvecklingen är närmast diametralt motsatt den som har skett på straffrättsens område. Det finns en mycket stark tendens att i allt större utsträckning betona den tilltalades rätt till en rättvis rättegång och möjligheten att försvara sig. Detta inbegriper också rätten att vara fredad från nya anklagelser som avser samma gärning. Konsekvenserna av att kriterierna för gärningsidentitet

och åberopsbörda har stramats upp — vilket påverkar inte minst rättskraftens omfattning — skulle inte behöva vara så märkvärdiga i sig om det inte vore för att man samtidigt utvidgat begreppet ”anklagelse (om brott)” avsevärt. EKMR:s definition av vad det innebär att ”lagföras eller straffas... i en brottmålsrättegång” (sjunde tilläggsprotokollet artikel 4) samt vad som skall räknas som ett straff/”penalty” (EKMR artikel 7.1) omfattar betydligt mer än vad som följer av 1 kap. 3 och 8 §§ brottsbalken. Det står numera helt klart att exempelvis skattetillägg har en sådan bestraffande karaktär och ett repressivt syfte att det skall räknas som ”ett straff” i EKMR:s mening (se bl.a. NJA 2013 s. 502). Likaså är det klart att förverkande — i vart fall under vissa omständigheter — utgör ett straff i nämnd mening (se bl.a. *Welch v. The United Kingdom*). Med detta förstås egentligen inte annat än att de rättssäkerhetsgarantier som EKMR syftar till att upprätthålla (jfr EKMR artikel 6) måste respekteras också vid användningen av dessa sanktioner (rättsverkningar). Ur ett praktiskt perspektiv kan det dock få (mycket) stora konsekvenser; som bekant ledde HD:s slutsats rörande skattetilläggen att hela det svenska systemet med att i separata rättegångar utdöma skattetillägg och straff underkändes och måste ändras. Det är givetvis inte uteslutet att använda sig av flera sanktioner, men de straffprocessuella kraven innebär att bedömningen måste göras i ett och samma rättsliga förfarande.

Det återstår mycken oklarhet när det gäller hur de olika administrativa sanktionerna skall kvalificeras rättsligt utifrån de s.k. Engel-kriterierna m.m. samt vilka konsekvenser detta får för hur sanktionerna skall och får användas. Emellertid framstår tendensen på det straffprocessuella området som tämligen tydlig. Allt fler sanktioner som har en straffrättslig karaktär — men som alltså inte i formell mening utgör straff eller straffrättsliga påföljder — räknas som straff i nu avsedd mening. Frågan är emellertid vad detta betyder.

5 Avslutande reflektioner

Ovan har jag försökt identifiera och mycket översiktligt illustrera vad jag tror är några viktiga utvecklingslinjer i vår syn på vad ett straff är eller vad som utmärker bestraffning. Det tycks som att det straffrättsliga materiella straffbegreppet delvis är ifrågasatt utifrån antaganden om att det som vi pinar dömda personer med inte är tillräckligt ingripande. Den kollektiva känslan av att det är just klander som kommuniceras riskerar att utebli. Kritiken mot det straffrättsystem som gradvis har kommit att utvecklas i en alltmer human inriktning ifrågasätts för att det skulle vara tandlöst eller åtminstone — i någon mening — oproportionellt. Det saknas enligt min mening både empiriskt och normativt stöd för en sådan hållning, men det hör inte till saken.

I en sådan kontext måste man uppmärksamma att vi parallellt med straffsystemet har ett stort antal andra sanktioner som i flera avseenden

liknar straff, men som inte utgör bestraffning. Obalansen mellan dessa rättsverkningar märks i vart fall i den nedre delen av en absolut straffskala, och slutsatsen blir att det enda som särskiljer ett straff från andra sanktioner med motsvarande grad av ingripande i den dömdes levnadsstandard är det faktum att straffet förmodas uttrycka ett moraliskt ogillande av gärningen. Detta förutsätter i sin tur att förfarandet kring en brottmålsprocess eller lagföring förmår att förmedla detta klander, låt vara att detta sker i en social kontext där det förutsätts en moralisk gemenskap som uppfattar bestraffningen som ett uttryck för just klander. Det kan diskuteras om huruvida t.ex. ordningsbot eller strafföreläggande lyckas i detta avseende; detsamma kan säkert gälla domar som utmynnar i en måttlig påföljd.

Mot bakgrund av att de straffrättsliga påföljderna är utsatta för viss konkurrens av andra reaktioner, finns det anledning att fråga sig vilka konsekvenser detta för med sig. Detta gäller särskilt mot bakgrund av att de senare — i straffprocessuellt hänseende — ofta jämförs eller likställs med ett straff. Man kan således inte säga att det är nödvändigt att benämna vissa sanktioner som ”straffrättsliga” för att kunna upprätthålla rättssäkerheten. Frågor som man behöver diskutera är i vilken utsträckning det är acceptabelt att ha parallella system som ifråga om ingripandegrad delvis är likställda. Om svaret är jakande, bör man fundera över vilken sanktion som bör anses vara primär. Skall straffrätten, på främst moraliska grunder, ses som något primärt när det kommer till att tillfoga avsiktligt lidande hos medborgare eller kan effektivitetsskäl åberopas för att acceptera andra lösningar? Om parallella sanktionssystem är något önskvärt och acceptabelt, måste man ändock ställa frågor om hur systemen skall förhålla sig till varandra. Vad jag har försökt att påvisa ovan är att det främst är inom straffprocessrätten som problematiken har uppmärksamats. När det gäller den mer materiella regleringen av olika slags sanktioner finns det tämligen litet av diskussion rörande de absoluta nivåerna för repressionen, liksom även det relativa förhållandet mellan olika sanktioners ingripandegrad. Denna uppsats kan inte fylla det antydda tomrummet, men vissa tentativa slutsatser torde man ändock kunna lägga fram.

En första sådan är att det måste anses vara naturligt att vissa av de icke-straffrättsliga sanktionerna har kommit att omfattas av det skyddsnet som EKMR och den nationella straffprocessrätten erbjuder. Med hänsyn till att flera av dessa kan ha betydande inverkan på en människas levnadsstandard framstår det som fullt befogat att domstolar, utifrån ett rättighetsperspektiv, genomlyser sanktionernas egentliga karaktär. Ju mer ingripande de blir, desto fler kommer att omfattas av det straffprocessuella straffbegreppet och därmed också det skydd som följer av en sådan slutsats. Detta utesluter inte att man kan ha parallella system.

En andra reflektion är att överlappningen av olika sanktioner (åtminstone på vissa nivåer) riskerar att sudda ut gränserna mellan straff och andra sanktioner. Asp har argumenterat för att det inte existerar någon artskillnad mellan vissa former av straffrättsliga och administrativa sanktioner, utan att frågan måste betraktas ur olika perspektiv (Asp, *Criminalisation and Sanctions* 2014 kap. 6). En sådan slutsats är säkerligen korrekt och kan sägas vara resultatet av att vi använder straffrätten och bestraffning för att motverka förekomsten av också mycket måttligt klandervärda gärningar som i slutänden renderar en dömd person ett måttligt lidande, som i sin tur är fullt jämförbart med det som följer på vissa icke-straffrättsliga sanktioner. Men det väcker frågan om detta underminerar straffrättens särart. Det enda som skiljer straff från andra sanktioner på denna nivå är att det förmedlar klander för en orätt; straffrätten talar med en starkare moralisk röst: den som döms har gjort fel och förtjänar klander; den som endast underlåtit att göra vad som är föreskrivet på ett visst område har gjort ”fel”, men sanktionen ses främst som en reflexmässig reaktion på detta och syftet är endast att undvika att fortsatta fel begås i framtiden. Om man ifrågasätter straffrättens trovärdighet när det kommer till att kunna förmedla ett tillräckligt klander (på grund av att bestraffningen är alltför lindrig och inte tydligt skiljer sig från andra reaktioner på misskötsamhet), finns tre utvägar ur problemet. Antingen så väljer man att avkriminalisera alla gärningar där påföljden inte är mer ingripande än vad som kan följa på en administrativ sanktion. Eller så låter man alla sanktioner av nu aktuellt slag räknas som straffrättsliga påföljder. Ett tredje alternativ är att försöka hantera dualismen, vilket innebär en risk för att straffrättens repressionsnivå i vissa avseenden måste höjas.

Personligen tror jag inte att man behöver vara alltför rädd för att straffrätten (i sin helhet) håller på att spela ut sin roll. Även om vissa av de exempel som nämnts ovan visar att andra sanktioner än straff kan ha tämligen dramatiska effekter för den som drabbas av dem, är det fortfarande endast inom ramen för de måttliga straffen som de sanktionerna kan anses konkurrera. I den övre delen av den absoluta straffskalan finns ännu inget som fråntar straffrätten dess särställning. Det är inom den överlappande nedre delen som gränserna är otydliga; ibland är det en slump om något räknas som straff eller en alternativ administrativ sanktion. Kvantitativt bestäms dock de flesta straff i den nedre delen av straffskalan, varför man måste vara uppmärksam på vad lagstiftaren har för skäl för att i vissa fall lyfta ut vissa sanktioner från den straffrättsliga regleringen. Det kan förvisso vara praktiskt att handlägga vissa typer av regelöverträdelser utanför straffrätten — särskilt då det handlar om masshantering på ett visst område — men det kan knappast vara ett egensyfte att vissa sanktioner med en tydligt repressiv karaktär inte omfattas av det straffrättsliga regelverket enbart för att det underlättar

för beslutsfattare. Detta gäller i synnerhet om skälet främst är att kunna tillämpa en "absolut" skala för sanktionernas ingripandegrad som inte behöver ställas i relation till den straffrättsliga repressionsnivån. Att hänsyn ändå kan tas till olika rättssäkerhetsaspekter eller t.o.m. kriminaliseringsprinciper ändrar inte på detta faktum. Vidare kan ett system med alltför många parallella och överlappande sanktioner i slutändan skapa fler problem för rättstillämningen än vad de praktiska fördelarna förmår väga upp.

Sammanfattningsvis kan sägas att mycket av den diskussion som gäller frågan hur man skall betrakta och hantera ett system med olika slags sanktioner handlar om att uppmärksamma de relativa skillnaderna i ingripandegrad. Man kan inte blunda för sambandet mellan respektive sanktion, och just därför måste de absoluta nivåerna hos respektive sanktionssystem jämföras och beaktas. Om någon riskerar att drabbas av dubbla likartade sanktioner är det helt avgörande att *inte* behandla dessa som art- eller väsensskilda. För det första måste man tillförsäkra att också administrativa sanktioner och liknande omgärdas av det processuella rättighetskydd som straffrättsliga påföljder gör; detta har Europadomstolen i stora delar börjat göra. Lika viktigt är dock att man hittar ett sätt att hantera den sanktionskumulation som aktualiseras i dylika situationer. Också här har man att göra ett val hur sanktionerna skall förhålla sig till varandra. Det är långt ifrån säkert att det är straffet som skall justeras och lindras på grund av en konkurrenssituation. Det skulle vara lika naturligt att låta straffrätten och bestraffningen inta den främsta rollen när det kommer till att kommunicera samhällets ogillande av en gärning. Till sist: det är under inga omständigheter acceptabelt att försöka kringgå straffrätten, och de principer som omgärdar denna, enbart genom att skenbart upprätthålla tanken på att det saknas ett samband mellan olika slags sanktioner med anledning av brott.